

Bibliografía

679

ocurre, v. gr., en Bruns con los S. C. C. *De philosophis et rhetoribus* y *De Tiburtinis* y con el *Fragmentum legis Lauriacensis* y la *Epistula incertorum imperatorum de Tymandenis*; otro, el de omitir aquellas fuentes, como los S. C. C. *Vallacianum* y *Ostorianum*, la *Lex Falcidia*, etc., que si bien es cierto que figuran en el Digesto, es innegable su condición de *Fontes juris romani antejustiniani*.

En cambio, sólo alabanzas merecen los comentarios de introducción a cada texto (algunos de ellos muy completos, como el del *Edictum praefecti Aegypti M. Mettii Rufi*—núm. 60—y el de la *Lex de piratis persequendis*—núm. 9—), al principio de los cuales figuran aquellas colecciones, C. I. L., Bruns, Girard, etc., de más fácil manejo, en que se hallan aquéllos contenidos.

Excelente es asimismo la separación en las notas que acompañan a la *Lex XII Tabularum* de los lugares tomados de los escritores que suministran testimonio de la misma ley y de aquellos fragmentos que se refieren a la interpretación de las palabras y del sentido de la ley.

Nos parecen, por último, muy convenientes la inclusión de los suplementos probables a las lagunas de los manuscritos en las notas inferiores de cada página, respetando de esta manera la conformación propia del texto original y la supresión de la duplicidad de fechas (Era cristiana y de la fundación de Roma), al frente de cada fuente, como figura en otras ediciones.

En suma; la edición, excelentemnete presentada, muy manejable y puesta al día (aunque no absolutamente completa), representa una notable aportación a los estudios romanísticos.

F. HERNÁNDEZ TEJERO.

EMILIO ALBERTARIO: *Studi di Diritto Romano. Volume secondo: Cose-Diritti reali Possesso*. Giuffrè. Milán, 1942. (XII + 490 páginas; 80 liras.)

La publicación de estos preciosos estudios, la mayoría de ellos antiguos ya, del ilustre profesor de la Universidad de Roma, se inició en 1933—año memorable en varios aspectos para el próspero romanismo italiano—con un primer volumen sobre Personas y Familia; siguió en 1936 el III, sobre las Obligaciones, y en 1937 el V, sobre Historia. Metodología y Exégesis. Hace dos años ha aparecido este II y faltan todavía el IV, sobre Herencia y Proceso, y el VI, que será de estudios varios.

Comienza este segundo volumen con cuatro antiguos artículos (1910-11) referentes al *ius sepulchri*: *Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria* (págs. 3 sgs.); *Sul contenuto del i. s.* (págs. 31 sgs.); *Appunti sul condominio di sepulcro* (páginas 41 sgs.); *A proposito di un nuovo studio sulle multe sepolcrali* (págs. 63 sgs.), que es una reseña al libro de Giorgi *Le multe sepolcrali in diritto romano*, Bologna, 1910. Albertario establece para el Derecho clásico una ñeta distinción entre los sepulcros familiares y los hereditarios (Cfr. Gayo, Dig. 11, 7, 5): aquéllos son los que *quis sibi familiaeque suae constituit* (incluyendo el cónyuge, los *fili-familias* y los libertos); éstos, los que *quis sibi hereditibusque suis constituit* o que *iure hereditario adquisiit*; distinción ésta que nacería al ser admitidos los *extranei* en la sucesión. En la época justinianeá, en cambio, el *ius sepulchri* se reduce a un derecho de *sepeliri et mortuum inferre*; se hace comerciable y se transmite a

los herederos indistintamente respecto a sepulcros familiares y hereditarios. En este momento, por favorecer los enterramientos, se hace posible el de una persona extraña en un *sepulchrum familiare*. Herederos y familiares se consideran socios de ese sepulcro, con la particularidad de que, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad normal (hay que obviar de todos modos las objeciones que puedan hacerse desde el punto de vista del antiguo *consortium*—Cfr. también *Dig.* 50, 17, 26, y sobre este Wieacker, *Societas, Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, 1936), *in commune uero sepulchrum etiam inuitis ceteris licet inferre* (*Inst.* 2, 1, 9; *Dig.* 1, 8, 6, 4: itp.). Así, pues, Justiniano habría complicado con la sucesión hereditaria un derecho que en la época clásica tenía carácter extrapatrimonial, como es el *ius sepulchri familiaris*; las multas relacionadas con las infracciones de éste no deberían relacionarse, como intentaba Giorgi, con los modos que afectan las disposiciones testamentarias. En resumen: la distinción de sepulcros familiares y hereditarios habría desaparecido con Justiniano y los textos interpolados mostrarían vestigios de tal transformación, principalmente *Ulp. Dig.* 11, 7, 6 pr., que hay que poner en relación con el frag. 4 (*utroque* no se refiere, por lo tanto, al *sep. famil.*, sino a dos tipos de *sep. hered.*); *Cod.* 3, 44, 4; 8 y 13.

Al leer las páginas de estos trabajos sobre el *ius sepulchri* teníamos curiosidad de ver cómo replicaba Albertario a las observaciones de Alfonso García Valdecasas, *La fórmula H . M . H . N . S en las fuentes epigráficas romanas (Contribución a la historia de los sepulcros familiares y hereditarios en el Derecho Romano)*, que los lectores de esta revista conocen (vol. V-1928). En efecto, Albertario, en una nota suplementaria de referencia a la literatura posterior (pág. 3 n*), elogia dicho estudio en estos términos: "Un notevole contributo all'approfondimento di questo tema ha portato A. García Valdecasas, *La fórmula...*, etc." Pero en parte probablemente por las dificultades del idioma, en parte por la molestia de rehacer el trabajo, el mencionado estudio no ha sido tenido en cuenta debidamente. Si es verdad que Albertario acepta íntegramente (págs. 23 sgs.) las interpolaciones que el profesor de Madrid (entonces de Granada) "ha sorpreso acutamente". (No se registran en el *Index I* y *Sup.*: 1929.) Se trata de la transformación de Justiniano en materia del *ius sepulchri* de los libertos. El emperador exige que sean herederos incluso si se trata de un *sepulchrum familiare* y consecuentemente altera dos textos: *Ulp. Dig.* 11, 7, 6 pr.: *Liberti autem nec sepeliri nec alios inferre potuerunt, nisi heredes extiterint patrono [quamuis quidam inscripserint monumentum sibi libertisque suis fecisse] et ita Papinianus respondit et saepissime idem constitutum est.*

Antonino (a. 224) *Cod.* 3, 44, 6: *Monumentorum inscriptiones [neque sepulchrorum iura neque] dominium loci puri ad libertos <non> transferunt. praescriptio autem longi temporis, si iustam causam initii habuit, uobis proficiat.*

El inciso [*quamuis fecisse*] alude evidentemente a los sepulcros familiares, de los que Ulpiano no trataba. Por otro lado, la extensión de la *longi temporis praescriptio* es justinianeas y está en franca oposición con *Ulp. Dig.* 11, 8, 4.

García Valdecasas todavía insinuaba la posible interpolación o glosema pre-justiniano... [*et saepissime idem constitutum est*] en *Ulp.*; "pues resulta extraño"—dice pág. 58—"que lo que necesitaba de consulta en tiempos de Papiniano hubiese sido ya decidido por numerosas constituciones cuando Ulpiano redactaba

Bibliografía

681

sus *libri ad Edictum*. Y los juristas clásicos no gustaban de derrochar superlativos". Aunque Albertario no recoge esta crítica, me parece certera: se trata de un glosema pre-justiniano del mismo tipo de los que delato en este mismo volumen, en el artículo *Diuus-Imperator*. § 25 final.

Pero el artículo de García Valdecasas no se limitaba a esto. De su minucioso examen del material del *CIL* se deducía que la clasificación de los sepulcros no era tan simple, que había muchos más matices de los que los textos jurídicos reflejan. Albertario debería haber aprovechado más eficazmente estos resultados; al no hacerlo deja el camino abierto para que otro realice esta labor de cotejo entre la crítica de interpolaciones de Albertario y los datos y observaciones del profesor español. Aquí, naturalmente, no podemos emprender esta tarea ni la de contrastar hasta qué punto el profesor de Roma ha corregido, después de la lectura del estudio a que nos referimos, la redacción que publica en este tomo de sus *Studi*. Si debemos advertir de todos modos que el principio clásico determinado por Albertario de que en el *sep. fam.* no se podía enterrar a persona extraña no es incompatible, contra el reproche que le dirige García Valdecasas (páginas 58 sgs.), con el hecho de que el fundador de uno de esos sepulcros conceda el derecho de ser enterradas allí a determinadas personas designadas nominalmente o cuya designación reserva para un momento ulterior, para el testamento, por ejemplo. Son los familiares, como reconoce este autor, los que no tenían en el Derecho clásico el *ius mortuum inferendi*. Por lo demás, quien emprenda la tarea de revisar este tema deberá tener cuidado de verificar en lo posible las fechas de las inscripciones. A veces García Valdecasas saca de ellas conclusiones quizá demasiado terminantes sin una debida discriminación cronológica, que reconocemos de todos modos resulta muchas veces imposible. Las inscripciones del siglo III deben ser empleadas con mucho tiento, pues en muchos puntos se pueden considerar ya como anticipos de tendencias post-clásicas. Derivar, por ejemplo, de una sola inscripción de ese siglo (*CIL*. VIII 1523), en que se lee "*posteritatieque*" en vez de "*posterisque*", que ese abstracto sea genuino en *Dig.* 11, 7, 6 pr., resulta insuficiente. No hay que olvidar que el lenguaje de los jurisconsultos es bastante impermeable.

* * *

Más atención a la literatura posterior presta Albertario al reeditar su estudio sobre *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici* (págs. 71 sgs.), que publicó en el tomo 38 del *Bulletino* (1930) y en los *Studi in onore di Ranalletti*, II (1931). El autor sostiene que en la época clásica la derivación de aguas de un río público requiere la concesión del Estado únicamente cuando el río es navegable, y que Justiniano, siguiendo las tendencias burocráticas del Bajo Imperio, extiende el requisito de la concesión en todo caso, es decir, sin distinguir ríos navegables o no navegables. De ahí la interpolación de [*permitti*] en *Dig.* 8, 3, 17; de [*si modo ea aqua in usu publico non erit*] de *Dig.* 43, 12, 2, y de [*minus concessis*] en *Dig.* 43, 13, 1, 1. En consecuencia, la protección interdicial se uniformó después de la reforma: el interdicto que protege la navegación se extiende a los ríos no navegables (*Dig.* 43, 12, 1, 12 [*sed*] [*non esse iniquum etiam*] [*non*] [*utile*]) y el pertinente a los ríos no navegables se extiende a los que lo son (*Dig.* 43, 13, 1,

2 [siue nauigabilia sunt siue non sunt] <quae nauigabilia non sunt> [et idcirco erit inspicienda]. La tendencia burocrática se observa igualmente en otras interpolaciones en materia de uso de la costa (Dig. 43, 8, 3, 1 [sed id concedendum non esse si] <nisi>; Dig. 41, 1, 50 [decretum praetoris — id faciat] <aedificio dilapso reuertitur locus in pristinam causam> Cfr. Dig. 1, 8, 6 pr.).

Esta doctrina de Albertario fué combatida por Grosso, Lauria, Longo, Boháček y Biondi, a los que aquí replica aquél en una nota adicional (págs. 85-91). Contra Lauria y Biondi, que niegan la libertad de derivar aguas, en Derecho clásico—tampoco en el justiniano, según Biondi—, de cualquier río público, Albertario se remite a la crítica que ya hizo Grosso y arguye con textos tan evidentes como Dig. 43, 20, 3, 1. Contra Grosso insiste en que el *non oportere praetorem concedere ductionem fieri* (Dig. 39, 3, 10, 2) implica necesariamente una concesión administrativa previa. (La comparación con Cod. 3, 34, 4, en que se funda Grosso para negar tal necesidad, no tiene sentido desde el momento en que son supuestos de hecho distintos. Por otro lado, el que el interdicto de Dig. 43, 12, se dé también *si deriuetur aqua, ut exiguo facta minus sit nauigabilis*, no excluye que se dé otro interdicto especial para proteger la navegación fluvial). Biondi, respecto al Derecho justiniano, no interpreta rectamente las palabras *Quoniam...* de Dig. 43, 12, 2, y no lee el final *quae flumen...* de Dig. 39, 3, 10, 2. Longo, por su parte, mantiene la imposibilidad de derivar aguas de río navegable en el Derecho justiniano, pero para ello hace una crítica excesiva del final de Dig. 43, 12, 2 [*si modo - id facere*]. La tesis de Boháček es más afín a la de Albertario.

* * *

A continuación—tras una nota a una sentencia de la Audiencia de Bolonia sobre los *Effetti del giuramento decisorio nei riguardi dei condomini* (págs. 95 sgs.), en la que Albertario defiende el *litis consortium* necesario entre condóminos, de arreglo con dicha sentencia, que había sido combatida por Betti, y conforme al principio de Derecho romano clásico, desdibujado por Justiniano—sigue una serie de 17 estudios relativos a la posesión, encabezados por la prolucción académica de 1931 en la Universidad de Roma, en ocasión de ocupar Albertario la cátedra de V. Scialoja (págs. 107 sgs.). Esta prolucción, con el título de *Il Possesso*, se publicó en 1932 en *Bulletino* y, traducido al francés, en la *Tijdschrift* holandesa. En ella se dibujan las ideas fundamentales del autor sobre la evolución del concepto de posesión en Derecho Romano. La posesión es, en la época preclásica, un simple poder de hecho sobre una cosa (o una persona, en la forma luego desaparecida del *usus mariti*) para el que se emplea una terminología indistinta de *possessio*, *usus*, *fructus - habere, possidere, uti, frui*. Poder de hecho independiente de la propiedad, es decir, que se toma en consideración precisamente en aquellos casos en los que no se puede dar la propiedad, como es en el de un fundo, no susceptible primitivamente de propiedad privada, concedido por el jefe de la *gens*, luego por la *ciuitas*, a título de precario. El que disfrutaba de estos fundos era *possessor*. Esta *possessio* se caracterizaba, por lo tanto, por su revocabilidad y por no conducir a la usucapción, por lo cual debía estar protegida por algún recurso procesal: los interdictos. Esta misma relación existía en términos parecidos

Bibliografía

683

también en el caso de otro precarista cualquiera, o en el de un acreedor pignoraticio, o en el de un secuestrario. En todos estos casos, el poder de hecho era revocable, no conducía a la usucapción y estaba protegido por interdictos. Pero todavía existía una relación anómala a la que el concepto de *possessio* se extendió: la que tenía un adquirente sobre la *res Mancipi* que no le había sido transmitida por *mancipatio*. Aquí tampoco se podía hablar de *dominium*, y por eso se hablaba de *possessio*; pero era una figura excepcional de posesión, ya que ésta no era revocable, conducía, en cambio, a la usucapción y quizá originariamente, por su mismo carácter transitorio, no requería una protección interdictal que le fué de todos modos extendida, como posteriormente incluso al que ya era *dominus*. Ahora bien, en el Derecho clásico, debido principalmente a que los fundos itálicos se han hecho susceptibles de propiedad privada, la figura primera de posesión pierde relevancia en favor de la anómala, de la no-revocable, que se erige ahora en posesión normal, al lado de los islotes excepcionales del antiguo sistema: precario, prenda, secuestro, cuya importación había disminuído notablemente. Al mismo tiempo, la terminología se discierne: se crean con carácter autónomo de *iura in re aliena* el *usus* y el *usufructus*; sólo la *possessio* designa ya la posesión, mientras queda una terminología vaga y varia (*tenere, retinere, esse in possessione*, etc.) para la simple detentación no protegida por interdictos. La posesión se distingue entonces por dos elementos, un *corpus*, que supone poder de hecho, y un *animus*, que consiste en la voluntad externamente declarada de estar en aquella relación de hecho ilimitadamente: *animus possidendi*. Por último, en la época post-clásica, al hacerse susceptibles de propiedad privada los fundos provinciales, la idea de la posesión se aproxima cada vez más a la de la propiedad, de suerte que el *animus* exigido para la posesión es el *animus domini*; es más, el ánimo de ser dueño de buena fe; todo lo demás es detentación, es *possessio corpore*, incluso en el caso de precario, prenda y secuestro, que siguen de todos modos protegidos interdictalmente. El *animus* adquiere gran preponderancia, la posesión deja entonces de ser una relación de hecho: se espiritualiza. Porque allí donde el clásico exigía que el *animus* se expresara en actos, el post-clásico se contenta con un simple cambio de intención: es la *voluntas* cuya investigación se ha erigido ahora en tarea primordial del jurista. Pero al mismo tiempo, si en este sentido el concepto de posesión se limita, por otro lado se extiende: se aplica no sólo a las cosas incorporales, como son las servidumbres, a través de la figura de la *quasi-possessio*, sino incluso a los *status* civiles, respecto a los cuales lo que antes era una simple presunción ahora se estima prescripción adquisitiva.

Naturalmente, a tal síntesis de la evolución de la posesión se podrían hacer algunas objeciones; sin embargo, la doctrina de la posesión de Albertario debe ser considerada hoy como uno de los productos más admirables de la crítica romanística de este siglo. Ahora se comprende cuán imposible era el aplicar a la posesión romana en todas sus épocas un solo concepto, al modo de Savigny o de Jhering, y cuán defectuosas aquellas doctrinas que querían explicar las contradicciones de los textos por el consabido recurso de supuestas disidencias de las escuelas clásicas.

En los estudios que siguen se trata sobre cuestiones especiales relacionadas con este problema de la evolución del concepto de *possessio*, al que Albertario

ha venido dedicando especial atención desde hace tiempo. Los límites de esta reseña no nos permiten salir de una simple enumeración: *La involuzione del possesso del precarista, del creditore pignoratizio e del sequestratario nel diritto post-classico giustiniano* (págs. 143 sgs.); *Possessio e detentio: νομή και κατοχή* (páginas 161 sgs.); *In tema di classificazioni del possesso* (págs. 175 sgs.), que reproducen todas ellas parte del *Corso* de 1939; *distinzioni e qualificazioni in materia di possesso*, de 1935 (págs. 185 sgs.); *L'acquisto del possesso da parte dell' infante e del pupillo 'infantia maior'*, resumen de ideas expuestas en el primer curso universitario de Albertario en la Universidad de Camerino, 1912-13 (págs. 233 sgs.); *Dig. 41, 2, 8, e la perdita del possesso nella dottrina giustiniana*, de 1929 (páginas 247 sgs.); *I problemi possessori relativi al 'servus fugitivus'*, publicada por la Universidad del Sacro Cuore en el mismo año (págs. 273 sgs.); *Un interessante testo di Giavoleno (Dig. 41, 2, 24, ex l. 14 epist.)*, de 1915 (págs. 299 sgs.) *Il possesso dell' usufrutto, dell' uso, della 'habitatio'*, redacción muy transformada del trabajo publicado en el *Bulletino* de 1912 (págs. 309 sgs.); *Il possesso delle servitù prediali*, parte de un trabajo sobre la protección pretoria de las servidumbres, publicado en 1912 (págs. 339 sgs.); *Di nuovo sul glossema in Gai Inst. IV 139* del año 1914 (págs. 361 sgs.); *Vat. Fr. 90 (contributio agli studi sulla origine della 'possessio iuris')*, de 1931 (págs. 371 sgs.); *Il possesso dell' 'ager vectigalis' e dell' enfiteusi*, de 1912 (págs. 389 sgs.); *Il possesso della superficie*, del mismo año (páginas 411 sgs.); *Il possesso dello 'status'*, extracto también del primer curso de Camerino (págs. 441 sgs.), y, por último, una breve nota, que procede, con aplicaciones, del mismo curso, sobre *La ripercussioni processuali del domma della 'possessio iuris'* (págs. 453 sgs.).

* * *

El volumen termina con dos estudios referentes a los *iura in re aliena*: el primero sobre *Il pegno della superficie* (págs. 459 sgs.), que ya fué publicado en 1911; el segundo, resumen del mencionado trabajo de 1912 sobre *La protezione pretoria delle servitù* (págs. 479 sgs.). Al publicar nuevamente el primero de estos dos trabajos, Albertario vuelve a decidirse, después de varias alternativas de confianza y de duda, por la tesis crítica de que la *superficies* no fué concebida en la época clásica, como un *ius in re*, sino como tipo especial de arrendamiento (independiente de los *agri vectigales*, que entran en el Derecho Público), sin concesión de posesión ni de acción real, sino simplemente de detentación y de una protección procesal consistente en un interdicto no-posesorio y en las acciones cedidas por el propietario. No existente, por lo tanto, el derecho real de superficie, los textos que reconocen la prenda de dicho derecho estarían interpolados. Así: *Dig. 20, 4, 15*, cuyo *etiam* se relaciona con *20, 1, 12* (que le antecede en la Palingenesia y en el que se negaba la pignorabilidad de las servidumbres); *20, 1, 13, 3*; *13, 7, 16, 2* (la concesión de acciones útiles al superficiario no es clásica) y *13, 7, 17*. La tesis de Albertario es, desde luego, atrevida y quizá su argumentación no es suficiente para eliminar una sana duda sobre este problema. Baviera en 1909 y Beseler en 1910 se habían pronunciado en un sentido bastante parecido al de Albertario; Riccobono, en cambio, y Biondi, en contra.

Bibliografía

685

El estudio sobre las servidumbres es una crítica del trabajo de Krüger, *Die prätorische Servitut*, 1911, en un sentido parecido al ya sostenido por Perozzi, *I modi pretorii di acquisto delle servitù* (en *Riv. Ital. per le scienze giuridiche*, 23-1897), que Krüger no había tenido en cuenta. Albertario critica la denominación: ni el usufructo, ni el uso y habitación, ni la superficie pueden considerarse como servidumbres. Por otro lado, el punto de arranque de Krüger: la idea de que las servidumbres, en época clásica, eran susceptibles de posesión, de lo que se deriva la supuesta protección por interdictos quasi-posesorios y la posibilidad de que sean transmitidas por *traditio* y adquiridas por usucapión. Todo esto es justiniano según Albertario, quien, por lo demás, niega que la *vetustas* pasara de tener un valor de mera presunción, no propiamente adquisitivo, y admite, en cambio, que las servidumbres pretorias estaban protegidas por acciones útiles.

* * *

Como puede apreciarse, la doctrina de la posesión constituye el elemento primordial de todo este segundo volumen de los *Studi* de Albertario. Sobre el valor de esta obra no es preciso añadir nada más, porque por todos son reconocidos, incluso por los adversarios de escuela, el ingenio crítico y talento constructivo, a la vez que el elegante estilo y viveza en la discusión del insigne profesor de Roma. Esperamos la pronta publicación de los volúmenes restantes con un interés que ya la economía que representan para la labor de consulta podría por sí sola justificar.

ÁLVARO D'ORS.

AMADEO DE FUENMAYOR Y CHAMPIN: *La revocación de la propiedad*. Publicaciones del "Instituto F. de Vitoria", del Consejo Superior de Investigaciones Científicas). Madrid, 1941, 205 páginas, 15 pesetas.

Amadeo de Fuenmayor (ahora catedrático de la Universidad compostelana), del que recientemente los lectores de la *Revista de Derecho Privado* han tenido ocasión de leer un estudio sobre la deuda alimenticia del donatario, ha atacado en este libro el interesante problema de la propiedad revocable. En él sigue una sana tendencia restrictiva: la revocación debe ser deducida a los "casos taxativos señalados por la norma"; incluso en el supuesto del artículo 827 del Código civil, se debe rechazar la revocación (pág. 139).

Digno de encomio es que, antes de penetrar en el estudio de los distintos casos en los que se puede tratar de revocación de la propiedad, según las normas hoy positivas, el autor dedique unas cuarenta páginas a la consideración romanística de la cuestión. Entre las diversas teorías, se inclina acertadamente por la de negativa de efectos reales para el Derecho clásico, aunque, como es natural, los textos no han podido ser examinados en toda su complejidad. De todos modos, el lector romanista hubiera deseado sin duda una atención preferente por la literatura crítica moderna y un olvido de posiciones que se pueden decir ya superadas. *Dig.* 18, 2, 1, por ejemplo, no es "considerado por todos (excepto Scialoja) como genuino" (pág. 445), y *Dig.* 39 (no 34), pág. 45), 3, 9 pr., está evidentemente manipulado: