

TRACTAT DE DRET D'OBLIGACIONS
DE JOAN ANTONI TORRASCASSANA (1741).
UNIVERSITAT DE CERVERA

Encarnació Ricart Martí
Universitat Rovira i Virgili

1. L'OBRA, L'AUTOR, LA UNIVERSITAT

1.1. PRESENTACIÓ

Em proposo en aquest treball apropar el lector al coneixement d'una obra treballada a la Universitat de Cervera i impresa en aquesta ciutat: *Volumen velitationum iuris academicarum publica disputationi exercitacionis gratia expositarum*. L'autor és Joan Antoni Torracassana i Udet, «Cardonensi, iuris Civilis Doctor et iuris Cervaer Accademia Ex. Professore Cervera (Typis Academicis excudebat Emmanuel Ibarra)», i és de l'any 1741.¹

Sobre Joan Antoni Torracassana, nascut a Cardona, consta que formava part del claustre de professors de la Universitat de Cervera a partir de l'any 1738 com a catedràtic d'*Instituta*;² també he pogut saber que *lo Doctor Torracassana*

1. Es poden trobar exemplars d'aquesta obra, que és impresa en octau, en biblioteques jurídiques catalanes; de la publicació hi ha una referència de G. M. DE BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las Instituciones del Derecho Civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*, facsímil de la 1a ed. de 1918, p. 454; BROCA comenta que aquesta obra havia estat atribuïda, per equivocació, a una persona diferent de Torracassana. L'exemplar de BROCA es troba a la biblioteca del Col·legi d'Advocats de Barcelona, biblioteca a qui agraeixo les facilitats de consulta. Agraeixo al professor Ferran Badosa Coll haver-me donat a conèixer aquesta publicació, acompanyada del treball inicial elaborat per ell mateix. Li agraeixo també haver-me fet partícip de la inquietud per recuperar les aportacions científiques que, des de la Universitat de Cervera, es van llegar a les generacions futures.

2. No ha estat possible esbrinar l'any de naixement. He pogut consultar el *Libro de Claustros*, n. 28 i 29 dels Antics Arxius Universitaris, custodiats a la sala de reserva de la biblioteca de la Universitat de Barcelona. Aquests dos llibres contenen les actes dels claustres plenaris i dels claustres de diputats, des del 22 d'abril de 1732 fins al 26 de maig de 1747. Torracassana apareix per primera vegada en l'acta del claustre plenari de 31 de gener de 1738; el 18 de febrer del mateix any presta jurament com a catedràtic, i el desembre del mateix any és nomenat vocal pel claustre de

va gestionar adquisicions de llibres per a la Biblioteca de la Universitat de Cervera, i que era present en actes acadèmics de la Universitat.³

Sobre l'obra, es pot trobar un comentari de Josep Finestres (Barcelona, 1688-Cervera, 1777): «Ahora se imprime un libro de conclusiones, con notas o comentarios, en 8º, para defenderse de este año su presidente y autor, el Dr. Torrecassana. De solo el tratado de contractibus in genere veo que se han tirado ya unos 20 pliegos, y juzgo que con otras materias tendrá el libro más de 40 pliegos. Quando esté impreso buscaré ocasión de enviar a Vm. algun juego o bien se lo enviará el autor.»⁴

Del títol de l'obra i sobretot d'aquest comentari de Finestres, podem deduir el gènere a què respon; les paraules *velitationum, disputationi publica, expositarum*, permeten entendre que es tracta del resultat d'exposicions públiques de caràcter acadèmic, fruit de noves reflexions de l'autor, a partir dels debats en

diputats per al bienni 1738-1740. Apareix regularment en tots els claustres (se celebren deu claustres per any, aproximadament); l'últim claustre en què apareix és el del 27 de febrer de 1740. No s'ha pogut consultar el *Libro de Grados* per a saber si va ser alumne de la Universitat de Cervera per a obtenir la graduació, ja que només perduren els que corresponen als anys posteriors a 1762; en els aldarulls de l'any 1823, van cremar-se molts documents de l'arxiu general. Agraïxo la informació i les facilitats de consulta al senyor Josep Casals de la sala de reserva de la biblioteca de la Universitat de Barcelona. Sobre la grafia del primer cognom del nostre autor, pot trobar-se també Torrecassana; aquí s'ha preferit Torrecassana, ja que consta així a l'obra impresa, i quan és citat a les actes dels claustres de la Universitat, tot i que, per exemple, F. TORRES AMAT, *Memorias para ayudar a formar un diccionario crítico de los escritores catalanes, y dar alguna idea de la antigua y moderna literatura de Cataluña*, Barcelona, 1836, veu corresponent, cita el nostre autor amb la grafia Torrecassana, i afegeix que va ser catedràtic d'*Instituta* a Cervera; TORRES AMAT cita el títol de l'obra que comentem, amb els títols de cada una de les cinc *disputationes*. L'adscripció de *Torrecassana* a la càtedra d'*Instituta* ens permet comentar que el catedràtic d'aquesta matèria era el responsable de la docència inicial a les facultats de lleis de les universitats de l'època, concretament el responsable de les matèries *prima i visperes* de primer i segon curs, on prioritàriament s'ensenyaven les *Instituciones* de Justinian; M. RUBIO Y BORRÁS, *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Cervera*, Barcelona, 1915, i 2a part, 1916, explica: «Los catedráticos regentes de Leyes explicaban en un cuatrienio las Instituciones de Justiniano un libro cada año, excepto en el primero en que podían pasar algún título del segundo» (1a part, p. 298).

3. Veg. I. CASANOVAS, *Josep Finestres i Monsalvo Epistolari*, vol. I (1933), vol. II (1934); M. BATLLORI, vol. *Supplementum*, 1969, p. 15 i 16, carta 1218, de Josep Finestres a Dou i de Solà, Cervera, 10 d'agost de 1741: Finestres, referint-se al comentari a les *Pandectes* de Voet, en dos volums, diu: «Lo Dr. Torrecassana, lo comprà en casa Pifarré per 9 lliures. Jo ne pagui en Geneva 32 pessetes, y encara sens enquadrernar.»

4. Veg. M. CASANOVAS I BATLLORI, *Josep Finestres...*, vol. I, p. 306-308, carta 387, de 15 de gener de 1741. A la carta 390, Mariano Finestres diu a Gregori Maians que Josep Finestres li ha enviat «ese tomo de conclusiones de jurisprudencia por juzgar que será del gusto de Vm». La carta és del 10 de juliol de 1741, però probablement no es refereix al llibre de Torrecassana sinó a una obra de Ferrusola, esmentada a la carta 391, de 16 de juliol de 1741.

ocasió de les exposicions. Molt probablement, l'origen d'aquestes *disputationes* eren *conclusiones* presentades per Torracassana al claustre de professors i alumnes de les facultats de Lleis i de Cànon, gènere acadèmic a què els catedràtics estaven obligats periòdicament.⁵ Malauradament l'obra no va tenir la repercussió que mereixia, ja que es tracta d'un estudi que està al nivell del que a l'època es feia en altres universitats europees; veurem que l'autor coneix amb profunditat les fonts jurídiques justinianees, i alhora domina els tractats acadèmics anteriors i contemporanis.

1.2. JOSEP FINESTRES I LA UNIVERSITAT DE CERVERA

En els anys immediatament posteriors a la Guerra de Successió, la Universitat de Cervera,⁶ i concretament el conreu de la ciència jurídica al darrere de l'estela de Josep Finestres, va mantenir a Catalunya un dels pocs calius humanístics per connectar-la amb altres punts culturals d'Espanya i Europa. La relació científica entre Finestres i l'erudit valencià Gregori Maïans i Siscar està documentada en els epistolaris coneguts, i la connexió de Finestres amb centres universitaris europeus també està documentada en publicacions jurídiques de l'època: «unde ea recudendi consilium ceperat Vir cl. Josephus Finestresius, Antecessor Cervariensis [...]»⁷

5. M. RUBIO Y BORRÁS, *Historia...*, al cap. XVI dedicat als catedràtics, p. 374, diu: «Los catedráticos, además de las obligaciones peculiares a la Cátedra, tenían otras especiales respecto a los actos académicos que según Estatutos se celebraban en la Universidad: las principales eran Conclusiones, Academias y Repeticiones». Una publicació actual ens pot il·lustrar sobre les *Conclusiones* com a gènere expositiu propi de la Universitat: J. L. LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, *La Facultad de Cánones de la Universidad de Cervera*, Barcelona, 2001, p. 127: «Los doctores en leyes debían argüir y corroborar por su turno de antigüedad en las Conclusiones de la Facultad de Cánones —e incluso podían presidir estos actos—, y viceversa (Tit. X, 22 ss de los Estatutos) a imitación de lo que sucedía en Salamanca.»

6. El 17 de setembre de 1714, Felip V dictà el decret d'anul·lació de la Universitat de Barcelona, hereva de l'*Studium Generale* de Lleida, fundat el 1300. El 16 d'octubre següent va crear la Universitat de Cervera i es van nomenar els professors, encara que fins al 1717 no es va confirmar oficialment la creació de la Universitat. L'any 1730, el papa Clement XII va concedir a la Universitat de Cervera l'autoritat apostòlica. L'any 1842, un decret del general Espartero restituí a Barcelona la seva universitat. Veg. M. RUBIO Y BORRÁS, *Historia...*; I. CASANOVAS, *La cultura catalana del s. XVIII: Finestres y la Universidad de Cervera*, Barcelona, 1953; J. L. LLAQUET DE ENTRAMBASAGUAS, *La facultad de cánones...*, p. 385, apartat «Bibliografía específica sobre la Universidad de Cervera».

7. Aquesta frase es troba a la introducció al *Tomus VI* del *Novus Thesaurus Iuris Civilis et Canonici continens*, de Gerardus MEERMANUS, edició Hagae-Comitum, *apud Petrum de Hondt*,

Torrascassana va elaborar aquesta obra sota el mestratge de Josep Finestres, i el deixeble manifesta respecte pel mestre en diversos apartats: «ut notavit Antecessor primarius noster quem honoris causa nomino, D. D. Josephus Finestres et Monsalvo in elegantibus suis thesibus 'de dissolvend.obligat.cap.de solut.Rei deb.Thesi 18 [...]'.»⁸

A la Universitat de Cervera, el conreu de la ciència jurídica es feia sobretot a partir de l'estudi aprofundit de les fonts jurídiques romanocanòniques, tot i que el dret propi, format per les constitucions, capítols de cort, actes de cort, pragmàtiques i altres disposicions reials, i el dret consuetudinari, s'estudiaven amb interès i dedicació.⁹ Està documentat que Finestres havia col·locat el coneixement del dret de Catalunya a un nivell considerable, tot i que l'estudi dels drets romà i canònic ocupaven un lloc preeminent en l'ensenyament del dret a la Universitat;^{10,11} a les facultats de dret d'altres universitats espanyoles i, en ge-

1753. Finestres estava instruit en geometria, en la utilització d'instruments matemàtics; TORRES AMAT, *Memorias para ayudar...*, veu «Finestres y Monsalvo» (Dr. D. José), diu, p. 254: «El idioma francés le fué tambien familiar. He oido a su discípulo el decano de los literatos en el día D. Ramon Lázaro Dou, que tradujo del francés una obra que trata de la construcción y uso de diferentes instrumentos de matemáticas.» Sobre la vida i obra de Finestres continua essent de consulta obligatòria la documentada obra de GALLISSÀ ET COSTA, *De vita et scriptis Iosephi Finestres et A Monsalvo. Iurisconsulti Barcinonensis in Cervariensi Academia iuris civilis primarii. Antecessoris Emeriti*, Cervera, 1802. La relació epistolar entre Finestres i Maïans està perfectament documentada a I. CASANOVAS, M. BATLLORI, *Jose Finestres...*

8. La frase es troba a la p. 303, en parlar de CI 4,5,10 (Justinià, any 530); l'obra que comentem conté un breu pròleg signat pel doctor Thomas Cardona.

9. L'obra més coneguda de FINESTRES, *Hermogeniani Jcti iuris epitomarum Libros VI Commentarius*, Cervera, 1757, inclou una introducció sobre la jurisprudència romana, en què Finestres cita, documentadament, els autors de la tradició jurídica catalana. És interessant recordar que estem en una època en què hi ha contestació pel fet que en l'estudi acadèmic del dret es dona una importància excessiva a l'aprofundiment de les fonts jurídiques romanes, i no s'estudia el dret autòcton. Sobre el tema es pot consultar M. PESET REIG, *Derecho romano y derecho real en las universidades del s. XVIII*, AHDE, 45, 1975, p. 273, i L. RODRÍGUEZ ENNES, *La ruptura del monopolio de la enseñanza del derecho romano en las universidades españolas del s. XVIII*, RIDA, XLIII, 1996.

10. GALLISSÀ ET COSTA, *De vita...*, cita documentadament les obres de Finestres i en distingeix les publicades de les no publicades; entre aquestes últimes cita, en primer lloc, *Iuris catalauni elementa relata ad certos locos Institutionum d.Iustiniani in 4^a. M. S., (pars altera, p. 35)*. Gallissà transcriu una extensa carta que Finestres va enviar a Maïans i Siscar sobre aquesta obra (any 1728): «Yo ahora [...] me exercito en una obrilla, que segun me contemplo el genio de Vm., juzgo no le seria de mucho gusto. Su título es iuris catalauni elementa [...] a que me incitó primeramente el precepto de nuestros estatutos, en que se manda a los profesores de derecho civil, que al paso que enseñan el romano, vayan advirtiendole a sus oyentes la diferencia y conformidad de éste con el municipal [...]. Moviome tambien el ver, que ninguno de nuestros jurisconsultos, hasta ahora ha sacado a luz algun tratado isagógico del derecho catalan, excepto en lo que toca al orden judiciario ó

neral, en el món intel·lectual espanyol, es vivia un moment de crítica renovadora que gradualment va anar reformant, entre d'altres i sobretot, els estudis jurídics; la introducció del dret reial de Castella com a objecte d'estudi, per si mateix, i comparativament amb el dret romà i canònic, es va imposar a la segona

procesal [...]. Bien creo, que Vm seguirá el dictamen de algunos, que tiene por inconveniente mezclar semejantes derechos en las escuelas [...] me lo persuade el no encontrar en sus obras, alguna leve aplicación del derecho romano, al de ese reyno. Pero a mi corto entender, si el fin de nuestras academias es instruir y disponer para el foro, en que no tiene lugar el derecho romano, sino en falta del municipal y canónico, como en este principado, y en casi todos los reinos y provincias [...].» Gallissà recull una altra carta de Finestres (abril 1749) en què l'autor de Cervera es proposa continuar aquests elements de dret català, però el mateix Gallissà diu «Res vero intra promissa stetit» (p. 37); una altra referència interessant ens la dona F. VALLS TABERNER, *Els estudis d'història de la legislació catalana*, RJC (1925), p. 195: «Del s. XVIII altres treballs sobre la nostra història jurídica dels quals n'ha romàs notícia, no s'han conservat [...] i la Historia iuris catalani, per a la qual reuní materials el gran juriconsult setcentista Josep Finestres, no arribà a ésser redactada [...].»; sobre la qüestió veg. també I. CASANOVAS, *La cultura catalana*, en què l'autor destaca l'ambient oficial advers a les coses de Catalunya com una de les causes que Finestres no portés a la impremta aquesta obra; l'ambient que comentem va comportar també el desencís de Finestres perquè membres il·lustres del món jurídic de Catalunya fixessin gradualment l'atenció en les lleis de Castella; està documentat que Finestres havia dit «Las leyes de España ni las usamos ni las tenemos», segur que per a referir-se al dret civil, i tenint present el contingut en aquest sentit del Decret de Nova Planta. R. L. DE DOU I DE BASSOLS (1742-1832), que va ser diputat a Cadis, a *Instituciones de derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña*, Madrid, 1800, va inspirar-se en el mestratge de Finestres; en l'extens pròleg, de Dou es manifesta contrari al fet que la preparació universitària dels juristes es fixi només en el dret romà, i concretament amb el comentari de Vini a les *Instituciones* de Justinià; el *Digest* i el *Codex*, continua de Dou, contenen parts importants de dret públic, àmbit que no es troba a les *Instituciones*, i que haurien de ser també objecte d'estudi. De Dou continua dient que la sistemàtica processal de les obres compilatòries de Justinià no és comprensible ni útil.

11. La Universitat de Cervera va intervenir, entre altres institucions, en la qüestió plantejada sobre quin havia de ser el dret supletori aplicable després del Decret de Nova Planta; una posició considerava que s'havia d'aplicar el dret supletori previst en la Constitució de les Corts de Barcelona de 1599, és a dir, Usatges, Constitucions i altres disposicions vigents, dret canònic, dret civil i doctrina de doctors; la tercera recopilació de *Constitucions i altres drets de Catalunya*, de 1704, mantenia aquesta determinació de dret supletori; l'altra posició era la d'aplicar supletòriament les lleis de Castella i, en cas de llacuna, recórrer directament al rei per mitjà del Consejo de Castilla, i que per tant exclouïa expressament l'aplicació de les altres fonts supletòries. Veg. F. BADOSA COLL (coord.), *Compendi de dret civil català*, Madrid i Barcelona, 1999: «En l'àmbit acadèmic, la polèmica la va provocar el professor de la Universitat de Cervera Juan Antonio Mujal i de Gibert, en el seu opuscle "Noviter digestae Justinianici Institutionum iuris et Patrii Catalauniae Annotationes" (Cerveriae 1781) qui, a la qüestió del dret supletori va respondre amb la Nota al llibre d'en Potau (també de la U. de Cervera). La va seguir el canceller de la Universitat, Ramon Lázaro de Dou (1742-1832) en les seves "Instituciones del Derecho Público..." favorable al manteniment dels drets canònic i romà com a drets supletoris.»

meitat del segle XVIII;¹² la Universitat de Sevilla, amb la reforma dels estudis filosòfics i jurídics de Pablo de Olavide de 1769, va marcar el punt de partida de les reformes ulteriors en totes les universitats espanyoles;¹³ de tota manera, la Universitat de Cervera havia entrat en una etapa de forta decadència, sobretot a partir de 1767 amb l'expulsió d'Espanya dels jesuïtes, que va obligar la Universitat a prescindir d'il·lustres professors. Aquestes consideracions expliquen que Cervera quedés en part al marge del debat renovador que hi havia a la resta de les universitats europees.¹⁴

1.3. ABSÈNCIA DE CITES DE DRET PROPI DE CATALUNYA

En l'obra que comentem pot ser també a causa de l'objecte d'estudi, només en una ocasió se cita el dret autòcton, concretament per a citar la constitució I del «Títol de Sponsali et matrimonio»¹⁵ que correspon a la constitució de Jau-

12. Sobre el tema pot consultar-se S. M. CORONAS GONZÁLEZ, *El pensamiento jurídico de la ilustración en España*, a T. MONTAGUT (coord.), *Història del pensament jurídic*, Barcelona, 1999, p. 153, amb bibliografia.

13. Pot trobar-se documentació nombrosa relativa a les intervencions de Cervera en les propostes de modificació dels plans d'estudi en els arxius custodiats a la sala de reserva de la biblioteca de la Universitat de Barcelona. Veg. també S. M. CORONAS GONZÁLEZ, p. 161-162: l'any 1771 modifiquen els plans d'estudi les universitats de Salamanca, Valladolid i Alcalá de Henares; el 1772, Santiago de Compostel·la; el 1774, Oviedo; 1776, Granada, i el 1786, València. S'havien d'estudiar els textos de Justinià comparant-los amb la legislació reial de Castella. En els nivells més elementals era suficient l'estudi de la legislació reial amb referències al dret de Justinià. A més, diu Coronas: «Esta significativa variación del modelo tradicional se acentuaba en aquellas universidades que como Granada o Valencia acogían el nuevo derecho natural y de gentes en sus enseñanzas.»

14. La Il·lustració es va caracteritzar per l'aportació d'un racionalisme crític que va combatre amb força plantejaments intel·lectuals anteriors. En l'àmbit jurídic, la crítica es va presentar sobretot, contra el dret romà, fins i tot més que contra el dret canònic, en enfrontar el dret romà i el dret propi. Sobre la qüestió, veg. A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición romanista en la cultura jurídica europea*, Madrid, 1992; L. RODRÍGUEZ ENNES, *La ruptura del monopolio...* Potser en aquest context es poden interpretar millor les paraules de Josep Finestres quan afirma taxativament que no es pot conèixer bé el dret català si no es coneix bé el dret romà: «Qualquiera que piense poder ser buen abogado sin el subsidio del Derecho Romano (hablo entre catalanes) no sabe cuál es su mano derecha», cita I. CASANOVAS, p. 229, com a paraules escrites per Finestres i documentades en epistolaris.

15. Veg. l'*Index* de l'obra de Torracassana, p. 497 i s. L'*Index* està sistematitzat d'acord amb les rúbriques de les obres compilatòries de Justinià: «ex Pandectis», «ex Codice», «ex Imperialibus Institutionibus», i l'últim apartat: «ex iure nostro municipali». Cal destacar que l'*Index* és incomplet, ja que les fonts citades en el text són molt més nombroses que les indexades. Curiosament, Torracassana, en parlar de les prohibicions per a contraure obligacions, de caràcter subjectiu, cita un costum *Rhenolandinus*, pel qual la venda acordada en una taverna o lloc en què es

me I a les Corts de Barcelona de l'any 1218, que es va conservar en les tres recopilacions del dret vigent de Catalunya. La qüestió és si es podia afegir vàlidament una clàusula penal per a reforçar el compromís de matrimoni. Torrascassana en l'apartat dedicat a «*quae res in contractum deduci possint, vel non*»,¹⁶ cita un conegut text del *Digest* en seu *de verborum obligationibus* D.45,1,134 pr. Paulus *l.15 responsorum*: en el text el jurista planteja un cas en què s'incompleix el compromís de contraure matrimoni, i es pregunta si els hereus del promitent de la *stipulatio poenae* afegida al compromís estan sotmesos a les accions de reclamació per incompliment; el *responsum* del jurista diu que els hereus podran interposar a la reclamació una excepció de dol, ja que aquesta clàusula «*non secundum bonos mores interposita sit, [...] quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimoni(a) obstringi sive futura sive iam contracta*». Sobre la qüestió el dret romà ens ha llegat també una constitució d'Alexandre Sever del 223 dC, també citada per Torrascassana, constitució que parla del divorci, no de les esposalles; l'emperador diu: «*Libera matrimonia esse, antiquitus placuit [...]*». El fet que estigui recollida al Còdex confirma que Justinià manté la doctrina del dret clàssic, però no l'emperador Lleó II (s. VI *in fine*), que en la seva novel·la XVIII canvia el règim; l'autor cerverí cita la doctrina de l'Església sobre aquest punt, i cita també les posicions favorables al dret romà de juristes catalans com Cancer, Oliba, mentre que Fontanella aprova el sentit de la disposició de Jaume I;¹⁷ aquesta disposició dirà exactament el contrari del dret romà clàssic,¹⁸ però Torrascassana, lligat a concepcions menys intervencionistes en aquest punt, es manifesta, respectuosament però, d'acord amb la llibertat de contraure matrimoni: «*[...] ut*

consumeixi vi, ha de ser ratificada en les vint-i-quatre hores immediatament posteriors (veg. p. 42 de l'obra que comentem, i nota 86 d'aquest treball). No resulta fàcil d'entendre el motiu pel qual el nostre autor cita un dret consuetudinari estrany a la nostra cultura jurídica, mentre que en cap cas cita passatges de dret consuetudinari propi. Solament en un cas, al final de la *disputatio III* que tracta del dipòsit, en parlar de la legitimitat del dipositari per a exigir compensació per la seva custòdia, Torrascassana comenta que a Catalunya s'utilitza amb freqüència la possibilitat de demanar al dipositari que exerciti el seu *ius retentionis*, però en benefici d'un tercer (veg. n. 221 d'aquest treball).

16. *Assertio II* del cap. VI de la *disputatio I*, p. 62.

17. Cancer a *Variarum Resolutionum*, pact. 3, cap. II n. 16; Oliba *De iure Fiscis*, cap. 7, n. 38; Fontanella, *De pactis nuptialibus*, clau. 12 glos. Únic a núm. II. (Veg. n. 114 d'aquest treball).

18. La constitució va ser atorgada per Jaume I a les Corts de Barcelona, l'any 1218; *Constitucions i altres drets de Catalunya* (1704), ll. 5, tit. 2, const. 1: «Com en la celebre Cort de Barcelona estiguessim, per alguns de aquella ciutat moltes vegades som pregats, que si alguna vegada en matrimonis faedors era opposada pena, que aquella fos guanyada a aquell qui servas lo pacte del matrimoni, e que nos a aço prestassem nostre consentiment. Nos doncs inclinats a las plegarias dels dits ciutadans, de consell des nostres Barons qui lavors ab nos en la dita Corte eran,

autem, quod sentimus libere dicamus, non putamus (salva semper veritate) ius canonicum».

2. UBICACIÓ DE L'OBRA EN LA HISTÒRIA DEL PENSAMENT JURÍDIC

2.1. GLOSSA I COMENTARI

El nostre autor coneix i cita aportacions als textos jurídics justinianeus de la glossa: ex. *Lex cum donationis 34 Codex*, rúbrica *de Transactionibus*, (CI 2,4,33[34], Dioclecià i Maximià): la constitució parla de la no-prosperació d'una acció de dol entre dos germans, quan prèviament havien acordat una transacció, i la glossa, en el mateix sentit, diu que el *metus* en la transacció ha de ser provat;¹⁹ o quan cita la glossa a D.20,4,12,8 Marcia *lib. unic ad formulam hipotecariam*²⁰ sobre pluralitat d'hipoteques.

2.2. HUMANISME

Coneix també la literatura humanista, especialment dels cultivadors del *mos gallicus*; cita A. Faber (1557-1624),²¹ J. Godofred (1596-1652),²² J. Cuias (1522-1590),²³ H. Doneau (1527-1591),²⁴ A. Alciat (1492-1550),²⁵ Gregori Melt-

no entreverint error, usar de certa scientia induits, com los dits ciutadans longament sobre aço contenessen, statuim, que la pena promesa ab effecte sie comesa, e al servant sa se inviolablement sie adquirida, no obstant aquella ley que prohibeix en nuptias faedoras pena esser comesa. Feta lo any de nostre Senyor 1218.»

19. Veg. TORRASCASANA, p. 60; no consta l'edició de la glossa utilitzada per l'autor; nosaltres hem pogut consultar l'edició de la glossa al *Corpus iuris civilis*, de Venetiis, apud Nicolaum Bevilaque (1569); el text de la Glossa és: «Praesentia amicorum inducit praesumptionem, quod non intervenit metus. (Bal.) Vel sic in transactione non praesumitur metus, nisi probetur. Et si qua suspicio foret, interventus amicorum illam tollit. H.d.Sali.»

20. TORRASCASANA, p. 475; el text de la glossa és: «Non solum qui solvit, sed qui patitur pignus vendi ut priori seu potiori solvatur, (pot(est) in prioris creditoris, locum succederé. (Ba).»

21. A. Fabrotius citat per T. MOMMSEN al *Praefatio* de l'*editio maior* del *Digest* per les seves aportacions en l'estudi de les fonts jurídiques gregues, posteriors a Justinià, sobretot les Basíliques.

22. J. Gothofredus va estudiar amb criteris especialment filològics fonts jurídiques del dret romà com les Dotze Taules, l'última rúbrica del *Digest* «de diversis regulis iuris antiqui», o el *Codex teodosià*, del qual va fer importants comentaris. Va viure i va morir a la ciutat de Ginebra.

23. J. Cuiacius va néixer a Tolosa. Va publicar *Opera omnia*, en què tracta pràcticament tot

zer (Haloandre).²⁶ Torrascassana admira en els autors humanistes la cura per la reconstrucció del text amb els mètodes filològics més refinats, ja que el *mos gallicus* en relació amb el mètode del *mos italicus*, aporta el coneixement en profunditat de les llengües clàssiques, el coneixement en profunditat de la utilització de diferents terminologies i expressions segons els àmbits i els autors, el coneixement dels problemes complexos de la tradició manuscrita i, globalment, una passió per l'antiguitat acompanyada de la recerca constant del sentit íntim del dret, d'acord amb l'exigència ciceroniana *ex intima philosophia*.²⁷

2.3. NEOESCOLÀSTICA

Torrascassana va tenir una influència notable de juristes de la Universitat de Salamanca, hereus de la neoescolàstica espanyola del segle XVI. L'autor de

el dret civil. És el representant més genuí de l'humanisme jurídic; la seva opinió sobre la reconstrucció del text del *Digest*, prenent com a base el text del manuscrit de Florència (F), però utilitzant també la *ratio iuris* per a acceptar variants del text dels manuscrits de la Vulgata, avui continua essent vàlida.

24. H. Donellus va ser professor a Bourges; va publicar comentaris a vint-i-vuit rúbriques del *Digest*; va sostenir que primer s'havien d'estudiar els drets substantius, i després els procediments per a obtenir-los, i així comença la fractura amb l'esperit essencialment processal del dret romà.

25. A. Alciatus, des del 1518 fins al 1522, havia ensenyat jurisprudència a Avinyó, i el 1529 el trobem ja a Bourges, que va ser el principal centre de l'humanisme jurídic, i alhora centre dels corrents protestants. Va néixer a Milà i va estudiar a Pavia amb els últims representants del mètode bartolista.

26. Haloander va treballar amb el mètode humanista les fonts jurídiques del *Corpus iuris civilis*. Entre els anys 1529 i 1531 va publicar a Nuremberg la primera edició crítica del *Digest* (per això també hom l'anomena *editio norica*), edició que es caracteritza per la introducció de variants del text del manuscrit de la Vulgata en relació amb el text del manuscrit de Florència: «al decir de Van den Bergh y Stolte la edición de Haloandro tuvo consecuencias de tan largo alcance como la edición en 1516 del Nuevo Testamento griego»; Veg. E. RICART MARTÍ, *La tradición manuscrita del Digesto en el Occidente Medieval a través del estudio de las variantes textuales*, AHDE, LVII, 1987, p. 18. L'edició d'Haloander va ser apreciada especialment per T. Mommsen, i moltes de les *emendationes* de l'humanista són recollides en l'*editio maior* d'aquest autor.

27. F. WIEACKER, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Granada, 2000, p. 57 i s., traducció, parlant de l'humanisme jurídic, destaca: «su protesta contra la fe en la autoridad, contra el método escolástico de la enseñanza y contra el desdén o desconocimiento de las dos lenguas clásicas [...]. La jurisprudencia humanística, con las hondas fuerzas de su pasión por la antigüedad y la visión interior de la idea pura, estableció una nueva relación entre el espíritu europeo y el Derecho romano. [...] La pedagogía del humanismo tendía a aprehender, en el sentido de la teoría platónica de las ideas, una rememoración de la idea, en este caso la idea del Derecho. [...]

Cervera coneixia bé els tractats de professors de la Universitat de Salamanca. Cita freqüentment Antonio Gomez²⁸ i J. Fernandez de Retes (1620-1678).²⁹

També cita altres juristes del s. XVII, com Antoni Pérez, que el trobem a Lovaina com a *antecessor*, l'any 1614. Aquests autors són citats com a civilistes coneixedors en profunditat dels textos del *Corpus iuris civilis*. De tots ells, Antoni Perez³⁰ és citat sovint per Torracassana.

2.4. IUSNATURALISME

Torrascassana, sobretot, va ser influït per juristes del nord d'Europa, que, d'altra banda, també eren molt influents en els altres centres d'estudi de la ciència jurídica. H. Groci (1583-1645),³¹ E. Zoesi († 1627),³² A. Vini (1588-1657),³³ i

Ello responde a la exigencia de Cicerón, prototípica para el Humanismo, de obtener la jurisprudencia *ex intima philosophia*, y continuar desarrollándola como un *ars*, esto es, como una ciencia metódicamente subordinada.»

28. A. Gomezius va ser professor a la Universitat de Salamanca; a més dels seus comentaris a les *Lleis* de Toro, la primera edició dels quals és de 1555, és conegut pel tractat *Variae resolutiones iuris Civilis, communis et regii*, que tracta del dret civil, amb una sistemàtica singular: I-«Ultimarum voluntarum»; II-«Contractuum»; III-«Delictorum».

29. J. Fernández de Retes va néixer a Salamanca i va morir a Madrid; «vespertini iuris civilis Antecessoris in salmantina Academia, Regi Castellae Senatus Consiliari», diu G. Maïans i Siscar en l'extensa biografia de F. de Retes que acompanya el vol. VI del *Novus Thesaurus Iuris Civilis et Canonici continens...* de G. MEERMANNUS. Tot el volum VI és de F. de Retes.

30. L'obra més coneguda d'Antonius PEREZIUS és *Praelectiones in duodecim libros codicis Iustiniani imp. quib. leges omnes...*

31. Va néixer a Delft (Països Baixos) i va morir accidentalment a Rostock (Alemanya); l'any 1623 es va publicar a París, per primera vegada, la seva obra més important, *De iure belli ac pacis libri tres*. Grocius no es va dedicar al dret d'obligacions particularment, però sí que va tractar el règim de relacions entre els diferents estats introduint principis jurídics del dret privat.

32. H. Zoesius va morir a Lovaina el 1627, on havia estat professor de la Facultat de Jurisprudència; abans havia estat professor a la Universitat de Salamanca; va publicar *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis libros 50*, obra que en l'edició Lovanii (1718) és precedida d'una biografia completa de l'autor. A més d'haver comentat les *Instituciones* de Justinià, va publicar comentaris a drets feudals i a les *Decretals* de Gregori IX.

33. A. Vinnius va ser professor a Leiden; l'any 1642 va publicar a Rotterdam el famós comentari acadèmic i forense als quatre llibres de les *Institutiones* de Justinià; també és conegut un comentari: *Tractatus quator, nempe de pactis, iurisdictione collationibus et transactionibus*. «Vinnio fue un autor ecléctico, que buscó presentar el Derecho civil romano como una fuente de las nociones básicas del Derecho universal derivadas de la naturaleza, por un lado, y de la práctica jurídica por otro», diu P. STEIN a *El derecho romano en la historia de Europa: Historia de una cultura jurídica*,

sobretot J. Voet (1647-1714),³⁴ són els autors més citats per Torrascassana. Vini dedica al dret d'obligacions un breu apartat en el seu comentari sobre les *Institutiones* de Justinià. Del seu pensament destaca la divisió de les obligacions en dues categories: obligacions civils i obligacions naturals: *obligationem summa divisio*; parla també d'obligacions mixtes i comenta especialment D.44,7,11 Paulus l.12 *ad Sab.*, text en el qual el jurista pràcticament assimila la idea de contracte i la d'obligació. També Voet va influenciar de manera evident el nostre autor cerverí. En alguns casos, els textos citats per Torrascassana són el mateixos que cita Voet en el lloc corresponent; en d'altres, els exemples també són els mateixos, però a vegades el nostre autor se separa del criteri de Voet i manté posicions pròpies.

Torrascassana va ser influït pels corrents iusnaturalistes de l'època, que ja havien arrelat en el món acadèmic, especialment en el pensament jurídic. Samuel von Pufendorf (1632 - Berlín, 1694) va ser el titular de la primera Càtedra europea de Dret Natural i de Gents, a la Universitat de Heidelberg; Pufendorf va sistematitzar la doctrina iusnaturalista, i va exposar que el dret natural és universal, i que sorgeix de la raó i no de la revelació, per això el dret i la moral tenen un objecte i un camp diferents. Pufendorf exposarà les seves teories amb un mètode quasi matemàtic; distingeix els deures de l'home amb Déu, amb si mateix, i amb els altres; del deure de l'home amb els altres,³⁵ deriva l'obligació de respectar la propietat i la paraula donada, i d'aquesta manera s'amplia netament la idea de contracte fins a arribar a ser pràcticament assimilada a la d'obligació.

traducció, Madrid, 2001, p. 140; «Del comentario de Vini sobre las Instituciones sólo en Lyon se hicieron nueve ediciones entre (1666 y 1777), a la vez que 12 en Venecia entre 1712 y 1804, tres en Nápoles, cinco en Valencia y una traducción al español (Barcelona 1846-1847)», p. 142.

34. J. Voet va ser professor a la Universitat de Leiden; el seu famós *Commentariorum ad Pandectas libri Quinquaginta* es va traduir a les llengües francesa i italiana durant el segle XIX, seguint un fenomen que es va donar en molts països europeus, fenomen destacat per J. Egea en el pròleg a la reedició de la obra de Vives i Cebrià, on cita un treball de F. Ranieri, *La traduzioni e le annotazioni di opere giuridiche straniere nel sec. XIX como mezzo di penetrazione di influenza della dottrine*. Voet és un autor extraordinàriament influent en el pensament jurídic previ a la codificació. P. STEIN, p. 141 i 142: «Los comentarios de Voet sobre el *Digesto* fueron editados en diecisiete ocasiones en Francia, Alemania, Italia, y Ginebra, así como una traducción al italiano en seis volúmenes (Venecia 1837-1840). [...] Aunque siguió el orden de los títulos del *Digesto*, Voet dispuso el material dentro de cada título diferentemente. Primero se explica el derecho romano y luego el derecho moderno con la cita completa de las autoridades relevantes. El derecho natural, en gran parte tomado de Grocio, es mencionado pero ocupa sólo un modesto lugar.»

35. F. WIEACKER, p. 206: «Toda reflexión acerca de las leyes de valor universal que rigen la convivencia humana en la sociedad acaba con inalterable legalidad en los derechos y deberes de los hombres y de las uniones humanas, es decir, en un derecho natural en el sentido más amplio de este vocablo plurívoco.»

Per la seva banda, el francès J. Domat (1625-1692),³⁶ seguint aquests postulats, va preparar una nova sistematització del dret privat, sistematització que ja va diferir de la de les fonts jurídiques justinianees, ja sigui la del *Digest*, que ja hem dit que és netament processal, o seguint la classificació tripartida de les *Institucions* de Justinià, que és la de les *Institucions* de Gai: persones, coses i accions, l'última de les quals ja hem dit que no té significació en els tractats acadèmics del segle XVIII.

Es pot dir que aquesta etapa de l'evolució del pensament jurídic abandonarà definitivament la perspectiva processal en l'anàlisi dels textos jurídics. L'humanisme jurídic anterior havia fixat l'atenció en l'autenticitat del text encara que, per a reconstruir, també tenia en compte altres elements; el iusnaturalisme posterior, hereu del racionalisme, en haver primat l'abstracció, precisament perquè feia derivar la seva anàlisi des dels conceptes jurídics més primigenis, deductivament i en progressió geomètrica, fins als conceptes inferits dels quals depenen, no deixa espai per a l'examen de la perspectiva processal de cada text. Per això, l'anàlisi dinàmica, individualitzada en cada cas, que exigeix una perspectiva processal sobre el text, deixa de tenir sentit des d'un plantejament abstracte, i aquest plantejament aconsegueix que els textos recollits en la compilació de Justinià tinguin un paper netament diferent del d'etapes anteriors; ara són arguments d'autoritat per a fonamentar afirmacions fetes des de l'abstracció, per tant desfigurades del sentit originari, i del sentit que va voler donar-li la comissió compilatòria de Justinià.³⁷

36. La seva obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, publicada entre els anys 1689-1694, continua buscant un ordre natural deduït geomètricament dels principis cristians, P. STEIN, p. 151. La seva sistematització del dret privat va passar per una quadripartició: persones, coses, obligacions i successions; les obligacions podran ser voluntàries i involuntàries; dintre de les voluntàries inclou totes les contractuals més les que provenen de l'usdefruit i de les servituds predials; dintre de les obligacions involuntàries inclou la responsabilitat per danys causats a un altre per dol o culpa, la responsabilitat del tutor davant del pupil, i la dels copropietaris *ex communiōne*; dintre de les obligacions, Domat va tractar també les garanties reals i personals, la possessió i la prescripció. P. STEIN, p.152, diu: «Curiosamente el esquema de Domat iba a ser más seguido en Alemania que en Francia, siendo el antecesor del orden de la pandectística y del Código civil alemán.»

37. Torracassana cita també altres autors, entre els quals destaquen: E. Baro (citada freqüentment al capítol x), J. de Otero, de Loy, M. de Valencia, especialment a la p. 11, on destaca que l'opinió de Valencia és contrària a la de Cuias en el tema de responsabilitat del fiador en el cas que el deutor principal hagi sofert deportació; cita també autors de la tradició jurídica catalana com A. Oliba (Porta, Alta Cerdanya, 1534 - Barcelona, 1601), sobre A. Oliba pot consultar-se A. VAQUER ALOY, «En el quart centenari de la seva mort: Antoni Oliba i el dret català», *Revista de Dret Historic Català*, vol. 1, 2001, p. 227-238; J. CANCER (Barbastre, 1559 - Barcelona, 1631) i J. P. FONTANELLA (Olot, 1576-1649).

2.5. MÈTODE

El mètode amb què Torrascassana treballa el dret romà és molt rigorós i sistemàtic. Totes les qüestions estan plantejades esglaonadament, i aquest mateix ordre sistemàtic està pensat per mantenir l'exposició estretament cenyida a l'esquema previ. Leibniz, que el 1667 va publicar *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*, que tenia profundament assimilats els plantejaments cartesians, proposa en la seva obra que s'iniciï el tractament des de les veritats primigènies, i des d'aquestes, se'n vagin derivant concatenadament les conseqüències; així s'arribarà a un sistema de lògica pura.³⁸ I efectivament és així com es pot situar la manera d'apropar-se a l'objecte d'estudi per part de l'autor que ara ens interessa. Les exposicions estan ordenades de tal manera que es podria reproduir en un esquema els plantejaments de cada un dels diferents capítols o *assertiones* dintre dels capítols.

Torrascassana tracta els texts del *Corpus iuris civilis* en la vessant més abstracta, vessant que no li permet advertir els punts en què hi ha un *ius controversum* entre juristes, i que tampoc no li permet advertir l'evolució del tractament de moltes institucions i figures, que arriben a la comissió compilatòria de Justinià ja desfigurades del tractament clàssic. Això és producte del propi mètode de treball, que busca en el dret romà el fonament d'autoritat, però pretenent que el dret romà és un producte atemporal i conforma una unitat compacta i coherent. Així, i a títol d'exemple, el nostre autor no va apreciar que, en el contracte de compravenda, el tractament del preu en els textos del *Digest* i els del *Codex* trasllueix una filosofia netament diferent, ja que, en aquest punt, el liberalisme de l'època clàssica dóna pas a una posició limitadora i intervencionista dels emperadors postclàssics.³⁹

38. G.W. LEIBNIZ (Leipzig, 1646 - Hannover, 1716); J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del Pensamiento Jurídico*, 2 vol. (vol. 1, Madrid, 1992, i vol. 2, 1988) en parlar de l'obra metodològica en el camp del dret, de Leibniz, diu: «propone reducir el derecho a una unidad sistemática mediante una ordenación de la materia jurídica que conduzca a principios simples, de los que extraer leyes no sujetas a excepciones.[...] Naturalmente el método toma como base el derecho romano, vigente entonces en Alemania como derecho común, reordenándolo según el método nuevo que le confiere la unidad que no poseía en el derecho romano justiniano.» Sobre la importància de l'aportació metodològica de Leibniz, veg. també G. FASSÓ, *Historia de la filosofía del derecho*, 3 vol. (traducció, vol. 1 i 2, 1966, i vol. 3, 1983). Veg. també G. DEL VECHIO, *Filosofía del derecho*, traducció, 2a ed. Barcelona, 1960.

39. En algun cas es pot detectar que Torrascassana aprecia el *ius controversum* entre juristes; per exemple, en relació amb l'alliberament de les obligacions alternatives i al *ius electionis* del deutor, ja que, tal com planteja D.12,6,26,13 *in fine* Ulpià l.26 *ad ed.*, quan el deutor lliura una prestació de les dues alternatives —*decem aut Stichum*— i l'altra només en part, Celsus i Marcel opinen que el deutor té

Tres vegades, però, hem trobat que el nostre autor pren posició en una qüestió de variants en el text del *Corpus iuris civilis* entre els diversos manuscrits; sens dubte, Torracassana disposava d'edicions del *Corpus iuris*, especialment del *Digest*, amb anotacions crítiques molt complertes.⁴⁰ Sobre la coneguda variant de D.45,1,4,1 Paulus l.12 *sab.* diu: «Sane difficile est adequata responsio ob dicti versiculi contorta et ambigua verba. Respondetur tamen in primis vulgatis codicibus post verba illa: “Sed videamus ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione Titium heredemque eius ratum habiturum”, ita legi, ut adjuntetur, “paulus respondit non idem esse”, ut refert Valent Instr. 2.tract.4.cap.6.n.23 et in nostro Codice ff novi (digestum novum), excusso Paríssis, ex officina libraria Viduae spectabilis viri Thelmani Rerner, sub signo unicornis, anno 1536, adsunt dicta verba *Paulus respondit non idem esse*, qua retenta lectura, nulla restat dubitatio. Et revera aliter nec rectum sensum videndum facere verba dicti textus; imo facile colligitur, vel ibi aliquid deficere, vel Paulum non ressolvisse. Iuvat etiam hoc ipsum, quod quamvis in Pandectis Florentinis, et adhuc in nostro pandectarum codice, Geneve apud Joannem Vignon, excusso anno 1620 deficiant illa verba, nihilominus (quamvis obscure) idem remanet sensus, ut iam observabit Valent, ubi proxime: nam cum dixerit ex Catonis Sententia stipulationem *per te non fieri, non committi*, nisi in solidum, dubitaveritque an idem fit, aut magis idem, quo in stipulatione *Titium* heredemque eius ratum habiturum, in versiculo. *Nam hac*, statim adjicit differentiam inter utramque stipulationem, afferens an dividuam esse, addensque non obstante, quod ipse dominus ratum pro parte habere non potest. Adverte hic, quod si non ipse dominus, sed procurator fuerit, qui rem ratam dominum habiturum cavit, tunc recte pro parte ratum habere poterit *l.cum debitore 17 l.si procurator 18 D.rem ratam haberi.Valent. d.loco num.24.*»

En efecte la situació del text en els manuscrits és la següent: després de la paraula «habiturum», els manuscrits Ivrea de segona mà,⁴¹ París lat. 4455*b* i Ka-

la *condictio indebiti* per a reclamar el que ha lliurat de més, mentre que Ulpia considera que el creditor pot exercir el *ius retentionis*. Veg. p. 302 i 303: «Iurisconsulto dissensio fuerit, et Ulpianus et Celsi opinionem referens in l. (D.12,6,26,13)... Juliani tamen, et Papiniani opinio a Justiniano (Ulpiani et Celsi rejecta) approbata fuit»; cita CI 4,5,10 Justinia (any 530), constitució en què l'emperador es refereix al text del *Digest* citat *supra*. De tota manera, advertim que el *ius controversum* s'explicita al text de Justinia.

40. No creiem que poguéssim disposar de la completíssima edició crítica de Simon van LEEUWEN de les *Instituciones* i el *Digest*, Lipsiae (1740).

41. Hem pogut consultar aquesta variant en el manuscrit d'Ivrea, Edimburg 154 i Vaticà 754 a través de microfilm, ja que aquests manuscrits no estan citats a l'aparell crític de l'*editio maior* de T. H. MOMMSEN, atès que no estaven identificats en el temps del seu treball, l'últim quart del segle XIX. En el manuscrit d'Ivrea la seqüència es troba escrita per sobre d'un esborrament, modificació feta per una mà posterior a la del copista, no necessàriament la del corrector. Pensem que l'afegitó

liningrad 10b (K i O citats per MO), afegeixen «Paulus respondit non esse idem»; i Yb afegeix a la frase transcrita «al.sine non»; en aquest manuscrit consta una glosa: «hoc si habeas paulus respondit non esse idem, et sic Py(sis), sed alias deest non (Accursius)». La lliçó del manuscrit de Florència (F) o Pisa (Py) no conté la seqüència, ni tampoc els manuscrits d'Edimburg 154 ni del Vaticà 754, ni els manuscrits més coneguts del *Liber Pauperum*, de Vacari. Mommsen no l'ha inclòs a la seva edició.⁴²

El text de Paulus exposa un contingut paradigmàtic en el tema de les obligacions indivisibles: el jurista Paulus cita Cató i Marcel, i exposa la situació quan diversos hereus han d'assumir una clàusula penal promesa pel seu causant; si aquesta és de naturalesa indivisible: *iter fieri*, l'incompliment d'un d'ells afecta tots els cohereus, mentre que, per exemple, la promesa estipulatòria que Ticio i el seu hereu ratificaran una gestió admet divisió, ja que la pena per incompliment es podrà reclamar només a qui no ha complert; de tota manera els juristes van expressar opinions diferents sobre la divisibilitat de la ratificació.

Una altra variant es troba a D.31,66,2 de Papinià 17 *Quaestionum*: «Sed si pars fundi simpliciter, non quae Maevii fuit, legetur, solutio prior non peremit alteram actionem, atque etiam hanc eandem partem aliquo modo suam factam poterit alter heres solvere, neque (*namque*) plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione corporis obtinent.» Per entendre aquest paràgraf s'ha de tenir en compte l'anterior que parla d'un mateix legatari considerat en dos testaments diferents; l'objecte del llegat és idèntic: una part d'un predi de Mevius. El compliment de l'hereu d'un dels testaments, allibera l'hereu de l'altre testament; el problema que planteja el text que ens ocupa és el cas d'un llegat de part d'un predi, manifestat sense identificació, però també iterat en dos

d'alguns manuscrits de la Vulgata ha de ser restituït en el text de l'edició del *Digest*, pels motius següents: a) difícilment el contingut de l'afegit pot haver arribat als manuscrits originat per una glosa, ja que no introdueix ni modifica res del contingut; b) difícilment l'afegit pot haver-se introduït en el text per un error mecànic que hagi originat una transposició de seqüències; c) immediatament abans de l'afegit el jurista Paulus estava explicant l'opinió del jurista Cató, i per això no ha d'estranyar que en un text de Paulus *ad Sabinum* trobem una citació del mateix Paulus *responsorum*, per a diferenciar-la de la citació següent del jurista Marcel, ja que el text pot haver estat transmès per un deixeble de Paulus, que pretén insistir en l'opinió del mestre en el sentit de la diferència entre la prestació de fer un camí o permetre un pas, i la prestació de ratificació, diferència que determina, segons el jurista, la divisibilitat de la segona prestació en relació amb la primera. Sobre el tema veg. E. RICART MARTÍ, *La tradición manuscrita...*; a la p. 141 em manifesto sobre aquesta variant.

42. TORRASCASSANA, p. 271. Veg. també H. E. TROJE, *Graeca leguntur*, Köln Wien, 1971, p. 19, extensa n. 45, ja que aquesta variant va merèixer una atenció detallada dels humanistes.

testaments de diferents testadors; en aquest cas, el pagament d'un llegat no allibera l'altre hereu de pagar la seva part, ja que, diu el jurista, la divisió del domini d'una mateixa cosa és només intel·lectual i no corporal.

Sobre el text, Torrascassana cita Alciat, Haloandre, Retes i Maians. L'autor comenta que al manuscrit F, «namque» és un error, i que hauria de constar «neque». El cert és que la reconstrucció del text en un sentit o un altre canvia totalment el significat. Pensem que la proposta de Torrascassana és millor, ja que efectivament l'oració adversativa que resulta amb «namque» no té cap sentit, i sí que en té la conjuntiva amb «neque». Probablement és un error de copista del moment inicial de la tradició manuscrita, i per això ha estat aleatòriament corregit en molts dels manuscrits, però no en tots. Torrascassana cita el seu exemplar de l'*Infortiatum* (París 1538), en què l'error està corregit, i comenta que en el seu exemplar de Torelli (sic)⁴³ en impressió de Geneve 1620, consta «namque».⁴⁴

Torrascassana es manifesta sobre una altra variant; D.46,4,13,6 Ulpia, 50 *ad Sabinum*: «Si Stichum aut decem sub condicione stipulatus Stichum (aut decem F1, F2 esmena; grecs no ho tenen, Mommsen tampoc ho introdueix en text a l'*editio maior*) acceptum fecerit et pendente condicione Stichus decesserit, decem in obligatione manebunt, perinde ac si acceptilatio interposita non fuisset.»

En el manuscrit de Florència, la seqüència «aut decem» després del segon «Stichum» està esborrada pel corrector; en les versions gregues del *Digest*, no hi és, però Torrascassana, tot i que, segons explica, a la seva edició del *Digestum novum*, no consta, argumenta que ha de constar en text, ja que en un altre cas hom li donaria a l'«acceptilatio» un caràcter de modificació parcial de l'estipulació originària, que no pot tenir, citant D.46,4,4 Pomponi *ad Sab.*: «Acceptilatio sub condicione fieri non potest.»

43. Laelius i Franciscus TAURELLUS van publicar l'edició més prestigiosa del *Digest* l'any 1553, a Florència, edició que va ser finançada per la família Medici; van treballar conjuntament amb el gran humanista espanyol Antonius Agustinus (1517-1586). Ells van defensar la dependència dels manuscrits de la Vulgata del *Digest* del manuscrit de Florència (F), defensa que van mantenir amb sòlids arguments filològics. Per això, la seva edició del text del *Digest* és pràcticament una reproducció del text del manuscrit florentí. Sobre la qüestió veg. J. MIQUEL, «Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten SZ», *Revista de Savigny*, RA (römanistische Abteilung) 80 (1963), i E. RICART MARTÍ, *La tradició manuscrita...*

44. Mommsen, al text de l'*editio maior*, posa «neque» en el text, i en una nota fa constar «namque».

3. DESENVOLUPAMENT DE L'OBRA

3.1. CONSIDERACIONS GENERALS

Per a situar el món conceptual de Torracassana, resulta interessant examinar la introducció i el capítol primer de la *disputatio I*: «De contractibus in genere, et de dividuis, et individuis obligationibus». El nostre autor, en el seu plantejament, s'adscriu clarament al pensament iusnaturalista en fer derivar del *ius naturale* totes les relacions entre els humans, pactades o convencionals, l'obligatorietat de les quals serà donada exclusivament pel costum; quan el *ius naturale* no sigui suficient per a fixar l'obligatorietat d'aquests acords, sorgirà el *ius gentium*, que aporta la idea de *fides*;⁴⁵ finalment la *civitas* farà sorgir l'autoritat del *ius civile* per obligar a respectar allò al que s'està obligat o allò al que un mateix s'ha obligat; aquesta última és l'accepció de *contracte*; aquest plantejament introductorí trasllueix també el coneixement del nostre autor del debat filosòfic sobre els diversos àmbits, esferes o estratificacions del dret, posada al servei de l'objecte del seu tractat. L'autor de Cervera inicia l'explicació prenent posició sobre els tres àmbits de l'ordenament jurídic privat, *ius naturale*, *ius gentium*, *ius civile*, però no ho fa abstractament, sinó tenint present l'objecte de la seva exposició. D'aquesta manera, Torracassana segueix un inici expositiu de profunda tradició romana, que els juristes plantegen a l'inici dels seus grans comentaris; el primer títol del primer llibre del *Digest*, «De iustitia et iure», recull en els primers textos les posicions de juristes com Ulpià, Pomponi, Hermogenià i Papinià sobre l'abast dels conceptes *ius naturale*, *ius gentium* i *ius civile*. Aquest inici expositiu es reproduceix també en el títol II del llibre I de les *Institucions* de Justinià: «De iure naturali, gentium et civili».⁴⁶

S'observa que l'*assertio unica* del capítol I està dedicada a estudiar el nom *contractus* i les seves diverses accepcions.⁴⁷ Torracassana parteix d'un concepte

45. Tots els contractes són introduïts pel *ius gentium* que comporta la *fides*, llevat de la *stipulatio*, obligacions literals, contractes emfitèutics, i *donationes propter nuptias*. Per exemple, pel que fa a l'emfiteusi, Torracassana destaca que la seva naturalesa singular i peculiar, formalitzada per l'emperador Zenó, no és tal, ja que la causa és la redempció dels fruits o l'arrendament. Torracassana aquí comenta les *Institucions* de Justinià 24,3: «familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio [...]. Ut ecce de praediis, qua perpetuo quibusdam fruenda, id est ut, quamdiu pensio sive redditus pro his domino praestetur [...]» Torracassana cita Perezus en el comentari al *Codex* de Justinià, «de iure emphyteutico».

46. El *Codex* de Justinià no té una rúbrica dedicada al tema.

47. La formalitat expositiva consisteix a incloure en cada una de les *assertiones* una sèrie d'afirmacions concatenades, separades cada una per lletres majúscules de l'abecedari; cada una d'aquestes lletres és desenvolupada independentment, i amb gran profusió de citacions de textos del *Corpus iuris civilis*, sobretot el *Digest*.

estricte de contracte, per a irradiar-lo pràcticament al nostre concepte de vincle obligatori. Per l'autor de Cervera en el terme *contrahere* podem trobar quatre accepcions: *proprie o propriissime*; *proprie solum*; *improprie*; *magis improprie*; pot apreciar-se aquí un esforç enumeratiu de caràcter escolàstic que té com a finalitat incloure, dintre de l'amplíssim abast que Torrascassana vol donar al concepte *contrahere*, totes les modalitats obligatòries, però que en cap cas pretén fer una classificació; l'enumeració de l'autor de Cervera no té similitud amb la classificació justiniana d'*Instituciones* 1,3,13,1-2: «ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio quasi ex maleficio»,⁴⁸ ja que la intenció de Justinià era millorar les classificacions precedents, amb la finalitat de poder tractar totes les modalitats obligatòries des d'un punt de partida unitari.⁴⁹

Per Torrascassana els contractes *proprie o propriissime* són les convencions originadores de vincles obligatoris recíprocs entre totes les parts, per nosaltres sinal·lagmàtics, com l'*emptio-venditio* o la *locatio-conductio*;⁵⁰ *proprie solum* és una altra accepció de *contrahere* que comprèn les convencions que originen obligacions per a una sola part, com en el mutu o en l'estipulació o per a ambdues, com la compravenda;⁵¹ la tercera accepció seria *improprie*, ja que, segons Torrascassana inclou no només tots els contractes sinó també els *quasi contractus*;⁵²

48. Classificació que, segons el redactat de les *Institutiones*, està relacionada amb la *species*, mentre que la classificació de les obligacions en civils o pretòries està relacionada amb el *genus*. És comunament acceptat que Justinià (i Gai) a les seves *Institutiones* van explicitar la terminologia del mètode dialèctic grec, però no amb la perspectiva filosòfica grega sinó donant una perspectiva purament d'exposició didàctica. Veg. sobre la qüestió J. M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las Res Cottidianae*, Madrid, 1996, p. 35 i s., on cita Kaser. Sobre la qüestió és fonamental M. TALAMANCA, *La filosofia greca e il diritto romano*, Roma, 1977.

49. Sobre les classificacions precedents, veg. J. M. COMA FORT, *El derecho...*

50. Cita, entre d'altres, D.50,16,19 Ulpia l.11 *ad ed.*: «contractum» autem ultro citroque obligationem, quod graeci synalagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem [...].»

51. Cita, entre d'altres, D.2,14,1,3 Ulpia l.4 *ad ed.*, text en què el jurista fonamenta en l'equitat l'*edictum de pactis*, ja que el consentiment és natural (no diu del *ius naturale*); el pacte com la *conventio* tenen com a fonament el consentiment; però *conventio* és un terme genèric: «Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens [...]. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Peditius, nullum esse contractum, nullam obligationem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.» També cita D.2,14,7,2 del mateix jurista i llibre, en què es dona una visió àmplia de les *conventiones* des del *ius gentium*.

52. Cita D.13,5,1,6 i 7 Ulpia l.27 *ad ed.* en seu de *pecunia constituta*, on el jurista Ulpia diu que es pot constituir, és a dir, comprometre el pagament, qualsevol deute causat en el deute del preu d'una compravenda, o a causa de dot, o a causa del tutela «vel ex quocunque alio contractu; debitum autem vel natura sufficit»; Torrascassana diu que en aquest text el jurista utilitza l'accepció de *contrahere, proprie solum*, ja que pel jurista, en contra de la doctrina, les obligacions del tutor envers

finalment, exposa l'accepció més àmplia de *contrahere: magis improprie*, que comprèn els delictes, els quasi (delictes), els judicis i els testaments.⁵³ Veiem així que la intenció de l'autor de Cervera és destacar l'amplitud del contingut semàntic del terme *contrahere*.

En l'*assertio I* del capítol II s'expressa clarament que en el terme *contractus* s'ha d'entendre no només el que sorgeix de la *conventio*, ja que hi ha *contractes* en què la força obligatòria és determinada per la causa, no per la *conventio*, que és un component fàctic, mentre que la causa és jurídic. L'avantatge d'apreciar en el *contractus* la causa més que la convenció estriba en el fet que ens permet d'incloure els *quasi contractus*, els delictes i els *quasi delictum*, i així només queden al marge alguns delictes i els pactes,⁵⁴ que, segons el nostre autor: «pactum vero est factum nudum, id est nuda conventio sine causa»,⁵⁵ i la causa és el component jurídic de l'accepció *contracte* de Torrascassana, que atorga la força al *contracte*.⁵⁶ Hi ha un passatge clau per a comprendre la idea; en parlar de la permuta com a *contracte innominat* es diu: «[...] aliud esse nomen contractus, conventionis aliud; hoc nudum factum significat, ut permutatio; illud vero factum, et ius, id est conventionem, et causam, ex quibus duabus partibus contractus constat.»^{57, 58}

Destacarem *infra* l'amplia accepció de *contrahere* exposada per Torrascassana, que l'adscriu als corrents del seu temps, que es caracteritzen perquè modifiquen sistematitzacions anteriors. Hem dit abans que Domat, dècades abans, ja havia resistematitzat tot el dret privat, i havia atorgat al concepte d'obligació

el pupil són contractuals. Resulta interessant destacar que el nostre autor distingeix la *doctrina* del text del *Corpus iuris civilis*.

53. «Cum ex his omnibus obligationes oriuntur, contractus utcumque dic possunt [...], non solum omnia contractum genera, sed etiam delicta»; Torrascassana cita Aristòtil i De Loy.

54. La responsabilitat per *iniuria* o la del *index qui litem sua faciat* no són citades per Torrascassana, però, probablement a causa que aquestes figures estaven ja ubicades clarament en l'àmbit penal no són mencionades en un tractat de dret d'obligacions; en canvi Torrascassana en parla quan tracta del furt.

55. TORRASCASSANA, p. 8; cita Vini «ad princp.tit.Inst.de oblig.que quasi ex contract.nascunt n. 2 i 3».

56. «Causam hic intelligimus pro a iure contractui tributa vi pariendae efficacis obligationis», p. 8.

57. TORRASCASSANA, p. 17, cita D.19,4,1 Paulus l.32 *ad ed.*, text en què el jurista distingeix la compravenda de la permuta pel fet que a la permuta les obligacions de cada una de les parts no estan netament diferenciades.

58. És interessant destacar que en aquesta *assertio* i capítol trobem una cita d'Aristòtil a l'*Ètica a Nicòmac*, citacions que difícilment veurem al llarg de la obra, però que l'autor ha considerat que en aquest moment inicial eren necessàries, potser només com a tribut a la seva cultura humanística.

un camp molt ampli. Així es pot constatar que el pensament iusnaturalista va aportar l'energia necessària per a criticar la sistemàtica en què es presentaven les fonts jurídiques justinianees. Efectivament, el *Digest* i el *Codex* seguien la sistemàtica de l'edicta del pretor, per tant una sistemàtica en què prima l'aspecte processal, que era també la sistemàtica en què els juristes havien escrit els seus grans comentaris *ad Sabinum*, *ad Edictum*, *Responsa*, *Quaestiones*, *Digesta*; amb el iusnaturalisme el pensament jurídic havia assolit ja un estat de maduresa i es trobava en disposició de criticar creativament els plantejaments anteriors. El autors més influents per a Torracassana, com Voet, Vini, Zoesi, participen plenament del moviment resistemitzador.⁵⁹

L'obra que comentem conté cinc *disputationes*; primera *disputatio*: «De contractibus in genere», dividida en nou capítols; segona *disputatio*: «De mutuo et Senatusconsulto Macedoniano», dividida en set capítols, alguns subdividits en diverses *assertiones* (ocupa el 15 % d'extensió); tercera *disputatio*: «De commodato», subdividida en quatre capítols, cada un amb una o dues *assertiones* (ocupa el 6 % d'extensió); quarta *disputatio*: «De deposito et sequestro», quatre capítols dels quals tres estan dedicats al dipòsit i l'últim, al segrest (ocupa el 8 % d'extensió), i la cinquena *disputatio*: «De pignore», de tres capítols (ocupa el 8 % d'extensió).⁶⁰

Per a trobar l'antecedent d'aquest plantejament hem d'anar a les *Institutiones* de Justinià, concretament a Inst Just 3,13,2 i 3,14, títols les rúbriques dels quals són, respectivament: «De obligationibus» i «Quibus modis re contrahitur obligatio». Inst Just 3,13,2 planteja la divisió de les obligacions «in quator species: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio»;⁶¹ al títol següent, 14 de les *Institutiones*, es plantegen els aspectes identificadors de les diverses *obligationes*: «ex contractu re: datio mutui [...] res aliqua utenda datur [...], res aliqua deponitur [...], pignus accipit [...]».

59. WIEACKER destaca que a Alemanya la recepció del *ius commune* en el camp de les obligacions és molt intensa, ja que és un camp precisat de racionalització, i accessible a la recepció. Precisa que la major part dels contractes es van convertir en contractes consensuals, es van abandonar les formalitats, i que la recepció va introduir-se sobretot pel contracte real innominat de Justinià (p. 192 i 196).

60. L'obra té, al principi, un *index* general de les cinc *disputationes* amb els títols de cada un dels capítols, i al final hi ha l'«Index legum in hoc opere illustratarum, in quo prior numerus Disputationem, secundus caput, tertius paginam indicant», motiu pel qual pensem que està concebuda unitàriament. A més, l'autor, a vegades, remet al lector d'una *disputatio* a una altra.

61. Gai Inst. 3,88, paràgraf en què el jurista inicia el tractament de les obligacions: «Nunc transeamus ad obligationes», i el jurista fa una classificació bipartida: «omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto».

Per Torrascassana la sistemàtica compleix la finalitat de permetre d'introduir ordenadament totes les qüestions relatives a l'objecte proposat. La presentació sistemàtica és la mateixa per a totes les figures: explicació del terme, finalitat economicosocial i origen; classificacions; persones que poden *contrahere*; objecte, i efectes.

4. DISPUTATIO I

4.1. INTRODUCCIÓ

Analitzant ja la primera *disputatio*, veiem que l'autor de Cervera ha pogut introduir moltes de les figures de què parla Gai a D.44,7,5:⁶² «negotiorum gestio, solutio indebiti, qui deiectum effusumve ita ut alicui noceret, qui positum aut suspensum rem habet», o la responsabilitat dels empleats que roben o fan malbé coses introduïdes a la nau o a la fonda. La finalitat conductora prioritària de Torrascassana és la completa.

L'anàlisi de la sistemàtica de la *disputatio I* trasllueix en l'autor la voluntat de renovació jurídica, vinculada als corrents contemporanis que preconitzaven plantejaments molt més abstractes. En primer lloc (cap. I i II), situa la seva idea especial de contracte; en els capítols III i IV l'autor classifica els contractes; en el capítol V, l'autor analitza l'aspecte subjectiu, és a dir, quines persones poden o no contraure; en el capítol VI, s'introdueix en l'aspecte objectiu, és a dir, quines coses poden ser objecte de contracte i quines no; en el capítol VII, s'analitzen les formes de contraure; en el capítol VIII, Torrascassana analitza, en una única *assertio*, els aspectes que configuren l'obligació o el contracte, com ara els relatius a la *qualitas*,⁶³ i finalment aborda la interpretació dels contractes. L'últim capítol, el més ampli,⁶⁴ està dedicat a l'estudi dels contractes divisibles i indivisibles.

62. Es tracta d'un text del jurista Gai extret de les *Res cottidiane (sive aureae)*; en aquesta obra apareix una concepció diferent sobre les fonts de les obligacions que la que apareix en les *Institutiones*, ja que en aquesta última es parla de contractes i delictes com a úniques fonts de les obligacions: «[...] omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto» (Gai Inst. 3,88), mentre que a les *Res cottidianae* es parla de contractes, delictes, i «ex variis causarum figuris» (D.44,7,1,pr.). Alguns autors basen en aquesta discrepància la hipòtesi que Gai no sigui l'autor de les *Res cottidianae*. Veg. J. M. COMA FORT.

63. Seguint la pauta del conegut text del jurista Paulus, l.74 *ad ed.* D.44,7,44: «Obligationum fere quatuor causae sunt; aut enim dies in his est, aut conditio, aut modus, aut accessio.» Cal destacar que mentre el jurista Paulus parla de *causa*, Torrascassana parla de *qualitas*.

64. Torrascassana li dedica 107 pàgines, de les 307 que té tota la *disputatio I*.

4.2. CAPÍTOLS I i II

En el capítol I, «De nomine contractus eiusque varia acceptione», i en el capítol II, «Quid sit contractus et ad quod ius contractus referantur», amb una *assertio unica* cada un, l'autor presenta els plantejaments de què hem parlat *supra*.

4.3. CAPÍTOL III: «DE DIVISIONIBUS CONTRACTUUM»

Els capítols III i IV estan dedicats a comentar les diverses classificacions dels contractes segons les perspectives des què s'analitzen; cal destacar que Torracassana els classifica en el sentit més rigorós i, per tant, totes les tipologies contractuals —en el concepte torrescassià i iusnaturalista de contracte— es poden incloure en un i només en un dels braços de cada una de les diferents tipologies. A l'*assertio I* del capítol III, es plantegen les divisions: contractes del *ius gentium / ius civile*; nominats i innominats,⁶⁵ i en aquesta classificació parla de la dificultat d'enquadrar la donació i la transacció; contractes que es perfeccionen pel lliurament de la cosa com el mutu; d'altres per les paraules o l'escriptura, com l'estipulació; d'altres pel consentiment, com la compra, la venda, etc., classificació aquesta última que vincula Torracassana amb les *Instituciones* de Justinià 3,13,2: «prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequè quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu».⁶⁶

A l'*assertio II* del mateix capítol III continua l'exhaustiva classificació del contractes: certs i incerts, classificació que està determinada per la concreció en la cosa objecte del contracte o per la determinació genèrica —per exemple, l'esclau Esticus o un esclau—,⁶⁷ o contractes la certesa dels quals arriba després de la realització d'un fet o del transcurs de temps, com per exemple si és sobre fruits

65. A la p. 17, en citar el jurista Ulpia, Torracassana comenta la diferència entre la permuta i la compravenda: «Diversitatis ratio in eo stat, quia lex 12 tab. Nullam permutationis facit mentionem, bene tamen emptionis, deditque nominatim actionem [...]. Igitur contractus nominati sunt, qui lex 12 tab. nominantur, vel qui proprium nomen habent contractus.»

66. La classificació justiniana retorna a la classificació gaiana de les *Instituciones* de Gai 3,89 i de l'Epítome Gai 2,9,pr., ja que el Gai de les *Res cottidianae*, D.44,7,1,1 (veg. J. M. COMA FORT, p. 30) havia suprimit les obligacions literals. Justinià torna a parlar de contractes literals, però no per referir-se al *codex accepti et expensi* de què parla Gai, sinó per referir-se a les compravendes que, des de Justinià, exigeixen document. Veg. CI 4,21,17 (any 528), Justinià.

67. Cita entre d'altres, D.45,1,74 i 75 Gai l.8 *ad ed. provinciale* i Ulpia l.22 *ad ed.* De fet aquesta diferenciació de la jurisprudència s'entén millor des de la fórmula del procediment formulari, ja que la *condemnatio* de la fórmula, és a dir, la part de la fórmula en què el pretor autoritza el *iudex* a condemnar o a absoldre, és prevista més o menys àmpliament, si la *intentio*, és

futurs,⁶⁸ contractes de bona fe, com la compravenda, la *locatio/conductio*, o de dret estricte, com el mutu o l'estipulació, o arbitraris;⁶⁹ una altra classificació proposada per Torrascassana és la de contractes *gratia dantis tantum* com el dipòsit, o *gratia accipientis tantum* com el comodat, o *gratia utriusque* com el *pignus*;⁷⁰ una altra classificació marca el grau de responsabilitat per incompliment: en uns contractes la responsabilitat és només per dol, en d'altres la responsabilitat és per dol i per culpa, en d'altres és per culpa levíssima, i en cap cas hi ha responsabilitat per cas fortuït, llevat que no s'hagi pactat expressament;⁷¹ uns contractes, la majoria, són obligatoris per a les dues parts, d'altres són obligatoris només per a

a dir, la pretensió de l'actor, és prevista com un *incertum* o com un *certum*. Gai Inst. 4,39 i s. Es pot detectar en aquesta qüestió que el coneixement de les *Instituciones* de Gai, text descobert per B. G. Niebhur l'any 1816, ha aportat un coneixement molt més important sobre el dret clàssic, gràcies als comentaris del jurista sobre el procés.

68. Cita D.45,1,75 pr. Ulpià l.22 *ad ed.*: «ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulatione dicendum est».

69. També aquesta diferenciació es comprendria més bé des del procediment formulari, i concretament des de la *condematio* de la fórmula, que pot estar prevista en termes de bona fe, que no vol dir exactament oposició a la mala fe, sinó que vol dir que el *iudex* pot quantificar la condemna pecuniària tenint en compte no sols el valor de l'incompliment, sinó també el perjudici ocasionat per l'incompliment. Veg. *Institutiones* de Justinià 4,6 *de actionibus*, on tota la rúbrica està destinada a classificar les accions, i aquesta classificació justinianea és traslladada per Torrascassana, amb variacions, a la classificació dels contractes. Veg. també IJ 4,6,28, ja que en aquest punt és el mateix Justinià qui explica les diferències entre el dret clàssic. Torrascassana exposa la controvèrsia que pot comportar parlar de contractes *arbitraris* al mateix nivell que els de dret estricte o de bona fe: «Si obiciat huic divisi, quod actiones descendentes ex contractibus aliae sunt bonae fidei aliae stricti iuris, aliae arbitrarie» (cita Inst 4,6,31 i Vini); «et sic han divisionem eodem modo tripartitam esse debere cum contractus eas pariant» (p. 23), però diu que les accions *arbitrarias* no s'anomenen així en virtut del contracte que els dona origen sinó en virtut de situacions sobrevingudes, i posa com a exemple els casos en què el deutor o el creditor demanen al pretor el compliment en lloc diferent de l'acordat i el pretor autoritza el *iudex* perquè estableixi *arbitrariament* la compensació en més o en menys; cita D.13,4 *de eo quod certo loco dari oportere* 1 i 2 i 3. Torrascassana no pot comprendre des de les fonts justinianees que la clàusula arbitrària està també en les accions reipersecutòries amb la finalitat que el *iudex* que ha decidit condemnar el demandat, li atorgui la possibilitat de restituir segons el seu arbitri, abans d'establir la quantitat de la condemna en *tantam pecuniam* quan valgui la cosa, valor que establirà l'actor sota jurament *iusiurandum in litem*. Torrascassana explica també perquè la *petitio hereditatis* és una acció de bona fe, segons criteri de Justinià a D 3,31,12,3: «Illo, ne in posterum dubitetur, observando, ut et ipsa hereditatis petitio omnimodo bonae fidei iudiciis connumeretur», i finalment expressa la dificultat de situar les accions divisòries, *finium regundorum*, *familiae eriscundae*, i *communi dividundo* en el context d'accions de bona fe o de dret estricte.

70. La rellevància d'aquesta classificació es troba, entre altres aspectes, en el fet que marca el grau d'intensitat de la responsabilitat del deutor per deteriorament o pèrdua de la cosa.

71. Cita D.13,6,5,2 Ulpià l.28 *ad ed.* La rúbrica D.13,6 *commodati vel contra* concentra una gran part de la doctrina dels juristes sobre responsabilitat.

una, com els contractes bilaterals en què ha participat un pupíl sense l'*auctoritas* del tutor;⁷² contractes principals, com el mutu, o accessoris, que poden subdividir-se en accessoris *ratione rei* —per exemple, l'estipulació d'interessos—, o *ratione persona* —per exemple, la *fideiussio*—; contractes divisibles o indivisibles, si corresponen a *re dividua* com un predi, o a *re individua* com una servitud, i en aquest punt introdueix una explicació de les múltiples variables que poden comportar les obligacions de *dare* o les de *facere*;⁷³ contractes purs, a terme, o condicionals;⁷⁴ classifica també en veritables i perfectes, o imaginaris, com la compra o l'arrendament *nummo uno*;⁷⁵ finalment, classifica els contractes en simulats, com una compravenda quan en realitat es tracta de penyora o donació,⁷⁶ contractes *nudus*, que són aquells als quals els manca causa, i contractes *falsus*.⁷⁷

4.4. CAPÍTOL IV: «QUAENAM SINT SUBSTANTIALIA, NATURALIA, SOLEMNIA, ET ACCIDENTALIA CONTRACTUUM»

L'autor classifica els contractes segons els elements que l'acompanyen; així pot dir que en tots els contractes hi ha consens, com a element essencial; hi ha elements naturals, com l'evicció a la compravenda; hi ha elements solemnes,

72. Cita IJ 1,21 pr.

73. A la p. 27 i en aquest punt, Torracassana diu que totes les obligacions a què els homes poden comprometre's comporten «res dantur, facta fiunt», explica el contingut de *dare i facere* en totes les variables, i afegeix les obligacions mixtes, de donar i fer, com per exemple la de l'esclau que ha de presentar els comptes perquè siguin revisats, i lliurar el romanent, D.35,1,82 Cal·lístrat l.2 *Quaestiones*, i D.35,1,111 Pomponi l.11 *epistolarum*. Finalment, justificant la correcció de la divisió dels contractes en divisibles i indivisibles, en una clara advocació a la inspiració necessària per a afrontar la qüestió més complexa de la *dissertatio* diu: «Quaenam vero res dividuae sint, vel individuae, et de hac difícil materia dividuorum, vel individuorum contractuum, eorumque effectibus latius proprio capite in calce huius disputationis.»

74. Cita la rúbrica de IJ 3,15,2 i s. *De verborum obligatione: Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit...* Remet als *Interpretes*, en el sentit de la glossa i el comentari.

75. Torracassana cita D.50,17,16 Ulpia 21 *ad Sab. Imaginaria venditio non est pretio accedente*. El dret romà utilitza la figura de la *imaginaria venditio* amb finalitats diverses, i es coneix ja des de la interpretació de les Dotze Taules, interpretació que va crear la figura de l'emancipació a partir de la sanció prevista a la taula IV.2 pel *paterfamilias* que lliurava *in mancipio* tres vegades o més el fill. La sanció era l'extinció de la *patria potestas*, i per això la sanció era la *capitis deminutio* del fill, que adquiria així l'*status* de *sui iuris*.

76. Cita una constitució CI 4,2,6 de Dioclecià i Maximià (any 293-299) d'un gran interès pels actes simulats, i que per la validesa de l'acte dissimulat exigeix «quum obligationis non defecerit substantia».

77. En aquesta darrera classificació es troba a faltar una argumentació més sòlida que permeti diferenciar les figures.

com el decret judicial per a alienar coses d'un menor, ja que, si no, l'alienació és nul·la *ipso iure* i dóna lloc a *restitutio in integrum*; i elements accidentals que poden afegir-se al contracte, i en aquest cas modifiquen els efectes, com ara afegir al dipòsit l'assumpció de responsabilitat per culpa.

4.5. CAPÍTOL V: «QUINAM CONTRAHERE POSSINT, VEL NON, ET ALIA DE PERSONIS CONTRAHENTIBUS»

El capítol v tracta de l'aspecte subjectiu; poden contraure els qui no ho tenen prohibit. No ho tenen prohibit tots els qui poden consentir. Per això poden contraure els pelegrins, els ciutadans romans i també els deportats⁷⁸ respecte als contractes de *ius gentium*. També poden contraure els qui «sunt in aliena sive dominica sive patria potestate», exceptuant el fill de família quan rep diners contra el SC macedonià, i l'esclau quan intercedeix per deute aliè «servo intercedendi causa contrahente»;⁷⁹ poden contraure també el Cèsar i la seva dona,⁸⁰

78. Remet aquí a la lletra E del capítol II, i efectivament, Torracassana arran de situar l'estratificació del *ius civile*, *ius gentium*, *ius naturale*, comenta que el deportat no és capaç pel *ius civile*, però sí pel *ius gentium*, i que, per tant, pot comprar, vendre i realitzar qualsevol acte del *ius gentium*. Cita dos textos de les rúbriques *de poenis* i *de interdictis et relegatis et deportatis*, concretament D.48,19,17,1 text del jurista Marcia l.1 *Inst.* que parla dels *sine civitate*, com els condemnats perpètuament a treballs forçats, o els deportats a una illa (entre d'altres és la condemna dels adúlter, d'acord amb la *lex Iulia de adulteriis coercendis* d'Octavi August), i D.48,22,15 pr., també del jurista Marcia, en què precisament el jurista diu que els deportats perden la ciutadania però mantenen la llibertat, i per això poden servir-se del *ius gentium*, i per això poden comprar i vendre, participar en un arrendament, en préstecs de diners o coses consumibles, permutar, i altres de semblants. En aquest títol del *Digest*, l'edició de Mommsen i d'altres afegeixen del text 10 fins al 18 (19) a l'edició, tot i que no consten en els testimonis de la tradició occidental o llatina. En el manuscrit florentí, en el lloc corresponent i en llengua grega, consta *zetei*, que hauríem de traduir per 'buscar'; Mommsen ho pren dels testimonis grecs, però anota que en alguns exemplars de la Vulgata consta «lex greca deest»; el fet que a D.48,20, els quatre últims textos tampoc no estiguin en la tradició manuscrita llatina però sí en la grega, ha fet reflexionar la doctrina. J. MIQUEL, *Mechanische Fehler...*, parla de «retoque científico» del text al s. VI, i jo mateixa: «En ocasiones, la "justinianeidad" debe predicarse de más d'una de las lecciones transmitidas»; veg. E. RICART MARTÍ, *La tradición manuscrita del Digesto*, p. 182 i s., i n. 394.

79. Torracassana cita un text del jurista Gai l.1 *ad edictum provinciale* en seu *de pactis*, D.2,14,30,1, on Gai cita Julià: «[...] si iustam causam intercedendi servus habuit» (com deure una quantitat a Tici que aquest podrà reclamar al *dominus* amb l'acció de peculi); «[...] quodsi quasi fideiussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur [...]».

80. D.1.3.31 Ulpia 13 *ad leg. Iulia et Papia: Princeps legibus solutus est; Augusta autem licet legibus soluta non est, Princeps tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent*. La primera seqüència d'aquest text és una frase que ha fet fortuna, individualitzadament, i que ha estat en la

el púber que no té curador,⁸¹ la dona llevat que no intercedeixi contra el SC veleià;⁸² els cònjuges entre si també poden contraure, llevat que no sigui a causa de donació;⁸³ finalment Torrascassana diu que poden contraure aquells que tenen mala fe: «mala fide possident, piratas latrones adhuc de ea re».⁸⁴

L'*assertio II* del capítol tracta dels qui tenen prohibit contraure per causes naturals, per la llei, o *ab homine*; per causes naturals parla dels dementats o dels boigs;⁸⁵ també per causes naturals els pròdigs que s'equiparen als boigs: «[...] eo quod in hoc furiosos equiparantur [...]»;⁸⁶ els ebrius, ja que «[...] ebrietas mentis

base de reflexions filosòfiques i polítiques; en canvi, contextualitzadament, el jurista Ulpia va comentar el no-sometiment del *princeps* i la seva dona a les lleis per mantenir-los al marge de les prohibicions de succeir sorgides de les lleis matrimonials d'Octavi August, ja que molts emperadors, incloent-hi el mateix Octavi, no complien les condicions exigides.

81. L'autor cita D.45,1,101 Modestí l. IV de *praescriptionibus*: *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*.

82. L'autor cita tota la rúbrica 1 del llibre 16 del *Digest*, *Ad Senatusconsultum Velleianum*, i destaca que l'SC no va prohibir la dona contraure per si mateixa, sinó interposar-se *pro aliis*. Destaca també que la prohibició *ex SC* actua «ope exceptionis no ipso iure», interpretació que segons l'autor, accepta Zoesi, però no Pérez.

83. Cita D.24,1,5,5 Ulpia 32 *ad Sab.* i la glossa a aquest text, que planteja una qüestió interessant: la compravenda entre marit i muller és vàlida, però si entre marit i muller es fa una venda per menor preu, *nullius esse* si el menor preu està causat per la simulació d'una compravenda que dissimula una donació «venditionem donationis causa quum animum maritus vendendi no haberet [...]», però si el menor preu és degut a una disminució: (el marit) «animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit», s'ha de completar el preu per evitar que ella s'enriqueixi: «remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior»; hem de tenir en compte que la rescissió per lesió no és del dret clàssic sinó del dret postclàssic de les constitucions imperials, concretament dues constitucions de Dioclecià, recollides al *Codex* de Justinia, però no al *Codex* teodosià. Les constitucions són CI 4,44,2 i 4,44,8 (anys 285 i 294 a 305, respectivament).

84. «Ut si rem furto ablatam [...] in contractibus namque non spectamus unde res provenerit, l.non unde 7 C.si certum petat», que correspon a C.4,2,7 Dioclecià i Maximia: «Non unde originem pecunia, quae mutuo datur, habet sed qui contraxit, si ut propriam numeravit, in huiusmodi obligationibus requiritur.»

85. Cita D.44,7,1,12 Gai l.2 *aurearum*: «Furiosum, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est.»

86. Cita D.26,5,12,2 Ulpia de *officio proconsulis*: El jurista cita un rescripte d'Antoni Pius en el qual s'accepta la petició d'una mare que demana la declaració de prodigalitat dels seus fills «querelam de filiis prodigis admisit, [...] qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum.» Torrascassana cita també un text de la rúbrica *De fideiussoribus et mandatoribus*, D.46,1,56, 1 Paulo.l.3 *quaestionum*, en què el jurista afirma que si el fill pròdig estipula del seu pare, o l'esclau del seu *dominus*, el fiador no està obligat «quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus». Torrascassana cita finalment un dels textos nuclears sobre la prodigalitat, D.45,1,6 Ulpia l.1 *ad Sab.* (Haloandre conjectura que el text és de Julià, i a la Palingenesia és d'Ulpia): «Is, cui

exilium inducit».⁸⁷ Tenen també prohibit contraure per causes naturals els pupils, distingint els pupils *pubertate proximi*, dels qui diu «non est dubium auctoritate tutoris interveniente obligari etiam civiliter ex omni causa»,⁸⁸ dels *infanti proximi*,⁸⁹ dels qui diu «nullam perfectam conditionem negotii, quamvis qualem intellectum habeat»; Torrascassana introdueix en aquest punt l'anàlisi de

bonis interdictum est, stipulando sibi acquiri, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.» Torrascassana, referint-se a aquesta última seqüència, es manifesta crític: «quod de furiosis dici non valet», ja que efectivament, el regim jurídic de l'incapaç o del pròdig no són anàlegs; la limitació del boig afecta el seu consentiment mentre que la limitació del pròdig afecta la seva potestat d'alienar; així, a l'època clàssica, si algú posseeix una cosa per *traditio* d'un boig, no pot adquirir-la per usucapió per nul·litat de l'acte jurídic que dona causa a la possessió, mentre que si la *traditio* l'ha realitzada un pròdig no queda afectada la *iusta causa* si no la *potestas alienandi*, per tant la *iusta causa* serà vàlida, i si és donen els requisits de *bona fides*, *res habilis*, i possessió continuada dos anys o un any, segons la cosa sigui immoble o moble, es podrà adquirir per usucapió. Veg. J. MIQUEL, *Dret privat romà*, Madrid, 1995, p. 199 i s.

87. Cita els costums *Rhenolandiae* (del Rin), concretament a la p. 42: «Rhenolandiae consuetudine obtinuit ratas non esse venditiones ruri in tabernis potatorii celebratas, nisi viginti quator horas lapsu confirmatae fuerint, data medio tempore utrinque.» Cita Voet *ad titulo de contraenda emptione* (D.18,1), nota 4: «Obest consensui metus et dolus, de quibus actum lib.4 tit.2 et 3 obest gravis, quaeque hominem bruto similem ac rationis expertem reddit, ebrietas. [...] in tabernis et popinis praesertim dominatur, hinc Rhenolandiae consuetudine obtinuit ratas non esse venditiones [...] nisi horarum viginti quator lapsu confirmatae fuerint [...] sed magis a nimia oris liberalitate, nimiove vini impetu atque calore profectae creduntur istiusmodi conventionis [...] nisi perseverantia mentis apparuisset.» He consultat l'edició Coloniae Allobrogum (1757), *tomus primus*, p. 616, dels *Commentarii ad Pandectas* de Voet. Voet cita textos de les *Instituciones* i del *Digest* de Justinià; cita Grotius i Van Leeuwen, i explica que aquest costum ha estès la seva vigència territorial. Per nosaltres resulta sorprenent que Torrascassana mencioni un costum desconegut en la cultura jurídica autòctona, quan en cap cas cita un costum propi (veg. la nota 15 d'aquest treball).

88. Cita tres textos de la rúbrica *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum* D.26,8,5, pr. Ulpia 1.40 *ad Sabinum*, i 9 Gai l.12 *ad edictum provinciale*, i 13 Julianus l.21 *digestorum*: «Impuberes tutore auctore obligantur, etiamsi taceant [...] quare etsi non debita pecunia his personis soluta fuerit, quamvis tacuerint, interposita tutoris auctoritas sufficit, ut conditione teneantur.»

89. En les fonts jurídiques romanes no es troba una determinació de l'edat que marca el pas de la infància pròxima a la pubertat pròxima, ni sembla que les expressions tinguin com a tal un caràcter tecnificat. D.29,5,14 Maeci i CI 9,47,7 són els textos del *Corpus iuris civilis* que més ens apropen a aquesta qüestió, i ambdós es refereixen a la responsabilitat criminal. A Gai Inst. 3, 107, 109 i 208 es planteja aquesta qüestió, que evidencia que la *infantia* es caracteritza per la manca de capacitat de parlar raonablement: «qui fari non possunt», mentre que la pubertat pròxima es caracteritza per la capacitat de parlar i discernir raonablement. Aquest és exactament l'element que té en compte Torrascassana per a distingir ambdues etapes: «infantem nullum omnino habere intellectum», tot i que desconeix les *Instituciones* de Gai. L'autor de Cervera cita un fragment de Gai, l.2 *aurearum* a D.44,7,1,13: «Huic proximus est (al furiosus) qui eius aetatis est, ut nondum intelligat, quid agatur; sed quod ad hunc, benignius acceptum est; nam qui loqui potest, creditur et stipulari, et promittere recte posse.»

les obligacions naturals. Finalment fa referència a la prohibició de contraure estipulació pels muts i els sords «non natus sed factus postea sit».⁹⁰

L'*assertio III* parla de les prohibicions de contraure per llei: el fill de família amb el *pater familias*, i viceversa, ja que es consideren una mateixa persona;⁹¹ el fill de família no pot rebre en mutu ja que ho impedeix el SC macedonià;⁹² la dona, si intercedeix per un altre en virtut de l'SC veleià;⁹³ els esclaus en nom propi tot i que poden contraure i restar obligats naturalment;⁹⁴ el governador o el qui està en províncies representant els interessos de Roma, no pot comprar a la província predis o naus;⁹⁵ finalment, Torrascassana assenyala les prohibicions *ab homine*; en aquest grup destaca només la prohibició que afecta unes persones en relació amb d'altres que, en virtut de pactes o condicions anteriors establertes per elles mateixos, s'han compromès a no contraure.⁹⁶

A l'*assertio IV* planteja que ningú no pot ésser obligat a contraure en contra de la seva voluntat, tot i que porta a col·lació les caucions pretòries o judicials,⁹⁷ i posa com a exemple el compromís de concedir al veí un camí per a arri-

90. Cita D.44,7,1,14 Gaius l.2 *Aurearum*: «Mutuum nihil pertinere ad obligationem verborum, natura manifestum est.»

91. Cita D.30,11 Papinià ll.9 *quaestionum*, que cita Julià, o D.18,1,2 pr. Ulpià l.1 *ad Sab.*: «Inter patrem et filium contrahi emptio non potest, sed de rebus castrensibus potest.»

92. En les anotacions recorda que no és una prohibició que comporti nul·litat *ipso iure* sinó a través de *perpetua exceptio*. Sorpren que Torrascassana destaquï la perpetuïtat de l'excepció, ja que totes les excepcions que provenen de l'SC són perpètuas. És possible que l'autor de Cervera vulgui significar que la *capitis deminutio* del fill de família que li ha comportat assolir la situació de *sui iuris* (sigui per mort del *pater familias* sigui per emancipació), no fa caure la possibilitat de plantejar l'excepció.

93. Cita els textos de tota la rúbrica del *Digest* i del *Codex* (D.16,1 i CI 4,29), i a més *ibi Interpretes*, per a referir-se òbviamment a la glossa i sobretot al comentari, molt probablement Bàrtolo.

94. És a dir, igual que el fill de família, motiu pel qual si l'esclau complia la prestació compromesa, no hi havia acció per a exigir el retorn. Torrascassana cita un text d'Ulpià l.7 *disputationum*, D.44,7,14: «Servi ex delictis quidem obligantur; et si manumittantur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur, et obligant [...]»

95. D.18.1.62 pr. Modestí, l.5 *Regularum*: «Qui officii caus in provincia agit vel militat, praedia comparare in eadem provincia non potest, praeterquam si paterna eius a fisco distrahanur.»

96. «Veluti si alicui vendatur equus hoc pacto, ne illum Sepronio commodet, vel ne eundem alii quam Titio vendere liceat, aut vendere iubeat», diu Torrascassana, p. 47, i cita D.19,1,5, pr. Paulus 3 *ad Sab.*

97. Literalment, diu Torrascassana: «excipe tamen cautiones praetorias et judiciales», sense advertir que les caucions pretòries són també de naturalesa processal, però del procediment formulari, propi de l'època clàssica. El descobriment de les *Institutiones* de Gai va aportar el coneixement d'aquest procediment, que la Compilació de Justinià havia ocultat sota el vel de les

bar al sepulcre, l'obligació de manumitir pel copropietari d'un esclau, quan l'altre copropietari l'ha manumitit,⁹⁸ o l'obligació del *dominus* que actua amb crueltat de vendre els esclaus,⁹⁹ o quan s'ha de cedir camí perquè el preexistent s'ha perdut per causes naturals,¹⁰⁰ o en el règim de pluralitat d'hipoteques quan un dels ulteriors creditors ofereix el pagament al primer creditor pignoratíci;¹⁰¹ es pot contractar lliurament amb qui es vulgui,¹⁰² les condicions de l'acord són lliures.¹⁰³ Podem observar en aquest punt la rellevància creadora que el nostre autor atorga a la voluntat de les parts, tot i que la voluntat no té cap protagonisme en la sistemàtica presentada.

4.6. CAPÍTOL VI: «QUAE RES IN CONTRACTUM DEDUCI POSSINT, VEL NON»

El capítol VI, l'*assertio I*, aborda l'aspecte objectiu de les obligacions; per nosaltres seria millor parlar de l'objecte de la prestació però en poques ocasions el nostre autor utilitza aquest terme; totes les coses poden ser objecte de con-

interpolacions. Torrascasana cita en primer lloc un conegut text de Pomponi l.26 *ad Sab.* D.45,1,5, pr. rúbrica *de verborum obligationibus*, que distingeix les estipulacions judicials, les pretòries, les convencionals, i les comunes, pretòries i judicials en un plantejament clarament escolàstic.

98. IJ 2,7,4: l'obligat a manumitir quedarà compensat en un preu preestablert: «[...] et socio indemnii conservato, pretiumque servi secundum partem domini, quod nos definivimus», en virtut del principi *favor libertatis*, ja que, diu el text: «[...] cuius favore et antiquos legislatores multa etiam contra communes regulas statuisse [...]». Cita també D.40,12,30 Julià l.5 *ex Minicio*.

99. «[...] si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur [...]», Inst. J 1,8,2. Aquest text de les *Institutiones* de Justinià, com el citat en la nota anterior, palesen una evolució humanitària en el règim jurídic de l'esclavitud en relació amb l'època clàssica, que no és advertit per Torrascasana.

100. «[...] publicae utilitatis», diu l'autor, citant, entre d'altres, D.8,6,14,1 Javolenus l.10 *ex Cassio*: «Quum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet.»

101. Citant, entre d'altres, D.20,5,2 i 5 i 16 de la rúbrica *De distractione pignorum et hypothecarum*.

102. TORRASCASANA, p. 50: «[...] nisi in casu inopiae communis inter Cives. Aequius enim postulat, ut prius vendatur incolis apud quos frumenta creverunt, quam exteris.» El nostre autor s'ha deixat portar per les seves conviccions, no per la rigorositat jurídica, en fer l'afirmació que un autòcton té preferència sobre un estrany per a contraure. S'ha d'advertir que no ha trobat en tot el dret justinianeu cap cita que pugui fonamentar la seva afirmació, i per aquest motiu cita l'equitat. Aquest és un punt clau per a valorar el cosmopolitisme del dret romà, cosmopolitisme que és un reflex de la seva cultura, i del qual no participa el pensament jurídicopúblic posterior.

103. Llevat dels casos en què el *praefectus urbi* marquí uns preus taxats per les *annonae*. En aquest punt l'autor es pren la llibertat d'expressar una observació que no concorda amb el to distant i acadèmic de l'obra: «Idem hodie plerisque in locis observatur», p. 50.

tracte, llevat les prohibides; el contracte pot recaure sobre coses corporals i incorporals; dintre de les corporals, coses mobles i coses immobles;¹⁰⁴ les coses poden tenir un gènere: ex. un esclau, i dintre el gènere, una espècie: l'esclau Estic;¹⁰⁵ les coses poden ser universals o particulars;¹⁰⁶ poden ser certes o incertes;¹⁰⁷ la prestació pot consistir en una *datio*, o en la realització d'un fet;¹⁰⁸ que pugui dividir-se o no;¹⁰⁹ i l'objecte de la prestació pot ja existir o ser una esperança.¹¹⁰

104. De les coses corporals en predica la mobilitat i posa com a exemple vestits o coses que es mouen per si mateixes, com els esclaus; de les immobles posa com a exemple el predi; en parlar de les coses incorporals, parla de les servituds. Naturalment no fa cap referència a la classificació de les coses en *mancipi* i *nec mancipi*, ja que la compilació de Justinià va extreure dels textos clàssics els anacronismes. Una altra vegada hem d'assenyalar la importància del coneixement de les *Institucions* de Gai.

105. Cita D.12,1,2, pr. Paulus 28 *ad ed.*, text en què el jurista distingeix el gènere de l'espècie parlant del *mutuum*, en dir que el mutu exigeix restituir el mateix gènere, no la mateixa espècie, mentre que el dipòsit obliga a restituir la mateixa espècie. Ja hem dit que Torrascassana, com els juristes romans, utilitza la terminologia del mètode dialèctic dels grecs però només com una forma d'exposició (veg. n. 48 d'aquest treball). Cita també D.30,37, pr. Ulpia 21 Sab., text en què el jurista qualifica el llegat d'un esclau sense identificar-lo de genèric, i atorga la facultat d'elecció de l'esclau a l'hereu, sempre que l'elecció no sigui de mala fe.

106. TORRASCASANA, p. 51: «tam universales quam particulares» i cita les rúbriques del *Digest* i del còdex *De hereditate vel actione vendita*, D.18,4 i CI 4,39, és de suposar que amb la finalitat de destacar el caràcter d'universalitat de l'herència.

107. Per la certesa de la cosa que pot ser objecte d'obligació, Torrascassana exigeix determinació en quina cosa, quina qualitat, quina quantitat, com el predi semproní, la casa de Titia, o 10 modis de blat africà. Cita D.12,1,6,1 Paulo 28 *ad ed.*: «Certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur [...]» El contrari per a l'incertesa: «cum non apparet quid, qualis, quanta sit [...] ut fundus, homo, decem modii tritici», cita D.45,1,74 i 75, pr. Gai l.8 *ed. provinciae* i Ulpia 22 *ad ed.*: «Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae [...]»

108. Sobre la realització d'un fet, si aquest és impossible, «nulla est obligatio», citant D.45,1,35, pr. Paulus 12 *ad Sab.*: «Si stipulor ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam quum stipulor, ut detur, quod dari non potest.» Incideix Torrascassana que el fet objecte de prestació ha de ser propi, citant Voet, per a referir-se a la impossibilitat d'estipular prestacions a favor i en contra de tercer.

109. Remet al capítol III *De divisionibus contractuum*, lletra G, on Torrascassana es manifesta contundent (p. 27): «[...] quod omnia ad quae homines vinculo obligationis se possunt adstringere, vel res sunt, vel facta; res dantur, facta fiunt», i considera que lliurar la possessió és una obligació de fer, no de donar. Finalment diu Torrascassana: «[...] recte dividimus contractus in dividos et individuos. Utrum autem stipulatio, vel alius contractus dividos sit, vel individuos, ex natura rei in contractum deductae, val facti promissi aestimandum erit.» Cita D.45,1,2,1 i 4,1 ambdós de Paulus 1.12 *ad Sab.* Finalment, l'autor diu que tractarà el tema individualitzadament en capítol propi i afegeix: «Deo duce, agemus.» Torrascassana, a la p. 165, també diu «proptie Deo», quan es refereix a la qüestió.

110. A p. 56 parla dels fruits d'un predi que es puguin percebre, que si després neixen, es confirmarà el contracte, i ho distingeix de l'esperança futura de caràcter aleatori: en definitiva el que la doctrina ha distingit entre *emptio rei speratae* i *emptio spei*; cita D.18,1,8 Pomponi 9 *ad Sab.*

A l'*assertio II* es tracta de les coses que no poden ser objecte de contracte perquè estan prohibides, ja sigui per la seva pròpia naturalesa o perquè són «Sacra, religiosa o sancta»;¹¹¹ també està prohibit negociar sobre un home lliure;¹¹² sobre coses impossibles;¹¹³ quan l'objecte perjudica la utilitat pública;¹¹⁴ quan es tracta de coses o accions infames o contràries als bons costums;¹¹⁵ verins, coses litigioses;¹¹⁶ està prohibit negociar sobre eunucs,¹¹⁷ està prohibit també negociar

111. Torracassana cita D.45,1,83,5 Paulus 72 *ad ed.*

112. Cita D.45,1,102 Modestí l.5 *Pand.*, i precisa, citant Voet i Vini, que la cosa ha d'estar en el comerç dels homes en el moment inicial del contracte i també en el moment de realitzar el pagament: «[...] etsi ab initio res fuerit in commercio, posteaque absque debitoris facto desierit esse, extinguatur obligatio», p. 58.

113. «Igitur sive a natura, eo quia dari non potest, sive de facto, ut quia fieri non possit, sive de iure, eo quia ius prohibet, impossibile sit praestari rem, seu factum deductum in contractus, nullius momenti talis contractus est», p. 58 i 59. Torracassana parla també de les condicions impossibles, ja sigui perquè la condició és contrària a la naturalesa, per exemple que parli un animal irracional, perquè hi ha impossibilitat fàctica, per exemple lliurar una muntanya, o per impossibilitat jurídica, per exemple matar una persona. Parla dels efectes de les condicions impossibles, i de la diferència de règim per a aquestes condicions, en actes *inter vivos i mortis causa*. Aquí es tracta només de la condició impossible, i en altres punts es tractarà d'altres aspectes de la condició; precisament en aquest tractament no unitari de la condició es pot valorar l'aportació de la pandectística en crear l'abstracció del negoci jurídic.

114. Posa com a exemple l'acord entre les parts pel qual no es pagaran els tributs, citant D.2,14,42 i 38, ambdós del jurista Papinià: «Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.»

115. Cita D.28,7,15 Papinià XVI *Quaestionum*: «nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut, generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est». Torracassana parla aquí també de la dificultat per a contractar sobre successions futures en vida del causant, o pactar compromentent la llibertat per a contraure matrimoni, citant la constitució de Jaume I que hem comentat al principi d'aquest treball. En el mateix context d'exposar prestacions contràries als bons costums, comenta el cas de la dona beneficiada per un llegat sota condició resolutòria de servir la seva viduïtat; en el dret romà clàssic la condició es tenia per no posada, ja que es considera que les penes (o multes, o inconvenients) compresos en la llei, són suficients; a D.45,1,19 Pomponi l.15 *ad. Sab. diu* (recordem que les limitacions per a succeir de les lleis *Iulia et Papia*, encara que esmorteïdes a l'època del jurista, continuaven subsistents): «[...] nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis lege comprehensis [...]»; també cita D.45,1,134, pr. Paulus 15 *resp.*, mentre que en una constitució de l'emperador Lleó (novel·la XXII d'aquest emperador) el llegat havia de ser restituit als hereus (veg. notes 15-18 d'aquest treball).

116. Afegint que tant poden ser coses objecte de litigi mobles com immobles, corporals com incorporals, per a explicar amb detall el règim del comerç amb aquestes coses, que distingirà entre l'alienant i l'adquirent, i si aquests són conscients o no de la situació de la cosa; l'alienant ha de pagar al fisc el doble o el triple del valor. Cita les rúbriques *de litigiosis* D.44,7 i C.8,37, tot fent una precisió interessant: l'alienació d'una cosa litigiosa no és, en si mateixa, nul·la, ja que l'alienant pot ser reclamat per evicció, i en aquest cas no cal l'*exceptio litigiosi*, mecanisme que no seria possible si fos l'alienació nul·la.

117. Comença dient que entre gent bàrbara era costum *virilitatis exsectio*, actuació que

amb els enemics sobre qualsevol producte, ja sigui de consum o armes,¹¹⁸ finalment coses l'alienació de les quals està prohibida.

4.7. CAPÍTOL VII: «DE PERFICIENDIS, ET IMPLENDIS CONTRACTIBUS, ET EORUM EFFECTIBUS»

El capítol VII no permet fer un plantejament ordenat com els anteriors, ja que ha d'afrontar aspectes de caràcter molt divers; parla de la perfecció dels contractes, de la seva completesa, i dels seus efectes. Comença dient que es predica la *perficio* de cada contracte quan s'ha observat la pròpia i singular particularitat;¹¹⁹ es predica la *impletio* quan cada una de les parts ha realitzat el compliment al qual restava obligat;¹²⁰ les obligacions neixen del contracte vàlid i eficaç i des d'aquest moment una part no pot deslligar-se desconeixent-ho l'altra part;¹²¹ una vegada l'obligació existeix, cap de les parts, unilateralment, pot deslligar-se del vincle jurídic ocasionat;¹²² la bona fe, a què s'oposa el *dolo malo*, és necessà-

podia donar lloc a l'acció d'injúries o a l'acció edilícia: D.9,2,27,28 Ulpia 18 ed.: «Et si puerum quis castraverit et pretiosorem fecerit, Vivianus —alguns manuscrits de la Vulgata citen Iulianus— scribit, cessare Aquiliam; sed iniuriarum erit agendum, aut ex edicto aedilium, aut in quadruplum.» En aquest punt Torracassana aprecia l'aspecte evolutiu en el dret romà mateix, ja que, tot i dir que la castració ha estat sempre *turpis iudicata* (p. 69), els emperadors la van penalitzar en si mateixa; esmenta la novel·la LX de Lleó i la CXLII de Justinià, a més de la rúbrica del CI, 4,42 *De eunichis*, textos en què, efectivament, es percep una actitud bel·ligerant del poder públic contra aquest fet.

118. Els qui comercien amb enemics cometen crim de *lesa maiestat* i hom els ha d'aplicar la pena capital; Torracassana precisa que el terme *bàrbars* es refereix a tots aquells «qui Romano imperio non parebant aut Graeci non erant», afegint que les coses que es poden comprar dels enemics són *extracomercium*, ja que, si no, estaríem amb una limitació per raó de subjectes, no d'objecte.

119. Per exemple en la compravenda, la convenció entre cosa i preu —cita D.18,1,1,2 Paulus 33 *ad ed.*, tot i que la compravenda es pot instrumentalitzar en document, i que es pot afegir a la compravenda algun pacte de caràcter especial; esmenta CI 4,21,17 (any 528), constitució de Justinià per la qual l'emperador ordena que les compravendes que han de ser instrumentalitzades ho siguin obligatòriament: «[...] ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod needum est impletum vel absolutum, aliquid ius sibi ex oedem contractu vel transactione vindicare [...]».

120. Torracassana posa com a exemple a la compravenda, quan el comprador ha pagat i el venedor ha lliurat, mentre que a la donació, atès que no és necessari el consentiment per a la seva existència, «nudo consensu perficitur», el lliurament de la cosa és suficient per la *impletio*. Cita IJ2,7,2 i altres.

121. Cita D.44,7,1, pr. Gai l.2 *Aurearum*, i CI4,10,5 Dioclecià i Maximià (anys 293-304): «ita renuntiare semel constitutae obligationi, adversario non consentiente, nemo potest [...]».

122. Incideix Torracassana en l'obligatorietat del compliment independentment de les

ria en tots els contractes, i la bona fe s'exigeix de tots, encara que siguin pagans o militars; alguns contractes innominats són una excepció a aquesta regla, ja que fins que una part no ha complert íntegrament no sorgeix l'obligació de l'altre de complir, i per això aquest pot retirar-se —exercir el *ius poenitendi*— i l'altre pot reclamar la cosa que ha entregat;¹²³ també s'exceptua el contracte de mandat en què, encara que el contracte sigui perfecte —*re integra*— hi cap la renúncia o la revocació;¹²⁴ també admet l'exercici del *ius poenitendi* unilateral el contracte de societat;¹²⁵ també pot exercir el *ius poenitentiae* el dipositari, no per a restituir la cosa però sí per a quedar indemne de la responsabilitat de custòdia;¹²⁶ també el qui lliura una cosa o tolera la utilització d'una cosa en precari, pot exigir la restitució fins i tot abans del temps acordat; també el qui promet acceptar en mutu pot retirar-se de la promesa;¹²⁷ també pot apartar-se el venedor que ha cobrat menys de la meitat del just preu de la cosa, llevat que el com-

vicissituds de cada part: «[...] cumque sciente et prudentes libere regulariter contrahamus, non possumus postea de necessitate, qua nos obtrinximus,conqueri [...] nam quae ab initio sunt voluntatis postea fiunt necessitatis», p. 76, citant D.50,16,108 Modestí l.4.*Pandectarum* i D.50,17,73,1Q. Muci Escévola l.*singulari Oron*, i CI 4,44,3 Dioclecia i Maximia (anys 293-304): «De contractu, venditionis et emtionis iure perfecto, alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patiatur, nec ex rescripto nostro.» Cita també CI 4,38,12 Dioclecia i Maximia (anys 293-304): «[...] nec enim, licet in continenti facta, poenitentiae contestatio consensu finita rescindit».

123. Torrascassana introdueix en aquest punt un extens comentari sobre els contractes innominats; parteix de la idea justiniana de contracte innominat, i de la classificació escolàstica d'aquesta època: «do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias»; només es pot parlar de repetició per manca de causa *secuta* en els contractes innominats en els quals l'inicial és el lliurament d'una cosa. També hi ha repetició en els cas en què la *datio* estava sotmesa a una causa futura, com per exemple quan al lliurament del dot no segueix el matrimoni. Torrascassana explicita altres relacions jurídiques en què unilateralment una de les parts pot deslligar-se del vincle jurídic que el comprometia.

124. Torrascassana diu: «quia mandantis est beneficium», i cita D.50,17,69 Paulus l. *singulari de assignatione libertorum*: «Invito beneficium non datur.»

125. «Nemo enim cogitur in societate permanere», diu Torrascassana (p. 84); cita CI 3,37,5 Dioclecia i Maximia: «In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri [...]», i dedica una atenció detallada al contracte de societat. En el punt següent l'autor de Cervera planteja el problema del soci dissident, de mala fe, que queda vinculat a la compensació dels perjudicis ocasionats; cita D.17,2,65,3 i 5 Paulus l.32 *ad ed.*: «em, qui renuntiaverit societati, a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare».

126. Llevat que no s'hagin acceptat condicions per ambdues parts, o que es tracti d'un segrest. Cita D.16,3,5,2 Ulpia 30 ed. i CI 4,34,6 Dioclecia i Maximia. Torrascassana cita en aquest punt Grotius a *Manud.,ad iurisprud. Holl., lib.3, cap.7 n.13*.

127. Cita D.12,1,30 Paulus l.5 *ad Plautium*: «Qui pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.»

prador no completi el preu;¹²⁸ i pot apartar-se també el qui pot demanar la *in integrum restitutio*.¹²⁹ En l'últim apartat es planteja la rescissió a què té dret el comprador o el venedor, si s'han lliurat arres; en aquest cas si el comprador es

128. Torrascassana tracta el tema de la *laesio ultra dimidium* de manera sintètica i precisa, però sense destacar l'aspecte evolutiu de la qüestió, que en aquest cas és molt interessant, ja que en el dret clàssic la rescissió per causa objectiva no tenia cabuda; fins i tot és interessant destacar que les constitucions de Diocleciana recollides pel *Codex* de Justinià de l'any 529 (CI 4,44,2 i 8 [any 294-305]) no havien estat recollides pel *Codex* teodosià de 438-439, fet que vol dir que potser l'època de Justinià va recuperar una legislació que havia quedat anacrònica. Torrascassana diu que és natural que hi hagi engany en el preu de les coses, però que quan la lesió en el preu és enorme conté dol en si mateixa: «tamen cum apparet enormis laesio, res ipsa dicitur in se dolum habere». Assenyala que el judici corresponent de bona fe permet d'introduir aquest aspecte, i que per aquest motiu s'ha pogut apreciar també *laesio enormis* en la societat, en el dot i en altres relacions jurídiques similars. No hi ha *laesio enormis* en la transacció, diu TORRASCASSANA, citant textos del *Corpus iuris civilis*, especialment de la rúbrica *de transactionibus* (D.2,15), ja que la finalitat prioritària de l'acord és evitar un plet: «propter incertum litis eventum» (p. 89). Tot i que la transacció no està qualificada com a contracte, dóna per acceptat, sense més, que ha de tenir seu juntament amb les altres relacions jurídiques, per nosaltres contractuals.

129. En les notes, l'autor precisa que per la *restitutio in integrum* és indiferent que es tracti de contractes de dret estricte o contractes de bona fe; en l'extens tractament de la *r.i.i.* cita l'*aequitas*, que està en la base d'aquesta figura. Parla també de *r.i.i.* quan dóna per no existent una adquisició per usucapió ja que allò que és nul no produeix cap efecte: «Ex sane per traditionem ex titulo nullo, vel qui credebatur praecessisse, et non praecesserat, nec usucapiendi facultas in accipientem transfertur» (p. 91); cita D.41,1,31, pr. Paulus l.31 *ad ed.* «Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.» Apunta després Torrascassana que aquell que posseeix per títol nul posseeix *pro possessore*, i cita D.41,2,1,4 Paulus 54 *ad ed.*, que qualifica la possessió de la dona com a *pro possessore*, quan el marit, a títol de donació, li ha cedit la possessió d'una cosa: «[...] quoniam res facti infirmari iure civili non potest [...]», i D.5,3,13,1 Ulpia l.15 *ad ed.*, que citant Julià planteja el mateix cas: la dona que posseeix una cosa donada pel marit la posseeix *pro possessore*, i per tant pot ser demandada en la petició d'herència: «[...] et ideo petitione hereditatis tenebitur». En aquest punt es podria buscar una referència a la convalidació de la donació entre cònjuges, *post mortem* del donatari, o a la possibilitat d'adquirir la propietat per *longi temporis praescriptio* o *longissimi temporis praescriptio*, figures aquestes últimes justinianees, però la finalitat de Torrascassana no és parlar de la prescripció adquisitiva sinó parlar dels casos en què la *r.i.i.* rescindeix una usucapió guanyada. Parla també de la rescissió de la venda dels predis del pupil, en virtut de l'*oratio Severi* que consta a CI 5,71,9 Diocleciana i Maximiana (any 285). Torrascassana, sobre la *r.i.i.* en parlar de l'*actio doli* vs. *r.i.i.* diu: «Caeterum non est perpetuum in hoc iure quo per in integrum restitutionem denotetur semper remedium praetorium extraordinarium, que negotium aliquod aequitati suae restituitur.» Parla després de l'*actio Pauliana* que protegeix els creditors de les alienacions fetes per a defraudar-los, cita D.42,7,10,22 Ulpia 73 *ad ed.*: «[...] ex ac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes [...]». Finalment es planteja si el dol de terceres persones alienes a la pura relació contractual té virtualitat rescissòria, i citant D.50,14,2 Ulpia 31 *ad ed.* diu que no hi ha rescissió, tot i que l'intermediari pot estar sotmès a l'acció de reclamació del perjudici: «quapropter neque ex contractu actio de dolo moveri potest; erit tamen adversus proxenetam, vel tertium, qui dolum causavit, actio famosa, ac subsidiaria doli.»

retira, perd la cosa o diners lliurats en arres, i si es retira el venedor, ha de compensar amb el pagament del doble del valor de les arres.¹³⁰

A l'*assertio II* es parla de la transmissió *mortis causa*, a favor i en contra dels hereus, dels efectes del contracte; en primer lloc plasma la transmissió de crèdits i deutes¹³¹; comenta que és possible que el causant acordi crèdits i deutes que comencin amb l'hereu, com per exemple estipular perquè sigui donat a l'hereu, però això és una innovació justiniana,¹³² l'hereu també hereda contractes sotmesos a terme¹³³ tot i que la transmissió als hereus dels contractes de mandat o de societat no té lloc; quan es pacta una obligació de tolerar que obligi també l'hereu del promitent, tots els cohereus estan obligats a respectar-la;¹³⁴ també es transmeten als hereus les obligacions condicionals «pendente conditione»;¹³⁵ a l'hereu hom li transmeten també els pactes, llevat dels personalíssims, i llevat dels afegits al contracte de societat o de mandat.¹³⁶

A l'*assertio III* continua parlant dels efectes del contracte, tant dels propis o naturals en relació amb la responsabilitat per incompliment deguda a dol o a

130. IJ 3,23, pr., on Justinià, en primera persona, manifesta haver fet aquesta innovació: «[...] is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arris nihil expressum est». Torrascassana diu: «nos tamen contrarium censemus».

131. Ja que, diu: «sucedit namque heres in universum ius defuncti»; cita D.46,5,2,2 Paulus l.73 *ad ed.* Menciona també que quan l'herència té un crèdit o un deute a càrrec o favor de l'hereu, s'extingeix per confusió ja que: «ne videretur creditor sui ipsius et debitor». Fa una breu menció a la divisió *ipso iure* de deutes i crèdits en cas de pluralitat, citant textos del CI 4,16, rúbrica *de actionibus hereditariis*; diu després que el que es predica de l'hereu en relació amb l'assumpció de la personalitat jurídica del causant, no es pot predicar del legatari ni de cap successor a títol particular, exceptuat el cas que l'hereu no sigui solvent. Finalment, diu: «etenim contractus, et obligationis conditio ex persona heredis mutare non debet», i cita D.45,1,2,2 Paulus l 12 *ad Sab.*

132. CI 4,11,1 Justinià (any 531) diu Torrascassana (p. 103-104): «veteres [...] sibi post mortem dari si quis stipularetur, inutilis erat stipulatio». L'autor de Cervera comenta el problema de les estipulacions en què la promesa està sotmesa a condició: *pendente conditione*, citant D.28,7,26 Pomponi l.2 *ad Q. Mucium*, que parla del pupil instituit sota condició, o beneficiat per un llegat condicional, assimilant la situació a la transmissió *mortis causa* de l'estipulació. Cita després la clara innovació justiniana que consta en la constitució citada en què Justinià declara expressament la seva pròpia innovació; sobre això Torrascassana diu: «ita hodie actiones, quae non coeperunt defuncto, vel contra defunctum, incipere possunt ab herede, vel contra heredem».

133. L'exemple de Torrascassana és: «si fundus in quinquenium locatus sit, et conductor intra quinquenium moritur», citant CI 4,65,10 (any 239).

134. «[...] neque per te neque per heredem tuum Titium fieret [...]», D.45,1,131, pr. Cervidi Escévola l. XIII *Quaestionum*.

135. Cita D.18,6,8 pr. Paulus l.33 *ad ed.*, rúbrica dedicada a explicitar el règim del risc per pèrdua o deteriorament de la cosa, en el contracte de compravenda, i en aquest text parla dels riscos en la compravenda condicional, en cas que, *pendente conditione*, mori el comprador o el venedor.

136. Cita textos de D.17,2, rúbrica d'*actio pro socio*, i D.17,1 d'*actio mandati*.

qualsevol culpa fins i tot la levíssima,¹³⁷ com als pactes afegits al contracte que poden modificar la responsabilitat normal, amb el límit que ningú no pot, en accions de bona fe, ser condemnat per la pèrdua o el deteriorament de la cosa per cas fortuït.¹³⁸

L'*assertio IV* del capítol planteja situacions subjectives particulars; el *princeps* resta obligat pels seus propis compromisos encara que no és sotmès a les lleis;¹³⁹ el lladre o el pirata, o el delinqüent en general, interposen amb eficàcia l'acció de dipòsit; sempre es té en compte la situació del moment inicial del contracte, sobre tot si es tracta de fills de família o esclaus,¹⁴⁰ i també la situació inicial en els contractes condicionals; el *pater familias* i el *dominus* poden ser sotmesos a l'acció de peculi, o l'acció *quod iussu*, o l'acció *in rem verso*; hi haurà acció contra els qui han estat emancipats per a evitar que per aquest motiu eludeixin responsabilitats;¹⁴¹ poden adquirir a través de procuradors però no en actes del *ius naturale*, mentre que sí que pot adquirir el pupil a través del tutor,¹⁴² i el pupil i l'adolescent responen pels actes del tutor o del curador a través d'accions útils, quan el tutor o el curador ja han finalitzat el seu *officium*; no queda obligat el deutor d'una obligació d'evitar un dany, quan el dany no es produeix.¹⁴³

4.8. CAPÍTOL VIII: «DE HIS, QUAE CONTRACTIBUS, ACCIDUNT»

El capítol VIII conté una única *assertio*, que parla dels elements que atenyen, configuren i accedeixen a un contracte:¹⁴⁴ lloc, terme, condició, mode, accessió, elements que són considerats per Torrascassana *qualitas* del contracte i que el jurista Paulus anomena *causa*,¹⁴⁵ l'autor de Cervera distingeix els

137. Tenint en compte el criteri del dret romà clàssic de la *utilitas*, en marcar l'evident diferència entre el comodatari i el dipositari, els *nautae, caupones et stabularii*, o el creditor pignoratíci.

138. Cita D.50,17,23 Ulpia l.29 *ad sap.* in fine, i CI 4,24,6 Alexandre Sever, any (225): «Quae fortuitus casibus accidunt [...] nullo bonae fidei iudicio praestantur.»

139. Cita D.1,3,31 Ulpia l.13 *ad leg. Iuliam et Papiam*: «Princeps legibus solutus est; Augusta autem [...]» (veg. n. 80 d'aquest treball).

140. Cita D.17,2,58,2 Ulpia l.31 *ad ed.*

141. Cita D.14,5,2 pr. Ulpia l.22 *ad ed.*

142. D.16,3,26 pr.

143. D.42,1,13 1 Celsus l.6 *dig.*

144. L'autor no explicita ni distingeix entre els elements que compleixen una funció prescindible i els que no. Avui distingiríem entre essencials i accidentals.

145. Torrascassana (p. 157): «Quae ad contractus qualitatem pertinent, causae appellantur a Paulo l. Obligationum 44 ff de O et A.» Es refereix a D.44,7,44 pr.1 a 6 Paulus l.74 *ad ed.*

contractes de bona fe dels de dret estricte, distinció que li permet de dir que el contracte de bona fe sense causa «non parit obligationem» mentre que el de dret estricte esdevé ineficax ja que es pot interposar una acció de dol. Després Torracassana distingeix les obligacions en pures, «in diem», i condicionals; parla primer del *dies certus*, i distingeix el *dies incertus* de la condició; parla després de la condició i exigeix que el fet previst sigui futur, ja que si és passat o present «actum non suspendit»¹⁴⁶ i comenta els efectes de la condició pendent i els de la *conditio extitit* (tenint present només actes *mortis causa*) i comenta després el *modus*;¹⁴⁷ parla després de les relacions jurídiques que es reforcen amb jurament,¹⁴⁸ que hom els afegeix solemnitat, que en uns contractes és substantiu, com l'estipulació, i en d'altres no ho és; parla després de la simulació i exposa que si la simulació prové només d'una de les parts, aquesta comet dol «si ex una tantum parte simulatio in contractu intervenit, iis qui simulat, dolo facit»;¹⁴⁹ finalment parla dels pactes, i els distingeix pels efectes i per la finalitat.

4.9. CAPÍTOL IX: «DE INTERPRETATIONE CONTRACTUUM»

El capítol IX conté dues breus *assertiones*. Està dedicat a comentar la interpretació dels contractes, tot i que distingeix la interpretació dels actes *inter vivos* de la dels actes *mortis causa*. Inicia el comentari exposant el que són els principis dels juristes romans sobre interpretació de contractes i destaca la necessitat que hi hagi ambigüitat;¹⁵⁰ Torracassana comenta la necessitat d'interpretar tenint en compte el *mos regionis*, el costum general: «non ex opinionibus singu-

«Obligationum fere quattuor causae sunt; aut enim dies in his est, aut conditio, aut modus, aut accessio» (p. 161).

146. Els exemples de condició passada o futura són «Si navis ex Asia veneris» i «Si Rex partorum vivit».

147. Cita D.44,7,44,3 (ja citat), que assimila el *modus* a l'obligació alternativa: «Modus obligationis est, quum stipulamur decem, aut hominem.» Advertim que TORRASCASSANA no parla de la condició resolutòria, sinó que dóna per entès que la condició és sempre suspensiva.

148. Cita una constitució de Justinià recollida al *Codex* 4,30,16 relativa a la possibilitat que el deutor interposi «l'exceptio non numerata pecunia», fins i tot en casos de mutus amb interès o de promeses de caucions, ambdós sota jurament.

149. Citant Voet diu que val el que es fa i no el que se simula: «ad tit.de probation n.20».

150. Torracassana, p. 192; cita D.45,1,80 Ulpia 1.74 *ad ed.* «Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit», i D.50,17,9 Ulpia 115 *ad Sab.*: «Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.»

lorum, sed communi usu nomina exudari debent»,¹⁵¹ i comenta el principi «in ambiguitas contra stipulatorem». A l'*assertio II* destaca el paral·lelisme d'algunes regles interpretatives vàlides tan per a actes *inter vivos* com d'última voluntat. Diu, per exemple, que de la mateixa manera que si es ven un *chirografo* s'ha d'entendre que s'han venut (*sic*) les accions corresponents, si es llega un *chirografo* s'ha d'entendre que s'han llegat les accions corresponents. Torracassana parteix de l'afirmació que tot el que es pot fer en vida amb més motiu es pot fer per acte d'última voluntat;¹⁵² considera que per interpretar els contractes poden valer regles pròpies d'interpretació de llei, i parla de la interpretació del príncep¹⁵³ i de la dels jutges,¹⁵⁴ i les situa cada una en el seu àmbit, i parla finalment de la dels juristes.¹⁵⁵

4.10. CAPÍTOL X: «DE DIVIDUIS ET INDIVIDUIS CONTRACTIBUS»

El capítol x (i darrer de la *Disputatio I*) és «De dividuis et individuis contractibus»; és compost de tres *assertiones*. L'*assertio I* s'inicia amb la consideració següent: el fet que permet de distingir els contractes en divisibles o indivisibles és que la cosa o el fet de què són objecte admetin o no admetin divisió; Torracassana acompanya aquesta observació amb una manifestació explícita de la dificultat del tema:¹⁵⁶ «Quantum utilis, ac difficilis sit de dividuis et individuis contractibus tractatio, superfluum commendare putamus. Sufficit ut cum Chesio Interpr.jur.lib I.cap.50.in princ. difficillimum iuris hunc tractatum dicamus

151. Cita D.33,10,7 Celsus lib.19 *digestorum*. Tota la rúbrica D.33,10, i en general, les rúbriques dedicades als diferents tipus de llegat, contenen una gran riquesa de textos sobre interpretació.

152. Cita per a això la *Lex Fufia Caninia*, que limita les manumissions en acte d'última voluntat.

153. Cita CI 1,14,1 emperador Constantí (any 316): «Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.» També cita en el mateix sentit CI 1,14,9 Valentinià i Marcià (any 454).

154. Torracassana, p. 207, diu: «Vel melius differentiam esse inter Imperatoris, et iudicis inferioris potestatem et interpretationis efficaciam.»

155. Cita IJ 1,2,8.

156. El títol de l'obra de Molinaeus (CH. Dumoulin, 1500-1566) és prou explícit, *Extrictio Labyrinthi dividui et individui*. En aquest apartat Torracassana cita molt freqüentment Eguinarius Baro (mort el 1550); *Di dividuis et individis obligationibus*, obra que he pogut consultar al *Tractatus universi iuris*, tom VI, part II, 365 a 388, Venècia, 1584; el tractat està dividit en quatre llibres; les qüestions estan plantejades de manera esquemàtica; sobre el tema pot consultar-se S. ESPIAU, *Las obligaciones indivisibles en el Código civil español*, Madrid, 1992, amb molts comentaris i indicacions sobre bibliografia jurídica històrica.

et cum Gomezio to.2.variar.cap.10.num.I hanc materiam esse de apicibus iuris, et quod in eius intelligentia non minus palpitaverunt DD. antiqui, quam Hercules in Lerne conflictu. De his vero acturi, secundum institum nostrum, pro ut res patitur, uti Hermogenianus inquit in l.2 in fine, ff. De stat.homin. (annuente Deo)breviter dicamus.»¹⁵⁷

Les coses poden ser corporals i incorporals; les primeres les podem percebre amb els sentits de la vista i del tacte, mentre que les incorporals, no; per a les coses corporals utilitza els mateixos exemples que Justinià a les *Institutiones*, o que Voet en el seu comentari a les *Pandectes: homo, vestis, aurum, argentum*; per les coses immaterials parla de l'herència, de les obligacions, de les servituds, de les que *iure consistunt*, i cita les *Institutiones* de Justinià 2,2.¹⁵⁸ Cita després Vini i altres intèrprets. L'autor cercherà avançar una classificació tripartida segons la naturalesa de les coses corporals; dedueix tres gèneres, d'acord amb la distinció acceptada per filòsofs i juristes: «Omnia autem corpora, quae in rerum natura sunt, in tria genera et a Philosophis et a J.consultis distinguitur»; les coses que es perceben unitàriament, les coses compostes, o conjuntes o connexes («quae artificialia dicuntur») que són les que tenen una unió coherent entre les diverses parts que la formen, com una casa o una nau, i finalment les coses «quae ex distantibus partibus consistunt» com el poble, l'exèrcit, el col·legi, el ramat, l'herència o el peculi.¹⁵⁹

Torrascassana continua sobre el binomi divisibilitat/indivisibilitat de les coses: són indivisibles totes les coses corporals, mobles, que tinguin forma cer-

157. El text citat per Torrascassana és D.1,5,2 Hermogenià l.1er *epit.* El text justifica per què l'ordre sistemàtic requereix parlar primer de les persones i després de les coses, ja que, diu el jurista, tot el dret té la seva causa en l'home. Diu també que l'edict del pretor segueix aquest ordre d'exposició aplicant títols convenients segons permeti la naturalesa de les coses, «ut res patitur». D'altra banda, la metàfora comparativa citada per Torrascassana: *quam Hercules in Lerne conflictu*, fa referència a la gesta d'Hèrcules (a Grècia, Hèracles) per la qual el gegant mata el monstre Hidra que viu als llacs de Lerna; la gesta explica que el monstre té nou caps, cada un dels quals, quan és seccionat, es reproduïx immediatament en dos o més.

158. La rúbrica és *De rebus incorporalibus*: «Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales: [...]. Corporales [...]. Veluti fundus, homo, vestis, aurum; argentum [...] incorporales: Hereditas, ususfructus, usus, obligationes quoquo modo contractae.»

159. Cita D.6,1,23,5 i 6 Paulus 21 *ad ed.* i D.41,1,7,11 Gai 2, *Res cottidianae*: «[...] quo universitas aedificio longo tempore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, captae essent [...]». Torrascassana cita Voet en el comentari al títol del *Digest, de usucapionibus*, núm. 11, vers. interim. Sobre aquesta qüestió Voet diu: «Interim non eodem modo rerum omnium non vitiosorum procedit, aut impletur usucapio, dum aliae res sunt, quae uno quasi spiritu continentur, ac unica vocantur, veluti homo, equus, tignum, lapis, aliae, quae ex contingentibus corporibus constant, et connexa dicuntur, ut aedificium, navis armarium [...]».

ta, ja que si es divideixen es destrueixen;¹⁶⁰ les coses incorporals no poden dividir-se de manera natural, però sí que admeten una divisió civil: «ita ut partes solo iuris intellectu secernantur», és a dir en parts intel·lectuals, ja que el domini i els altres drets que poden recaure sobre les coses poden dividir-se en parts intel·lectuals.¹⁶¹ Aquesta divisió intel·lectual «non ad imaginariam ingenii exercitationem, sed ad practicam commerciorum utilitatem introduxerit».¹⁶² Comenta també l'autor que la divisió de les coses en parts materials les fa percebre com a certes, mentre que la divisió intel·lectual les fa percebre com a incertes. D'aquí l'autor planteja una qüestió interessant: si pot ser usucapida una part incerta; qüestió a què Torrascassana, d'acord amb Pomponi l.26 *ad Q. Mucio* D.41,2,26, respon negativament, però sobre la base que en una part incerta no pot ser lliurada i per tant no pot ser usucapida, mentre que una part indivisa d'un predi admet que pugui haver-hi un inici possessori a partir d'una compravenda o d'una donació: «qui ignorat, nec tradere, nec accipere id, quod incertum est, potest (usucapere)». Finalment, l'autor destaca que la utilitat de la divisió intel·lectual es pot apreciar en la divisió de la cosa comú entre socis, o entre cohereus abans de la partició, i comenta també la divisió de coses mobles que estan integrades en immobles, com els arbres o les pedres mitjanceres, que en el moment que se separen la propietat d'aquestes ha de quedar assignada en la mateixa proporció que hi havia en la propietat de la terra,¹⁶³ «et postea tantam partem utrumque habere tam in lapide, quam in arbore, quantam et in terra habebat». Torrascassana diu que també pot ser reclamada una «pars certa pro diviso»¹⁶⁴. L'autor assenyala que el venedor respon també per l'evicció d'una part certa *pro diviso*, i introdueix un comentari sobre el còmput de la quantia de la responsabilitat, en els casos en què l'evicció és tan sols per una part de la totalitat, o els cassos en què hi ha diferència de cabuda, l'evicció pot esdevenir fins i tot per la totalitat.¹⁶⁵

160. Entre d'altres, cita un curiós text d'Ulpià l.17 *ad Sab.*, en què es planteja si en l'usdefruit d'una quadriga, en morir un dels cavalls, resta o no l'usdefruit: «[...] nam si quadrigae, non remanebit, quoniam quadriga esse desiit».

161. Cita un text paradigmàtic sobre la divisió en quotes intel·lectuals, D.45,3,5 Ulpià l.48: «Servus communis [...] pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore [...]».

162. TORRASCASSANA, p. 216.

163. Cita D.17,2,83 Paulus l.1 *manualium*.

164. TORRASCASSANA, p. 220.

165. TORRASCASSANA, p. 220; pel còmput de l'import de la responsabilitat cita textos de la rúbrica sobre l'evicció: D.21,2,64 Papinià l.7 *Quaestiones*, text paradigmàtic sobre l'evicció parcial. També cita D.21,2,13 Paulus l.5 *ad Sab.* i D.21,2,45 Alfenus l.4 *dig. a Paulus epit*; per la diferència de cabuda cita una altra vegada el text 64 de la rúbrica.

L'assertio II continua amb el plantejament expressat abans: la divisió de les coses pot ser natural o civil, i la divisió o la indivisió es predica de les coses que naturalment i civilment són divisibles o són indivisibles. Comenta l'exemple conegut de la diferència del fet que entre que dos deutors deguin a dos esclaus, genèricament, o que dos deutors deguin a l'esclau Esticus i a l'esclau Pàmfil,¹⁶⁶ per això, si l'obligació del promitent d'una estipulació es divideix per causa de successió *mortis causa*, les conseqüències són diferents si l'obligació és genèrica —lliurar cent esclaus—, o si, pel fet que el promitent ha fet l'elecció dels esclaus abans de morir, l'obligació ja s'ha convertit en específica, i per tant cada cohereu deurà una part indivisa de cada un dels esclaus elegits. De tota manera, Torrascassana cita un text del jurista Ulpia en què sembla que diu que cada cohereu deu la meitat comptable del deute, tot i que Ulpia predica això només de les coses fungibles.¹⁶⁷

L'autor de Cervera parla després de la indivisibilitat de les servituds predials, i del problema que es planteja quan el predi sobre què recau la servitud es pot dividir però la servitud que el qualifica no es pot dividir, ja que «servitutes ratione sui dividi non posse». La qüestió, la planteja de la manera següent: si un soci abandona la cosa comú, els altres socis no poden sotmetre aquesta part abandonada a un règim diferent de la no abandonada perquè el domini, com l'herència, com l'obligació, només admeten divisió intel·lectual,¹⁶⁸ i la part abandonada segueix la destinació de l'altra part; així, les servituds segueixen també la destinació del predi al qual serveixen, i no es poden dividir, perquè l'ús no admet divisió *pro parte*.¹⁶⁹ Des del meu punt de vista, aquest és un aspecte essen-

166. El text és D.45,1,54, pr. Julià l.22 *dig.*: «In stipulationibus alias species, alias genera deducuntur. Quum species stipulamur, necesse est inter dominos et inter heredes ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debebuntur. Quoties autem genera stipulamur, numero fit inter eos divisio, veluti quum Stichum et Pamphilum quis stipulatus duos heredes aequis partibus reliquit, necesse est utrique partem dimidiam Stichi et Pamphili deberi; si idem duos homines stipulatus fuiste, singuli homines heredibus eius deberentur.»

167. El text en què Torrascassana es basa per a dir «Neque hanc nostrae assertionis partem destruit Ulpiani responsum in [...]» (p. 227), a D.46,3,29 Ulpia l.38 *ad ed.* diu «Sed in numis et oleo, ac frumento et similibus, quae communi specie continentur, apparet hoc actum, ut numero dividatur obligatio, quatenus et commodius promissori stipulatoribusque est.»

168. Cita un text del jurista Modestí, l.6 *differentiarum*, D 41,7,3, extraordinàriament interessant: «An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. Et quidem si in re communi socius partem suma reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto; taquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.»

169. Cita D.7,8,19 Paulus l.3 *ad Vitellium*: «Usus pars legari non potest; nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus», i D.8,2,17 Pomponi l. *singulari regularum*: «Viae, itineris, actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est; et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt, et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.»

cial de la indivisibilitat, ja que totes les relacions jurídiques, reals o obligacionals, que comporten un dret d'ús, són indivisibles.¹⁷⁰ Torrascassana continua comentant que un soci no pot crear o extingir *pro parte* la servitud de la cosa comú, i sobre la qüestió cita el cas exposat per Julianus en què un soci o copropietari adquireix la propietat del predi veí, i es pregunta si, per a ell, la servitud s'ha extingit, d'acord amb el principi *nemini res sua servit*.¹⁷¹ Planteja després un cas, explicat també a les fonts, pel qual es qüestiona si el propietari d'una finca i copropietari de la finca veïna pot crear servituds o tolerar la prestació de servei que la servitud comporta; Torrascassana nega la possibilitat sobre la base del conegut text D.8,4,6,3 (Ulpia l.28 ad *Sab.*).¹⁷² En aquest apartat, l'autor fa referència a l'obligació dels cohereus que han de prestar servitud, que ho han de fer de manera solidària, i l'incompliment d'un d'ells donarà lloc a una sentència contra tots, i fa referència també al fet que la divisió dels predis per causa de l'*actio communi dividundo* no destrueix les servituds preexistents.

L'usdefruit és indivisible atès que el *frui* ha d'anar acompanyat de l'*usus*, i l'ús s'ha d'exercir solidàriament, perquè és indivisible; l'usdefruit és incorporeal, i per tant no admet una divisió natural; Torrascassana explica que no ha de considerar-se que *uti* i *frui* són àmbits separats d'un mateix dret, ja que «fructus sine usu nequeat consistere».¹⁷³

L'*assertio III* del capítol X es planteja la indivisibilitat des de la perspectiva del fet objecte de la prestació,¹⁷⁴ i enumera ordenadament tots els fets que pel seu caràcter unitari no admeten una prestació dividida. La característica és que el fet sigui nu, és a dir, que la consumició de la prestació comporti la realització total del fet objecte de l'obligació. En primer lloc, parla de la «*stipulatio operis*

170. En el comodat, per exemple, i pel que fa a la responsabilitat per deteriorament o pèrdua de la cosa, si els comodatariis són diversos, la responsabilitat és solidària, ja que l'ús és indivisible.

171. El text de Julià l.2 és D.8,3,31, cas que ha donat lloc a interpretacions contradictòries entre els romanistes.

172. TORRASCASSANA, p. 235: «quia quamvis ut supra scripsimus, proprio fundo per communem, et communi per proprium, servitus et deberi, et retineri valeat; acquiri tamen, vel imponi non potest [...]».

173. Cita D.7,8,14,1 Ulpia l.17 ad *Sab.* En aquest text el jurista diu que no pot haver *frui* sense *uti*, però sí que pot haver-hi *uti* sense *frui*, i ho explica a través de l'exemple del llegat en què es detreu un dels dos àmbits; cita també D.7,4,20 Paulus l.15 ad *Plauti*, text en què s'elabora també sobre els dos àmbits de l'usdefruit: l'*uti* i el *frui*, a través de l'exemple del que, per ignorància, només utilitza, però no es fa propietari dels fruits. En el text es dóna una màxima rellevància a la *voluntas*, fins i tot més que a l'exercici efectiu, ja que es diu que qui només utilitza l'ús, per ignorància que té també el *frui*, el perd: «puto eum amittere fructum; non enim ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere».

174. El terme *praestatio* és utilitzat per Torrascassana poques vegades.

faciendi», i parla dels hereus del promitent, els qui queden subjectes al compliment de manera solidària;¹⁷⁵ l'autor torna aquí a abordar el tema ja comentat a l'*assertio* anterior, de les estipulacions genèriques, i utilitza l'exemple clàssic: lliurar dos esclaus, o estipulacions ja especificades com lliurar Pàmfil i Esticus, i de la diferència entre la divisió natural de les coses, impossible en l'estipulació d'objecte especificat, i la divisió civil o per parts indivises, possible també en les estipulacions d'objecte especificat.

Tampoc no és divisible l'estipulació per la qual es promet «dolum malum abesse, abfuturumque esse», que no és exactament una obligació de fer, diu Torrascassana, ja que la promesa no s'ha de complir fins que no hi ha una actitud de mala fe en la causa d'incompliment de l'obligació primària. Tampoc l'estipulació «per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat», citant textos interessants, però en els quals es pot observar la intervenció interpolacionística.¹⁷⁶ L'estipulació de garantia per evicció permet a Torrascassana tornar a plantejar el tema de la indivisibilitat: comenta la finalitat del costum explicat en nombroses fonts pel qual s'afegia al contracte una estipulació que garantia la responsabilitat del trasmetent quan a un tercer li haguessin estat reco-

175. Cita, entre d'altres, un text de Ulpia l.2 *fideicomisos* D.32,11,23, en què es tracta d'uns cohereus que han de fer una obra a favor de la ciutat; el jurista cita un rescripte de Marc Aureli i Luci Verus que respon al governador que tots els cohereus estan obligats solidàriament, tot i que si l'obra l'executa només un dels cohereus pot rescabalar-se dels altres per la part corresponent. És important detectar que en aquest rescripte dels emperadors dits *divi fratres*, es veu amb naturalitat la conversió en diners de la prestació indivisible, i sobretot que es dona com a natural l'existència d'un camí processal perquè l'hereu que ha complert la totalitat de la prestació pugui rescabalar-se sense necessitar l'expedient de cessió de les accions. Sobre això es pot consultar E. RICART MARTI, *Nomina hereditaria ipso iure divisa sunt/indivisa pignoris causa, confluencia de dos Regulae iuris en D.20,4,19*, RIDA, XLVIII, 2001, p. 237-258; Torrascassana cita també D.35,2,80,1 Gai l.3 *ad ed. Praetoris*, on el jurista comenta el cas d'uns cohereus que han de fer un llegat d'*opera faciendi*; el cas que planteja es preocupa del còmput de la falcídia, per a detreure-la, si tots els cohereus estan obligats solidàriament a la realització de la totalitat de l'obra; el text torna a parlar d'estimació per reclamar del legatari el volum de la detracció.

176. D.45,1,81 Ulpia l.77 *ad ed.*, i D.45,1,2,5 Paulo l.12 *ad Sab.* Text en què Paulus, citant Julià i Pomponi, diu que els cohereus que han pagat l'incompliment del que no ha tolerat l'exercici del dret de pas o de conducció, quan hi havia estipulació «per te non fieri, neque per heredem tuum», poden rescabalar-se amb la mateixa acció de divisió, qüestió aquesta objecte de moltes controvèrsies, i que, almenys per a l'època clàssica, no sembla possible, ja que, en virtut del principi *nomina hereditaria ipso iure divisa sunt*, crèdits i deutes es divideixen en el moment de l'adició, i per això ja no s'inclouen en l'objecte de divisió a l'*actio familiae erciscundae*, que només conté els elements *quae peti possunt*. Aquest aspecte controvertit en les pròpies fonts, i evolutiu, no és apreciat per Torrascassana, que diu «[...] coheredes, qui nec dolum commisserunt, nec ire agere prohibuerunt, familiae erciscundae iudicio consequuntur, quod illius facto, vel culpa praestiterunt» (p. 253).

neguts drets sobre la cosa: «idque moris fuit, et consuetudinis, ut pro rebus pretiosibus de evictione stipulatio duplae interponeretur (quamvis et in triplum, vel quadruplum interponi potuit) pro vilioribus vero simplae repromissio».¹⁷⁷

Torrascassana cita també com a exemple de contracte d'objecte indivisible l'estipulació en què es promet *rem tradi*, ja que només la tradició comporta l'alliberament «[...] traditione sola liberatur»,¹⁷⁸ o l'estipulació de *vacuam possessionem tradere* que no comporta només el fet de lliurar la possessió, sinó també el de lliurar-la en determinades condicions.¹⁷⁹ En aquest punt es mostra contrari als autors que defensen que aquestes estipulacions, especialment l'última, comporta l'obligació de lliurar els fruits de la cosa en cas de *mora debitoris*, com, segons cita Torrascassana, sostenen Voet o Valencia;¹⁸⁰ el nostre autor utilitza un argument processal per a sostenir la seva posició, en dir que l'acció de l'estipulació és de dret estricte, i per això no permet més que reclamar l'objecte promès, però no els perjudicis ocasionats per la demora, tot i que en un text de Papinià, en seu «de usuris, et fructibus, et causis, et omnibus accessionibus, et mora», el jurista interpreta el contrari. El jurista parla de la possibilitat de reclamar un *incertum* per a poder reclamar també els fruits.¹⁸¹

Planteja també la controvèrsia sobre la divisibilitat o no de l'estipulació *rem restitui*, i manifesta clarament la pròpia opinió: «nos vero individuum esse admittimus, quoties nudum restituendi factum continet, ut in commodatario, depositario et similibus, qui rei solunt habent detentionem»,¹⁸² citant Voet.

Analitza després el règim d'estipulacions complexes i la controvèrsia sobre la seva divisibilitat o no; per exemple, la promesa de cedir l'usdefruit, promesa que si és heretada per diversos cohereus, cada un d'ells pot complir *pro parte* ja que hi ha una divisibilitat natural, tot i que si el compliment s'ha d'exigir processalment, ha d'exigir-se *in solidum*. Introdueix aquí un comentari sobre la indivisibilitat de deutes i crèdits entre els cohereus: «[...] et quod omnia iura de-

177. Citant D.21,2,37,1 Ulpia l.32 *ad ed.*, text que, a més de parlar de la garantia de les *res pretiosiores*, manifesta la intervenció de l'edicta d'un magistrat menor, en qüestions de compravendes urbanes. Sobre la indivisibilitat de l'estipulació sobre garantia d'evicció, Torrascassana cita Cuias.

178. TORRASCASSANA, p. 257; cita D.45,1,28 Paulus l.10 *ad sap.*, i D.45,1,72, pr. Ulpia 20 *ad ed.*

179. Cita D.45,1,52,1 Ulpia l.7 *disputationum*: «Si quis vacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continebit, sed causam bonorum.»

180. TORRASCASSANA, p. 258.

181. El text citat per TORRASCASSANA és D.22,1,4 pr. Papinià 27 *quaestionum*, on el jurista posa l'exemple del fill d'una esclava, ja que, diu el jurista «...etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset».

182. TORRASCASSANA, p. 259.

functi, tam activa quam pasiva dividuntur inter heredes propter leg. duodecim tabularum, ex quo videbatur dicendum semper pro hereditaria parte, non in solidum aliquem ex pluribus heredibus teneri».¹⁸³ També parla de la promesa que comporta la realització d'un fet que és indivisible de manera natural, però que admet divisió intel·lectual, com ara la cessió de l'usdefruit, que ha estat objecte de successió *mortis causa* a diversos cohereus. En aquest cas, cada cohereu resta obligat *pro parte*, però la reclamació del compliment de qualsevol d'ells haurà de plantejar-se *in solidum*. Promesa de *iudicatum solvi* que en si mateixa conté tres clàusules o compromisos: complir la sentència, defensar-se en el procés¹⁸⁴ i evitar el dol processal; promesa d'*operis libertorum* que per la seva naturalesa és indivisible.

A l'*assertio IV* distingeix un altre cop entre el gènere i l'espècie oposant estipulacions de quantitat certa o d'espècie; pel que fa a les de quantitat, diu que és divisible la *petitio* i la *solutio*, ja que si hi ha causa de divisió subjectiva, la quantitat pot ser dividida, i l'espècie pot ser també dividida intel·lectualment; però, si l'esclau comú infligeix un dany que comporta per als *dominus* responsabilitat aquiliana, o realitza un furt, la responsabilitat de cada copropietari no es pot afrontar *pro parte*, ja que no és possible que un lliuri l'esclau en noxa, i l'altre compensi econòmicament el dany; i és el mateix règim per a qualsevol acció de caràcter delictual «*delictum tamen singulos in solidum obligat*»; així si diverses persones atemorien, cada un d'ells pot ser reclamat *in solidum*, però la *solutio* d'un d'ells allibera tots els altres;¹⁸⁵ comenta també l'«*actio deiectis vel effusis*», que és de caràcter mixt, penal i compensatori.

Finalment, i recordant que hi ha hagut discrepàncies sobre la qüestió, recorda que les estipulacions genèriques i les alternatives són o poden ser indivisibles: «*Verum cum generis obligatio omnes species, quae sub illo genere cadunt*

183. TORRASCASSANA, p. 262, on cita Vini i Voet; però després afegeix: «nam ideo lege duodecim tabularum id credimus cautum specialiter, ut pro ea tantum parte pro qua quis heres est defunctum representet, et quod iura inter heredes dividantur, ne debitum omnium heredem commune unum tantum gravet ut notavit hoc autem non debet admitti, aut intelligi cum iniuria, aut damno creditoris». Amb aquest comentari el nostre autor explicita el problema de la divisió, sobretot pel que fa a la protecció del creditor, que a causa de l'aplicació d'un règim preestablert ha passat de tenir un sol deutor, a tenir-ne diversos. Finalment, i citant Voet, Torracassana diu que a l'aplicació del règim general s'hi ha d'afegir: «nisi individuum sit debitum.»

184. Cita D.46,7,6 Ulpia. l.78 *ad ed.* «*Iudicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet; de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo.*» En el procediment formulari, és necessària la presència d'ambdues parts almenys fins al final de la fase *in iure*, ja que l'elecció del *iudex privatus* i el plantejament de la fórmula requereixen la participació d'ambdues parts. Per això el text parla de *defendere*.

185. Cita D.4,2,14,15 Ulpia l.11 *ad ed.*

comprehendat, ita ut quaelibet solvi possit, non minus quam si illa species, quae solvitur, sola et expresse in *obligationem deducta esset*,¹⁸⁶ ja que la rellevància està en el moment de l'elecció: «hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet.»¹⁸⁷ A l'obligació alternativa es pot afegir després un pacte de no demanar una de les dues alternatives, i l'eficàcia del pacte afecta la globalitat de l'obligació.¹⁸⁸ Torrascassana parla dels casos en què la mateixa persona pot demanar (o no) la mateixa cosa per causes diferents, i de com el règim de la divisibilitat és diferent si es tracta d'objecte genèric o específic.¹⁸⁹ Finalment parla de la divisibilitat del pagament parcial, en els casos en què ha estat acceptat així pel creditor; l'acceptació del pagament parcial representa una novació, igual que és una novació la *litis contestatio*.¹⁹⁰

5. DISPUTATIO II: «DE MUTUO, ET SENATUSCONSULTO MACEDONIANO»

5.1. CAPÍTOL I: «DE MUTUI VOCABULO, QUID SIT MUTUUM, ET DE EIUS ORIGINE»

L'*assertio I* conté tres apartats en què Torrascassana ofereix tres concepcions del contracte de mutu; en primer lloc, diu que es pot considerar mutu quan el que és de l'un es fa de l'altre;¹⁹¹ en el segon apartat comenta tres accepcions diferents de mutu: *a*) accepció de reciprocitat, *b*) accepció de comodat, *c*) accepció per la qual el mutu és l'alienació d'una quantitat o d'una cosa sotmesa

186. P. 285. Cita D.30,13 Pomponi l.4 *ad Sab.* (Pomponi cita Neraci). Text interessant ja que planteja l'alliberament de l'obligació d'un hereu que lliura a l'esclau del legatari un esclau que no pertany a la massa hereditària, tot i que el llegat havia estat establert pel testador com un *incertum*: «Cum incertus homo legatus tibi esset, heres Stichum servo tuo tradidit. Neratius respondit, si voluntate domini tradidit vel ratum hoc dominus habuerit, perinde eum liberatum, atque si Stichus legatus esset.»

187. Cita D.31,66 Papinià l.17 *Quaestionis*.

188. Cita D.2,14,27,6 Paulus l.3 *ad ed.*: «exceptionem pacti conventi in totum obstaturam». A la p. 293, Torrascassana torna a fer una referència a la dificultat que presenta la divisibilitat o indivisibilitat d'obligacions, quan aquestes estan previstes alternativament: «Incidimus in gravissimam difficultatem, qua in toto iure nec difficilior, nec vexatior, aut quae magis exercuerit, imo torserit interpretum ingenia [...]», i cita Fernández de Retes.

189. Cita D.30,34, 1 i 3 Ulpia l.21 *ad Sab.*

190. Cita D.45,1,2,3 Paulus l.12 *ad Sab.*

191. Cita D.12,1,2,2 Paulus l.28 *ad ed.*: «Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.»

a pacte de restitució del *tantundem*.¹⁹² En el tercer apartat, Torracassana fa una reflexió sobre la ubicació del contracte en el dret d'obligacions, sobre la reciprocitat com accepció més general del mutu, accepció, però, que no considera que hagi de tractar-se.¹⁹³

A l'*assertio II* «Quid sit Mutuum» l'autor conceptua el contracte amb les característiques següents: nominat, de dret estricte, en què la cosa pot ésser comptada o mesurada o numerada, i en què un ha de lliurar perquè un altre es faci amb la propietat de la cosa; l'autor destaca que és de dret estricte perquè només crea obligacions per a una sola part; aquesta afirmació es pot rebatre, ja que la qualificació dels contractes de dret estricte o de bona fe es fa des de la perspectiva processal, perspectiva que el nostre autor no té en compte;¹⁹⁴ hi ha una referència a la *datio* de la propietat, per a explicar que en alguns casos el mutu s'acompanya d'un pacte que inclou la prestació d'interessos: «non ratione contractus mutui sed vi pacti».¹⁹⁵ Torna a fer referència a la *traditio* transmissora de la propietat, subratllant que en aquest contracte s'ha d'entendre una *fictio brevi manu*, i subratllant també que no s'ha d'atendre a la provenença de la *pecunia*. Fa referència al fet que la *datio* en altres contractes, verbals, literals o consensuals, no és transmissora del domini «in quibus dominium non transfertur in accipientem», ja que ha de ser restituïda la mateixa espècie. Finalment, l'autor fa refe-

192. Torracassana cita Ciceró, llibre 5, epístola 2, a les *Epistoles*; per a la segona accepció, cita, entre d'altres, D.32,49,Ulpia 22 *ad Sab*; text en què el jurista explicita quines coses s'han d'entendre que estan compreses en el llegat de coses preparades per la dona («uxoris causa parata»): «Proinde et si quaedam promiscui usus sint, solitus tamen fuerit ab ea quasi usu(m) mutuari, dicendum erit, ipsius causa videri parata»; Torracassana s'adscriu a la tercera accepció: «ut nos hic accipimus». L'autor de Cervera cita encara una quarta accepció de mutu, de caràcter metafòric, que es referiria a la correspondència de sentiments, citant Plaute, *Amphitryon*, act.2 *scen.ult.*

193. Diu exactament «quae ad nostrum tractatum non pertinet» (p. 310). Per a aquesta tercera accepció, Torracassana cita un text de Paulus l.28 *ad ed.* D.12,1,2,3, que ha estat considerat enigmàtic per la doctrina: «Credium ergo a mutuo differt qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur sic, ut, si eandem rem recepturi sumus, creditum est Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia, creditum autem interdum etiam si nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur.»

194. TORRASCASSANA reenvia el lector a la p. 24 de l'obra, *assertio II de divisionibus contractuum*, en què parla de *negocis* de dret estricte, de bona fe, *bonum et aequum*, tenint en compte les conseqüències però no les causes que van donar lloc en dret romà a aquestes diferenciacions, causes que són del procés formulari de l'època clàssica. De tota manera, ja en el dret romà postclàssic aquesta rigorosa classificació havia perdut sentit, en haver variat profundament el propi sentit de l'acció com a motor inicial del procés.

195. TORRASCASSANA, p. 312. L'autor de Cervera menciona la novel·la 136 de Justinià, capítol v (any 541), en què l'emperador permet que en els préstecs de diners fets per banquers s'entenguin préstecs a interès, com a mínim, del 8 %; l'emperador en canvi, en la mateixa novel·la, no permet que se sobreentenguin pactades garanties hipotecàries, llevat que no s'hagi acordat expressament.

rència a la proximitat del mutu amb la *solutio indebiti*, però subratlla que aquesta última és un quasicontracte i, a més, que no resta tancada només a les coses fungibles, sinó també a les coses mobles, immobles o incorporals.¹⁹⁶ Finalment Torrascassana distingeix el mutu del contracte innominat *do ut des*, i fa una breu referència a l'origen del mutu en el *ius gentium*.¹⁹⁷

5.2. CAPÍTOL II: «DE MUTUI DIVISIONIBUS»

Té una *assertio* única. Torrascassana divideix el contracte en pur, a termini, i sota condició, de la mateixa manera que les estipulacions.¹⁹⁸ Exigeix en el mutu concordança de voluntats, ja que si el mutuant lliura una quantitat en virtut de donació, i el mutuari creu que ha de restituir, «dubitatum fuit, an mutuuum esset?».¹⁹⁹ Planteja també el problema de la naturalesa jurídica del lliurament de quantitat a través de persona interposada, problema que resol establint que ha de considerar-se mutu en què el mutuari és l'interessat, ja que hi ha una ficció jurídica de lliurament directe; arran d'aquesta qüestió, Torrascassana comenta el que s'ha d'entendre per ficció, citant Voet: «[...] fictionem iuris imitari naturam, eiusque possibilitatem regulariter supponere: et recte quia fictio est iuris in re possibili contra veritatem ex iusta et necessaria causa utilis constitutio». Destaca finalment la necessitat de *traditio* en el mutu.²⁰⁰

5.3. CAPÍTOL III: «DE PERSONIS QUAE MUTUUM DANT»

A l'*assertio I* Torrascassana comenta la irrellevància del fet que els diners o les coses fungibles hagin estat adquirits pel mutuant mitjançant furt. A l'*asser-*

196. Aquesta afirmació hauria requerit una anàlisi processal.

197. Cita IJ 1, 2, 2, *in fine*: «[...] et ex hoc iure gentium omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuuum et alii innumerabilis»; cita també passatges de la Bíblia, concretament del Deuteronomi, cap. 15, vers. 8, i l'Evangeli de Sant Mateu, cap. 5, vers. 42.

198. Cita D.12,1,7 Ulpia l.26 *ad ed.*: «Omnia quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae, et ideo et conditiones.»

199. TORRASCASSANA, p. 320; cita D.46,3,55 Ulpia l.61 *ad ed.*: «Qui sic solvit, ut reciperet, non liberaatur, quemadmodum non alienantur numi, qui sic dantur, ut recipiantur.»

200. L'autor de Cervera comenta dos textos que semblen contradictoris: D.12,1,34, pr. Africà l.8 *Quaestionum*, i D.47,2, 44,2 Ulpia l.41 *ad Sab.*, ja que per Africà quan el procurador cobra en nom de l'interessat i reté la quantitat compromentent-se a restituir-la amb interessos, respon per l'acció de mandat, mentre que per Ulpia, si un cobra el que es deu a un altre i reté la quantitat, respon per l'acció de furt, sempre que el creditor no estigui absent, i en aquest cas respon per la *condictio*. Torrascassana (p. 325) identifica els juristes Papinià, Ulpia i Paulus per comprendre millor les seves opinions: «Paulo (qui Ulpiano fuit coetaneus) [...] Papiniano (qui Paulo et Ulpiano non nihil superior).»

tio II Torrascassana diu que no és suficient que el mutuant sigui propietari, sinó que a més ha de tenir potestat per a alienar; per això no poden donar en mutu els menors sotmesos a tutela, ni els incapaços; els adolescents que no tenen curador, si han quedat perjudicats, poden demanar la *restitutio in integrum*.

5.4. CAPÍTOL IV: «DE HIS, QUI MUTUUM ACCIPERE POSSUNT, VEL NON»

Assertio I. Tots els que es poden obligar vàlidament poden adquirir per mutu: el pupil amb l'autoritat del tutor, el menor de vint-i-cinc anys amb l'autoritat del curador;²⁰¹ en canvi, el fill de família està protegit per l'*exceptio SC Macedonianus*²⁰² de la reclamació de restitució.

Assertio II. Torrascassana indica que l'SC macedonià afecta només la relació jurídica en què el fill de família rep a préstec *pecunia numerata* i deixa de tenir efecte si el *pater familias* ratifica l'adquisició del fill, o si el fill ratifica en arribar a la situació de *sui iuris*.

Assertio III. El tutor pot demanar diners en préstec en interès del pupil,²⁰³ l'administrador de la cosa pública en interès de la ciutat, i un sol dels socis; en aquest cas, el mutuari pot repetir contra els seus socis.²⁰⁴

5.5. CAPÍTOL V: «QUAE RES MUTUO DARI POSSUNT»

Assertio unica. Objecte del contracte de mutu són coses que es puguin compartir, numerar o mesurar, i l'autor introdueix aquí consideracions sobre la fungibilitat; àdhuc pot haver mutu amb coses consumibles comptades, que estiguin estimades, tot i que és una qüestió debatuda;²⁰⁵ és prohibit prendre diners a préstec del *populus romanus* o del *fiscus Caesaris*, sense autorització.

201. Torrascassana remet al capítol I, *assertio II*, de la primera *disputatio* pels disminuïts mentals, boigs, ebris, muts, etc.

202. En nota explica el fet que origina la decisió prohibitòria del Senat, i les fonts literàries d'on es pot conèixer (Suetoni). Torrascassana explica detingudament la funció de l'exceptió processal; la protecció de l'SC s'estén als successors del fill de família.

203. CI 5,39,3 emperador Gordià (any 239).

204. Cita CI 4,2,12 Dioclecià i Maximià (294-302).

205. TORRASCASSANA, p. 360: «Secus est in caeteris rebus, cum non sint tam aequalis aestimationis, ut in suo genere solutae, aliarum vice fungantur. Si panes limitatam, et certam in civitatem quantitatem habent, etiam materiam mutui esse credimus.»

5.6. CAPÍTOL VI: «QUOMODO MUTUUM»

Assertio unica. L'autor explica que la *traditio* és requisit de l'existència del mutu, *traditio* que admet formes espiritualitzades com comptar o mesurar; introdueix el tema de la necessitat de conjunció de voluntats entre les parts.²⁰⁶

5.7. CAPÍTOL VII I SEGÜENTS: «DE MUTUI EFFECTIBUS»

Assertio I. Torrascassana comenta que el mutu origina obligació natural i civil, i que per a reclamar la restitució es pot interposar la *condictio certi* contra el mutuari; si els mutuant són dos o més, poden interposar cada un una *condictio pro parte*, ja que el debit és divisible.

Assertio II. Torrascassana introdueix en aquest apartat l'anàlisi sobre el contingut exacte del *reddere*, distingint la *forma* de la *materia*, fet que li permet d'introduir-se en la qüestió de la inflació, i les variacions monetàries.²⁰⁷

Finalment, hi ha una menció a la successió *ex lege* en la garantia hipotecària en els préstecs per a tornar a edificar.²⁰⁸

6. DISPUTATIO III: «DE COMMODATO»

6.1. CAPÍTOL I: «DE COMMODATI VOCABULO, QUID SIT COMMODATUM, ET DE EIUS ORIGINE»

Assertio unica. Torrascassana diu que per *comodat* s'ha d'entendre la cessió d'ús d'una cosa, de certa manera i fins a un temps determinat; el distingeix del precari perquè aquest no té un moment de finalització; de la *locatio* perquè no

206. Cita dos textos interessants sobre això, D.12,1,18 Ulpia l.7 *disput.* i D.41,1,36 *in fine* Julià l.13 *dig.*, en què es pot apreciar un *ius controversum* entre els juristes.

207. L'autor de Cervera comenta aquí una qüestió autòctona (p. 379): «Illud non este praetermittendum, quod si obligatio sit constituta in moneta imaginabili cuius est certa species, quae ex certis parvis monetis conficitur, caeterum non est specialis nummus dictae monetae, v.cau. libra in hoc Principatu Cathaloniae, (ubi non reperitur nummus aliquis, qui dicatur libra) tunc si talis monetae valor variatur, videlicet cum valeat viginti solidos, statuatur, ut valeat viginti duos, vel decem et octo, tunc tempus contractus inspiciendum est, Jacob. Canc.var.resolut.part.2cap6.n.145 vers.Illud etiam, qui alios citat.»

208. Torrascassana cita, entre d'altres, D.20,2,1 Papinà l.10 *resp.*, que cita un SC de l'època de l'emperador Marc Aureli (161-180).

és gratuïta i perquè sorgeix del consentiment, mentre que el comodat requereix lliurament de la cosa; de l'anticresi perquè tampoc no és gratuïta. Parla del comodat com a contracte de bona fe.²⁰⁹ Finalment l'autor diu que és un contracte del *ius gentium*.²¹⁰

6.2. CAPÍTOL II: «DE COMMODATI DIVISIONIBUS, DE PERSONIS COMMODANTIBUS, ET DE COMMODATARIS»

Assertio unica. El comodat pot aportar un avantatge al comodatari, o a altres persones per les quals respon el comodatari;²¹¹ atès que el comodat no trasmet el domini, pot fer el lliurament qui no és propietari; el fill de família pot obligar el *pater* quan rep en comodat, però no poden rebre en comodat, és a dir, restar obligats, els curadors o tutors, si sense autorització reben en comodat els boigs, els pròdigs o els pupils. Atès que el comodatari pot usar la cosa, i l'ús és indivisible, la responsabilitat dels comodataris quan n'hi ha dos o més és solidària,²¹² de la mateixa manera que hi ha responsabilitat solidària entre cohereus del comodatari.²¹³

6.3. CAPÍTOL III: «DE MATERIA COMMODATI ET QUOMODO CONTRAHATUR»

Assertio unica. Poden ésser comodades *res mobiles* i *immobiles*, tot i que Torracassana adverteix sobre la controvèrsia pel que fa a les *res immobiles*.²¹⁴ No poden comodar-se les coses consumibles o fungibles, encara que sí que poden comodar-se les coses que es deterioren per l'ús. L'ús exigeix una *traditio* inicial; finalment l'autor de Cervera comenta que el comodat és gratuït, ja que si hi ha pagament manca llavors *beneficium et gratia*, i per tant estariem davant d'un altre contracte que pot ser *locatio*, o contracte innominat.

209. La característica de bona fe, per Torracassana, ve donada perquè sorgeixen del comodat obligacions per ambdues parts: «Ideo autem bonae fidei est commodatum, quia uterque ex contrahentibus obligatur» (p. 387), no per l'àmbit processal.

210. Citant l'Antic Testament, dret canònic i dret romà.

211. Cita D.13,6,5,10 Ulpia l.28 *ad ed.*

212. D.13,6 *Commodati vel contra.*

213. Torracassana parla també del fet que la responsabilitat del comodatari per cas fortuït, *periculum*, s'ha de pactar expressament.

214. Cita D.13,6,1, pr. i1 Ulpia l.28 *ad ed.*

6.4. CAPÍTOL IV I SEGÜENTS: «DE EFFECTIBUS COMMODATI»

Assertio unica. En aquest apartat l'autor fa referència a la finalitat econòmica del contracte: usar una cosa en el temps preestablert, restituir-la amb els seus accessoris, i respondre per dol i per culpa.

Torrascassana tracta, a l'*assertio II*, l'aspecte processal relatiu a les accions directes, les de comodant contra el comodatari, i les accions contràries, que són les que té el comodatari contra el comodant. L'autor destaca la compatibilitat de les accions reipersecutòries amb la de comodat, i la possibilitat de la *condictio furtiva*.

7. DISPUTATIO IV: «DE DEPOSITO ET SEQUESTRO»

7.1. CAPÍTOL I: «DE DEPOSITI VOCABULO, QUID SIT DEPOSITUM, ET DE EIUS ORIGINE»

Assertio unica. Torrascassana defineix el dipòsit com el trasllat d'una cosa per a custodiar-la, d'una persona a una altra.²¹⁵ Per Torrascassana és un contracte de bona fe ja que sorgeixen obligacions per a ambdues parts,²¹⁶ que requereix una *traditio* no transmissora de la propietat: «ut traditionis factum significet». Comenta l'autor que el segrest és un «depositum in specie», per comentar finalment que és un contracte del *ius gentium*.²¹⁷

7.2. CAPÍTOL II: «QUOTUPLEX SIT DEPOSITUM, DE PERSONIS DEONENTIBUS, ET DEPOSITARIIS»

Assertio unica. Torrascassana distingeix el dipòsit voluntari, el necessari (davant perill imminent), i el dipòsit irregular, quan s'entreguen monedes perquè se'n restitueixi el valor;²¹⁸ comenta la proximitat del dipòsit i el mandat en el cas,

215. L'autor destaca la conceptualització del jurista Ulpià l.30.a *ad ed* D.16,3,1 pr.

216. En el comentari a la *Disputatio* del comodat ja hem dit que la categoria *bona fe* en els contractes és purament processal, i és determinada pel marge més o menys ampli del *iudex* en la valoració de la *condemnatio*; les accions pretòries *in factum concepta* solen preveure un marge ampli per a valorar la *condemnatio*.

217. Cita també fonts jurídiques del dret romà, l'Antic Testament, i el dret canònic.

218. A la p. 420 l'autor, per a referir-se al dipòsit irregular, diu: «veluti, si id actum fit, ut tantundem restitui possit».

per exemple, que es lliurin documents al procurador que han de ser tornats; Torascassana argumenta que aquesta relació jurídica és mandat, ja que és el contracte inicial el que ha de marcar la qualificació jurídica.²¹⁹ La responsabilitat per la restitució íntegra de la cosa és solidària, en el cas que hi hagi pluralitat de subjectes per part del dipositari.

7.3. CAPÍTOL III: «DE MATERIA DEPOSITI, QUOMODO CONTRAHATUR, ET DE EIUS EFFECTIBUS»

Poden ser objecte de dipòsit coses mobles i coses immobles, tot i que, pel que fa als immobles, no hi ha hagut acord doctrinal; Torascassana es pregunta: «[...] si res immobilis deponi non possent, quomodo possent sequestrari?».²²⁰ El contracte requereix conjunció de voluntats entre les parts,²²¹ i requereix gratuïtat, ja que, si no, seria *locatio conductio*. La responsabilitat pel deteriorament de la cosa, normalment, és només per dol i *culpa lata*.²²² Finalment consta que el dipositari pot demanar compensació per les despeses de conservació i retenir la cosa com a garantia de lliurament de la compensació.²²³

7.4. CAPÍTOL IV I SEGÜENTS: «DE SEQUESTRO»

Assertio unica. El segrest obliga a custodiar i restituir una cosa que és objecte de litigi, i que pot ser moble o immoble. Torascassana comenta després la

219. Cita un text del jurista Ulpia l.31 *ad ed* D.17,1,8,6.

220. Cita D.16,3,24 Papinia l.9 *Quaest.* i D.50,16,186 Ulpia l.30 *ad ed*.

221. Torascassana (p. 437) diu: «utque custodiae causa tradatur et accipiatur».

222. Per a delimitar l'àmbit de *culpa lata*, l'autor de Cervera posa l'exemple del dipositari que, en cas de calamitat, salva les seves coses però no les coses dipositades.

223. Torascassana, p. 445: «rem depositam retinere propter impensas necessarias, quas in eam fecit», cita D.47,2,15,2 Paulus l.5 *ad Sab*, i D.47,2,59 Julia l.3 *ex Minici*; continua l'autor de Cervera: «Nam si id licet commodatario, qui beneficium a commodante accepit, potiore iure depositario licere debet, qui nullum ex deposito commodum habuit.» Cita la contradicció aparent entre el règim establert a la constitució de Justinià que consta a CI 4,34,11, que autoritza el deponent a recuperar del dipositari la cosa, prestant caució de garantia, encara que el dipositari hagi rebut notificació escrita per la qual se li exigia que retingués la cosa en benefici de tercer. La novel·la 88, també de Justinià, no permet que aquests *denuntiatores* obtinguin la retenció del dipositari, ja que els obliga a perseguir la cosa posseïda pel seu propietari; la novel·la imposa multes econòmiques als *denuntiatores* que pretenen la retenció del dipositari. Torascassana (p. 446) diu: «In hoc Cathalonie Principatu has denunciations (quae emparare vocantur) in usu esse tradit Cancer [...]»

situació del segrestatari, pel que fa a la possessió de la cosa, argumentant que no es pot considerar posseïdor;²²⁴ parla després de les accions directa i contrària, i reserva un comentari final a l'expressió «Sequestrum finitur lite finita».²²⁵

8. DISPUTATIO V ET ULTIMA. «DE PIGNORE»

8.1. CAPÍTOL I: «DE PIGNORIS VOCABULO, QUID SIT PIGNUS, AN SIT CONTRACTUS ACCESSORIUS, ET CUIUS GRATIA CONTRAHATUR»

Assertio unica. Torrascassana considera que el vocabe *pinus* es refereix a l'obligació del deutor de lliurar una cosa al creditor com a garantia de crèdit pre-existent; arran d'aquesta afirmació comenta que els vocables *pinus* i *hipoteca* tenen essencialment el mateix significat, ja que la finalitat és la mateixa, però en un cas hi ha *traditio*, i en l'altre no.²²⁶ El *pinus* pot ser convencional, legal, pretori, judicial o testamentari.²²⁷ L'autor continua dient que és un contracte del *ius gentium*, nominat, de bona fe, en què la cosa es lliura al creditor com a garantia del crèdit, cosa que ha de ser restituïda quan hi ha hagut la *solutio* o quan hi ha intervingut un altre tipus de garantia.²²⁸ És un contracte accessori, característica que comporta conseqüències variades; arran d'aquesta qüestió comenta àmpliament la «regula iuris: individua pignoris causa».²²⁹ Comenta finalment que el *pinus* té per finalitat la garantia del crèdit, però que també té una finalitat secun-

224. Cita un text del jurista Florentí l.7 *Instit.*, D.16,3,17,1: «Rei depositae proprietates apud deponentem manent, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est, nam tum demum sequester possidet; id enim agitur ea depositione ut neutrius possessioni id tempus procedat.» Per les *Institutiones* de Gai 4, 142-160, podem saber que, a l'època clàssica, el segrestatari podia demanar al pretor protecció a través d'interdictes possessoris.

225. Torrascassana (p. 453) diu: «Si iudiciale est sequestrum, decreto iudicis tollitur; si vero conventionale, partium contraria voluntate cessat.»

226. Torrascassana, p. 456: «[...] cum res sine traditione nuda conventionem tenetur»; comenta després que els juristes antics utilitzaven el vocable llatí *fiducia*, que comprenia tant el *pinus* pròpiament com l'hipoteca.

227. En un sentit més ampli també s'utilitza el vocable *pinus* per a referir-se a les arres, ex. CI 5,2,1, diu Torrascassana, p. 458, on, com a *excursus*, també exposa que alguns autors utilitzen el vocable *lliurement*, de manera metafòrica, en el sentit de considerar les arres com a garantia: «apud auctores liberi vocantur pignora matrimonii et amoris conjugalis. Hoc tamen alienum a iure et materia nostra.»

228. Torrascassana no elabora suficientment la preferència romana per les garanties personals.

229. Cita el text més conegut sobre la qüestió, D.21,2,65 Papinià l.8 *Quaest.*

dària en benefici del creditor, ja que ha aconseguit alguna cosa que no hagués pogut aconseguir sense el *pignus*; per aquest motiu la responsabilitat del creditor pignoraticí per la pèrdua o pel deteriorament de la cosa és per dol o per culpa.²³⁰

8.2. CAPÍTOL II: «QUAE PERSONAE PIGNUS DARE, QUAE ACCIPERE POSSINT, QUO MODO PIGNUS CONTRAHATUR, ET DE MATERIA PIGNORIS»

Assertio unica. El creditor pignoraticí ha de tenir sobre la cosa poder d'administració, i Torracassana cita la *regula iuris* per la qual ningú no pot trasmetre a un altre més drets sobre una cosa dels que ell mateix té.²³¹ El no-propietari pot lliurar en penyora amb la voluntat del propietari, àdhuc es pot constituir penyora desconeixent-ho el propietari, sempre que després ratifiqui.²³² Comenta després l'autor de Cervera el problema de la pluralitat d'hipoteques, i explica el fenomen de la subrogació, i el principi *qui prior est tempore, potior est iure*.²³³ Comenta també l'ineficàcia de la penyora constituïda sobre cosa objecte de furt o posseïda de mala fe.²³⁴ No es pot constituir *pignus* sobre cosa pròpia, ni en general sobre coses que no estan al comerç dels homes; només alguns drets poden ser objecte de pignoració, com l'usdefruit, i algunes servituds, situacions que requereixen una *ficta traditio*.²³⁵

8.3. CAPÍTOL III I SEGÜENTS: «DE EFFECTIBUS CONTRACTUS PIGNORIS, ET QUOMODO PIGNORIS VINCULUM DISSOLVATUR»

Assertio unica. L'efecte de la penyora és doble, ja que el creditor manté en poder seu (o afectació) la cosa, fins que el deute està pagat amb efecte liberato-

230. Cita IJ 3,14,4: «[...] placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet».

231. Cita D.50,17,54 Ulpia l.46 ad ed.: «Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.»

232. Cita D.13,7,20, pr. Paulus l.29 ad ed.: «Aliena res pignori dari voluntate domini potest; sed etsi ignorante eo data sit, et ratum habuerit, pignus valebit.»

233. Cita D.20,4,14 Paulus l.14 ad Plautio, i CI 8,17,3.

234. Cita D.13,7,22,2 Ulpia l.30 ad ed.

235. Torracassana considera que la penyora sobre drets s'admet «propter utilitatem» (p. 483); en relació amb les servituds, el professor de Cervera comenta l'opinió de juristes romans i d'alguns intèrprets per la qual no poden ser objecte de penyora les servituds urbanes, sinó només les rústiques. Torracassana manté la seva opinió de permetre penyora en ambdós tipus de servituds, en contra de Vini.

ri, o garantit (*satisfactum*); si el deute no està pagat o garantit, el creditor pignoratíci pot exercitar el *ius distrabendi*. El creditor pignoratíci ha de restituir fruits i accessions, ja que, si no, serà compelt per l'*actio pignoratícia directa*; l'acció és transmissible *mortis causa*. En alguns casos els fruits no s'han de restituir ja que la constitució de la penyora s'ha acompanyat d'un pacte d'anticresi, pel qual el creditor pot utilitzar els fruits, que són considerats interessos. Planteja la controvèrsia entre els intèrprets sobre si el creditor pignoratíci pot adquirir la propietat de la cosa per *longissimo tempore* de trenta o quaranta anys.²³⁶ Torrascassana comenta que el creditor pignoratíci pot retenir la cosa com a garantia de crèdits diferents dels pactats en un primer moment, si els crèdits diferents són quirògrafs.²³⁷ Si s'extingeix el deute principal, s'extingeix immediatament la hipoteca.

9. VALORACIONS FINALS

A títol recopilatori, aquesta visió panoràmica de l'obra comentada permet de fer les observacions següents: el tema tractat té, en si mateix, una gran dificultat, i per aquest motiu es pot pensar que Torrascassana, encara que en un breu període, va ser un professor de primera línia de la Universitat de Cervera, en qui la Universitat va dipositar la confiança. Torrascassana coneix i domina els corrents més actualitzats del pensament jurídic europeu de la època, ja que la renovació sistemàtica pròpia del iusnaturalisme imperant es manifesta de manera sobresortint; Torrascassana comença per vincular l'objecte del seu treball en la complexa superposició de les estratificacions jurídiques *ius naturale*, *ius gentium*, *ius civile*, i manifesta que cada estratificació no és un concepte estanc, sinó que hi ha moltes relacions obligatòries que es projecten alhora en el *ius civile* i el *ius gentium*. L'autor de Cervera manifesta voluntat de completesa, completa que creu que domina pel seu mètode deductiu. Torrascassana exposa una idea de *contracte*, pròpia també de la seva època, en què destacarà l'existència dels elements interns, la voluntat, i externs, la causa; l'existència de qualsevol

236. En aquest punt, cita Torrascassana, (p. 492 i 493), Vini en sentit afirmatiu, i Voet, l'opinió del qual és discrepant.

237. El conegut *pignus Gordianum*, que té el seu fonament en: «Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt.» CI 8,27, const. unica (any 239). El terme *quirògraf* prové de la llengua grega, i es refereix al document contractual constituït en què una de les parts fa constar el seu compromís, *Gai Institutiones* 3, 134.

dels dos permet, per Torracassana, qualificar una relació personal de rellevància jurídica, com a *contracte*. Per això es pot dir que pel nostre autor el concepte *contracte* coincideix pràcticament amb el concepte actualment més comú d'obligació.

Tot i la visió panoràmica de l'anàlisi, hi ha una perspectiva romanística que ha marcat també l'examen d'aquesta obra. Torracassana ha utilitzat els textos del *Corpus iuris civilis* només en la seva vessant dogmàtica i sense problemes, i mutilant els textos de la riquesa intrínseca que hi ha, de manera individualitzada, en cada un. Aquest mètode d'apropament als textos deixa de banda, deliberadament, la dinàmica processal de cada cas, dinàmica que pel jurista de Roma era la més rellevant, i la que donava raó de ser a la seva elaboració científica. En aquest punt és necessari tornar sobre una qüestió que ja ha estat destacada al llarg d'aquest treball; el descobriment de les *Institutiones* de Gai va donar a conèixer el procediment formulari propi de l'època clàssica, que era el que els juristes tenien present; la època postclàssica que, en haver d'adaptar el dret a una nova realitat social i territorialment diferent, va vulgaritzar les grans i selectes creacions dels juristes clàssics, i la comissió compilatòria de l'època de Justinià, no van poder extreure de les fonts les petjades processals sobre què els juristes havien treballat com a pressupòsit inescindible. Quan el romanista actual parla d'exègesi del text, s'està referint a l'anàlisi singular del *cas Law* que es troba ocult en l'estil sever que caracteritza el gènere de la jurisprudència. Amb els ulls del romanista actual, aquesta és una de les millors riqueses del text del *Corpus iuris civilis*, especialment del *Digest*, riquesa que ha estat marginada en la utilització de l'obra que hem analitzat.

La perspectiva romanística permet també d'observar que el nostre autor no ha apreciat l'aspecte evolutiu dels règims a què se sotmeten les figures jurídiques; els textos del *Corpus iuris civilis* acumulen en si mateixos la petita o menys petita història de la figura jurídica a què es refereixen; el romanista actual pot utilitzar un mètode útil per a descobrir els avatars d'aquesta història interna, coneixement que li permetrà més profunditat analítica, per exemple, en el tractament del preu al *contracte* de compravenda, o en la humanització gradual del tractament de l'esclavitud; també des d'aquesta perspectiva Torracassana hauria d'haver advertit que entre els mateixos juristes clàssics hi ha discrepàncies sobre el règim aplicable en una situació concreta, el que avui es diu *ius controversum*, l'anàlisi del qual permet una apreciació més rica sobre l'elaboració de la ciència jurídica.

Finalment cal destacar que el tractament atomitzat de Torracassana sobre la condició, el terme i el mode, sobre la representació i sobre la nul·litat, palesen una manca de bastiment, de contingut dogmàtic, que n'oculten la ve-

ritable importància jurídica real. Aquesta perspectiva permet de valorar l'aportació que representa per al pensament jurídic la creació posterior de l'ens negoci jurídic per part de la pandectística i de la creació dogmàtica que l'envolta.

Totes aquestes constatacions no poden enterbolir el mèrit del nostre autor, Joan Antoni Torracassana i Udet, en l'elaboració d'una obra jurídica de gran nivell que manifesta el bagatge del coneixement de tota la cultura jurídica anterior, i que s'inscriu en el corrent de pensament més avançat de la seva època.