

Estamos de acuerdo con el autor en la gran importancia que tiene el estudio del *ius sacrum* para la investigación de la Roma primitiva, sobre todo en materia de familia.

Más interesante es todavía la parte dedicada al Derecho de las XII Tablas. Se inicia con el estudio de las luchas entre patricios y plebeyos, creación del tribunado y las dos tendencias que parecen haber dominado sucesivamente en los planes de los Tribunos, primero tendencia al aislamiento, a la autonomía y después a la fusión de los dos órdenes.

Entrando en la cuestión del influjo griego sobre las XII Tablas, el autor considera con escepticismo la noticia del envío de legados a Atenas, aun sin dejar de reconocer la posibilidad de que la embajada fuese únicamente para penetrarse mejor de la técnica legislativa, y reputa el Derecho de las XII Tablas, en su conjunto, como de origen nacional romano, aunque en la composición de algún precepto en concreto se haya inspirado en la legislación de Solón. En la imposibilidad de comprender en esta reseña todas las materias tratadas por Westrup en relación con las XII Tablas, nos limitamos a hacer tan sólo observar que Westrup no parece seguir la teoría, defendida por Guarino principalmente, contraria a la consideración del Código decemviral como fruto de una específica aspiración de los plebeyos, y a destacar la interesante tesis mantenida por el autor, a propósito del precepto de las XII Tablas: *Si pater filium ter ventum duit a patre filius liber esto*. Westrup rechaza la teoría, generalmente admitida, de que el fin del precepto era restringir el ilimitado derecho del *pater* a vender un *filius familias*. Según él, la *venditio* que el Código decemviral trata de restringir, no está encaminada a transferir un derecho de propiedad al adquirente. Lo que restringieron las XII Tablas fue el derecho del padre a transferir a un tercero, a cambio de un precio y por cierto tiempo, a su hijo, o dicho más exactamente, a alquilar su trabajo, utilizando para ella una *mancipatio*, ya que todavía no se había desenvuelto la *locatio conductio operarum*.

Nuestra opinión de conjunto sobre la *Introduction to early roman law*, ha sido ya expuesta al hacer la reseña de sus tres primeros volúmenes en el tomo XVII de este ANUARIO, y no tenemos que añadir otra cosa sino que hubiese sido deseable la dedicación de un mayor espacio a tema tan sugestivo cual el de las XII Tablas, dotado, además, de una copiosísima bibliografía. De todas suertes, el mérito principal, a nuestro juicio, de la obra de Westrup es el de suscitar la atención sobre los temas del Derecho romano primitivo, a menudo insuficientemente investigados o menospreciados a impulsos de una hiper crítica infecunda.

F. HERNÁNDEZ TEJERO

FRITZ SCHULZ: *Classical Roman Law*. Oxford, Clarendon Press, 1951 (XII + 650 págs.).

F. Schulz, a lo largo de su prolongada carrera científica, ha sabido simultanear los estudios de profundización crítica y detallada con magistrales

exposiciones sintéticas, que señalaban cada una un indiscutible paso para la reconstrucción del Derecho Romano clásico. En 1916, su *Einführung in das Studium der Digesten* señala toda una etapa del romanismo crítico; en 1934, sus *Prinzipien des römischen Rechts* (traducidos al inglés [1936] y al italiano [1946]) nos presentan un cuadro artísticamente compuesto de las líneas directrices del Derecho Romano, en lo que éste tiene de más particular; en 1947, su *History of the Roman Legal Science*, la obra más importante de Schulz, ofrece una exposición documentada y original de la evolución histórica del saber jurídico romano y de las formas de su producción. Ahora, en 1951, el viejo Schulz publica, como acabado remate de su obra de romanista crítico, un manual de *Classical Roman Law*. Indudablemente, este libro debe contar en la reducida serie de libros capitales escritos en estos últimos tiempos de la literatura romanística, pese a que se presenta como libro de texto para estudiantes. Este destino es el que justifica el haber prescindido de las notas a pie de página, a cambio de lo cual se agregan al final de cada capítulo depuradas referencias de fuentes y de bibliografías.

La importancia de la obra radica principalmente en que el autor se ha decidido a presentarnos una exposición de Derecho clásico, que él limita a la época entre Augusto y Diocleciano. Esto no impide, naturalmente, que se aluda al Derecho de Justiniano, así como también a los de la época arcaica y republicana, pero siempre con el rango de consideración marginal. Por otro lado, el autor ha prescindido, se puede decir que totalmente, de una consideración comparativista. «El carácter excepcional del Derecho clásico—dice pág. 6—hace tal comparación inservible y hasta desorientadora para el estudio del Derecho Romano».

Así, pues, el libro de Schulz se coloca dentro de la gran trayectoria del siempre actual *Labeo* de Pernice y el magistral, aunque inacabado, *Römisches Privatrecht* de Mitteis. Es verdad que, más o menos, todos los manuales modernos, es decir, escritos por romanistas críticos, así el de Kunkel, el de Arangio Ruiz o el de Monier, dan siempre preferencia al Derecho de la época clásica, pero de ningún modo con la decisión y la seguridad de Schulz.

Hay que reconocer, sin embargo, que Schulz no ha sabido despegarse de la costumbre de adoptar también para el Derecho Romano clásico la sistemática del Derecho de Pandectas. Esta aparece tan sólo alterada por la supresión de la «teoría general de negocio jurídico», la anticipación del estudio de las «acciones» y la fusión en el tratado de «familia» de la parte relativa a las «personas». Esto, en nuestra opinión, es un inconveniente para poder considerar la exposición de Schulz como propiamente de Derecho clásico. Aunque es muy exacto que, en el momento actual, la ciencia romanística no ha llegado a aclarar todas las cuestiones de un modo definitivo y debemos practicar en muchos casos un prudente *ars nesciendi*, como dice el autor, pág. 3, no hay quizá razón para no prescindir de la sistemática pandectística cuando nos queremos aproximar al Derecho Romano

propriadamente clásico. Creer que la sistemática del Derecho de Pandectas constituye un racional a priori para toda exposición del Derecho Privado es quizá uno de los mitos más arraigados en la literatura jurídica; tal sistema es, él a su vez, un producto histórico, válido tan sólo para interpretar la realidad jurídica coetánea. El no abandonar ese sistema lleva a contradicciones inexplicables cuando nos introducimos en el Derecho clásico. Así, por ejemplo, es a todas luces inexplicable que Schulz siga colocando el *usus fructus* en el capítulo de las *servitutes*, cuando reconoce, como no podía ser menos, que ese derecho no constituye para los clásicos una verdadera *servitus*; así también que coloque en ese capítulo la superficie y la enfiteusis, por más que el autor, pág. 398, niegue a ambas el carácter real y las excluya, en consecuencia, del estudio de los derechos reales.

Este reparto sistemático no impide, sin embargo, que el autor sea más preciso que nadie en el recorte de toda la superestructura que la historia de la romanística ha ido adosando a cada una de las instituciones de Derecho clásico, y que en muchísimos lugares se vea el toque acertado de quien ha vivido con gran intensidad y largo magisterio la crítica de las interpolaciones. Sería imposible señalar aquí todos esos puntos en que se introducen admirables precisiones depuradoras o puntos de vista originales. A título de ejemplo se puede señalar lo que dice el autor, pág. 30, a propósito del carácter de *actiones in factum* que tienen las fórmulas con ficción; también la exactitud en todo lo referente a los conceptos de *persona*, *status*, *capitis deminutio* (pág. 71 ss.) o a la consideración romana clásica de las corporaciones (pág. 89 ss.); o cuando, lo que no suele aparecer en las exposiciones usuales, se trata de los registros de nacimientos (pág. 75); o cuando se rectifica la distinción entre sucesión forzosa formal y material, desde el punto de vista de que la preterición permite la corrección del testamento (pág. 269); o cuando evita llamar a la propiedad un *ius in re* (pág. 335); o cuando elimina la designación de *actio ex stipulatu* (pág. 478) y *actio quanti minoris* (pág. 537); en fin, cuando examina como tipos especiales de estipulación la novación, la estipulación a favor de terceros, la solidaridad y la fianza (págs. 483 ss.). Cuando en pág. 469 dice que quizá la cuatripartición de los contratos sea una invención gayana, eso, naturalmente, no puede menos de convencerme, y también cuando prescinde (pág. 80) de la rutinaria reserva para admitir el carácter general de la concesión de ciudadanía por Caracala, si bien me parece ya menos acertada la afirmación de que esa concesión no tuviera importancia para la evolución del Derecho privado.

Inútil sería también ir señalando puntos de discrepancia o en los que parece apreciarse alguna indiscriminación. Tan sólo queremos advertir lo que, por desgracia no es raro, la desorientación del autor debida, sin duda, a informaciones de carácter sectario, de las que el autor no ha sabido librarse totalmente. Pasemos por la indocumentada afirmación (la referencia de Orígenes que aduce el autor no puede considerarse como prueba histórica de-

finitiva) de que hasta mediados del siglo III casi no hubo mártires de la Fe Cristiana, pues todo es cuestión de convenir lo que es mucho o poco en materia de martirio cruento, pero donde no puede menos de ser censurado el autor por su falta de serenidad para comprender el valor de la aportación de la Iglesia es en ese desgraciado capítulo de su libro que se refiere al matrimonio, un capítulo de carácter periodístico que desdice del tenor general del resto de la obra. Ya la afirmación liminar de ese capítulo, de que «el Derecho clásico de matrimonio es una conquista imponente, quizá la más imponente del genio jurídico romano» (pág. 102), no podrá menos de sorprender a toda clase de lectores, ya que precisamente el Derecho Romano se despreocupó casi totalmente de la institución matrimonial, que dejó a la reglamentación del uso social y religioso. La verdad es que, si todo el Derecho Romano fuera de la poca envidia del Derecho matrimonial romano, desde luego, habría desaparecido su estudio jurídico hace muchos siglos; todo él sería un puro *infortiatum*. Pero el autor no se contenta con eso, sino que se cree en el deber de declarar que la idea del matrimonio libre, es decir, absolutamente disoluble, es una conquista «humanística» que la Edad Media tenebrosa enterró por fuerza de una legislación canónica «artificial», exagerada en materia de impedimentos, y que la Edad Moderna, pese a algún resurgimiento, no supo, «por desgracia», desarrollar plenamente. Quizá esto último, como lo de la cantidad de mártires, depende de apreciaciones cuantitativas, pues es sabido que algunas legislaciones modernas han llegado al extremo de facilidades para conceder la disolución del vínculo matrimonial. Pero lo más sorprendente está en que el mismo Schulz reconoce (págs. 105 ss.) que ésta que él llama concepción «humanista» provocó una crisis de la natalidad, que no tiene reparo en considerar como desastrosa. Schulz aduce, a este propósito, incluso unos párrafos del *Report of the Royal Commission on Population*, de 1949, por el que se pone en clara relación el divorcio con el descenso de natalidad. Si Schulz se declarara partidario de los que podríamos llamar «criminales de paz», es decir, de los malthusianos de todos los matices, se podría decir que su pensamiento fuera consecuente: pero no lo es, por cuanto detesta de las consecuencias y se abraza con todo afecto a la causa que reconocidamente las provoca. Un caso de incongruencia ideológica realmente sorprendente en una mente tan aguda como la de Schulz. Por lo demás, esta configuración de la libertad matrimonial entre los romanos no es exacta. Será, en todo caso una libertad para deshacer el matrimonio, pero no para hacerlo. El matrimonio romano supone el *conubium* como requisito positivo, lo que excluye la unión legítima en muchísimas relaciones conyugales. El matrimonio canónico, en cambio, necesita de un sistema de impedimentos precisamente porque parte de un reconocimiento del matrimonio como instituto de Derecho Natural esencialmente libre. Sobre esto ha escrito muy bien Volterra.

Quizá ese capítulo sobre el matrimonio deba ser modificado en futuras ediciones de este libro, que, sin duda, ha de tenerlas, ya que, como hemos

dicho, se trata de una obra de destacada importancia y que prepara muy bien el terreno para la confección de una nueva exposición del Derecho Romano clásico de contextura más definitiva, que, en mi opinión, debe ser concebida como «sistema de acciones»

ALV. D'ORS

V. ARANGIO RUIZ: *La società in Diritto Romano*. Nápoles, Jovene, 1950 (203 págs.).

Después de un curso dedicado al contrato de mandato—que hemos reseñado en otra ocasión (AHDE, XX, 933-9), el ilustre maestro Arangio Ruiz dedicó sus lecciones del siguiente año académico en la Universidad de Roma al contrato de sociedad romano: la *societas*. Si el estudio sobre el mandato puede presentarse como ejemplo de monografía objetiva y ponderada dentro del agitado campo de las investigaciones romanísticas actuales, el libro que ahora nos ocupa se nos muestra quizá superior. Aunque en ambos estudios brilla a gran altura su maestría en la captación del matiz exegético que brota de las fuentes hasta dotarlas de una riqueza de pensamiento singular, el estudio acerca de la *societas* resulta de gran fuerza constructiva y, por tanto, de ineludible carácter polémico. Puntos de vista ya sostenidos anteriormente aparecen mantenidos en esta monografía con renovado vigor, cooperando al trazado de unos contornos precisos y claramente perceptibles de la institución. Puede decirse que de su libro surge el contrato de sociedad romano construido con sus matices jurisprudenciales y con una problemática definida. Los dos primeros capítulos abordan el problema de los antecedentes y concomitancias de la *societas* bajo los siguientes títulos: «Los orígenes del contrato de sociedad» (cap. I) y «La Sociedad y el condominio» (cap. II). Los cuatro capítulos restantes analizan el contrato en sí: «Definición y elementos del contrato de sociedad» (cap. III); «Los diversos objetos del contrato de sociedad» (cap. IV), «Causas de extinción de la sociedad» (cap. V) y «Obligaciones y acciones». La sistemática es, como se ve, escueta y clara. Veamos sus puntos de vista.

Los orígenes del contrato de sociedad hay que verlos en el *consortium erecto non cito* en cuanto de éste ha tomado, históricamente, algunas de sus características la *societas* clásica. Considera al *consortium* como antepasado común de dos institutos clásicos: el contrato de sociedad y el condominio o copropiedad (pág. 32). Sin embargo, no parece señalar con la deseable nitidez la trayectoria que media entre el *consortium* y la *societas*, que se nos muestra, sin más, como contrato *iuris gentium*. Respecto al condominio, el autor mismo reconoce el interés que ofrecería el hallazgo de las líneas históricas que han conducido a la estructura clásica de esta institución (pág. 33).

Es de notar—como característica destacada y polémica de la obra—su especial insistencia en la negación de la supuesta identidad entre sociedad