

M I S C E L A N E A

I

ESCRITOS EN HONOR DE CONTARDO FERRINI

El 13 de abril de 1947 era beatificado el gran romanista italiano Contardo Ferrini, muerto el 17 de octubre de 1902 siendo catedrático de la Universidad de Pavía.

El acontecimiento ha suscitado una interesante literatura que va desde las ediciones biográficas, a las colecciones de trabajos científicos, pasando por la reimpresión de algunos escritos del nuevo Beato.

No es ocasión de examinar detenidamente las biografías del ejemplar hombre de ciencia, unas sacadas a luz en los mismos días de la beatificación, como la escrita por el postulador de esta causa Mons. Guido ANICHINI y la de Constantino CAMINADA; otras, reeditadas, como la segunda edición castellana, debida al sacerdote Angelo PORTALUPPI, *L'anima religiosa di Contardo Ferrini*.

No obstante el mérito de todas ellas, la fundamental biografía continúa siendo, indudablemente, la de Mons. Carlo PELLEGRINI, *Vita del Prof. Contardo Ferrini* (2.^a ed. Torino, Società Editrice Internazionale, 1928, 708 páginas, en 4.^o), magnífico arsenal de datos de donde se han provisto casi todas las demás biografías publicadas.

Por nuestra parte, en una breve *Semblanza del Profesor Contardo Ferrini* (Murcia, Real Sociedad Económica Murciana de Amigos del País, 1947), utilizando los escritos del nuevo Beato, hemos tratado de dar una justificada explicación de las múltiples y ejemplares facetas de su vida, pero muy especialmente de su magisterio universitario.

Asimismo, con motivo de la beatificación, *Vita e Pensiero*, la editorial de la Universidad Católica de Milán ha publicado por octava vez los *Pensieri e preghiere*, así como los *Scritti religiosi* de Ferrini, libros cuyo contenido es casi el mismo, exceptuadas las *preghiere*, aunque con distinta disposición sistemática.

Finalmente, las Universidades de Pavía —donde estudió y profesó Ferrini— y del Sagrado Corazón de Milán —de cuya fundación fué un precursor y una de cuyas cátedras hubiera deseado— han reunido unos magníficos conjuntos de *Scritti in onore* de Ferrini, de los cuales queremos dar más detallada noticia.

ESCRITOS DE DERECHO ROMANO PUBLICADOS POR LA UNIVERSIDAD DE PAVÍA

La Universidad de Pavía que, ya hace años, había erigido un monumento para perpetuar la imperecedera memoria de su excepcional alumno y maestro famoso, al cumplirse en 1942 cuarenta años de la muerte de Ferrini quiso honrarle «con una conmemoración que significase homenaje y gratitud hacia quien de modo tan singular contribuyó a conducir hasta elevada fama la ciencia italiana y en particular: la escuela romanística de Pavía que por él logró gloriosa altura»¹.

Con este propósito celebró un congreso nacional en el que participaron los más ilustres romanistas italianos en un momento, ciertamente, de extrema dificultad en la vida de Italia. Para que ese magnífico homenaje perdurase se acordó publicar los trabajos presentados, muchos de los cuales fueron casi totalmente reelaborados.

Se buscaba con todo ello una doble finalidad: revisar en nuestros días aquellos puntos fundamentales sobre los cuales proyectó Ferrini su aguda sensibilidad científica tan magistralmente que sus conclusiones todavía se imponen; y, por otra parte, mostrar con ello lo que en la historia del espíritu humano significa el valor inextinguible y eterno del Derecho de Roma. Otra forma, esta última, de rendir también homenaje a Ferrini que predijo con exactas palabras el eterno retorno al Derecho de Roma aun a través de luchas y reacciones.

Así han surgido los *Scritti di Diritto Romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia a cura di Gian Gualberto Archi* (Ulrico Hoepli. Milano, 1946, VIII, 758 págs., en 4.^o).

Volumen que, aun preparado unos años atrás, por las exigencias de la guerra ha venido a publicarse poco antes de la beatificación de Ferrini coincidiendo así con este supremo homenaje.

El grueso volumen contiene un prefacio (págs. VII-VIII) de Gian Gual-

¹ ARCHI, *Prefazione* a los *Scritti* indicados más adelante en el texto.

Berto Archi, titular de la cátedra de Derecho romano de la Universidad de Pavía, en el que se expone la finalidad y desarrollo del homenaje a Contardo Ferrini en los términos que hemos expuesto.

El profesor Pietro DE FRANCISCI traza un *Ricordo di Contardo Ferrini* (páginas 1-15), en el que resume la tarea científica realizada por el santo romanista y reivindica para Ferrini el título de maestro que no le ha sido reconocido tan indiscutiblemente como el de investigador. «Sólo el ininterrumpido y extenuador trabajo a que se había sometido y la brevedad de su vida —escribe De Francisci— le impidieron crearse una escuela; y es difícil afirmar que no la hubiera formado si hubiese sido menos breve el curso de su existencia. Y aquellos que tuvieron la ventura de serle más allegados saben cómo podía ser maestro y qué dominio ejercían su vivaz inteligencia y su bondad generosa.»

En definitiva, «a todos los que dentro o fuera de la Universidad, de algún modo se le acercaban, se les mostraba verdaderamente como un maestro de vida» y «toda esta riqueza espiritual fascinaba misteriosamente no sólo a los amigos, sino a los adversarios, y le alcanzaba el amor y respeto de los compañeros y discípulos».

El antiguo profesor de la Universidad de Roma, Salvatore RICCOBONO estudia ampliamente *La giurisprudenza come fattore di evoluzione nel diritto romano* (págs. 17-80).

Se pregunta el insigne académico de Italia si toda la gloria de la jurisprudencia romana corresponde a los *veteres* que crearon los medios de investigación y desarrollo del Derecho, en tanto que los juristas clásicos no han hecho más que continuar la obra de aquéllos. En definitiva, ¿cuál es la aportación de la jurisprudencia clásica al desarrollo del Derecho?

Riccobono estima que es necesario revisar la afirmación de que los jurisconsultos clásicos no poseyeron facultades teóricas y sistematizadoras, sino intuición y sentido práctico, y considera «sencillamente enorme» afirmar que la jurisprudencia clásica no haya prestado una gran aportación al desarrollo del Derecho.

Busca, pues, las directrices generales de la jurisprudencia clásica en su obra creadora «sin distinguir —no sería posible hacerlo— lo que proviene de la actividad de los jurisconsultos como *responsores*, de lo que es fruto de su actuación como docentes, escritores o miembros del *consilium* del emperador». Para ello analiza más de una veintena de instituciones.

Riccobono concluye que la jurisprudencia clásica realiza una obra re-

formadora, buscando siempre la solución más justa y facilitando así el influjo cristiano al que, con su acción, sirve de precedente.

El profesor de la Universidad de Nápoles Vincenzo ARANGIO-RUIZ, examina *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini (Da Ferrini a noi)* (págs. 81-117), considerando especialmente la composición de las Instituciones justinianas y su Paráfrasis griega, tema predilecto de Ferrini.

Para Arangio-Ruiz «la intentada palingenesia de las Instituciones es obra admirable y plenamente lograda; a mi juicio, la obra maestra de Ferrini». Habiendo revisado los párrafos sobre los que Kübler ejerció su crítica llega a la conclusión de que las posiciones de Ferrini son firmísimas, y en ellas sólo leves rectificaciones sería posible hacer.

Dado el progreso de los estudios, especialmente en materia de interpolaciones, cabría una mayor precisión en la atribución exacta de algunos párrafos considerados clásicos por Ferrini, pero debidos a los compiladores bizantinos o a estudiosos postclásicos.

Respecto a la Paráfrasis, nota Arangio-Ruiz que hoy no se considera problema capital el de la determinación de su autor que Ferrini, como es sabido, negaba fuese Teófilo. Más trascendente es el tema de las fuentes de la Paráfrasis, en el que Ferrini señaló una circunstancia de gran entidad: que la obra que nosotros conocemos fué precedida de otra análoga cuyo autor tuvo directamente a la vista las Instituciones de Gayo. Mas Arangio-Ruiz afirma que hoy no podemos contentarnos definiendo esta fuente de Teófilo como un *κατὰ πρότυπον* de la Instituta gayana y sostiene que debió de ser realizada, por lo menos, alternativamente sobre las dos obras que llevan el nombre de Gayo.

Brevemente indica Arangio-Ruiz los estudios hechos sobre la compilación justiniana desde Ferrini hasta hoy sin entrar en su examen. Se detiene, por el contrario, en las *Basílicas* «centro también entre los primeros de la gloriosa actividad de Ferrini y objeto en este último período de discusiones no acabadas», considerando que el Derecho justiniano todavía no se ha estudiado suficientemente como sistema jurídico propio del Imperio oriental en el siglo VI. Destaca especialmente los trabajos de Riccobono. Por lo que respecta al texto de las *Basílicas* aparecen como decisivos los trabajos de Peters en orden al significado de los *escolios* cuyo valor se mostrará plenamente cuando se proceda a la edición crítica de las *Basílicas* «tarea inmensa, pero sin duda la más urgente y meritoria entre cuantas

la república de los romanistas puede considerar actualmente de su incumbencia».

Finaliza Arangio-Ruiz afirmando que hoy los italianos ostentan la primacía en los estudios romanísticos, pero que deben evitar la sospecha de que ello sucede por haberse retirado los más significados competidores. Se necesita esfuerzo, pero «a quien bien lo considere, la obra de Contardo Ferrini y su éxito puede enseñarle mucho».

El profesor Emilio ALBERTARIO en un estudio sobre *Oriente ed Occidente nel diritto romano del Bassò Impero* (págs. 119-137), muestra curiosas y abundantes coincidencias entre el Derecho romano de Oriente y de Occidente que, no obstante las grandes divergencias de ambos durante el Bajo Imperio, aparecen en aquellas instituciones que dominan en el Derecho privado postclásico de ambas partes y que se muestran como nuevas respecto al Derecho clásico.

El profesor de Roma justifica tales coincidencias como fruto, en primer término, de la difusión del Cristianismo, como sucede con la *manumissio in sacrosanctis ecclesiis*; otras veces estima que son resultado del desarrollo de una institución local que influye en una parte del Imperio y, después, se generaliza, como ocurre, por ejemplo, con la *cura minoris*. En otras ocasiones se trata de doctrinas comunes a Oriente y a Occidente transplantadas por maestros griegos, tal como sucede en el caso de la *universitas iuris*. A veces es la caída de las antiguas instituciones la que engendra consecuencias comunes en las dos partes del Imperio.

Tales son, a juicio del ilustre romanista, las causas principales, pero no las únicas, de tales coincidencias de un Derecho ciertamente no romano.

El profesor Siro SOLAZZI, de la Universidad de Nápoles, ofrece la cuarta serie de sus *Glosse a Gaio* (II, 191-289) (págs. 139-199), en la que minuciosamente va analizando la materia relativa a legados y fideicomisos de las Instituciones gayanas.

Los errores del manuscrito de Verona le dan ocasión para mantener una posición metodológica en la interpretación de Gayo. «En los textos jurídicos —dice Solazzi— los errores son un indicio de reelaboración. Respecto a las Pandectas este hecho es ampliamente reconocido desde hace mucho tiempo. Respecto a Gayo, ¿cuánto durará todavía el método de corregir el veronés y desconocer los glosemas? Espero vivir y continuar la batalla por el triunfo de las verdades más elementales en el campo de la crítica.»

El profesor Biondo BIONDI, de la Universidad Católica de Milán, ocupándose del *Obbietto e metodi della scienza giuridica romana* (págs. 201-249), afronta el problema de la crisis del estudio del Derecho romano haciendo notar que los métodos de la jurisprudencia romana se hallan muy lejos de la moderna ciencia del Derecho.

Descoyendo el «retornemos a Savigny», de Koschaker, entiende Biondi que es preciso volver no a la elaboración científica del Derecho realizada desde Savigny, sino a la secular experiencia romana y al pensamiento de aquellos juristas que durante dos milenios han sentado cátedra en el campo del Derecho. En efecto, la gloria imperecedera del Derecho romano no reside en sus innumerables leyes «sino en la jurisprudencia que representa algo único en la historia del Derecho».

Biondi examina con detenimiento la obra de los jurisconsultos romanos y hace notar que la jurisprudencia no es para ellos ciencia en el sentido de investigación de una verdad objetiva, ni especulación abstracta en torno al ordenamiento jurídico sino actividad intelectual encaminada a conseguir lo justo y oportuno en la convivencia social.

La investigación romanística sólo daría una estéril satisfacción a nuestra curiosidad histórica si de ella no pudiéramos sacar ningún fruto para la vida moderna. Biondi advierte que se ha querido contraponer la rudimentaria dogmática romana a la refinada dogmática moderna creyendo que los modernos han creado la ciencia del Derecho frente al empirismo romano, y, sin embargo —he aquí el problema capital—, no parece que la justicia sea hoy mejor realizada que en Roma. En nombre de la ciencia y su progreso se ha venido realizando la monstruosa separación entre Derecho y ciencia, entre teoría y práctica, de modo que la práctica ha perdido la guía, iluminada del jurista y el científico tiene escasa influencia en la vida del Derecho.

Es necesario persuadirse —dice Biondi— que, como nos han enseñado los juristas romanos, la ciencia del Derecho plantea y trata de resolver problemas no de lógica abstracta sino de justicia concreta. Por ello las construcciones teóricas no pueden considerarse como verdades eternas sino como recursos técnicos justificados por la utilidad práctica, y, por esto, variables y contingentes.

Por todo lo cual, frente a la consigna de Koschaker, concluye Biondi «retornemos más bien a los juristas romanos», porque de los juristas romanos tenemos siempre que aprender cuál sea la misión del jurisconsulto y el método científico.

El profesor Giuseppe GROSSO, de la Universidad de Turín, en un trabajo sobre *Giurisprudenza più antica ed elaborazione postclassica. Coincidenze e rittorni* (págs. 251-262), señala un paralelismo entre las concepciones jurídicas primitivas de Roma y las que se configuran en la época postclásica al desfigurarse las instituciones típicamente romanas. No se trata de coincidencias fortuitas u ocasionales; existe todo un cuadro general en el que pueden colocarse. Su estudio sistemático puede, a juicio de Grosso, significar mucho para la visión del desarrollo histórico del Derecho romano. Sobre todo revela la solución de continuidad que en estos casos representa el Derecho de la jurisprudencia clásica, lo cual debe precavernos frente a conclusiones apresuradas entre los principios antiguos y los asentados en época postclásica.

A través del examen de varios casos, Grosso pretende fijar criterios generales para realizar una investigación sistemática. Este planteamiento sistemático ayudará a la investigación romanística permitiéndole una mayor libertad de movimientos en la individualización de las tendencias de la época postclásica, sin verse constreñida a prescindir de todos los precedentes, y, sobre todo, ayudará a la visión de la complejidad del desarrollo histórico.

Giuseppe Ignazio LUZZATTO, profesor de la Universidad de Módena —la Universidad en que Ferrini aguardó algunos años su traslado a Pavía— ofrece unas *Richerche sull' applicazione delle costituzioni imperiali nelle provincie* (págs. 263-293).

Examinando la organización y el Derecho de las provincias y las fuerzas centrífugas deformadoras del Derecho romano en las diversas partes del Imperio, señala la importancia que en ello corresponde a las constituciones imperiales.

Luzzatto llega a la conclusión de que el examen de las constituciones imperiales confirma que cada provincia constituía una entidad con características autónomas y que para comprender plenamente lo que era el Derecho romano en el Imperio, es necesario determinar cuál era el Derecho aplicado en cada una de ellas. En otros términos: que si desde el punto de vista dogmático es, sobre todo, interesante reconstruir la obra y los conceptos de la jurisprudencia clásica, desde el punto de vista histórico la investigación no puede limitarse al Derecho vigente en Roma y en Italia, sino que tiene igual importancia determinar, en su múltiple variedad, las relaciones jurídicas vigentes en cada una de las provincias del Imperio.

Sólo si se puede reconstruir la posición y aportación de cada provincia desde el punto de vista jurídico, podremos, a juicio de Luzzatto, reconstruir el Derecho romano del Imperio tal como se ha desarrollado en realidad.

El profesor de Historia del Derecho romano de la Universidad de Pavía, Paolo FREZZA, hace un breve estudio *Intorno alla leggenda dei Fabi al Cremera* (págs. 295-306), en el que examina la leyenda de la gens Fabia narrada por Tito Livio y según la cual, el 479 a. C. los Fabios pidieron al Senado que considerase asunto propio de ellos el resolver la tirantez de relaciones existentes entre Roma y Veyes. La gens Fabia armada al mando del cónsul Caeso Fabio fué exterminada hasta el último hombre a orillas del Cremera el año 477.

Deduca de ello Frezza la existencia del *bellum privatum*, en contraposición al *bellum publicum*, lo cual constituye un elocuente argumento en pro del carácter político de la gens, y considera que el recuerdo de las guerras realizadas por grupos familiares se perpetuó en aquella característica institución del Derecho público romano, por la cual los magistrados que realizaban la *deditio* de ciudades o naciones por ellas vencidas en guerra adquirirían sobre las mismas un derecho de patronato a favor de su grupo familiar.

Quienquiera que fuese el jefe de la expedición de la gente Fabia, las fuentes nos lo presentan no como el *pater gentis*, sino más bien como el *princeps gentis*. De ahí, Frezza concluye que la tesis de Bonfante tiene un fallo al considerar que la jefatura gentilicia se configura a la manera de la jefatura familiar. Para Frezza, el vínculo gentilicio que une a las diversas familias integradoras de la gens es más bien un vínculo virtual que sólo se convierte en actual en aquellas circunstancias excepcionales que exigen unidad de mando; entonces se determina el jefe gentilicio que será la persona más indicada para cada caso.

Frezza considera, finalmente la *coniuratio* frente a la *milicia legítima* como modo de reclutar un ejército en circunstancias de grave peligro y que exige un juramento de fidelidad colectivo. Institución en que Frezza, aceptando la tesis poco conocida de Latte, ve el fundamento y explicación «de aquel fósil del Derecho público romano que es la *lex curiata de imperio*». Esto lleva incluso a la posibilidad de considerar una duplicidad de régimen en la antigua constitución romana, según se tratase de tiempo de paz o de guerra, tal como se indica para la gens.

Desde otro punto de vista, siendo llamada la *coniuratio*, *lex sacrata*,

Frezza recuerda que *lex sacrata* viene a equivaler a vínculo establecido por juramento, y así la *lex sacrata* antes de ser una institución peculiar del ordenamiento plebeyo lo fué común a los pueblos itálicos para fundar el poder de sus propios caudillos y, después, en general, de sus magistrados.

El profesor Antonio GUARINO ofrece un breve estudio, *Sull'importanza delle compilazioni giuridiche bizantine per l'indagine storico-critica* (páginas 307-317). En él recuerda que para explicar las divergencias entre el texto de las *Pandectas* y la *summa* del Anónimo, así como los escolios de las *Basílicas* no obstante la prohibición de Justiniano en orden a los comentarios sobre su compilación, se acepta hoy, generalmente, la tesis de Riccobono. Según ella, tanto los escolios como la *summa* proceden de traducciones griegas prejustinianas de los textos clásicos, de modo que la tarea de sus autores consistió en interpolar en estas versiones prejustinianas las modificaciones realizadas por Triboniano en las *Pandectas*.

Guarino acepta que muchas divergencias entre los textos bizantinos y los latinos del Digesto sólo pueden explicarse según la tesis de Riccobono. Sin embargo —precisamente porque la *summa* y los escolios derivan de compilaciones bizantinas prejustinianas—, siempre que existiendo ya la sospecha de alteraciones en un texto de las *Pandectas*, la *summa* o los escolios reflejan el texto justiniano y no el presunto texto clásico, estima Guarino que esto puede ser indicio de que la alteración del fragmento clásico no ha sido realizada por Justiniano, sino por las escuelas o los lectores postclásicos.

Guarino aduce algunos casos concretos para confirmar la tesis de que tanto la *summa* del Anónimo como los escolios de Cirilo y otros tienen, indudablemente, su origen en compilaciones jurídicas prejustinianas.

Sobre *La Parafraasi greca delle Istituzioni attribuita a Teofilo e le glosse a Gaio* (págs. 319-342), aporta unas interesantes consideraciones el profesor Carlo Alberto MASCHI.

Sostiene que la lectura de Gayo, difícil por las innumerables alteraciones señaladas por la crítica, encontraría una ayuda confrontándola con la *Paráfrasis griega de las Instituciones*. El punto de vista no es nuevo desde que Ferrini demostró que la *Paráfrasis* traduce, a veces, literalmente las *Instituciones* de Gayo. La novedad para Maschi consistiría en el propósito de no omitir nunca la investigación del pasaje correspondiente de Teófilo antes de juzgar un texto de Gayo. Del estudio de la *Paráfrasis* pueden resultar pruebas atendibles para la interpretación de Gayo o, por

lo menos, nuevos puntos de vista críticos, ya que se trata de una fuente poco o nada utilizada por quienes afirman o niegan los glosemas.

Maschi ofrece un ensayo confrontando Gayo, 1, 3, con Theoph., 1, 2, 4-5; Gayo, 1, 52, con Theoph., 1, 8, 1, y Gayo, 3, 27, con Theoph., 3, 5, 1.

El profesor Ricardo ORESTANO, de la Universidad de Siena, ofrece *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano e matrimonio cristiano nell'età postclassica* (págs. 343-382), con las que se propone iluminar un punto hasta ahora bastante descuidado: la actitud de la Iglesia frente al matrimonio romano.

Nota Orestano que la Iglesia ha exigido siempre su derecho a regular el matrimonio como institución de derecho divino. Una acción intensa sólo se produce, naturalmente, a partir del edicto de Constantino. Mas teniendo claramente señalada la meta, en la acción para alcanzarla no pudo menos de tener en cuenta su propia posición histórica, la situación política, la tradición jurídica romana y, sobre todo, las condiciones sociales.

La regulación del matrimonio mantenida con gran libertad jurídica en Roma, no hubiera tolerado una regulación totalmente nueva impuesta de golpe. Por eso la Iglesia procuró, primero, la transformación de las condiciones espirituales. Se produce una evolución lenta y compleja, unas veces en oposición y otras en armonía con el Derecho romano, que no llega a completarse ni siquiera con las novelas justinianas.

La crítica más reciente representada por Levy y Albertario estima que en el Derecho clásico el matrimonio se constituye por el *consensus*, exteriorizado mediante el *honor matrimonii* y la convivencia, mientras que en el Derecho postclásico se determina mediante la *affectio maritalis*, elemento total y exclusivamente interno, de modo que basta con el solo *consensus*.

En todo ello se ha querido ver una exaltación del *elemento espiritual* del matrimonio operada por el Cristianismo, tomando aquella expresión como sinónima de lo que jurídicamente se llama *voluntad, intención, affectio, consensus*.

Por el contrario, a juicio de Orestano, precisamente por el contenido ético y religioso del matrimonio en la concepción cristiana, la doctrina y la práctica de la Iglesia han exigido cada vez más rigurosamente que el signo y la gracia sacramental de la unión fuesen vinculados a situaciones de hecho cada vez más objetivamente ciertas. La orientación del Cristianismo mira a la objetivación cada vez más exacta y formal del *consensus*

con una tendencia progresivamente acentuada para asignar función constitutiva a modos taxativamente determinados e impuestos.

Toda la historia del matrimonio postclásico puede considerarse comprendida entre estas dos opuestas tendencias: formas taxativas y mero *consensus*, naturalmente objetivado en cada caso. Las formas de objetivación del consentimiento representan la modificación del espíritu del Derecho clásico. Por la prevalencia de una u otra orientación serán determinadas las oscilaciones que caracterizan en esta materia el Derecho postclásico y el mismo Derecho justinianeo.

Más la directriz fundamental de la evolución está marcada por la primera tendencia, la cual triunfará más allá de la compilación justiniana tanto en Oriente como en Occidente y que está representada por la determinación, cada vez más restrictiva y formal, de los modos de objetivación del *consensus*, en lo cual aparece claro el influjo cristiano.

El profesor Pasquale VOCI, de la Universidad de Mesina —la Universidad en que ocupó su primera cátedra Contardo Ferrini— estudia *La dottrina del contratto nei giuristi romani dell'età classica* (págs. 383-399), recordando que en esta materia hay dos puntos fundamentales discutidos: si el *contractus* ha de limitarse al *ius civile* (tesis muy difundida, con alguna oposición) y si el *contractus* puede establecerse prescindiendo del requisito del consentimiento (tesis menos difundida).

Entiende Voci que para los romanos, como para nosotros, el consentimiento es un requisito esencial y que la categoría del *contractus* durante mucho tiempo exclusiva del *ius civile*, termina, en pleno florecimiento de la jurisprudencia clásica, comprendiendo algunas relaciones sancionadas por el pretor: los contratos innominados.

En apoyo de su tesis aduce Voci la propia terminología de las fuentes, la progresiva afirmación de la idea del acuerdo en el campo del *ius civile*, y, finalmente, la imposición de esta idea como consecuencia de una necesidad social sobre la otra idea, siempre viva en el mundo romano, de la tipicidad de los negocios.

Se pregunta Voci si los romanos conocieron el contrato como categoría jurídica genérica y se inclina por la afirmativa, ya que el pretor aun cuando no aplica una norma general se refiere a un principio que dentro de ciertos límites reconoce la autonomía contractual y detrás del pretor están los juristas que superan las posiciones del *ius civile* con un criterio sabiamente práctico.

Sobre *Le citazioni della giurisprudenza classica nella legislazione imperiale* (págs. 401-475), realiza un amplio estudio Massimo MASSEI, en el que examinando las relaciones entre *leges* y *iura*, considera que se puede afirmar que la legislación imperial se basa en la obra de los jurisconsultos clásicos, pero que, aun aprovechando ampliamente los escritos de los juristas, los emperadores suprimen poco a poco la libre actividad de la jurisprudencia sustituyéndola con la de los funcionarios imperiales encargados de los organismos legislativos, quienes en su mayoría eran escogidos entre los jurisconsultos.

Así absorbiendo y subordinando a su poder la actividad de los juristas, concluye Masei, los emperadores asumen también en este campo una posición predominante y se convierten a través de la evolución indicada en la fuente absoluta y exclusiva del Derecho.

El profesor Emilio BETTI estudia *La retroattività della «condicio» («facti» o «iuris») in diritto giustiniano* (págs. 477-502).

Recuerda el profesor de Milán que la cuestión práctica más importante que se plantea una vez cumplida la condición suspensiva es determinar si las consecuencias han de producirse sólo desde ese momento en adelante o si tienen efecto retroactivo.

Entiende Betti que la solución más lógica es, en abstracto, la primera, que es precisamente la del Derecho clásico; la otra, por el contrario, puede justificarse dado el valor preponderante que en el hecho complejo adquiere el negocio frente al hecho fijado como condición, el cual debe exclusivamente a las partes su eficacia operativa. Y esta es la solución justiniana tal como se deduce de las interpolaciones visibles en muchos fragmentos, algunos de los cuales analiza el profesor Betti.

Para éste la retroactividad se presenta como el remedio usado para superar obstáculos que en Derecho clásico derivan de la lógica de los principios, con la finalidad práctica de conservar la relación jurídica contra la influencia de hechos que comprometen su existencia o amenguan su vigor. Así sucede, por ejemplo, para admitir la transmisibilidad al heredero (sobrevvenida la muerte *pendente condicione*) de la relación derivada de un negocio condicionado *inter vivos*; para admitir la posibilidad de una transmisión a título gratuito entre cónyuges, bajo forma de *donatio mortis causa* retroactiva al tiempo de la tradición; para admitir la eficacia de la prenda convencional aceptada *pendente condicione*; para admitir la resolución automática de la servidumbre pasiva que se haya constituido so-

bre el fundo enajenado *sub condicione* en pendencia de la condición suspensiva; finalmente, para aumentar la resolución automática de la relación constituida con pacto de resolución, configurándose éste como condición resolutoria.

El profesor Ugo BRASIELLO, titular de la cátedra de Derecho romano de la Universidad de Bolonia, trata *Sull'influenza del Cristianesimo in materia di elemento subbiiettivo nei contratti* (págs. 503-570), intentando una aplicación concreta del método que considera apropiado para el estudio del influjo ejercido por el Cristianismo en el Derecho romano; método cuyos principios generales expone en otro trabajo del que damos cuenta más adelante.

En esta materia contractual el pensamiento de los Padres de la Iglesia, confortado por los preceptos conciliares es, afirma Brasiello, por una parte, la obligatoriedad de los acuerdos fundados en el puro consentimiento de cualquier modo expreso con tal de que sea conforme a la verdad, y, por otro lado, la conveniencia de cualquier otro elemento que lo refuerce y de cautelas contra las tergiversaciones del deudor, fundamentalmente el empleo de la escritura que cumple, pues, una función confirmatoria.

En las convenciones bilaterales, estima que la influencia cristiana pudo hacerse sentir genéricamente sobre el Derecho romano en cuanto que el no mantener la promesa constituiría un *mendacium*, pero un nexo directo entre el pensamiento cristiano y el Derecho de Roma que pruebe ese influjo, no lo advierte con claridad Brasiello. Así, pues, las barreras de la tipicidad contractual las cree superadas por el desarrollo íntimo de las instituciones.

En las convenciones unilaterales estima que el pensamiento cristiano ha debido de tener gran parte en la lucha contra las formas puramente exteriores, como lo confirma el análisis del pensamiento patrístico y su confrontación con las fuentes romanas.

Mas al tiempo que se vigoriza el elemento subjetivo en los contratos —hace notar el autor— se extiende el empleo de la escritura. En las convenciones unilaterales el Cristianismo pudo ser el reforzador de algunas normas, incluso consuetudinarias, del Derecho romano y al mismo tiempo vehículo de transmisión de estos principios a otros países convalidando principios derivados de otras fuentes. En la escritura de convenciones bilaterales entiende Brasiello que es necesario contentarse con indicios y presunciones respecto al influjo cristiano.

Sobre *Diritto attico e diritto greco* (págs. 571-593), realiza un interesante estudio el profesor Ugo Enrico PAOLI, titular de Literatura latina en la Universidad de Génova.

En los estudios de Derecho romano considera Paoli de evidente necesidad conocer el Derecho griego que los romanos encontraron vigente en las provincias orientales. La fuente más rica para ello es el Derecho ático, no obstante las insuperables dificultades para su reconstrucción. Las conclusiones que de este estudio pueden obtenerse, estima Paoli, valen mucho más y más directamente que la reconstrucción del Derecho greco-egipcio, que no es más que un compromiso entre dos derechos profundamente diversos: el egipcio y el griego común. Al contrario, en las tierras de originaria e ininterrumpida civilización griega, el Derecho griego común se ofrece en su *facies* genuina sin otra deformación que la producida por el contacto externo con otros pueblos, por las vicisitudes políticas, y por el transcurso del tiempo, factores todos ellos cuya eficacia en el Derecho privado y especialmente en el de familia, del cual Paoli ofrece algunos ejemplos, aparece extremadamente limitada y modesta.

Sobre la contraposición *Ius civile-ius honorarium* (págs. 595-657), aporta un extenso trabajo el profesor Mario LAURIA, titular de Derecho romano en la Universidad de Bari.

Para Lauria la contraposición *Ius civile-ius honorarium* nace de la diversa esfera de aplicación respectiva —personal para aquél; patrimonial para éste—, pero sin que ello implique mayor validez o fuerza de los *mores* respecto de las demás normas. La contraposición no tiene, pues, valor cuantitativo; ambos términos tienen igual eficacia, aunque el *Ius civile*, por su antigüedad, esté circundado de un religioso respeto, Lauria la cree debida a la imposibilidad de transformar y adaptar algunas instituciones y principios civiles, que reflejan la concepción personal del Derecho, a las nuevas exigencias patrimoniales que era necesario disciplinar.

Gian Gualberto ARCHI, que ha cuidado la edición de estos escritos en honor de Ferrini, presenta un amplio estudio sobre *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano* (páginas 659-727).

En este largo período de más de dos siglos hace notar Archi que la legislación persigue, en materia contractual, un objetivo sobre el que se retorna constantemente: el hallazgo de los medios que sirvan para determinar la existencia cierta de la relación jurídica. Por todos los caminos.

recurriendo a construcciones a veces casi absurdas y no sólo romanas, dice Archi, la legislación postclásica va con voluntad despótica al hallazgo de esta certeza.

Frente a la época precedente, los emperadores postclásicos desarrollan su obra innovadora sobre la estructura externa de los contratos. Las Constituciones están dominadas por un único principio: la necesidad de llegar por cualquier medio a la comprobación de la verdad. El emperador se refiere a la *aequitas*, a la *iustitia*; pero son la *aequitas* y la *iustitia* del nuevo ambiente social, que sienten como primera exigencia de la vida común la seguridad y la certeza de las relaciones jurídicas. Dada la nueva constitución política, es lógico y natural, concluye Archi, que sea el emperador quien afirme el principio.

Finalmente, el antiguo profesor de la Universidad de Turín Gino SEGRÉ, discípulo de Ferrini, estudia las *Interferenze, ravvicinamenti e nessi fra diritto civile e pretorio* (págs. 729-736).

Entiende Segré que el Derecho pretorio no tuvo mayor vitalidad que el Derecho civil, ni siquiera después de la redacción del Edicto, sino que permaneció junto al *ius civile* hasta que las constituciones de los príncipes fueron las únicas normas del nuevo Derecho. En el Derecho bizantino, la fusión se intensifica a expensas del Derecho pretorio; en el Derecho clásico y postclásico se plantea el complejo problema de las interferencias, aproximaciones y nexos entre ambos Derechos.

Tan exagerada es, a juicio de Segré, la tesis de la fusión del Derecho civil con el pretorio como la de considerarlos dos compartimientos estancos. En verdad, ambos Derechos se yuxtaponen como dos fuerzas recíprocamente operantes, aunque el Derecho pretorio se coloca en una función complementaria de coordinación, subordinación y antítesis, con la particularidad de ser una regulación fruto de la actividad jurisdiccional del magistrado en vez de un inmediato Derecho sustancial, de manera que su misma terminología está dominada por esta característica.

Las interferencias y nexos se manifiestan en todos los campos, y Segré nos ofrece algunos ejemplos referidos a la tutela, a las adquisiciones, a los derechos reales, *usucapio*, *iudicia* y *actiones*.

Completa esta magnífica colección de trabajos de Derecho romano un cuidadoso y extenso índice de todas las fuentes en ellos citadas, redactado por el profesor Gian Gualberto Archi, que, como hemos indicado repetidamente, ha tenido a su cargo el cuidado de la edición.

ESCRITOS PUBLICADOS POR LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE MILÁN

La Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán, promotora de la causa de beatificación de Contardo Ferrini, al que considera como uno de sus más fervorosos precursores, ha querido honrar la memoria del gran romanista publicando cuatro volúmenes en los que se recojan trabajos de los más destacados cultivadores del Derecho romano, sin distinción de naciones, creencias u orientación científica.

Hasta hoy sólo se han editado dos volúmenes, en los que se reúnen los trabajos de autores italianos; los otros dos, correspondientes a los colaboradores extranjeros, están próximos a publicarse.

Tales son los *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*. Pubblicazioni dell'Università Cattolica del S. Cuore. «Nuova serie», vols. XVII y XVIII. Milano, Società Editrice «Vita e Pensiero», 1947; vol. I, XVI, 496 págs. y vol. II, 383 págs.

Fr. Agostino GEMELLI, O. F. M., Rector de la Universidad Católica milanesa, ha escrito la presentación (págs. V-XIII) de este homenaje. En ella alaba la costumbre de honrar con trabajos científicos a los maestros que han hecho célebre su cátedra. «Mas ésta es —dice— la vez primera que tal método, tan útil para el saber y tan noblemente elevado para aquel a quien se honra, se ha utilizado en ocasión del acto augusto con que la Iglesia Católica proclama Beato a uno de sus hijos, heroico por las virtudes cristianas y, al mismo tiempo, eminente por su aportación a la ciencia.»

Recuerda el P. Gemelli la trascendencia de la producción científica de Ferrini, y añade: «La Universidad Católica del Sagrado Corazón tiene un motivo propio para honrar a Ferrini. En efecto, no se ha de olvidar que a Ferrini debe considerarse, junto con otros muchos, como uno de los que prepararon hace tiempo la fundación de nuestra Universidad. Ella fué invocada y preparada por Contardo Ferrini en años en los que parecía locura el sueño de realizarla. Debemos estar agradecidos al gran estudioso, que había declarado y prometido estar dispuesto a dedicar todas sus energías al deseado Ateneo cuando surgiese.»

Porque «ningún universitario mejor que Ferrini puede con su vida hablar un lenguaje elocuente a los universitarios», la Universidad milanesa ha llevado a su capilla los restos del santo romanista. «Peregrinos del espíritu, hombres de estudio y jóvenes que se asoman a la vida vendrán a rogar a Dios ante el altar en que se conservan los despojos mortales de Ferrini.

y por el recuerdo de su vida se sentirán estimulados a grandes cosas. Tenemos necesidad en nuestra vida, tejida de sacrificios y de dolor, que ejemplos humanos nos exhorten a recorrer el camino de la virtud, de la bondad, del deber, puesto que los universitarios estamos llamados en la vida a ser guía y ejemplo de los hombres.»

«Una Universidad —dice, finalmente, el P. Gemelli— surgida en nombre de un ideal que Ferrini cultivó, en el cual se inspira, en las vicisitudes de su vida, en la audacia y tenacidad de sus mismas investigaciones jurídicas, no podía por menos de hacerse tutora y promotora de la causa de beatificación del gran romanista»; y alcanzada esa meta, «nuestra Universidad, recogiendo en estos volúmenes el testimonio del homenaje que le rinden los doctos de todos los países, presenta la figura de Ferrini a la juventud estudiosa para que de su vida saque fúlgido ejemplo y estímulo».

Los trabajos científicos del primer volumen se inician con un estudio del profesor Gian Gualberto ARCHI sobre «*Civileter vel criminaliter agere*» in tema di falso documentale (págs. 1-55).

Algunas constituciones postclásicas importantes hablan de *civiliter* y *criminaliter agere* en materia de falsedad de documentos, cuestión no estudiada. El problema, según Archi, se plantea así: cuando en un proceso surja incidentalmente duda sobre la eficacia probatoria de un documento, quien pretenda impugnarlo tiene las dos vías autónomas, criminal y civil, independientemente del proceso principal.

Desde el punto de vista romanístico, la singularidad del fenómeno radica en que un determinado caso da lugar a la posibilidad de un *agere* civil, y otro, criminal, sin que por esto se configure simultáneamente como *crimen* y *delictum*, o, más exactamente, sin incidir, al mismo tiempo, en una de las hipótesis contempladas en abstracto por el ordenamiento privado, tanto civil como pretorio. Novedad que entraña una desnaturalización de fundamentales principios básicos, especialmente después de la Constitución de 378, que no sólo mantiene el principio de elección fijado en 376, sino que introduce el de acumulación en caso de que se haya escogido previamente *civiliter agere*.

Se trata, pues, de dos medios que, aun teniendo procedimiento y estructura diversa, tienden al mismo fin.

Señala Archi una interesante evolución en esta materia. En el período clásico, con la demostración de la falsedad de un documento, se busca el castigo del *dolus* del falsario; en postclásico, lo que se busca es negar valor probatorio al documento. La novedad dogmática más interesante de

este período estriba en que, frente a la prueba escrita, sólo cabe o bien impugnarla *civiliter* o *criminaliter*, o bien aprobarla, sin que haya lugar a los *refelli* del Derecho clásico en armonía con la libre valoración de la prueba.

Se establece el principio de que *prolator* debe *imponere fidem* al documento, y la legislación se dirige a fijar los medios de satisfacerlo. Justiniano no innova; trata de fijar claramente cómo debe el *prolator imponere fidem* al *instrumentum*, y cómo se debe considerar lograda dicha *fides*. Esclarecer este punto era esencial para el emperador; pero así como no había querido imponer una norma general para fijar cuándo un contrato había de redactarse, tampoco ordenó que, cuando las partes eligiesen la forma escrita, recurriesen a un tipo de *instrumentum* determinado. Las partes quedaban en libertad, y queriendo respetar esta libertad y los principios probatorios indicados, crece el problema de la fe de la declaración escrita.

Gianluigi BARNI, de la Universidad de Milán, ofrece unas *Note di storia della Giurisprudenza. La biblioteca di Andrea Alciato attraverso il suo epistolario* (págs. 56-76).

De ellas resulta que Alciato, «inquieto en su espíritu por una cierta insatisfacción, siempre a la busca de nuevos estudios y de investigaciones nuevas, no era sólo el hombre de leyes que, sepultado en el *Corpus iuris* y su glosa, nada viese fuera de ello».

En su epistolario figuran muchas cartas, la mayor parte de ellas dirigidas a Bonifacio Amerbach, editor de Basilea, que había sido discípulo suyo y era amigo de Erasmo; muchas dirigidas a Francisco Calvo, otro conocido personaje que se ocupaba de ediciones de libros. A través de ambos, Alciato buscaba, adquiría libros, proponía ediciones, daba noticias o las recibía sobre aquello que otros editores difundían a través de la imprenta.

Su *forma mentis*, su método de trabajo, algunas de sus producciones, hacen dudar si era sólo y enteramente un jurista, o, más bien, un humanista e historiador. Para Barni, no es que en Alciato se uniesen dos figuras, la del humanista y la del jurisconsulto, sino que era humanista para poder desarrollar mejor su actividad y sus cualidades de jurisconsulto. Por esto su biblioteca, hoy dispersa, no se limitaba a una sola materia, y por ello su competencia era tal que su consejo era solicitado por los editores, especialmente para la busca de textos originales, y es admisible que, por medio de su correspondencia con Amerbach, el movimiento bibliográfico, en especial en Basilea, sintiese el influjo de su pensamiento.

El doctor Pietro BERETTA escribe *Sulle formule da stipulazione fideiusoria e novativa* (págs. 77-101), y advierte «una estridente contradicción» entre la primera y segunda parte del fragmento D. 45, 1, 75, 6. En aquella se considera el caso de la estipulación novatoria y se aducen dos tipos de fórmulas, concluyendo que siempre se trata de estipulación de un *incertum*, aunque el objeto de la obligación precedente sea un *certum*.

Totalmente opuesto es el criterio respecto a la estipulación fideiusoria que figura en la segunda parte del fragmento. Tal estipulación será de un *certum*, si tal era el objeto de la obligación principal, con la consecuencia sobreentendida de que se considerará incierta cuando la obligación garantida verse sobre un *incertum*.

Beretta no ve motivo para esa diversidad de regulación, y no pudiendo atribuir la contradicción al Derecho clásico, trata de determinar cuál de las dos soluciones corresponde al genuino pensamiento romano.

De su estudio concluye Beretta que el texto originario diría, en su primera parte, todo lo contrario, toda vez que lo fundamental de la novación clásica es el *idem debitum*. La interpolación la atribuye a la concepción más restringida y formal que del *certum* tenían los bizantinos. Para los clásicos, el *certum* se da tanto en el caso de *certa summa* como de *certain res*, mientras que los bizantinos tienden a considerar *certum* sólo una determinada suma de dinero, por lo que reservan la expresión *condictio certi* para la *condictio* de *certa summa*, y de *condictio triticaria* para la *condictio certae rei*.

Tienen, asimismo, los bizantinos la tendencia a restringir, desde el aspecto formal, el concepto del *certum*, en el sentido de que mientras los clásicos consideran equivalente, respecto al *certum*, la indicación, aun indirecta y por modo demostrativo, los bizantinos propenden a ver el *certum* allí sólo donde la *species vel quantitas quae in obligatione vertatur* aparece inmediatamente por las palabras usadas *ex ipsa pronuntiatione*. El autor habla de tendencia bizantina, ya que en numerosos fragmentos se deja intacta la solución clásica.

Sobre *Il concetto di donazione* (págs. 102-168), el profesor Biondo BIONDI, de la Universidad Católica de Milán, presenta un extenso trabajo.

Nota Biondi que, después de tantas sagaces investigaciones de romanistas y civilistas, el problema de la donación no está resuelto, sino que se reproduce con toda su práctica gravedad cuando, como recientemente en Italia, se procede a revisar el Código civil.

Estima el autor que el concepto de donación se ha considerado universal y que presenta una solución única, cuando en verdad se trata de un problema histórico positivo y no de dogmática abstracta. La donación, como la familia o el matrimonio, es universal; pero se presenta con características especiales dentro de cada legislación, y es un problema de Derecho positivo determinar los elementos por los que se distingue de los demás actos de liberalidad.

Durante toda la época clásica y hasta Constantino, la donación parece no como un negocio típico, sino como causa de un número variado y heterogéneo de actos jurídicos. La *donatio* comienza a delinearse como instituto autónomo con la *lex Cincia*, que con sus prohibiciones obligó a individualizar la *causa donationis* para distinguirla de cualquier otra. Para que exista entonces donación se necesita, a juicio de Biondi: a), realización de un acto abstracto, jurídicamente válido, atributivo de derechos o situaciones jurídicas, en la órbita patrimonial; b), acto realizado *donationis causa*, esto es, sin contraprestación; c), *animus donandi*, es decir, voluntad de realizar una liberalidad.

Después, la prohibición de las donaciones entre cónyuges señala otra modalidad que no coincide exactamente con la marcada por la *lex Cincia*. Son dos puntos de vista distintos, y no es extraño que la *causa donationis* se conciba diversamente, y que, por lo tanto, algunos actos se consideren donaciones, a los fines de la *lex Cincia*, mientras se permiten entre cónyuges, y viceversa. En realidad no se trata de diverso concepto de donación, sino de diverso punto de vista para considerar la liberalidad.

La característica de la donación, frente a otras liberalidades, es, a juicio de Biondi, su revocabilidad dentro de determinados límites.

Una nueva orientación en el concepto de *donatio* introduce una ley de Constantino, conservada en Frag. Vatic., 249, que deroga explícitamente la *lex Cincia*, y establece la tipicidad de la donación sujetándola a una forma única. La unidad de la institución no estriba ya, como en el Derecho clásico, en la causa, sino en la forma, y en función de ésta se entienden los principios fundamentales que sobreviven en la compilación justiniana. De ahí surgen algunos problemas que aún permanecen vivos.

Para Biondi, desde Constantino hasta hoy, la donación es una categoría delimitada entre los actos de liberalidad, y su esfera está señalada por el Derecho positivo. Teorizar sobre ello, tratar de distinguir intrínsecamente entre donación y acto de liberalidad, es tarea vana.

Sobre *Non uso e prescrizione* (págs. 169-191) escribe Giuseppe BRANCA, de la Universidad de Bolonia, señalando que todavía se discute en el De-

recho moderno si el no uso es algo distinto de la prescripción, como defienden los menos, o se identifica con ella, como afirman los más con la jurisprudencia italiana.

Entiende Branca que no hay tal identificación, y con referencia concreta al Código italiano, estima que las normas relativas a la prescripción se aplicarán también a los *iura in re*; pero únicamente cuando no contradigan los principios en virtud de los cuales el no ejercicio de esos derechos (no uso) difiere del no ejercicio de los demás derechos.

Siendo la prescripción un instituto que perdura con sus características romanas, y habiendo sostenido la doctrina dominante que ya en el *Corpus iuris* se da la identificación de prescripción y no uso, estima Branca necesario examinar los antecedentes romanos en defensa de su tesis.

Analizando las fuentes, concluye que en Derecho justiniano las dos instituciones eran inconfundibles. La *praescriptio triginta annorum*, refiriéndose, sobre todo, a relaciones personales, extinguía la acción; el no uso, por el contrario, miraba al derecho. La asimilación se realiza mucho después de Justiniano, en una larga evolución que no impide distinguir las dos instituciones, y que sólo prueba que también el no uso es prescripción, a diferencia de lo que ocurría en el *Corpus iuris*.

Así, pues, estima Branca que en el Código civil la diferencia esencial (en materia de interrupción) permanece como en el sistema justiniano, precisamente porque en éste derivaba de la neta contraposición entre *iura in re* y derechos no reales. La evolución posterior, si ha echado un puente desde la prescripción al no uso, ha realizado, sin embargo, obra inútil cuando ha querido borrar arbitrariamente las exigencias impuestas por las relaciones reales en el ambiente en que han nacido. Por ello, tampoco en esta materia se puede olvidar la enseñanza del Derecho romano.

El profesor Pietro DE FRANCISCI ofrece un estudio sobre *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano* (págs. 192-232).

El insigne historiador del Derecho romano señala, como circunstancia común a todo ordenamiento jurídico, el que la unidad y organicidad del sistema no es connatural al ordenamiento mismo, sino una aspiración, una construcción a que tiende la ciencia del Derecho por motivos doctrinales y prácticos. Esta falta de organicidad se debe a la coexistencia de normas y principios pertenecientes a diversos momentos históricos, y a la pluralidad de fuentes simultáneas, que dificultan extraordinariamente la coordinación de normas y principios.

Sobre todo, la última dificultad se manifiesta vivamente en el Dere-

cho moderno, y de ahí todas las actuales discusiones sobre la jerarquía de las fuentes y la sistematización de los principios de ellas derivadas.

El problema, recuerda De Francisci, no es nuevo. Las mismas dificultades tuvieron los juristas clásicos, y por eso el estudio del nacimiento, formación y desarrollo de los diversos elementos que componen el Derecho romano no es pura curiosidad erudita. Si esta investigación no se ha realizado debidamente es porque, a juicio de De Francisci, no se ha visto que este problema no puede plantearse si no se pone de manifiesto las relaciones existentes entre la historia de la organización política romana y la historia de las fuentes del Derecho.

De Francisci examina la correspondencia entre la dualidad *ius civile ius honorarium*, en sus diversas fuentes, y la constitución política de Roma, pretendiendo mostrar que el desarrollo de la constitución y el de los modos de formación del Derecho son dos aspectos inseparables de un proceso único.

«Este escrito —dedicado a la memoria de un insigne romanista que siempre se esforzó por demostrar la importancia que el estudio del Derecho romano tiene para la comprensión del Derecho vigente— sólo quiere ser, termina diciendo De Francisci, una referencia a una serie de cuestiones que a los profanos les puede parecer alejadas de las preocupaciones e intereses de la vida presente, pero que, por el contrario, tienen un valor siempre actual.»

El antiguo profesor de la Universidad de Roma, Salvatore DI MARZO, realiza un breve estudio *Sul mandato «post mortem»* (págs. 233-238), sosteniendo que los jurisconsultos clásicos no conocieron una doctrina unitaria del mandato *post mortem*. Consideraron inútil el mandato *post mortem mandatarii*, por la razón de que *ab heredis persona obligatio incipere non potest*; pero en el mandato *post mortem mandatoris* se limitaron a negar que la voluntad del mandante obligase al heredero, y que éste pudiese obrar como sucesor en la voluntad del mandante, aplicando en ambos casos la regla *morte solvitur mandatum*. Sólo el Derecho justiniano fundió los dos casos, y para que siempre fuese realizada la voluntad de los contratantes estableció que el heredero del mandatario debiese cumplir el encargo dado a éste de hacer algo después de su muerte (C. 4, 11, 1); que el heredero de quien había dado un encargo, cuya ejecución se diferiese hasta después de su muerte, pudiera dirigirse contra el mandatario, y que el mandatario pudiera dirigirse contra el heredero del mandante.

Estima Di Marzo que esta solución la justificaba, más que el respeto a

la voluntad de los contratantes, la nueva concepción de la unidad entre heredero y causante. Quedaba un solo límite: cuando se transmitiese al heredero, por muerte del mandante, el derecho que la ejecución del mandato había de extinguir. En este caso continuó en vigor la norma *morte solvitur mandatum*.

Del profesor Giannino FERRARI DELLE SPADE, de la Universidad de Padua, se publica el trabajo póstumo *Giurisdizione speciale ebraica nell'Impero romano cristiano* (págs. 239-261).

La Constitución Theod. 2, 1, 10 (3 febrero 398), recogida por Justiniano con una importante modificación (C. 1, 9, 8), establece que los judíos *romano iure communi viventes* han de comparecer ante los Tribunales romanos ordinarios para sustanciar las *causae quae ad forum et leges ac iura pertinent*, las cuales serán resueltas como las de todos los demás ciudadanos.

Por el contrario, la autoridad romana se desentiende de las *causae quae ad superstitionem eorum pertinent* y las deja a la decisión de los correspondientes organismos judíos según el Derecho y las costumbres mosaicas.

Justiniano modificará fundamentalmente este criterio encomendando ambos tipos de causas a los tribunales romanos.

Mas la constitución aludida no sólo reconoce la competencia de los tribunales judíos en las causas concernientes *ad superstitionem eorum*, sino que permite a los judíos resolver sus causas civiles por el arbitraje de los patriarcas hebreos. No obstante esta clara delimitación, los judíos procuraron siempre rehuir la competencia de los tribunales romanos, ya fuera por el deseo de llevar a los cristianos ante los tribunales hebreos, o porque pretendieran ser juzgados por sus propios jueces, según el Derecho mosaico.

Por otra parte, la constitución referida concedió fuerza ejecutiva a las sentencias de los patriarcas judíos, de manera que el arbitraje de éstos se diferencia del arbitraje privado por gozar de fuerza ejecutiva a través de los organismos estatales. Esta jurisdicción recuerda la *episcopalis audientia*, si bien de las sentencias episcopales *non licet provocare*, por estar equiparadas a las sentencias del Prefecto del Pretorio, mientras que de las sentencias patriarcales la ley no dice nada; diferencia, sin embargo, que, como nota Ferrari, carece de importancia práctica.

Así, pues, bajo los emperadores cristianos los judíos gozaron de foro especial e incluso sus festividades religiosas influyeron en el Derecho procesal.

Sobre *Assegnazioni agrarie e censimenti romani* (págs. 262-274) escribe el profesor Plinio FRACCARO, de la Universidad de Pavía.

Señalando la importancia que tienen las cifras de los censos romanos, es decir, el número de *civium capita*, nota que el censo del 125-4 a. C., el *LX lustrum* indica la existencia de 394.736 *capita*, en tanto que el censo realizado el 131-0 muestra 75.013 *capita* menos, diferencia muy notable en tan corto espacio de tiempo.

Frente a la opinión de Mommsen que lo atribuye al resultado de la aplicación de la *lex Sempronia agraria* del 133, y de Beloch que, en definitiva lo atribuye también a la aplicación de las leyes agrarias, Fraccaro, después de rechazar otras tentativas de explicación que se apartan de este criterio, sostiene que las cifras están equivocadas.

Cree que, con toda probabilidad, la cifra del censo del 125-4 debe corregirse desde CCCXCIIIIDCCXXXVI a CCXCIIIIDCCXXXVI. En efecto, las cifras censorias desde el censo realizado el 164-3 tienden a disminuir y la disminución desde 318.823 *capita civium* en 131-0 hasta 294.736, según la cifra corregida, en 125-4, es el índice de la tendencia general a la disminución agravada por las medidas que reflejan la reacción de la aristocracia contra la campaña de los demócratas en favor de la extensión de la ciudadanía.

La cifra enmendada, a juicio de Fraccaro, concuerda con lo que sabemos de la historia de aquellos años, mientras que la cifra tradicional se muestra rebelde a todo intento de explicación.

El profesor Paolo FREZZA ofrece un estudio sobre *La costituzione cittadina di Roma ed il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti* (páginas 275-298) en estrecha conexión con su trabajo ya reseñado en los *Scritti* de la Universidad de Pavía.

Según Frezza, una visión de conjunto de las instituciones preciudadanas, conforme al análisis que realiza en su estudio, se apoya en estos fundamentos: a) Existencia, anterior a la *civitas*, de grupos humanos con funciones políticas de alcance mayor (*Latinum nomen*) o menor (*gentes*) que la *civitas*. b) Cohesión sólo virtual de tales grupos, cuando se mantienen las condiciones normales de vida, y que sólo pasa a ser efectiva cuando lo requieren situaciones especiales de ataque o de defensa.

Las instituciones que han asegurado esta esfera de intereses cantonales comunes son una asamblea y una reunión de armados.

El ordenamiento ciudadano, como complejo de instituciones típicamente unitarias, en que no se conservan vestigios de una reunión de tipo fe-

deral de una pluralidad de *gentes* puede afirmar su especial característica unitaria tanto más cuanto menos se comprueba en el régimen gentilicio la posibilidad de someter estable y unitariamente una *gens* bajo un jefe y configurar, por lo tanto, la asamblea ciudadana de los mayores como la reunión de los jefes de las *gentes*.

El profesor Antonio GUARINO, de la Universidad de Catania, analiza el *Nihil facere potest* (págs. 299-304) después de señalar que en la teoría de la *taxatio in id quod facere potest* un punto todavía discutido es el de la hipótesis en que el deudor *nihil facere potest*.

Guarino llega a la conclusión de que si el deudor *nihil facere potest* en el sistema del Derecho clásico es condenado a pagar *nihil*, esto es, resulta condenado a pagar las costas procesales y queda sometido a las consecuencias de la infamia en los juicios de fiducia, sociedad, tutela, depósito y mandato.

El principio de la absolución del deudor que *nihil facere potest* es resultado de una grave confusión —que no podía darse en la jurisprudencia clásica— entre los conceptos de *exceptio* y de *taxatio*. En el Derecho clásico la *taxatio* tenía un efecto minorador de la condena y la *exceptio* un efecto extintivo. Los juristas postclásicos confundieron ambas instituciones y admitieron que en casos concretos la *taxatio* tuviese efecto extintivo y la *exceptio* eficacia aminoradora de la condena.

El antiguo profesor de Historia del Derecho italiano de la Universidad de Roma Pier Silverio LEICHT, estudia *Il matrimonio del servo* (págs. 305-316).

Recuerda Leicht que la condición del siervo fué mejorando desde la edad de Augusto y mucho más por el influjo cristiano. Respecto al matrimonio de los siervos hubo en la sociedad pagana un cierto mejoramiento práctico sin trascendencia jurídica notable. Ulpiano llama alguna vez *uxores* a las esclavas casadas; llega a decir *si serva servo quasi dotem dederit*; y, finalmente, niega que en caso de legarse un fundo con sus esclavos se les separe de sus *uxores* e *infantes*, pues *neque enim duram separationem iniunxisse (testador) credendum est*.

Estos principios son acogidos en la compilación justiniana y Justiniano, como observó Ferrini, amplió el principio clásico de que las *cognationes serviles* ejercieran cierta eficacia en caso de manumisión. Sin embargo, la legislación justiniana siguió considerando el matrimonio de siervos como *contubernium* sin admitir la querrela por adulterio.

El criterio de la Iglesia era muy diferente, pues el matrimonio de esclavos lo consideraba perfecto ante la sociedad cristiana, aunque exigía el consentimiento de los *domini*.

En los reinos germánicos constituidos en el Imperio occidental, tanto los visigodos como los borgoñones negaban el carácter de matrimonio a la unión servil y mantenían las normas imperiales no obstante las declaraciones de los concilios.

La ley Sállica es muy severa contra las uniones de esclavos. Para los francos de la tarda edad carolingia esta unión era disoluble a voluntad de los *domini*. La mayor dulzura la encontramos en el reino longobardo, especialmente en la legislación de Liutprando, donde el matrimonio servil se considera como verdadero matrimonio, de tal modo que si los dueños de los esclavos no consintieran la celebración, el de la esclava quedaba obligado a cederla al dueño del esclavo para que los cónyuges viviesen juntos, todo ello merced al influjo de la Iglesia.

En el Derecho bizantino hasta comienzos del siglo X no vemos una ley laica que hable de los matrimonios esclavos como de los libres, mientras que las leyes de Liutprando son de mediados del siglo VIII.

Un cierto retroceso se experimentó al caer el reino longobardo en poder de los carolingios al estimar necesario el previo consentimiento de los dueños con la práctica consecuencia de influir sobre el reparto de la prole. El influjo de esta exigencia pasa al Decreto de Graciano. Sin embargo, existía una corriente de opinión contraria que terminó triunfando y, al fin, el Papa Adriano IV dispuso que aun faltando el consentimiento de los dueños había que considerar perfecto e indisoluble el matrimonio de esclavos, disposición que resolvió definitivamente el problema.

El profesor Carlo Alberto MASCHI, de la Universidad de Trento, escribe sobre *Volontà tipica e volontà individuale nei negozi «mortis causa»* (páginas 317-353), tratando de revisar los puntos de vista mantenidos en sus *Studi sull'interpretazione dei legati* después de la crítica que le hace Koschaker en su estudio sobre *L'alienazione della cosa legata*.

La tesis de Maschi estriba en negar que los clásicos utilizasen sólo la interpretación típica en las declaraciones de última voluntad y que el Derecho postclásico y justiniano representen en este punto algo radicalmente distinto respecto al clásico.

Proclamando la importancia y extraordinario valor de la distinción entre voluntad típica y voluntad individual, Maschi niega que represente una

etapa grandiosa en el desarrollo del Derecho romano, como ahora se afirma, ya que su alcance es más limitado en cuanto que algunas alteraciones justinianeas y, a veces, prejustinianeas, no hacen más que dar carácter técnico y general a los principios que en caso por caso, según las necesidades prácticas, formularon los clásicos. La distinción es más bien útil para conocer el pensamiento de los clásicos, los cuales usaron tanto la interpretación típica como la individual.

Del estudio que, concretándose a los legados, realiza Maschi, concluye que la dogmática del período clásico emplea ambos modos de interpretación: la típica como un medio pacífico; la individual surge en la interpretación de los negocios *inter vivos* contruidos y regulados según el criterio de la autonomía de la voluntad privada, pero sin excluir el campo de los negocios formales; se usa ampliamente en los negocios *mortis causa* en los casos de disposición ambigua, o cuando el disponente emplea una terminología personal, o cuando la disposición no encuentra una interpretación adecuada a las necesidades sociales y económicas del caso concreto en la interpretación típica. En tales casos actúa la interpretación individual de la voluntad frente a declaraciones expresas. A ello hay que añadir el caso de la denominada manifestación tácita representada por la enajenación de la cosa legada que, en sí, no indica voluntad de revocar el legado.

El profesor Enzo NARDI, de la Universidad de Parma, se plantea el problema de los *Testi in origine relativi alla ritenzione* (págs. 354-392).

El autor advierte que uno de los problemas más delicados en la identificación y restablecimiento de los textos relativos a la retención en Derecho romano, es determinar si entre los fragmentos del *Corpus iuris* que figuran como ajenos a ella figura alguno que se refiriese a la misma en el Derecho clásico.

Entiende Nardi que la retención en sentido técnico se caracteriza por la posibilidad de subordinar la devolución o entrega de una cosa, no obtenida en garantía, a la efectiva satisfacción, por la parte contraria, de una exigencia crediticia relacionada con la cosa. De acuerdo con este concepto busca la identificación de los textos no con un criterio terminológico, sino substancial.

De todos los fragmentos que los autores conjeturan que pueden referirse a la *retentio* en Derecho clásico, Nardi considera que son mayoría los que han de rechazarse como relativos a la misma y que, por lo tanto, la respuesta en general hay que resolverla negativamente, lo cual, para el

autor, prueba una vez más la común tendencia a extender el campo de la retención más allá de sus justos y naturales límites.

Del *Tempus lugendi* (págs. 393-409) se ocupa Piero RASI, de la Universidad de Pavía, el cual estima que en los albores de la *civitas* no tiene sentido hablar de *tempus lugendi* como impedimento de las nupcias; sólo se puede considerar como un *status* en que incidían los *cives* afectados de luto y del cual derivaban determinadas restricciones como la de celebrar el matrimonio por su incompatibilidad con el luto mismo.

Así, pues, en este período el *tempus lugendi* está regulado por los *mores* y el legislador sólo intervino para limitar la duración y, quizás, el alcance y efectos del luto que llegaba a paralizar la vida ciudadana; límite que normalmente no descendió del período en que existe peligro de la *turbatio sanguinis*.

En el período clásico se producen notables modificaciones por el cambio de las condiciones morales y por las innovaciones de Augusto. El legislador sólo se preocupa de limitar el período de luto, excepto en el caso de las segundas nupcias de la viuda. Se castigaba a quien superase el límite máximo del luto fijado en diez meses, pero la autoridad no se preocupaba de quienes no observasen el *tempus lugendi*, excluido el caso de las segundas nupcias de la viuda. Las sanciones por la inobservancia del luto correspondían a los *mores*.

Respecto a la sanción de la viuda, Rasi admite que sean genuinos algunos fragmentos del Edicto que establecen la nota de infamia. Ello supondría que se había abierto un nuevo criterio respecto a la violación del *tempus lugendi*: la *turbatio sanguinis*, que al principio sólo se había tenido en cuenta para fijar el límite máximo del luto. Este principio, al menos en el período postclásico, se impone fuera del *tempus lugendi* y el plazo de diez meses no ha de observarlo la viuda si en ellos hubiese dado a luz.

En el período cristiano se afirma definitivamente el principio de la *turbatio sanguinis*; el *tempus lugendi* sólo tiene importancia jurídica y moral con relación a las segundas nupcias y no en los demás casos.

El Cristianismo ha dificultado las segundas nupcias por sí mismas, independientemente del año de luto aun reconociendo el derecho de la viuda a contraer nuevo matrimonio.

Es cierto, concluye Rasi, que Urbano III e Inocencio III negaban que se pudiese aplicar la infamia a la viuda que se casase antes del año, pero era porque tal penalidad recordaba demasiado la mentalidad pagana. No dicen, sin embargo, que no se apliquen las penas, bien graves, de carácter económico impuestas por los emperadores cristianos.

Del profesor Arrigo SOLMI se publica un trabajo póstumo sobre *La «declaratio Senatus» dell'anno 872 e il Senato romano nell'alto Medio Evo*, (páginas 410-417).

En él examina el desaparecido historiador del Derecho italiano la declaración del Senado de Roma contra Adelchi, príncipe de Benevento, la cual posee una importancia para la historia del Senado y del Derecho penal romanos en que no han reparado los historiadores.

Adelchi, príncipe de Benevento, alzándose contra el emperador Ludovico II, le había hecho prisionero, pero hubo de libertarle ante el común peligro de los sarracenos, no sin antes exigir juramento al emperador de que no vengaría la ofensa sufrida ni dirigiría sus armas contra Benevento.

En la constitución romana al Senado correspondían, después que al emperador, los negocios políticos más importantes, pero las cuestiones penales eran de su exclusiva competencia. Si los poderes soberanos del príncipe de Benevento impedían someterlo a un proceso ordinario, el delito, sin embargo, exigía una justa pena y el Senado, a título de penalidad, declaró que privaba al príncipe de su autoridad y lo consideraba enemigo del Imperio y que para ejecución de esta condena declaraba contra él la guerra a exterminio.

El Senado, según su tradición severamente respetada, aplicaba el Derecho romano considerando aquel delito como *crimen lesae maiestatis*. Si el reo se halla investido de autoridad pierde *ipso facto* su condición y se convierte en *tyrannus* considerándole *hostis Reipublicae* y puede ser impunemente perseguido y muerto.

Algunos conspicuos ciudadanos de Roma, nos recuerda Solmi, sugirieron a Ludovico II que renovase los poderes de los antiguos emperadores romanos y, según el anónimo autor del *Libellus* sobre la autoridad imperial de Roma, Ludovico hubiera seguido esta vía si no hubiera sido por su reverencia hacia los Santos Apóstoles.

En esta acción del Senado, afirma Solmi, que fué frecuente durante el período de Ludovico II, se ha de ver la manifestación de aquel espíritu jurídico y de aquel fuerte concepto del Estado, heredados de Roma, que permanecieron siempre vivos en los momentos de mayor decadencia italiana y que sirvieron para unir la antigua civilización a la nueva bajo las renovadas formas cristianas.

Teologia e diritto canonico nel XIII secolo es un estudio del profesor Pietro VACCARI, de la Universidad de Pavía, en el que muestra cómo las soluciones estrictamente teológicas de materias íntimamente relacionadas

con el Derecho civil son más rigurosas que las impuestas por éste, como sucede en el caso de venta de cosa defectuosa considerado por Santo Tomás y en el problema de la buena fe en la prescripción.

Existe en este período un primer momento en que los canonistas trabajan para extender las soluciones más rigurosas al campo del Derecho civil, mas el criterio de que la ley espiritual consagra unos principios que sólo puede alcanzar una minoría selecta, mientras que la gran mayoría de los hombres no puede o no sabe practicarlas en la integridad o en la elevación de su contenido. De ahí la diversidad entre la ley natural y la ley humana.

Lo mismo Santo Tomás que San Buenaventura abandonan conscientemente el terreno puramente espiritual y juzgan que el foro eclesiástico puede y debe tener en cuenta la realidad práctica. La Teología, entonces, ha dado un paso hacia las realidades que constituyen el fundamento de la norma jurídica y allana el camino a los canonistas.

Por esta vía se había encaminado ya el Derecho civil y los juristas de la Iglesia habían sentido la exigencia de los límites que la ley civil tenía que imponerse. Mas la importancia de la actitud de la Teología, y sobre todo de Santo Tomás, no disminuye. Los grandes teólogos del siglo XIII hablaban desde una cátedra de la más alta autoridad; sabían que los preceptos por ellos elaborados con profundo conocimiento del espíritu humano y con estudio asiduo y penetrante se harían normas de conducta y fuente de soluciones prácticas. La época del florecimiento de la Escolástica preparaba la más vigorosa afirmación de la preeminente autoridad de la Iglesia sobre toda otra autoridad y la perfecta unidad entre la vida temporal y la espiritual. La *Summa Theologica* era fuente de los eclesiásticos para la disciplina de su ministerio; de los laicos para guía de su vida espiritual; de los canonistas para la formulación de sus dogmas jurídicos. Y no sólo esto; quien conozca la historia de las instituciones jurídicas sabe cuántas veces se encuentra el nombre de Santo Tomás con la autoridad de su inmortal *Suma teológica*.

El profesor Alessandro VISCONTI, de la Universidad de Ferrara, ofrece unas *Note preliminari sul «domicilium» nelle fonti romane* (págs. 429-442) como introducción para un más amplio estudio sobre el derecho de domicilio en la Edad Media, fundado sobre los antiguos conceptos romanos del *origo* y del *domicilium*.

Recuerda que el Derecho romano consideró respecto al derecho de las personas dos circunstancias: el origen y la residencia. Del primero deri-

va como consecuencia la ciudadanía; de la residencia, en un lugar determinado surgió la figura del *incolatus*. Existieron así en la misma ciudad el *civis* y el *incola* con derechos y obligaciones diferentes.

Los juristas romanos tratan de fijar cuándo la actitud de una persona respecto a su residencia tiene tal carácter que le da al juez la certeza de que se trata de residencia habitual y se puede, por lo tanto, hablar de domicilio. Dan reglas y sientan hipótesis, pero partiendo siempre de una base legislativa o extendiendo analógicamente casos resueltos por rescriptos o epístolas imperiales. En el bajo Imperio la legislación es muy abundante, sobre todo de Diocleciano y Constantino.

No existe en Derecho romano una definición ni una teoría general del *domicilium*, sino una serie de casos y normas que, integrados con la copiosa legislación del siglo IV, permite reconstruir la institución.

En el *Digesto* encontramos frecuentes reglas sobre el domicilio; en las fuentes legislativas, por el contrario, prevalece la aplicación de reglas ya formuladas para casos diversos. Se diría que los compiladores justinianeos, en la recopilación de la jurisprudencia, siguieron un criterio general, y en la legislativa un criterio más especial, encaminado a fijar al contribuyente en una sede de donde no pudiera huir para el pago de los *munera*.

Sobre *Limitazioni al commercio internazionale nell'Imperio romano e nelle comunità cristiana medioevale* (págs. 443-470) escribe Giulio VISMARA, de la Universidad Católica milanesa, quien examina las limitaciones surgidas para evitar el envío de medios de guerra al enemigo y, excepcionalmente, el envío de mercancías a un determinado país en tiempo de paz.

El Derecho romano de la República no conoció el contrabando de guerra. Fué en la *lex Julia de maiestate* donde se basaron los juristas para configurar y reprimir aquél. La ilicitud del comercio de mercancías que pudieran resultar útiles al enemigo se afirmaba sólo contra los *hostes*, de modo que hay que entenderla limitada al tiempo de guerra, y el culpable era condenado a muerte.

Mas como en el Bajo Imperio todo pueblo límite era potencialmente un enemigo y la presión contra las fronteras se acentúa, todos los *barbari* fueron considerados *hostes* y el comercio de tales mercancías con un pueblo bárbaro resulta ilícito, aunque no esté en guerra con el Imperio.

La disciplina romano-bizantina de las relaciones comerciales con los bárbaros, fundada en la prohibición de exportar determinadas mercan-

cías aun en tiempo de paz, constituye el punto de partida de la legislación eclesiástica medieval con respecto a los infieles. El enemigo de la Iglesia, infiel, hereje o cismático, es, al mismo tiempo, enemigo de la *Respublica christiana*. Cada vez que se sentía el peligro sarraceno se sentía la necesidad de exigir a los miembros de la Cristiandad el respeto a la norma del Concilio lateranense, según la cual nunca era lícito procurar armas o mercancías a los sarracenos. La limitación se extendió al tiempo de paz y a los pueblos heréticos o gobernados por excomulgados.

Vismara recuerda que toda esta situación es excepcional; la regla normal exigía la libertad de comercio, y en su defensa intervinieron frecuentemente los mismos pontífices que con mayor energía exigieron las limitaciones en el comercio con infieles y herejes.

Finalmente, el profesor Edgardo VOLTERRA, de la Universidad de Bolonia, trata *Di una decisione del Senato romano ricordata da Tertuliano* (páginas 471-488).

Volterra se refiere a un pasaje del *Apologeticum* (V, 1-2), donde se habla del principio romano, según el cual para consagrar una divinidad era necesaria la aprobación del Senado, no suficientemente estudiado para conocer la política romana en Palestina.

Según Tertuliano, habiendo recibido el emperador Tiberio noticias de Siria y Palestina de que Cristo había resucitado, propuso al Senado considerar a Cristo entre las divinidades reconocidas por Roma, lo cual significaba ponerlo en el *Pantheon*. El Senado rechazó la propuesta, pero Tiberio amenazó con penas a los delatores de los cristianos.

¿Es auténtico —se pregunta Volterra— el documento que ha servido de fuente a Tertuliano? ¿Es atendible la noticia sobre la propuesta de Tiberio? Volterra, examinando las fuentes, en especial el escrito sirio conocido por *Doctrina de Addai*, afirma que, dado el carácter del *Apologeticum*, es claro que Tertuliano no tuviera interés en inventar la noticia y poner de relieve la negativa del Senado, y menos en poner el nombre de Cristo junto a los dioses paganos. Parece, por lo tanto, evidente que se basaba en una noticia difundida en su tiempo y que, como muestran las fuentes examinadas por Volterra, se había extendido mucho en el ambiente cristiano.

No sería, pues, absurdo que Tiberio, sabiendo que un grupo de judíos adoraba como divinidad a un ser que había resucitado y subido al cielo, pidiese al Senado que lo reconociera como divinidad romana. Desde el punto de vista del gobierno romano este gesto se muestra harto coherente

con la política de aquel período. Incluso la negativa del Senado es muy explicable sabiendo que, en realidad, el reinado de Tiberio es la historia de la lucha sorda y continua entre el emperador y el Senado sin que ninguno de ellos prevaleciese.

Mientras el fragmento de Tertuliano y demás documentos contextes confirmarían la existencia de un senadocensulto no incluido en el número de las fuentes romanas viene a coincidir con el punto de vista adoptado por el primer investigador del famoso *Edicto de Nazareth*, que ponía en duda la exactitud de la tesis unánimemente acogida por la Escuela histórica del pasado siglo y presentada literariamente por Anatole France en su famosa narración *Le procureur de Judée*, según la cual la muerte de Cristo no tuvo ninguna repercusión entre las autoridades romanas de su tiempo.

EL SEGUNDO VOLUMEN DE LOS ESCRITOS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE MILÁN

El segundo volumen de los escritos en honor de Contardo Ferrini, publicados por la Universidad milanesa, contiene quince trabajos, el primero de los cuales, *Premesse relative allo studio dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano* (págs. 1-29), se debe al profesor Ugo BRASIELLO y expone aquellos principios a que aludimos al hacer la recensión del trabajo de este autor publicado en los *Scritti* de la Universidad de Pavía.

Hace notar Brasiello que el estudio del influjo cristiano no pudo plantearse mientras no se estudió históricamente el Derecho romano. No faltaron en el siglo pasado algunos intentos, mas el primer investigador que procedió a este estudio con criterio moderno fué Ferrini, seguido después por Carusi, Riccobono, Marchi y algunos otros que trazaron una orientación que valora las transformaciones postclásicas producidas merced a la *pietas*, *benignitas*, *clementia*, *charitas* y, a veces, a la *aequitas*, como influencias cristianas.

Muy recientemente, no como oposición a este criterio, se viene afirmando otro método de estudio que tiene un precursor en Ferrini: se sostiene la necesidad de valorar el Derecho romano en relación con el pensamiento vivo de la Iglesia expresado por la patrística.

Excluída la posibilidad de una negativa *a priori*, hay que admitir que, aun en el campo de las normas, por decirlo así, laicas de la vida social, familiar y patrimonial, el influjo es posible. Ello porque el Cristianismo muestra una tendencia a penetrar en cualquier campo, toda vez que es

una norma total de vida, porque influye en los jefes de Estado, organismos y magistraturas; porque produjo algunas innovaciones de carácter procesal, ya porque del Cristianismo nació todo un ordenamiento nuevo: el Derecho canónico.

Presupuesta la posibilidad de muchas hipótesis de influjo hay que determinar la época en que ha de fijarse. La época preconstantiniana es muy difícil y requiere y exige métodos propios. En el período posterior cabe, o bien una vez visto que un instituto justiniano concuerda con el pensamiento de la Iglesia, inducir de ahí que el Derecho clásico era distinto; o bien, comprobadas las innovaciones y reconstruido el Derecho clásico, determinar si las nuevas normas obedecen al influjo cristiano.

El factor *influencia cristiana* se manifiesta, fundamentalmente, como un pensamiento que tiende a penetrar en el Derecho romano, y, teniendo esto en cuenta, no hay que considerarlo como un compartimiento estanco con relación a los demás influjos transformadores del Derecho de Roma, pues es posible que coincida con otras tendencias y las aproveche para realizar esa transformación.

Ante tales consideraciones se pregunta Brasiello cuál sea el mejor método de estudio. Si la influencia cristiana depende de un pensamiento es preciso conocer éste, y su fuente no es otra que los Padres de la Iglesia. Mas no basta conocer la norma: hay que conocer su aplicación real, cómo se transfunda en la vida y las condiciones de tiempo y de lugar en que cada Padre expresa su pensamiento. Tampoco es posible olvidar las decisiones de los Concilios.

Una vez determinado el pensamiento cristiano en su interpretación y aplicación, hay que determinar sus relaciones y nexos con el Derecho romano para ver si en la transformación de éste hay relación de causa a efecto.

- Brasiello cree, finalmente, que es preciso realizar, primero, una obra de análisis detallado para llegar, en un segundo momento, a la síntesis.

El profesor Aldo CHECHINI, de la Universidad de Padua, estudia los *Richiami all'ordinamento canonico e diritto internazionale privato* (páginas 30-70). Dentro del problema de las relaciones de la Iglesia y el Estado examina Chechini dos aspectos: a), las relaciones internas entre el ordenamiento estatal y el eclesiástico con la consiguiente determinación de la naturaleza y función de las referencias del primero a los actos legislativos, jurisdiccionales y administrativos del segundo, y b), la posición del ordenamiento canónico frente al Derecho internacional privado y el

valor que la referencia al Derecho canónico realizada por el Estado italiano adquiere para los demás Estados.

Las conclusiones a que Chechini había llegado en trabajos precedentes son:

a) En el vigente sistema jurídico italiano el ordenamiento canónico se considera como soberano e independiente, y las relaciones entre ambos están informadas por los principios de la separación y de la exclusividad, lo mismo que las relaciones jurídicas entre los ordenamientos estatales. De ahí se sigue necesariamente que entre las normas de referencia a ordenamientos estatales extranjeros y las referencias al ordenamiento canónico existe identidad de *ratio* y de función.

b) Las referencias al Derecho canónico realizadas por el Derecho italiano no son consideradas por los demás estados como referencias a un ordenamiento autónomo e independiente. Las normas de Derecho canónico referidas en cuanto entran a formar parte del ordenamiento italiano son consideradas por los demás Estados como normas italianas, sin que respecto a ellas importe su procedencia canónica.

Después de examinar puntos de vista doctrinales contrarios a esta solución, Chechini se reafirma en ella y afirma que ofrece no sólo un valor teórico, sino trascendencia práctica, al ofrecer soluciones apoyadas en una sólida construcción dogmática a cuestiones no resueltas hasta ahora con certeza. Así se puede sacar una conclusión segura para el problema de las sentencias extranjeras de anulación y divorcio concernientes a matrimonios concordatarios.

El profesor Stanislao CUGIA, de la Universidad de Florencia, presenta 'Un caso típico di responsabilità oggettiva' (págs. 71-89), esto es, el caso de legado *per damnationem* de la misma cosa, *disiunctim* a dos o más personas (Gayo, II, 215), en el cual el heredero ha de prestar la *res* al primer legatario y la *aestimatio* a cada uno de los demás.

Entiende Cugia que tal resolución sólo cabe explicarla en Derecho clásico merced a la concepción ilimitada del dolo objetivo. La entrega de la *species* al primer legatario constituyen el *factum* por el cual el heredero no *habet rem atque dolo fecerit quominus rem haberet*, concepción que llena el Derecho civil y que difícilmente modifica el Derecho pretorio. Sólo Justiniano reforma y condena abiertamente el Derecho clásico, en verdad, sin entenderlo. Justiniano siente la iniquidad del resultado a que conduce la concepción ilimitada del *factum heredis* en el sentido de dolo objetivo y atribuye la culpa a la avaricia de los legatarios.

...El profesor Giuseppe GROSSO, de la Universidad de Turín, aporta unas *Osservazioni di un romanista in margine al regime delle servitù nel nuovo Codice civile* (págs. 90-98).

Estima Grosso que no cabe limitar la función del Derecho romano a la interpretación y comprensión del Derecho actual, a explicar aquellas instituciones que se han conservado con sus características romanas; pero tampoco puede negarse el valor de esta visión más concreta y limitada y su posición en los medios que coadyuvan a la comprensión del Derecho actual, como una de las aportaciones que puede ofrecer el romanista, en el cual la visión histórica lleva un hálito animador. Ciertamente que esta posición concreta debe nutrirse de una visión plena del desarrollo y organicidad del Derecho romano.

El nuevo Código italiano, recuerda Grosso, antepone a la regulación de las servidumbres unas normas generales después de la definición. Tales normas, que examina especialmente el autor, se mantienen en el surco trazado por el Derecho romano. Tales son las normas contenidas en los artículos 1.028, según el cual la utilidad puede consistir en la mayor comodidad o amenidad del fundo dominante; 1.029, por el que no se exige que la utilidad sea actual, sino posible, y que permite el establecimiento de servidumbres sobre el edificio futuro; 1.030, que exige la expresa constitución de las obligaciones *propter rem*, criterio que se mantiene en la línea del principio *servitus in faciendo consistere nequit*.

María Federica LEPRI, libredocente de Derecho romano en la Universidad de Florencia, estudia I, §§ 9-12 del D. 42, 4, 7 (*Appunti in tema de «bonorum» distractio*) (págs. 99-137).

Recuerda la autora que Ulpiano, en los párrafos 9-12 del fragmento citado del Digesto, considerando la posición del *furiosus indefensus*, excluye que se le pueda aplicar la *bonorum venditio* fundada en la cláusula *qui fraudationis causa latitabit* y que justifica esta aseveración diciendo que en el *furiosus* falta el presupuesto para la aplicación de esta cláusula, esto es, el ocultarse *ne secum actio moveatur*.

La autora advierte que Ulpiano no dice, sin embargo, que al *furiosus* no se le pueda aplicar la *bonorum venditio*, sino que no puede aplicársele en virtud de la cláusula edictal que el jurisconsulto está comentando, precisamente por faltar el presupuesto constituido por la intención de impedir la instauración del proceso. Pero Ulpiano, sabiendo que no es posible *agere* con el *furiosus indefensus*, había de admitir que se le aplicasen otras cláusulas edictales que prometen la *missio in possessionem*.

Para investigar el pensamiento de Ulpiano no cree M.^a F. Lepri que sea necesario suponer la existencia de una cláusula propia para el *furiosus* o de un procedimiento especial para el mismo, sino que basta recordar que en las fuentes el *furiosus* es, a menudo, equiparado al *absens*. Si alguna de estas fuentes ha sufrido graves alteraciones, otras, por el contrario, prueban que también los juristas clásicos, en determinadas relaciones, pusieron en el mismo plano al *furiosus* y al *absens*.

En definitiva, pues, al *furiosus* le era aplicable la *missio in possessionem* propia de *qui absens iudicio defensus non fuerit*.

El profesor de la Universidad de Ginebra, Giannetto LONGO, realiza un estudio *Sul mandato incerto* (págs. 137-149), recordando que ha sido negada la existencia del mandato indeterminado en Derecho clásico, puesto que no se consideran genuinos los textos del *Corpus iuris* relativos a esta institución, que es necesario reputar estrictamente bizantina.

Frente a ello, volviendo al examen de los textos pertinentes, sostiene Longo que en Derecho clásico las reglas que disciplinan la actividad del mandatario son más rigurosas; mas como índice de una evolución que se irá desarrollando hasta alcanzar mayor importancia en la compilación, encontramos decisiones jurisprudenciales en las que argumentando menos rigurosamente se reconoce que el mandatario cumple sus obligaciones si, aun separándose de los exactos límites del mandato, obra de manera que no empeore la situación del mandante. Encontramos en la época clásica afirmada la validez de un mandato incierto en que se alude al *arbitrium boni viri* del mandatario como criterio que disciplina su ejecución. En el Derecho justiniano los límites dentro de los cuales el mandatario ha de realizar válidamente su encargo se consideran aún más amplios: tanto en el mandato cierto como en el incierto puede obrar más libremente siempre que quede asegurada la utilidad del mandante y se realice su voluntad declarada o presunta.

Del profesor de la Universidad de Nápoles, Gennaro Maria MONTI, se publica un trabajo póstumo sobre el *Studium generale* (págs. 150-159) en el que, aludiendo a la diversidad de opiniones sobre el concepto exacto de *Studium generale*, se fija el autor en un reciente trabajo de Ermini donde se defiende la existencia de un nexo entre los conceptos de monarquía universal y de *Studium generale*, de tal manera que, según Ermini, el Estudio general es el fundado o reconocido por el Emperador o por el Pontífice, es decir, la alta escuela oficial de la monarquía universal

—imperial y pontificia—, romana y cristiana, como se entendió en la Edad Media; estudio que vive en el ámbito y al cuidado de los superiores intereses generales y comunes de toda la humanidad civilizada, extraño a los intereses particulares de los entes políticos locales, y que, sólo según estos intereses, desarrolla sus enseñanzas y prepara para los grados académicos. Tal concepto lo considera Ermini existente a mediados del 200, cuando por las luchas entre el Papado y el Imperio la idea de la monarquía universal llenaba todas las inteligencias.

Para Monti, esa reconstrucción del concepto de *Studium generale*, que considera preciadísima, es verdadera para un período posterior, pero no en los primeros momentos de usarse tal expresión. Del examen de las fuentes concluye que los términos *universal* y *general* no tienen un sólo significado ni se refieren exclusivamente a la autoridad imperial o pontificia. Es en el siglo XIII cuando, del mismo modo que se considerarán Derechos comunes el civil y el canónico, se denominarán generales sólo los estudios que se refieren a las dos autoridades del Papado y del Imperio.

Pero así como la intervención imperial sólo se produce después de una elaboración doctrinal desde Acursio a Odofredo en adelante, la intervención pontificia había sido muy anterior, pudiendo remontarse hasta Honorio III y su célebre carta de 1219 al archidiacono de Bolonia sobre el derecho a realizar los exámenes y conceder el título doctoral y la *licentia ubique docendi*, es decir, aquel privilegio que, según el Papa, contribuía a dar el carácter de general al *Studium*.

El profesor Ricardo ORESTANO, de la Universidad de Siena, estudia *Consenso e solemnità nella legislazione matrimoniale teodosiana* (páginas 160-173), trabajo en estrecha conexión con el del mismo autor ya referido antes en los *Scritti* de Pavía.

La legislación teodosiana sobre el matrimonio representa, para Orestano, una etapa decisiva en la historia de esta institución. Todo el desarrollo de la doctrina matrimonial postclásica parte de esta legislación, que, frente al sistema abierto y flexible del Derecho clásico, en el que los modos de objetivación del consensus gozaban de gran libertad y multiplicidad, tiende a implantar un sistema rígido y cerrado.

Concepción nueva que influirá no sólo en el Derecho justiniano —donde también se nota un cierto retorno a lo clásico—, sino en las leyes romano-bárbaras y en toda la alta Edad Media, hasta que la evolución de la teoría consensual pura en el Derecho canónico y el renacimiento bolonés volvieron a eliminar, desde el siglo XII, toda forma taxativa de ma-

nifestación de la voluntad con un retorno a la doctrina romana clásica mediante la exaltación de sus principios conservados en la compilación justiniana.

Del antiguo profesor de la Universidad de Milán, Giovanni PACCHIONI, se publica un breve trabajo póstumo sobre *Il danno ingiusto secondo il vecchio e il nuovo Codice civile* (págs. 174-177), en donde muestra que, según ambos códigos, surge acción de resarcimiento sólo cuando el daño se haya producido con dolo o culpa. El principio dominante en los dos códigos es el de la imputabilidad, menos en algunos casos en que excepcionalmente se admite la acción de resarcimiento en virtud del principio de causalidad. La novedad del segundo código consiste en admitir que cuando el perjudicado no pueda obtener el resarcimiento por no haber dolo o culpa en el causante, pueda, si el causante se ha enriquecido por la actividad dañosa, dirigirse contra éste para obtener de él aquella parte del enriquecimiento que parezca realmente injusto que permanezca en su poder.

El profesor Bruno PARADISI, de la Universidad de Siena, estudia *L'«amicitia» internazionale nell'alto Medio evo* (págs. 178-225) y señala que el concepto jurídico de amistad entre los Estados, que desde épocas muy lejanas llega al Derecho internacional moderno, ofrece grandes dificultades.

En la época romana, que es la mejor estudiada, la vacilante terminología se opone a una clara visión del problema. La *amicitia* romana es el presupuesto necesario de todo tratado, el fundamento del Derecho internacional dentro de las relaciones pacíficas, sin que esto quiera decir que la *amicitia* consista en las cláusulas del tratado, sino que se manifiesta en éste, que es de por sí un acto amistoso.

La *amicitia*, que es una imitación de las costumbres de la vida privada, representa la superación del Derecho internacional limitado a la esfera de los Estados formados dentro de una misma comunidad étnica. Pero así como la amistad privada reproducía entre extraños el vínculo del parentesco, así también la amistad internacional extendía a pueblos extraños el régimen de las relaciones interestatales de la comunidad latina.

Podría, pues, definirse la *amicitia* internacional, según Paradisi, como la genérica abstención de todo acto lesivo para el Estado con el que se trata de mantener relaciones jurídicas. No se identifica, pues, con la neutralidad, que es una de sus manifestaciones. Uno de sus aspectos más des-

tacados es la recíproca concesión de derechos a los ciudadanos de cada Estado en el territorio del otro.

La *amicitia* va sufriendo una íntima y gradual transformación. Desde ser el presupuesto de las relaciones internacionales pasa a convertirse en la consecuencia de una relación jurídica precedentemente establecida, y por este camino adquiere un muy determinado, concreto y positivo contenido.

Antes, en el Imperio bizantino, la idea de la *amicitia* renueva su vigor, pero con ella se expresa la superior unidad en que se reúnen todos los Estados, la unidad del mundo internacional, idea que se llena de sentido moral con el Cristianismo. El fundamento de las relaciones amistosas se busca entonces en una unión de los reinantes, sólida e indestructible como el parentesco. Esta misma idea del parentesco entre reinante se difunde también en Occidente, pero en ambas partes perdura la antigua idea del *amicus populi Romani*, título otorgado a los particulares beneméritos para el Estado romano.

Así como el parentesco de sangre o su imitación espiritual eran fuente de *amicitia* o sublimación de ella, así también el matrimonio entre dos casas reinantes era fuente de relaciones amistosas entre dos Estados y era concebido como garantía de la perpetuidad de la *amicitia*.

Mas la *amicitia* del Imperio con los pueblos bárbaros se va llenando de un contenido positivo en orden a las relaciones comerciales y a la defensa de las fronteras, de tal modo que llega a prevalecer la identificación de la *amicitia* con la alianza hasta el punto de que en la Edad Media no existan tratados de pura *amicitia*, en el viejo sentido romano, sin un contenido positivo y concreto.

El profesor Manlio SARGENTI, de la Universidad de Pavía, ofrece unos *Appunti sulla «quasi possessio» e la «possessio iuris»* (págs. 226-254), en los que, aceptando sustancialmente las conclusiones de Perozzi y, sobre todo, de Albertario sobre el origen bizantino de la *quasi possessio*, estima que las argumentaciones de este autor se desenvuelvan en dos planos distintos, de tal manera que las conclusiones no corresponden a los presupuestos y resultados de la investigación. De ahí que Albertario identifique siempre *quasi possessio* y *possessio iuris*.

Por todo lo cual estima Sargenti que es útil plantear de nuevo este problema y ver si se puede confirmar que, junto al proceso de evolución de los conceptos clásicos que lleva a la noción de la *possessio iuris*, se desarrolla otro proceso distinto que se refiere a la posición del usufrutuario,

usufructuario y demás titulares de derecho sobre cosa ajena para convertirlos de simples detentadores en poseedores, es decir, que *possessio iuris* y *quasi possessio* no son siempre expresiones idénticas; la idea, finalmente, de que la *possessio iuris* no es la extrinsecación del derecho de que se es titular, sino una noción que reviste de aspectos posesorios precisamente la falta de titularidad del derecho: su ejercicio de hecho.

Para ello, Sargenti se fija fundamentalmente en el usufructo. En el Derecho clásico el usufructuario es mero detentador de la cosa usufructuada, ya que la posesión permanece en el propietario. Esta neta posición dogmática no impide que el pretor, por exigencias prácticas, extienda al usufructuario, por vía útil, los interdictos posesorios, sin que ello influya sobre la posición doctrinal dicha que niega la posesión al usufructuario.

Mas la equiparación procesal habría de conducir inevitablemente a la equiparación sustancial cuando desapareciese la diferencia entre competencia directa y concesión útil y cesara la vigilante actitud de los juristas clásicos. Y así, anotadores postclásicos no con un claro propósito de reforma, sino interpretando textos jurisprudenciales en que se concedían *utiliter* los interdictos posesorios, resumen en la fórmula de la *quasi possessio* lo que a ellos les parecía —y prácticamente lo era— una asimilación, en tanto que dogmáticamente la distinción perduraba. Los compiladores justinianos llegaron a las últimas consecuencias atribuyendo, sin más, la *possessio* al usufructuario y sacando de esta atribución todas las consecuencias.

Las escuelas bizantinas, en definitiva, dieron relieve al segundo aspecto de la transformación de los conceptos clásicos operada por los compiladores, esto es: a la introducción del concepto de un ejercicio de hecho del derecho de usufructo calificado como *possessio iuris*, y lo han desarrollado hasta llegar a la distinción entre *possessio rei corporalis et possessio rei incorporalis*. Puede decirse que el equívoco de la identificación entre *quasi possessio* y *possessio iuris* parte precisamente de este mayor relieve dado por los bizantinos a uno de los significados que el término *quasi possessio* tenía en la compilación justiniana. Pero ni siquiera para los bizantinos *possessio iuris* significa posesión del derecho de que se es titular, posesión del propio derecho de usufructo, de uso o de habitación; es, por el contrario, todavía el ejercicio de hecho del derecho cuya titularidad falta.

Las conclusiones definitivas de Sargenti, aunque ya suficientemente explícitas, no hemos podido comprobarlas, porque al ejemplar de que dispo-

nemos le faltan las páginas 249-264, en las que acaba este trabajo, y está íntegramente incluido el siguiente, que

Sulla irretrattabilità della scelta nelle obbligazioni alternative e geriche, escribe el profesor Gaetano SCIASCIA, de la Universidad de Camerino (páginas 255-264).

El canonista Domenico SCHIAPPOLI, profesor honorario de la Universidad de Pavía y emérito de la de Nápoles, estudia *Il tentativo di delitto nel diritto canonico* (págs. 165-287).

Muestra Schiappoli que el Derecho canónico anterior al *Codex* no elaboró una teoría general de la tentativa. Graciano no se propuso formularla, y parece que excluye la punibilidad de la tentativa en general. Únicamente se admite la punibilidad, en determinados delitos de mayor gravedad, como el del ejercicio abusivo de la profesión de abogado, homicidio, lesa majestad, herejía o rapto de monjas.

La doctrina posterior a Graciano no modificó esta situación, y las pocas decretales que se citan, y que Schiappoli examina, no son decisivas; más bien hay que considerar excluida la tentativa por el principio *in poenis benignior est interpretatio facienda* (reg. 49, in VI, de reg. iuris, V. 12).

De todas formas, lo mismo que en el Derecho romano también hubo algunas desviaciones de la doctrina canónica y se admite la punibilidad de la tentativa cuando el culpable no hubiese logrado el efecto querido del delito consumado. Mas éstas son desviaciones doctrinales debidas a errónea interpretación de las normas contenidas en el *Corpus iuris canonici*, a una inexacta valoración y comprensión de las mismas normas y a la influencia romanista que se formó en el medievo, basándose en una interpretación extensiva de algunos textos del Derecho romano.

El *Codex*, en esta materia, se ha alejado de la tradición de la Iglesia y ha experimentado el influjo de las legislaciones civiles. Ha establecido el principio fundamental de que no se incurre en la pena si el delito no es, dentro de su género, completo. El *Codex* distingue entre tentativa (*conatus delicti*) y delito frustrado (*delictum frustratum*). Distingue asimismo entre actos preparatorios y ejecutivos.

De las normas del canon 2.212 resulta que la sola intención de cometer un delito, si no se manifiesta al exterior, no puede ser objeto de represión penal. Se requieren actos de naturaleza adecuada y que el delito no se consume o por insuficiencia de los medios o por causa ajena.

a la voluntad de agente. Es igualmente punible la inducción, aunque haya resultado ineficaz.

La tentativa constituye un delito autónomo si es castigada por la ley con una pena especial. Así sucede con la tentativa de suicidio (c. 2.350, 2); la conspiración contra el Papa, sus legados, el propio Ordinario o la instigación a la rebelión contra ellos (c. 2.331, 2); la excitación al odio contra los actos de la autoridad eclesiástica (c. 2.344); la tentativa de sobornar o corromper a los funcionarios eclesiásticos (c. 2.407), y la provocación o aceptación del duelo (c. 2.351).

El desistimiento voluntario de la comisión del delito exime de responsabilidad si la tentativa no ha producido daño o escándalo (c. 2.213, 3).

La punibilidad de la tentativa es tanto mayor cuanto más se aproxime ésta al delito consumado sin llegar al mismo (c. 2.213, 1). El delito frustrado es más grave que la simple tentativa (c. 2.213, 2), pero es menos punible que el delito consumado y la pena base es siempre la establecida para éste.

El profesor Siro SOLAZZI, de la Universidad de Nápoles, estudia *Il concetto del «ius postliminii»* (págs. 288-360), volviendo sobre un trabajo redactado y perdido durante la primera guerra mundial, pero que Bonfante, por haber conocido el manuscrito, resume y califica así en la sexta edición de sus *Instituciones*: «Solazzi... pretende demostrar con la crítica interpolacionista que Justiniano, siguiendo una teoría postclásica, ha sustituido el concepto de la conservación y de la pendencia de los derechos (si bien quedarían de ello numerosas muestras) por el de la pérdida y la *fictio*. De tal modo concilia las vacilaciones de la doctrina moderna. Tesis dudosa.»

Solazzi, rehaciendo por entero su trabajo, examina detenidamente los textos y los diversos aspectos del problema para concluir afirmando que Justiniano acogió la doctrina de la extinción de los derechos en el *postliminium* frente a la doctrina clásica de la pendencia.

A su juicio, el esquema de la ficción resulta superfluo con la idea de que los derechos del prisionero permanecen en suspenso. De esta idea deriva necesariamente la retroactividad del *postliminium*, porque el retorno del prisionero resolverá la incertidumbre de la pendencia, consolidando la situación de las relaciones como estaba al comienzo de la cautividad. Por el contrario, sustituida la pendencia por la extinción fué preciso decidir si la repristinación de los derechos se producía *ex tunc* o *ex nunc*, y; puesto que se quería mantener los efectos prácticos de la antigua institución, los

bizantinos recurrieron a la ficción de que el liberado no había estado nunca prisionero. Esta ficción se injerta en el dogma de la reviviscencia, no en el de la pendencia. Las *Institutiones* (I, 12, 5), al declarar que «*postliminium fingit rem*», sientan el concepto que prevalece en el Derecho justinianeo. El cautivo pierde sus derechos, pero, vuelto a la patria, los recupera con efecto retroactivo, porque se finge que ha sido siempre ciudadano.

La conducta de los juristas clásicos es, a juicio de Solazzi, científica y moralmente digna. Más dados a la política los postclásicos, para legitimar los deseos de los gobernantes repudiaron la tesis de la pendencia y exaltaron la de la extinción a fin de que los bienes del prisionero quedaran vacantes y ocupables. La nueva doctrina, aunque apoyada por el deseo de la unidad conceptual para los derechos privados y públicos, fué, sobre todo, un servicio prestado al fisco. La dogmática jurídica cambió en interés del tesoro público. *Nihil sub sole novi!*, concluye Solazzi.

Finalmente, el profesor Pasquale VOCI, de la Universidad de Mesina, estudia *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico* (págs. 361-383).

Nota el autor que el resarcimiento del daño tiene en el Derecho clásico una extensión resultante de dos factores: su no coexistencia con la pena, que más bien le sustituye frecuentemente, y, por otro lado, por el principio de la condena pecuniaria se desconoce la ejecución específica de la prestación, de manera que el resarcimiento es el único contenido posible de la sentencia de condena. Esta última extensión compensa las limitaciones primeras.

El ámbito así delimitado constituye, sin embargo, un ámbito virtual, pero que no está lleno por una norma general, sino por una serie de preceptos particulares, es decir, el resarcimiento no se admite como un principio general; normas particulares determinan una serie numerosa, pero definida, de casos de resarcimiento.

Esta ausencia de una norma general es característica de todo el período clásico que formalmente no modifica su estructura. La exigencia sustancial de llenar las lagunas del sistema, cada vez más numerosas en el curso de la historia, se satisface no invirtiendo el principio, sino aumentando el número de casos en que al daño sigue el resarcimiento.

Dentro del *ius civile* es natural que el Derecho clásico, reconociendo una serie de negocios, asegure a cada uno de ellos su protección; dentro de este ámbito todo daño tiene su sanción. La situación es, formalmente,

la misma en las hipótesis de daño extranegocial, pero, a diferencia de las primeras, son muy escasas en el *ius civile*. Eliminando aquellos actos sancionados con la pena privada, quedan los que consisten en la violación de un derecho real y en los cuales se actúa el resarcimiento mediante las acciones reales o con la *actio ad exhibendum*, o con la *a. aquae pluviae arcendae*. Existe, finalmente, la responsabilidad *in contrahendo* que Voci considera que sólo da ocasión al resarcimiento en caso de dolo y en el ámbito de un negocio de buena fe, sin que las fuentes señalen más que la compraventa.

En el *ius honorarium* falta también una norma general de resarcimiento, pero, a diferencia de lo que ocurre en el *ius civile*, existe un elevado número de remedios jurídicos para asegurar el resarcimiento en hipótesis concretas.

En el campo negocial el pretor atribuye unas veces a un acuerdo dado sanción contractual, concediendo acción de resarcimiento en el *id quod interest* en caso de incumplimiento; aquí la obra del pretor no se dirige a procurar el resarcimiento propiamente. En otras ocasiones otorga protección para asegurar a la parte que cumple su prestación el *id quod interest* en vez de la restitución de lo entregado (*conditio ob causam datorum*).

En el campo de la responsabilidad extranegocial el pretor sigue las mismas directrices que en el *ius civile*: el ilícito extranegocial pretorio es frecuentemente un ilícito penal. Exceptuadas estas hipótesis queda una serie numerosa de remedios que se realizan, fundamentalmente, a través de *actiones in factum*, edictales unas, como: a), la acción contra el acreedor *missus in possessionem* por negligencias cometidas durante la administración; b), la acción *in mulierem quae, ventris nomine in possessionem missa, eandem possessionem dolo malo ad alium transtulerit*; c), la acción contra el magistrado municipal que no haya impuesto en tiempo útil la *cautio damni infecti*, de modo que el daño temido se producirá irreparablemente; d), la acción de sepulcro en terreno ajeno, para indemnizar al dueño de éste; e), la acción concedida cuando *locus religiosus pro puro venisse dicetur* (dudosa). Otras son decretales, de las que Voci ofrece algunos ejemplos concretos.

También las acciones útiles pueden llenar esta función, como la *reivindicatio utilis*, cuando *a priori* sea imposible una restitución *in natura*; la acción *communi dividundo*; la acción ficticia *de damno infecto*. Igualmente sirve la *exceptio* y alguno de los remedios pretorios basados en el *imperium*.

En definitiva, a los ojos modernos puede parecer demasiado restringido el ámbito del resarcimiento en el Derecho clásico, pues había hipótesis en que el Derecho romano no lo otorgaba, y sí lo concede el Derecho moderno, que establece una norma general. La afirmación es exacta, pero entiende Voci que es necesario juzgar con mayor profundidad. Aun cuando en el Derecho romano no exista una norma general, es indudable que un hilo conductor, una misma idea, liga las diversas intervenciones del pretor. En cuanto que éste actúa por un alto fin de justicia para evitar que el daño quede sin resarcimiento, no puede negarse que realiza un principio general.

Es la estructura sistemática del Derecho romano la que marca los límites más serios al resarcimiento, pero siempre se ha pensado, dentro de él, en proveer a los motivos ocasionales de la falta de una norma.

LA COLABORACIÓN EXTRANJERA EN EL HOMENAJE DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA

Ya compuesto este ANUARIO ha sido publicado el III de los volúmenes del homenaje rendido por la Universidad de Milán a Contardo Ferrini. En ellos se recogen los siguientes trabajos de romanistas principalmente extranjeros:

Volumen III:

Elemer BALOGH, de la Universidad del Witwatersrand, de Johannesburgo, *Cicero and the greek law.*

Slavomir CONDANARI-MICHLER, de la Universidad de Viena, *Ueber Schuld und Schaden in der Antike.*

Ernst LEVY, de la Universidad de Wáshington, *Possessory remedies in roman vulgar Law.*

Valentin Al. GEORGESCU, de la Universidad de Jassy (Rumanía) y «Privat-docent» de la Universidad de Lausana, *L'opposition entre «ius» et «factum» en droit romain et en droit moderne.*

Rafael TAUBENSCHLAG, de la Columbia University, de Nueva York, *Citizens and non-citizens in the papyri.*

Adolf BERGER, de la Escuela Libre de Altos Estudios de Nueva York, *On the so-called tractatus de peculiis. A contribution to the history of byzantine juristic literature.*

Rudolf DÜLL, de la Universidad de Munich, *Zum Vielfachen Wertersatz im antiken Recht.*

Paul KOSCHAKER, de la Universidad de Tubinga, *Fr. 9, 3 D. 20, 4- Ein Beitrag zur Lehre vom Nechpfandrecht und von bedingten Rechtsgeschäft.*

† G. von BESELER, de la Universidad de Kiel, *Fruges et Paleae.*

Johann Baptist SAMÜLLER, de la Facultad de Teología Católica de la Universidad de Tubinga, *Eine tübinger Vorläuferin der Conciliengeschichte von Karl Joseph Hefele o. ö. Professor in der Katholisch-Theologischen Fakultät der Universität Tübingen.*

Milan BARTOSEK, de la Universidad de Praga, *Il Senatoconsulto Trebelliano.*

Carlo Guido MOR, de la Universidad de Modena, *I criteri per la nomina dei Conti Palatini durante il IX-X secolo.*

Bernardo ALBANESE, de la Universidad de Palermo, *Note sull'evoluzione storica del «ius vitae ac necis».*

El volumen IV, aun no publicado, contendrá los siguientes trabajos:

S. von BÖLLA, de la Universidad de Viena, *Einige Bemerkungen zu den Fragmenta Vaticana.*

E. F. BRUCK, de la Universidad de Harvard, *Foundations for the deceased in roman Law, Religion and political thought.*

Ph. MEYLAND, de la Universidad de Lausana, *Warron et les conditions du transfert de la propriété dans la vente romaine.*

E. M. MEYERS, de la Universidad de Leiden, *Usucapione e prescrizione contro lo Stato.*

F. PRINGSHEIM, de la Universidad de Oxford, *The greek sale by auction.*

Ernst RABEL, antiguo profesor de la Universidad de Berlín, *In tema di delegazione.*

Fritz SCHULZ, antiguo profesor de la Universidad de Berlín, *The postclassical edition of edition of Papinian's «Libri Quaestionum».*

F. SCHWIND, de Viena, *Probleme des römischen Eherechtes.*

Erwin SEIDL, de la Universidad de Munich, *Sponsio und Stipulatio im Vergleich mit der Aegyptrechtsentwicklung.*

Heinrich SIBER, de la Universidad de Lovaina, *La notion du «corpus» et le regime des associations privées a Rome.*

Egon WEISS, de la Universidad de Praga, *Zur Stadrechtsgeschichte von Kyrene.*

Leopold WENGER, de la Universidad de Viena, *Zur Altersbestimmung des Gaius Florentinus.*

Hans Julius WOLFF, de Oklaoma, *Ulpian XVIII and edictum in collatio and Digest and the problem of postclassical editions of classical works.*

Una lamentable circunstancia ha motivado que los romanistas españoles no hayan colaborado en este homenaje a Contardo Ferrini.

Cuando conocimos los índices de estos dos últimos volúmenes expresamos al rector de la Universidad Católica de Milán nuestra extrañeza por la falta de colaboración española. Fray Agustín Gemelli nos manifestó que, a su debido tiempo, había invitado gustosamente a los roma-

nistas de nuestra patria, sin que ninguno de los invitados hubiese respondido, circunstancia por la cual fué preciso preparar la edición prescindiendo de la aportación española.

Mas lo cierto es que a España no llegó ninguna de las invitaciones gentilmente cursadas por el rector de la Universidad Católica milanesa, y el hecho no nos admira demasiado, porque sabemos con qué saña se impidió en Italia, hace algún tiempo, que la correspondencia dirigida a nuestra patria llegara a su destino.

Sirvan estas líneas de justificación para todos. Para la Universidad Católica de Milán, que pudo tomar a descortesía el unánime silencio español, y para los romanistas españoles que con gusto verdadero hubieran rendido su homenaje al santo romanista Contardo Ferrini.

ISIDORO MARTÍN