

Zeitschrift der Savigny — *Stiftung für Rechtsgeschichte*. (Romanistische Abteilung.) Volumen 63, 1943 (534 págs.).

La dificultad con que, en las actuales circunstancias, los volúmenes de la Revista de la Fundación Savigny llegan hasta nosotros justifica esta noticia de conjunto sobre el correspondiente al pasado año.

Se abre volumen con un artículo de Paul Krüeckmann en el que, con el título de "*Versicherungshaftung im röm. Recht*", se estudia una serie de relaciones jurídicas con función de seguro. El proyecto resulta ambicioso, pero quizá el autor no le ha dado el desarrollo que parecía exigir. Clasifica tales relaciones de seguro (no de garantía) en varias categorías: de seguro legal, por ejemplo, el que supone la *actio de pauperie*; de seguro convencional, así en el caso de la *lex Rhodia de iactu*; de seguro de crédito, como en el mandato cualificado; casos de responsabilidad de tercero, tales los del *institor*, *exercitor*, etc.; de culpa in contrahendo; de ficción de culpa o de intensificación de la diligencia exigida (*diligentissimus paterfamilias*), custodia y seguro caucional. Tal clasificación, de todos modos, no acaba de ser precisa en algunos casos de cuya inclusión en una u otra categoría cabe dudar. Por lo demás, el intento del autor de atacar la teoría hoy dominante sobre el tránsito evolutivo de un criterio de responsabilidad objetiva (*custodia*) a otro de responsabilidad subjetiva (*culpa*), no parece haya sido coronado por el éxito. Es ésa una cuestión que, como todas las del DR., debe ser considerada histórica y críticamente. Al renunciar, como hace Krüeckmann, a ese método, es natural que no alcance resultados sólidos. La utilidad de este trabajo radica cabalmente en haber reunido material, quizá no exhaustivo (la alternatividad con fin de seguro, p. ej., se echa de menos), para poder profundizar en la teoría que el autor combate.

Rudolf Düll, que viene estudiando desde hace tiempo los aspectos menos trillados del Procedimiento y del Derecho Penal romanos, se ocupa ahora (pág. 54 ss.) en los conceptos de "*iudicium domesticum, abdicatio und apoceryxis*". En el *iud. domesticum* quiere ver el autor un auténtico juicio del *paterfamilias*, no un simple eufemismo para designar la aplicación de un poder de castigo ilimitado y distinto también de la simple *disceptatio domestica*, la cual únicamente funcionaría para las discrepancias civiles dentro de la familia. Para realzar tal carácter de verdadero juicio insiste el autor en aquellos testimonios que suponen la intervención de un *consilium propinqvorum*.

Respecto a las otras instituciones estudiadas, cree el autor que la constitución de Diocleciano (*Cód.* 8, 46, 6), en la que se prohíbe la *abdicatio quae Graeco more ad alienandos liberos usurpatur et apo-*

ceryxis dicebatur, no debe referirse a una *abdicio* romana antigua. (Equivocadamente dice—pág 71, n. 22—que Girard, Manuel—8.ª ed., pág. 205, n. 5—incurre en esa extensión). En efecto, contra la opinión de Dirksen, Mitteis, etc., de que la *abdicio* no pasó de ser una ficción de los retóricos, a ejemplo de la *apoceryxis* griega, D üll cree que los retóricos romanos reflejan ahí una realidad romana (—sin aludir a Lanfranchi—) y que *abdicio* no es más que el nombre que a partir del Principado se da a la antigua *relegatio*, que, por haber adquirido carácter de castigo público, ya no se siguió aplicando a los castigos impuestos por el *paterfamilias*. La *abdicio* romana se impondría sin intervención del magistrado y no produciría la separación de la familia en el hijo abdicado. El hijo *relegatus* o *abdicatus* por su padre, seguiría, no obstante, siendo *suus*. La *apoceryxis*, en cambio, implicaba un decreto del magistrado y un ἀλλοτριώσθαι. Al aplicarse el D. R. en Egipto, después de la *Constitutio Antoniniana*, nos encontramos (P. Cairo, I, 67.097 y III, 67.353) con una contaminación de ambas instituciones: sigue en pie la *apoceryxis* griega y se habla incluso de ἄλλοτριος, pero prácticamente el ἀποκηρυττόμενος es considerado como *suus*, pues se le respeta su legítima.

Antes de que la muerte cayera sobre él (11-X-42), Hugo Krüger había encargado a Kaser de la revisión y conclusión de un trabajo sobre "Fraus", que ahora se publica (págs. 117 y ss.). El segundo ha aceptado casi en su totalidad los puntos de vista del primero. "Fraus" se relaciona etimológicamente, como ya habían dicho los lingüistas, con la base del griego φράσθαι, "romper": sería propiamente la "infracción de la ley o de la costumbre". Pero de este sentido originario se habrían derivado otros dos sentidos secundarios: el de sanción o perjuicio sufrido por el autor de la infracción—que no aparece en la jurisprudencia—y el de daño o perjuicio sufrido por otra persona a consecuencia de una infracción, que se considera objetivamente en un principio y con el tiempo se va llenando del contenido subjetivo de mala intención, de engaño, por lo que los moralizantes bizantinos adoptan el término predilectamente para designar el dolo.

Este artículo supone un gran adelanto para la voz *fraus* en el *The-saurus Linguae Latinae*.

Antonio Guarino publica en este mismo número unos extensos "Studi sull'incestum" (págs. 175 ss.), en los que trata con la valentía y la originalidad de siempre algunos problemas de esa figura delictual. En primer lugar, el régimen clásico del *crimen incesti* en relación con la *lex Iulia de adulteriis*, que, según el autor, tuvo en cuenta tal delito al lado del *stuprum* y del *adulterium*. Luego, el problema de los tipos de hechos que quedaban incluidos en el incesto, en todos los cuales se observa como nota común la de violación de las prohibiciones matrimoniales del antiguo *fas*, transmitidas luego consuetudinariamente; critica la dicotomía *incestum iure gentium* y *iure civili*, que sería un

producto de la reelaboración posterior al Edicto de Caracala. Por último, la relación entre culpabilidad y pena y el problema de la *ignorantia iuris*, que habría aparecido como eximente en el delito de incesto únicamente con la *Nov. 12* (año 535) de Justiniano.

En este estudio resulta especialmente interesante el que Guarino se esfuerce por fijar las transformaciones realizadas en materia penal por los prejustinianeos, contra la tendencia, p. ej., de Brasiello.

Séanos lícito advertir una omisión bibliográfica en referencia al concubinato (pág. 184, n. 8): la obra de Károl Rebro, de la que hemos dado noticia en *Rev. Univ. Madrid*, 1943.

Un artículo póstumo de Axel Hägerström titulado "Über den Grund der bindenden Kraft des Konsensualkontraktes nach römischer Rechtsanschauung" (págs. 268 y ss.) es, según explica Olivecrona en nota preliminar, el resumen de un amplio libro publicado en lengua sueca, y puede considerarse en cierto modo como un complemento al segundo volumen de "Der römische Obligationsbegriff". Concebido el derecho subjetivo como un poder y la *obligatio* como un poder actualizable *-vinculum iuris-* del acreedor sobre la persona o los bienes del dador, ¿qué virtud podía tener el mero *consensus* para crear tal poder? En efecto, las obligaciones *verbis* se apoyan en su carácter sagrado, pero, al prescindir de esa forma solemne, exigida también para la obligación *litteris*, y, por otro lado, de la entrega de los contratos reales, el simple acuerdo de voluntades quedaba desprovisto de eficacia y no podía engendrar más que deberes morales. Hägerström funda la eficacia jurídica del contrato consensual, no en el consentimiento, sino en la eventual infracción de la *bona fides* por parte de uno de los contratantes. El deber de cumplirlo convenido es meramente moral, pero el incumplimiento supone una violación de la buena fe, y por esa razón precisamente surge la *obligatio*. Así, pues, se trataría de una obligación de carácter análogo a la que surge de los delitos. La teoría de que tal *obligatio* se funda en el *consensus* sería un producto del iusnaturalismo del XVII-XVIII.

La tesis resulta sugestiva como todas las de Hägerström, aunque quizá se ha rebajado injustamente el papel de Justiniano en la elaboración de esa doctrina, que el autor atribuye al iusnaturalismo moderno. Interesantes son las observaciones (págs. 293 y ss.) sobre la interpretación de *praestare* en sentido de indemnizar un daño.

Sobre el valor de la *addictio* de la *legis actio* para los efectos de transmisión de la propiedad en el forma de la *in iure cessio*, trata H. H. Pflüger en un breve artículo titulado "Simplex sigillum veri" (págs. 301 y ss.). Aquí se defiende el autor de la crítica de Wlassak.

Cierra la serie de los artículos uno de Fritz Schwarz sobre "Die Rechtswirkungen der lex Falcidia", en el que afirma con una larga demostración crítica cómo la limitación a la libertad de legar impuesta por la ley Falcidia no implicaba la nulidad, ni siquiera la nulidad

condicional, del legado que excedía, sino que únicamente producía el efecto de conceder al heredero un derecho de retención o una *actio in factum* cuando tal retención no se podía hacer directamente, por ejemplo, cuando el legatario se hallaba en posesión de la cosa legada con permiso del testador.

Se incluyen a continuación de los artículos las siguientes misceláneas: H. Schaefer, *Zu Heinrich Triepels "Hegemonie"* (Stuttgart, 1938, págs. 368 y ss.); E. Staedler, *Zum Rechtsbegriff der Augustischen auctoritas*. *Mon. Ancyr.* 34 (págs. 384 y ss.)—que constituye una adición al artículo publicado en *Z. S. S.*, 61-1941, págs. 77 y ss., 109 y ss., sobre el carácter de magistratura paralelo a la *potestas* que el autor supone en la *auctoritas* (contra Heinze en *Hermes*, 1925, págs. 348 y ss.)—; R. Düll, *Zur Apparitorfrage* (págs. 393 y ss.); W. Erdmann, *Über das nomina facere per tabulas plurium sive interpositis paratis* (págs. 396 y ss.)—que aporta una aclaración sobre el mecanismo del contrato literal a propósito de Horacio, *Sat.* II, 3 (págs. 69 y ss.)—; P. Krückmann, *Das rätselhafte velamentum der I. 52, § 2, D. 17, 2* (pág. 405); A. Polacek, *Denegare actionem im späteren römischen und im justinianischen Zivilprozess* (págs. 406 y ss.); A. Christophilopoulos, *Neue vorjustinianische Scholien* (págs. 414 y ss.)—un pequeño fragmento de papiro de la Colección del Archiduque Rainer (II, 1939), núm. 38, que recoge algunas palabras de un escolio del s. V, cuyo carácter jurídico no había sido advertido, y que quizá demostraría, según el autor, el origen pre-justinianeo de la regla según la cual el deudor sin dolo sólo responde del enriquecimiento—; A. Steinwenter, *Eine Ehescheidung aus dem Jahre 689* (págs. 415 y ss.)—sobre P. Nessana Inv. núm. 14, editado por Kraemer y Lewis en *Tapha*, 69-1938, págs. 117 y ss., que el autor califica de *divortium in ecclesia*.

Tras las reseñas bibliográficas (págs. 431 y ss.) y las comunicaciones breves (págs. 510 y ss.), se cierra este volumen de la *Z. S. S.* con la necrología de Alfred Manigk († 31 VIII, 1942), Hugo Krüger († 11 X 1942), Hans Albrecht Fischer († 21 X 1942) y Paul Krétschmar († 29 X 1942).

Esta breve noticia puede dar idea de cómo la ciencia romanística alemana, a pesar de las nuevas circunstancias, presenta pruebas de una fecunda actividad. Hacemos votos por la continuidad y prosperidad de esta gran revista alemana.

A. D'ORS.

*Reseña romanística española II **

Este año debemos encabezar nuestra reseña con la importante obra del profesor de Madrid ÚRSICNO ALVAREZ titulada *Horizonte actual del*

* Cfr. I en *AHDE*, XIV, donde se indican las abreviaturas usadas.