

Hay, pues, que destacar en este estudio sobre la *condictio indebiti* las siguientes opiniones de su autor: Primera, la negación de la pretendida función general de las *condictiones*; segunda, establecer como fundamento de la *condictio indebiti* la falta de causa para retener por parte del accipiente; y tercera, anticipar que en la segunda parte de ella tratará de demostrar que el error del *solvens* no es requisito esencial para la existencia de la obligación de indébito.

JUAN AZPITARTE VILLARREAL

G. GROSSO: *Problemi generali del Diritto attraverso il Diritto romano*. Giappichelli, Turín, 1948; 207 págs.

Agrupada en esta obra, de reducida extensión, diversos ensayos relativos a la problemática planteada por el Derecho romano. El objeto de la indagación es el examen de las diversas categorías que lo integran. Discípulo, como también otro gran romanista, Betti, de G. Segré, sus concepciones presentan frecuentes coincidencias con las de ambos. Menos próximo que Betti a la Filosofía y a la abstracción, toda su obra se caracteriza por su afán de concreción. Le preocupa preferentemente más que la institución en sí, tal como se ha proyectado a través de su desenvolvimiento histórico, el conocimiento de ese proceso mediante el cual ha sido creada y de las transformaciones sufridas durante él. No debe de ello deducirse que Grosso haga sociología. Cree que el derecho por su misma esencia se halla afectado por la historicidad, que él mismo es historia, y por ello se impone, para su conocimiento, el de las circunstancias que lo han determinado. Pero su estudio es exclusivamente jurídico. Utiliza para la individuación de las instituciones jurídicas conceptos previos extraídos de la misma realidad jurídica de los romanos, empleando el método llamado por Bonfante «naturalístico». Con frecuencia veremos a Grosso fundar sus ataques a otros autores en el empeño de éstos de aplicar al Derecho romano categorías de una dogmática que les era desconocida. La característica más acusada del pueblo romano era la simplicidad y la claridad, y estas características son las que deben orientarnos en nuestra indagación, por reflejar las instituciones jurídicas el espíritu del pueblo para quien han sido formadas.

Arranca Grosso, para su estudio acerca de la problemática concreta de las instituciones jurídicas romanas, de una previa exposición de su concepto de Derecho. Frente a las teorías que lo reducen a una normatividad, se identifica con aquellas otras que lo consideran como el ordenamiento de un organismo social que comprende la norma, pero que no puede hacerse consistir exclusivamente en un complejo normativo. Alude con ello a la teoría que se ha llamado institucionalista del Derecho y más concretamente al pensamiento de Santi Romano, tal como lo expone en su obra «L'ordinamento giuridico». Emplea Grosso la palabra *ius* como derecho subjetivo y como derecho objetivo indistintamente, tal como la empleaban los roma-

nos. El derecho subjetivo tiene su origen en el ordenamiento jurídico y se deriva espontáneamente de éste.

Por lo que hemos expuesto, vemos cómo el pensamiento de Grosso se inserta en las tendencias más actuales de la ciencia jurídica. Su caracterización del Derecho como una forma de vida realizando un determinado ideal de justicia, tal como ha sido definido por el profesor Legaz, es un concepto que explica, no solamente la realidad jurídica romana, sino cualquier otra con igual valor y exactitud. Los diversos ejemplos citados en esta obra nos lo ponen de manifiesto. Al hablar del derecho como traducción de una realidad social, parece Grosso referirse a la doctrina de la elaboración consuetudinaria del derecho. Pero, nos aclara, los romanos trataron siempre las fuentes legales legislativas como un *a posteriori* y continuamente se refieren a la voluntad de los *veteres*. El antiguo *ius civile*, respondiendo a una concepción naturalística, expresaba una realidad social mediante una forma que incluía la razón misma de la cosa.

Explica Grosso la importancia que tiene para las instituciones en general el fijar detenidamente el problema de su origen, pues posteriormente lo comprenderá en su núcleo la institución.

Critica Grosso la concepción estatística del Derecho. Aun admitiendo la especial consideración de las fuentes estatales, hemos de destacar a su lado otros ordenamientos jurídicos con una fuente distinta y dotados de propia individualidad.

La pluralidad de ordenamientos característica del Derecho romano puede considerarse en un doble aspecto: pluralidad de organismos sociales que individualizan complejos jurídicos (*familia, gens*) y pluralidad de sistemas con un principio ordenador y una fuente diversa (*ius civile-ius praetorium*; página 23). En el desarrollo histórico y por medio de la jurisprudencia, contemplamos un esfuerzo de reducción a la unidad que en cierto sentido nos induce a referirnos a la organización estatal.

Al tratar las relaciones entre *gens* y *familia*, acoge Grosso la tesis de Bonfante, que concede carácter político a ésta. Le llevan a ello una serie de características, una de las más acusadas el *mancipium*. Este carácter se va desdibujando y llega a desaparecer en el derecho post-clásico y justiniano.

Pone de manifiesto la mutua influencia entre las organizaciones políticas y las jurídicas y utiliza para su estudio los dos esquemas fundamentales trazados por De Francisci<sup>1</sup>: la que tiene su origen en la autoridad de un jefe o la que se apoya en un ordenamiento jurídico. En la evolución de la historia constitucional romana existen indudables elementos de una autoridad personal carismática. Pero esta referencia no excluye un orden que aparece claro en la contemplación de la pluralidad de ordenamientos.

Como aspecto característico de ese pluralismo, tenemos un conjunto de antítesis, que se entrelazan y yuxtaponen en la realidad social, dando lugar a frecuentes colisiones, que se resuelven por un especial sentido de la unidad.

---

1. Cfr. *Arcana Imperii*, reseñado por P. Fuenteseca en este mismo volumen del ANUARIO.

Considera el *ius civile* como un ordenamiento de origen familiar, de los *patres*, como ordenamiento de una comunidad que comprende los grupos menores y superiores a ellos. La *civitas* lo absorbe con carácter de autonomía. Toda limitación al poder interno del *pater* parece que debe ser referida al *ius* y es cuestión de los *mores*. Le da también perfil particular la existencia de la *capitis deminutio minima*. Betti subraya que algunos institutos familiares son ignorados por la *civitas* como *interna corporis* de la familia, reconociendo otras como prerrogativa familiar. Queda no obstante al lado de ésta que podríamos llamar recepción, la realidad viva de un distinto ordenamiento familiar en su organización y plenitud.

El paralelismo señalado entre organismos jurídicos y organismos políticos se refleja en una serie de paralelismos concretos. Sobre ellos se van desarrollando y determinando las relaciones, sobre todo en el proceso absorbente de la *civitas*.

La primera antítesis que se presenta es la de *ius-lex*. Si bien en la distinta posición de la *lex*, que parece destinada a la organización de la *civitas*, parece poder justificarse esta contraposición, en la práctica fué prontamente superada. Si bien el *ius civile* postula ésta separación, en el terreno práctico existe un complejo de interferencias de flujos y reflujos. Mientras por un lado existía la señalada contraposición, por otro, en la misma organización política, podemos señalar otra oposición: el *imperium* del magistrado, emanado del antiguo de los reyes, conserva su propia individualidad, anterior a ese ordenamiento que tiene su origen en el *populus*, el cual lo limita, mientras la *civitas* así entendida quiere superar la anterior contraposición y absorber la sociedad del *ius civile*, viniendo así *imperium* y *civitas* a oponerse en la contraposición *ius honorarium-ius civile*: al inmiscuirse en el campo del *ius civile* para corregirlo, para concretarlo, la *lex* postula una superior unidad, un ordenamiento en el cual *lex e ius civile* se encuadran orgánicamente. La *lex* con el tiempo llegará a ser considerada teóricamente como la primera fuente del Derecho, y el *ius civile* en sentido estricto es aquel que *in interpretatione prudentium consistit*. Todavía algunos jurisconsultos de la época clásica contraponen el *ius civile* en tal sentido restringido a lo que establecen las *leges* (Gai. II, 110; Ulp. 24, 12) o a los *senatus consulta* (Gai. II, 197, 198, 220, 225).

La antítesis *ius civile-ius gentium* es presentada por Gayo (I, 1). Ulpiano, en un texto de dudosa autenticidad (D. 1, 1, 1, 3 = I, 1, 1, 2, pr.), amplía la perspectiva a la distinción entre *ius gentium* e *ius naturale*. Dejando a un lado la cuestión del clasicismo del párrafo, puede atisbarse aquí la visión de diversos ordenamientos jurídicos. Acepta Grosso la interpretación dada por Lombardi, según el cual nunca *ius gentium* significó otra cosa que lo definido por Gayo. Que antes de Adriano ningún jurista emplease esta expresión nos hace pensar que esta expresión sea contemporánea de aquella concepción que lo atribuye a una coincidencia positiva con otros pueblos.

A la tesis de la pretendida génesis pretoria del *ius gentium* perfilada por Kunkel, objeta el poco acierto que supone el atribuir a los romanos el error de dejarse engañar por la similitud de los *oportere*. En los *bona fidei iudicia*,

el pretor asume una posición análoga a la asumida respecto al *ius*, que contrasta con la arbitraria concesión de medios procesales. El *oportere*, concluye, tiene un valor esencial para definir el *ius* que se pone de manifiesto en los *bona fidei iudicia*. La fiducia nos suministra un interesante punto de referencia, por su doble plano. Tampoco, por otra parte, los *bona fidei iudicia* abarcaban toda la gama de relaciones que formaban el empleo histórico positivo del *ius gentium*. El *ius civile*, concluye Grosso, no se opone al *ius gentium* como entidad impermeable. El *ius gentium* se presenta más bien como una prolongación, operando sobre el plano del *ius* complejo de instituciones que la tutela procesal presupone preexistentes en la realidad jurídica. El desarrollo histórico de estos conceptos nos lleva, pues, a una consideración unitaria de un ordenamiento dentro del cual hay matices.

La antítesis fundamental y en virtud de la cual suele hablarse de distintos ordenamientos jurídicos es la establecida entre *ius civile* e *ius honorarium*. Grosso resume en varios puntos su posición expuesta más ampliamente en «Premesi generali al Corso di diritto romano».

A) El *ius civile* constituye un ordenamiento jurídico *a se*, que oficialmente ignora el pretorio. Esta impermeabilidad se halla mitigada por interferencias concretas (por ejemplo, la *condictio indebiti*.)

B) Lo que caracteriza más decisivamente al *ius honorarium* es la concesión por el pretor de los medios procesales. Biondi formuló drásticamente este concepto, llegando a afirmar que el Derecho pretorio era esencialmente inorgánico y caótico.

C) El Derecho pretorio presupone el *ius* para situarse en relación a él en posición de coordinación, de subordinación o de antítesis.

D) De esas notas se advierte claramente los términos de la distinción y, por otro lado, la visión de su unidad. *Ius civile* e *ius honorarium* se encuentran en la *iurisdictio* del pretor, que concede a través de medios procesales el *ius civile*.

Todas esas notas explican que en los juristas justineanos desaparezca el fundamento de la contraposición y se fijen exclusivamente en la unidad de la fuente, que es ahora el *ius scriptum*.

Con el Principado, al afirmarse las *constitutiones principum* o la *cognitio extra ordinem*, se evidenció un complejo de desarrollo que motivó que por algunos se hablase de un *ius novum* o *ius extraordinarium*. Objeta a ello que el desarrollo de esas fuentes estaba ya formalmente comprendido en el *ius civile* y que las *constitutiones principum* se insertan, bien en el *ius civile*, bien en el *ius honorarium*, mientras que por otra parte la actividad normativa del *Princeps* se expresaba a través de *rescripta* y *decreta*, que participaban del concepto de la interpretación.

Niega por todo ello la individualización de un *ius novum* o *extraordinarium* en la misma medida de la distinción entre *ius civile* e *ius honorarium*.

Dedica Grosso el tercero de sus ensayos al estudio de la distinción entre Derecho público y Derecho privado, tan discutida por todos los tratadistas. Efectúa un minucioso examen del célebre texto ulpineano: (D. 1, 1, 1, 2, 1

= I, 1, 4) y concluye que esta distinción se refiere a *scriptum* y *non scriptum*.

La antítesis que distingue *publicum-privatum* tiene una larga aplicación: en los bienes, las *res publicae* que se contraponen a *res privatae*; *pecuniae publicae*; los *crimina publica* frente a los *delicta privata*; los *iudicia publica* frente a los *iudicia privata*; las *leges publicae* frente a las *leges privatae*, etc. De todo ello se individualizó un *ius publicum* y en contraposición a él un *ius privatum*.

Esta concepción ulpiana no es unánime en las fuentes. Se afirma, por ejemplo, que *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*; se caracteriza así un concepto semejante al de nuestras normas de orden público (Cfr. D. 2, 14, 38; D. 11, 7, 20 pr.; D. 26, 7, 5, 7; D. 27, 8, 8, 1, 9; D. 35, 2, 15; D. 38, 1, 42; D. 50, 17, 45, 1.)

Para establecer la diferencia, existe otra nota, relativa ésta a las fuentes estatales de que provienen, estos, a la *lex*, la *lex publica* precisamente, y con equiparación a ésta los *senatusconsulta* y las *constitutiones principum*, mientras es más discutida la referencia a las normas del edicto. Este significado es el que gran parte de los autores, Ehrlich, Silvio Romano, Lombardi, De Francisci, consideran que representa el significado clásico del término. Cicerón en *Part. orat.* 37, 129-130 contrapone actos normativos públicos y privados. Conviene subrayar que, más bien que un jurista, es un filósofo y que su definición es, por ello, puramente teórica. La afirmación de que *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* hay que tomarla en el sentido de que las normas dictadas por el *populus* no pueden ser contravenidas por los particulares. De esa contraposición no puede pasarse, como hace De Francisci, que de la antítesis *ius (civile) lex* ha pasado, con el desarrollo de las nuevas fuentes, a la otra entre *ius (civile)* e *ius publicum*. El *ius publicum* opera con la eficacia de las convenciones de las partes, sin que por ello, se individúe un concepto de *ius privatum*, derivado de éste. De la génesis de este principio se presenta un significado concreto, que no implica una diversificación del derecho. De él no resulta tampoco ninguna clase de preeminencia. Volviendo a Cicerón, vemos cómo en él se oscila entre la referencia a las fuentes o bien al objeto regulado (Cic. Pro Balbo, 15, 34). Tenemos en él idéntica alusión a la materia que en el texto ulpiano del Digesto. Similar, aun cuando más genérica, la afirmación de Livio (III, 34) sobre la ley de las XII Tablas. En las fuentes propiamente jurídicas puede observarse análogo paso conceptual. A propósito del Digesto 2, 14, 36 (Pap. L. 2 Quaest.); Lenel, que en su Palingenesia lo coloca bajo la rúbrica *ad municipalem*, trae a colación un texto de Ulpiano (D. 50, 8, 2, 8) que habla de *ius rei publicae*; podría también examinarse D. 27, 8, 1, 9. Se trata en definitiva de perspectivas teóricas de pensamiento que no dicen nada ni en un sentido ni en otro, con un valor exclusivamente científico. La referencia a la *utilitas singulorum* y a Cicerón, tan influenciado por los griegos, no nos dice nada. Podemos decir que esta distinción *publicum-privatum* no tiene nada de extraño. Aun aceptando la crítica de Steinwenter, no hay por qué suponer que Ulpiano no hubiese podido hacerla.

En el cuadro de los conceptos jurídicos romanos impone una especial consideración el problema del derecho natural. La influencia que posteriormente tendrá en la dogmática prolongada hasta nuestros días justifica un detenido estudio de sus orígenes y de lo que para los romanos significa este *ius naturale* que con tanta frecuencia se invoca. Grosso utiliza para su exposición los textos básicos de Ulpiano y Paulo. Hace inicialmente referencia a Gayo, en quien podemos contemplar la estrecha conexión que el concepto del *ius naturale* tiene con el de *ius gentium*. La elaboración doctrinal de éste, las interferencias del ordenamiento jurídico con el de los demás pueblos, la influencia de los retóricos y filósofos griegos llevaron a oponer al derecho positivo del pueblo romano una concepción más universal que se afirmaba en la *natura*, en la *naturalis ratio*, en el *ius naturale*. Gayo define el *ius gentium* sobre la base de la *naturalis ratio*. El Digesto, (1, 1, 2) habla de *naturalibus praeceptis*, y D. 1, 1, 1, 3 define el *ius naturale*. Este fragmento, debido como el anterior a Ulpiano, establece un derecho natural común a todos los animales, incluido el hombre. El D. 1, 1, 1, 4, también del mismo, distingue de semejante derecho natural el *ius gentium*. Paulo (L. 14 ad Sab. D. 1, 1, 11) nos suministra otra distinción del *ius naturale*. La crítica, basándose en la bipartición gayana, consideró como muy sospechosa la autenticidad de los textos atribuidos a Paulo y a Ulpiano. Los romanos, según esta doctrina, no conocían más que la dicotomía *ius civile-ius gentium*, destacándose de éste una *naturalis ratio* que coincide con el *ius naturale*. La dicotomía se transforma así en *ius civile-ius naturale* (Perozzi, Albertario, Beseler y otros más).

La palabra *natura* como *naturalis* es empleada por las fuentes con diversos significados y matices, debidos en gran parte a la misma ductilidad del lenguaje. *Natura* y *naturale* se oponen al derecho positivo, a veces de suerte que las instituciones naturales se contraponen a las instituciones jurídicas correspondientes (por ej.: *naturalis possessio*, *naturalis obligatio*), a veces también para indicar la razón misma que determina el ser de la cosa: aquella *naturalis ratio* que en la definición gayana se equipara al *ius gentium*.

Gayo, que define el *ius gentium* como aquel *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, alude con frecuencia a la *naturalis ratio* (Gayo, I, 89, 189; II, 66, 79; III, 154, etc.), tratando de *ius naturale* con una promiscuidad que revela que para él *ius naturale* es el fundado sobre la *naturalis ratio*, pudiendo de ello deducirse una identidad entre este *ius naturale* y el concepto teórico del *ius gentium*.

Esta *naturalis ratio* no es propiamente jurídica, pero se traduce en instituciones y principios jurídicos o los limita inderogablemente.

*Naturalis ratio* es contrapuesta a la que es meramente *civilis ratio*, derivando a la teorización del *ius gentium* como derecho que una *naturalis ratio* establecido para todos los hombres. Por ello, los romanos no elaboraron las instituciones que lo informaban partiendo de una positividad coincidente con la de otros pueblos, sino como emanación del espíritu universalista romano (pág. 102).

Aunque no siempre al tratar de *naturalis ratio* o de *natura* se refieren a

esa nota universalista, pretenden con frecuencia concretar determinados principios o consecuencias (cfr., por ej., D. 17, 2, 83; D. 25, 3, 5, 16; Gayo, II, 66; II, 79; D. 41, 1, 7, 7) o poner de manifiesto límites (cfr. D. 7, 5, 2, 1). Puede apreciarse también, sin embargo, cómo todos estos textos abocan a las concepciones filosóficas del *ius naturale* y del *ius gentium*.

La definición ulpiana del *ius naturale*, interpolada o no, tiene un evidente carácter teórico, influenciada por el pensamiento filosófico griego. Ulpiano pudo haberla escrito perfectamente; ya en su época se empleaba más bien la expresión *ius naturale* que la de *ius gentium* en el sentido empleado en los textos. La especial posición respecto al *ius* por las organizaciones familiares explica perfectamente que en una enunciación teórica, Ulpiano haya referido esas instituciones a esa realidad natural común a los hombres y a los animales.

La afirmación de que la esclavitud era una institución de derecho de gentes y no de derecho natural, *cum iure naturali omnes liberi nascerentur*, tiene extensas raíces y tradición en el pensamiento filosófico. Veamos, por último, la definición pauliana del *ius naturale*, según la cual *ius pluribus modis dicitur, uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale...* Albertario, en su reconstrucción del texto original, muestra cómo Paulo identificaba *ius naturale* con el concepto teórico del *ius gentium*, siendo la antítesis *ius-naturale* (*ogentium*)-*ius civile*.

Comencemos con la constatación de que en Paulo el *ius naturale* se halla ligado al *bonum et aequum*, tan romano. Y también que en un sentido más amplio se emplea como fundamento e inspiración de instituciones y principios jurídicos, como término de parangón y aspiración del derecho.

Teniendo en cuenta la definición de Celso invocada por Ulpiano (L. 1, inst. D. 1, 1, 1, pr.) del *ius* como *ars boni et aequi*, perfilando el *bonum et aequum* como fin del derecho, Paulo individualiza al *ius naturale* en relación a ello.

Enfrente del carácter del *ius civile* como *ius* que cada *civitas* se da a sí misma, existe un *ius* que se impone esencialmente como tal y es intrínsecamente *bonum et aequum*. La contraposición a la *quaeque civitas* choca evidentemente con la universalidad expresada por Gayo. Pero Paulo proyectaba su universalidad sobre otro plano: en la correspondencia a la naturaleza, en la directa adecuación a la esencia de ese *bonum et aequum* que constituye el fin del derecho.

La definición paulina ha inspirado a los compiladores justinianos (Just. 1, 2, 11). Pero también, por otra parte, las mismas instituciones reproducen la definición ulpiana, con la distinción del *ius gentium* del *ius naturale*. Se ha observado que los justinianos acogen esta definición para acentuar la separación entre *ius naturale* e *ius gentium*.

Otra de las características más destacadas de los romanos, y a la que los autores unánimemente conceden gran importancia, es el tan cacareado formalismo. El formalismo de los romanos no era evidentemente lo que hoy entendemos por formalismo. Su formalismo estaba impregnado de sustancia, traduciendo de forma plástica los problemas fundamentales del derecho.

Esto se nos pone de manifiesto principalmente en la etapa que se ha denominado «primitiva». Nosotros tratamos estos problemas como problemas abstractos. Los romanos no eran tan propensos a las abstracciones. Vivían sus problemas y sentían la necesidad de expresarlos utilizando para ello una forma sencilla y adecuada a la materia que hacía referencia. Negocios que posteriormente se perfilan como abstractos en su origen expresaban, mediante la solemnidad de la forma, su misma causa, conteniendo en ella la justificación de sus efectos. Así la *mancipatio*, como también el *nexum*. La *acceptilatio* era la forma solemne que acompañaba el pago.

La *in iure cessio* a veces (como la *manumissio vindicta*) parece ya construida sobre una anomalía, esto es, sobre una aplicación indirecta de la *vindicatio*; y a veces la aplicación del derecho derivada de ésta, encuentra una aplicación anómala<sup>1</sup>. Bien puede decirse que el carácter constitutivo que la *vindicatio* envolvía, favorecía y determinaba la aplicación a fin adquisitivo en la *in iure cessio*.

La estilización que sintetizaba los problemas jurídicos nos lleva a una mística de la forma que en su plasticidad expresa esa simplicidad en la cual se vió una acusada característica de los romanos. Ello, junto con el espíritu tradicionalista romano, determina las diversas aplicaciones indirectas y las adaptaciones de los actos que en su desarrollo derivan de la forma concreta a la forma abstracta.

Resumiendo, dentro del valor de la forma en el antiguo derecho romano se proyectan visuales vivas, en las cuales los conceptos generales con los cuales nosotros operamos, de negocio formal, de negocio abstracto, de negocio indirecto, resaltan en términos vivos y concretos. Por un lado, aquella mística de la forma propia de los primitivos, por la cual la forma alcanza en sí algo de religioso, que emana de su interior y no es puramente un instrumento de manifestación y expresión (pág. 141); por otro lado, la plástica e inmediata adecuación de la forma a la situación y al efecto, que concreta en aquellos actos solemnes, el enfoque del problema y de los conceptos jurídicos.

El especial carácter de ese formalismo explica cómo, en el derecho romano, su elemento dominante y característico haya podido llegar a residir en la pronunciación de *verba solemnia*, esto es, en declaraciones orales, con frecuencia (en especial antiguamente) acompañadas de gestos.

Bien pronto, no obstante, se destaca el documento escrito, con su valor probatorio (ya hemos visto cómo Cicerón, con atecnicidad, coloca la *stipulatio* entre los *scripta privata*, aun siendo un acto típicamente oral); especial situación tienen las *tabulae* en el testamento; los documentos escritos tuvieron especial relieve, como, por ejemplo, en la fórmula del proceso, si bien esto no disminuye la oralidad de la *litis contestatio*; en la clasificación de los contratos se introduce también la categoría de la *obligatio litteris contracta*. Pero todo ello no hace más que dar relieve al valor de la forma oral. Subraya Grosso la lucha que la *stipulatio* debe sostener en la época

1. Cfr. BETTI, *La "vindicatio" romana primitiva e il suo svolgimento nel diritto privato e nel proceso*. Filangieri, 1915; p. 321 seg.



post-clásica contra la *scriptura* que dominaba el formalismo del mundo griego.

Hemos puesto de relieve cómo el formalismo romano de los negocios y actos jurídicos (excepto el d. público y el sacro) presentan la característica de que actos y palabras proceden de la parte beneficiada (en el litigio, de aquella que firma la pretensión). Por ejemplo, en la *mancipatio* o en la *in iure cessio*, es el adquirente quien afirma solemnemente su propiedad; en el *nomen transcripticium* es esencial la escritura del acreedor en el registro, y lo inverso sucede en la *acceptilatio* correspondiente. Como una especialísima excepción (Gayo III, 95 a 96; cfr. II, 9, 3-4), la *dotis dictio* y el *ius iurandum liberti*, en los cuales *uno loquente, nulla praecedente interrogazione, obligatio contrahi potest*; para el segundo, el mismo Gayo hace llamada al relieve que *liberti non tam verborum sollemnitate quam iuris iurandi religione tenentur*.

Del comportamiento pasivo de la oposición se pasa en algunos casos al elemento positivo de la adhesión; así en la *stipulatio*, que consta de interrogación y respuesta, pero siendo siempre la iniciativa del presunto adquirente del crédito.

Dedica el quinto de los ensayos a exponer el problema que titula «autonomía privada y negocio jurídico». Los romanos, nos advierte, no conocían la teoría del negocio jurídico. La rigurosa tipicidad de los negocios caracteriza al derecho romano. La individualidad de la persona se expresaba, más que por su voluntad, por su responsabilidad. Para la comprensión de este esquema hay que tener presente el carácter del *ius civile* no estatal.

Al tratar más concretamente de la importancia de fijar los orígenes de las instituciones, hace referencia Grosso a la propiedad, que analiza enlazada en su origen con el *mancipium*. Este puede ser entendido en su carácter de soberanía como una etapa histórica de la propiedad que en su desarrollo histórico se diversificó en diversos poderes: *potestas, manus, mancipium* y sobre las cosas, *domanium*. Enfrente al concepto del *mancipium* se afirmó el de *res*. De las relaciones de ambos conceptos surgió la distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi*. De ambos polos, en recíproca influencia, deriva el carácter del *dominium* romano.

Exponiendo los orígenes de los derechos reales y de obligación, afirma Grosso que, fundamentalmente, en la época clásica esta distinción reflejaba la antítesis entre *actiones in rem* y *actiones in personam*.

Al tratar la servidumbre toma como ejemplo la de paso y acueducto, exponiendo la tesis de la inherencia. Puede conjeturarse, dice (pág. 169), que se trata de una especie de copropiedad, o concurrencia solidaria de varios propietarios. Posteriormente evoluciona este concepto hacia una concepción de un derecho de contenido limitado respecto a aquella atribución del objeto corporal. Otros autores, Koschaker, Kaser, formulan la tesis de la propiedad dividida a la que se opone Grosso.

Por lo expuesto, puede formarse idea de cómo desarrolla Grosso su concepto del derecho a lo largo de las páginas de este ensayo, que aporta tan esclarecedora información a los numerosos problemas suscitados. Debemos

estimar esta aportación de Grosso en algo más que en una contribución histórica al derecho romano. El tratamiento que reciben los temas nos permite incluirlo en el panorama actual del pensamiento jurídico, para lo que el perfecto conocimiento de las necesidades que esas instituciones satisficieron será de capital importancia. Únicamente así, por el camino del conocimiento, es posible intentar la superación. A esa labor los romanistas contribuyen con un desinterés ya bastante poco frecuente.

HILARIO GÓMEZ PEDREIRA

SIRO SOLAZZI: *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*. Jovene, Nápoles, 1947; 119 págs.

Siro Solazzi, profesor ordinario de la Universidad de Nápoles, nos brinda con su libro un estudio crítico y sistematizado de los requisitos y modos de constitución de las servidumbres prediales en el Derecho romano.

La obra es breve pero densa y tiene, además del valor de acopio erudito del pensamiento de los autores, la aportación personal, valiosísima en numerosos puntos de vista y problemas, según vamos a referir.

El estudio de Solazzi está dividido en siete capítulos, pero, como él mismo nos indica en el prefacio, algunos temas son tratados mucho más extensa y profundamente que otros. Así lo vemos confirmado en lo que se refiere al estudio de la servidumbre en los fundos provinciales (cap. IV, pág. 109), la servidumbre y la *tuitio praetoris* (cap. V, pág. 137), la constitución de la servidumbre en el Derecho postclásico y justiniano (cap. VI, pág. 147) y, de un modo especial, la constitución tácita de la servidumbre (cap. VII, pág. 181).

El capítulo primero se dedica al estudio de las nociones generales de la servidumbre. Bajo el título de «nombre» expone la denominación y procedencia de la *servitus*, como los romanos llamaban a la servidumbre predial, es decir, un derecho real sobre cosa de otro y que fué reconocida por el *ius civile*. El nombre más antiguo es *iura praediorum*, con el cual se denominaba el lado activo de la relación, mientras que el nombre de *servitus* se refería al lado pasivo. Define Solazzi (pág. 2) la servidumbre predial del siguiente modo: «Aquel derecho real por el cual el propietario del fundo, a beneficio del fundo mismo, disfruta permanentemente una limitada utilidad del fundo vecino.»

A continuación trata del «puesto que ocupa en los escritos de los juristas».

En cuanto al «origen de la servidumbre» (pág. 3), nos dice que es un problema delicado en orden al cual el peligro mayor es que la respuesta venga formada por la fantasía. Analiza las diversas teorías formuladas, así la de Brugi y Scialoja, según la cual la servidumbre se concedía para modificar la regulación de las relaciones de vecindad disciplinadas por la *limitatio* y por la *lex praedio dicta*; la de Lusignani, que pone el origen de las servidumbres en los juicios divisorios, y la de Perozzi, que dice proceden de