

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

HILARIO GÓMEZ PEDREIRA

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

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

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

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

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

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

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

la época gentilicia. Solazzi cree, como ya lo demostró en otro artículo (*Usus propius*, en *Studia et Documenta* 7, p. 392), que la crítica de los textos recogida en la compilación justiniana suministra la prueba de que los juristas clásicos no admitían servidumbre sobre fundos públicos. Se inclina a creer (pág. 4) que el origen de la servidumbre está en la función del *arbiter* en los juicios divisorios. La servidumbre no surge por la iniciativa de los interesados ni como un *ius in re aliena*, sino que supone la atribución de un señorío sobre el *rius* en el caso del acueducto, sobre la faja de terreno, en el caso de paso. Tal es la hipótesis de Voigt, suficientemente apoyada en varias consideraciones. Más tarde, el concepto de una enajenación del dominio ha dejado el campo al concepto de una creación del derecho sobre cosa de otro, puesto que es más económico y más ventajoso.

Trata también «el problema de la tipicidad» (pág. 6). Es opinión dominante que los romanos concibieron un número limitado de servidumbres hasta el Derecho justiniano, el cual ya admite su constitución según una figura general y abstracta. No obstante, parece ser que se dejaba a la libre determinación de las partes la concesión o negación de ciertas facultades. Solazzi corrige D. 8, 1, 15, pr. en el sentido siguiente: *quotiens praediorum nihil interest, a quod agitur non valet, veluti «si mihi in iure cedas» ne per fundum...*

Los requisitos y caracteres de las servidumbres son estudiados por Solazzi en el capítulo segundo. Para él, el principio *nemini res sua servit* es una fórmula bizantina (pág. 13). En cambio, son auténticas *nullum praedium ipsum sibi servire potest* y *cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa servire non potuissent* de D. 8, 3, 31.

La regla *servitus servitutis esse non potest* es propuesta en D. 33, 2, 1. Pero en caso que los compiladores justinianos tuvieran la intención de dictarla y si ha de significar la imposibilidad de una servidumbre sobre la servidumbre, dice Solazzi que es una proposición banal. En cuanto al principio *servitus in faciendo consistere nequit* se duda de su claridad (pág. 19). El requisito de la utilidad (pág. 21) era necesario para deducir una ventaja de un fundo a otro (D. 8, 5, 5): la falta de utilidad inspira una decisión negativa en Paulo (D. 8, 1, 8 pr.). Es discutida la admisibilidad de la servidumbre industrial en la época clásica (pág. 25).

Solazzi hace un acopio de textos del Digesto, en los que se habla del requisito de la vecindad (pág. 29, notas 59 a 65). Crea con Bonfante (Corso, III, pág. 29) que la vecindad no es un requisito autónomo de la servidumbre. El Derecho justiniano, que distinguía la *servitus personae* y la *servitus praedii*, subrayó el elemento diferencial de la vecindad. Con la crítica de los textos D. 8, 3, 5, 1; D. 8, 5, 2, 1; D. 19, 1, 6, 5; D. 34, 1, 14, 3; D. 45, 3, 17, señala que la conclusión de tal requisito es absorbido por el de la *utilitas*.

En cuanto al principio *perpetua causa servitutis*, los autores lo entienden de varias maneras (pág. 35). Es persuasiva para Solazzi la demostración de Perozzi de que la *perpetua causa* no fué un requisito de la servidumbre romana, al menos en el Derecho clásico. Se completa la crítica

con D. 8, 2, 28; D. 43, 22, 1, 4; D. 43, 24, 11 pr., y se rechaza la tesis de que el requisito de la *perpetua causa* valiese para la servidumbre urbana y, en parangón con la glosa de D. 8, 1, 14 pr., se excluye que pudiese significar la continuidad de la servidumbre.

El principio de inalienabilidad de la servidumbre (pág. 52) exige que la servidumbre se transmita junto con la propiedad del fundo; sólo existe la excepción en el Derecho justiniano, al prescribirse que la inalienabilidad de la servidumbre es derogable por voluntad de las partes, al menos en materia de agua (v. D. 39, 3, 9, 2).

En cuanto a «la garantía de la servidumbre», se discute muchísimo acerca de los fragmentos D. 20, 1, 11, 3 y D. 20, 1, 12. La literatura es abundantísima. A Solazzi (pág. 58) le parece que Pomponio pudo perfectamente buscar los efectos de la *pactio* «*ut, quandiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas licet*». Niega absolutamente (pág. 59) que la *pactio pignoris* aplicada a la servidumbre pudiese crear el derecho real de garantía y aquel otro de servidumbre. La eficacia real para la garantía de la servidumbre rústica parece reconocerse en el Derecho justiniano.

La servidumbre es indivisible. Pomponio no explica el motivo (D. 8, 1, 17). Es indivisible porque no es divisible el uso. La facultad del pasaje no se puede repartir entre varios titulares: corresponde a todos *in solidum* (D. 8, 5, 4, 3-4). Solazzi (pág. 65) nos trae a colación las razones de la indivisibilidad para el Derecho clásico con un suficiente apoyo en los textos. Examina los supuestos en que se hablaba de *pars servitutis*, de enajenación de *pars certa* del fundo. De ahí la perpetuidad de la servidumbre. Pero no se deriva por eso la imposibilidad de la constitución de una servidumbre temporal. Solazzi aporta para ello los textos: D. 8, 1, 4 pr. y D. 33, 2, 1. En este último propone *legatum por servitus*.

Otro requisito es la existencia de dos fundos: dominante y sirviente (pág. 79). Viene expresado en D. 8, 4, 1, 1, pero el Derecho romano reconoce una excepción con la servidumbre en favor de los sepulcros (D. 8, 1, 14, 1 y D. 8, 5, 1). En el último texto, Solazzi cree que *adquin* indica una amputación de los compiladores. Examina también la servidumbre a favor o a cargo de un edificio futuro.

El capítulo tercero comprende «los modos de constitución de la servidumbre en los fundos itálicos». Comienza afirmando (pág. 85) que para la constitución de la servidumbre en el Derecho clásico era siempre necesario un acto formal del propietario del fundo sirviente. Los modos no formales de constitución pertenecen al Derecho postclásico y justiniano. La servidumbre pretoria es para Solazzi una fantasía de los intérpretes.

En diversos títulos estudia la *mancipatio* y la *in iure cessio*, que eran los modos usuales de la constitución de las servidumbres entre vivos. El rito para estos dos modos de constitución era el mismo que para la transmisión de la propiedad. Estudia, además, la *deductio*. Solazzi (pág. 90) supone que el edicto provincial había contemplado la constitución de la servidumbre, no para permitir la acción real (lo cual es absurdo), sino para

dar eficacia obligatoria a la *pactio servitutis*, tanto cuando era acompañada de la *stipulatio*, como cuando formaba la *lex* de una *datio praedii*. La *deductio* sigue la suerte de la *traditio* posteriormente y si ésta es nula no produce ningún efecto.

Analiza además la adquisición de la servidumbre por legado (pág. 91), por venta (pág. 92), por estipulación (pág. 104), *adiudicatio* (pág. 105) y usucapión (pág. 107).

Investiga la eficacia que tiene la venta para la constitución de la servidumbre. Del D. 8, 6, 19, pr. cree que no es genuino. El vendedor conservaba íntegro el derecho a la constitución de la servidumbre. Esta, que no nacía directamente de la venta, debía ser constituida con la *mancipatio* o la *in iure cessio*; de manera que en el entretiem po la menguada instalación del *rius* supone el no uso de la servidumbre y no la extinción.

Que la venta no bastaba para crear el derecho real de servidumbre es probado en D. 8, 5, 16. D. 11, 7, muestra cómo de la venta podía nacer la obligación de prestar la vía, pero no la servidumbre de vía. La fuerza constitutiva de la venta emerge claramente de las interpolaciones o glosas del D. 8, 4, 13 pr. «Otra vez he observado—dice Solazzi (pág. 98)—que la pretensión de una servidumbre sobre el mar no debía ser considerada por Ulpiano ni tan siquiera para rechazarla. Ahora noto que el jurisconsulto no había podido discurrir genéricamente de una *privata lex*, porque la *lex*, que en el caso examinado consistía en una cláusula de la venta, no habría hecho nacer la servidumbre ni tan siquiera sobre el terreno de Italia o de sus provincias. *Quamvis... potest* con el verbo en indicativo no es una frase genuina; pero pone un principio verdadero en el Derecho justiniano, esto es, que fuera del mar la *lex venditionis* habría dado por sí misma la vida a la servidumbre». Interesante es también la interpolación o glosa *stipulationes vel*. La venta es justamente equiparada a la estipulación, en el caso en cuestión para crear una obligación, de otro modo una servidumbre. También para Paulo la venta creaba obligaciones, pero no servidumbre. Solazzi (pág. 101) indica dos textos que no sabe decir cuándo han sido glosados o interpolados (D. 8, 4, 5 y D. 8, 4, 10). Concluye afirmando que seguramente el derecho real de servidumbre para Justiniano pudo nacer del contrato de venta (D. 8, 4, 6, 3). Con la libertad de formas introducida en la constitución de la servidumbre se explica que el beneficio baste para cualquier negocio en el cual se exprese la voluntad relativa (D. 8, 5, 6, 2 y 5). Solazzi piensa de este texto que, si la frase sospechosa fuese de Ulpiano, éste había escrito *in iure cessione* y no *in servitute* (con o sin *imposita*).

Dedica en el capítulo cuarto un completo estudio a la constitución de las servidumbres en los fundos provinciales.

El título primero (pág. 109) trata de las *pactiones* y *stipulationes* como creadoras de obligaciones. Contra los que creen que las *pactiones et stipulationes* hicieron surgir una verdadera servidumbre en fundos provinciales. Bonfante, en 1920, ya señaló que repugna a esta teoría el hecho mismo de que tales predios no son de propiedad del constituyente. Solazzi demue-

tra que Gai. II, 31 está alterado y que los poderes de los particulares sobre tierras públicas no eran *iura*. Decisivo es el Vat. 283, del cual resulta la imposibilidad de constituir derechos reales sobre fundos provinciales. Trae a colación D. 7, 1, 3 pr. (pág. 116), donde confirma su interpretación ya dada acerca de Gai. II, 31. Demuestra Solazzi cómo D. 7, 1, 25, 7, y D. 8, 33, 3, que sostienen la *pactio* y *stipulatio* como un medio de constitución del usufructo y de las servidumbres, son interpolados y glosados. En el Vat. 61 no se lee *tuitio praetoris*, no obstante la tradición de los editores (pág. 122). La fuente genuina más antigua en la que se reconoce a la *stipulatio* eficacia de hacer surgir el derecho real de usufructo es C. Th, 8, 12, 9 (C. I. 8, 53, 28) (pág. 123). Para Solazzi (pág. 124), por tanto, es inadmisibles que la *pactio et stipulatio* pudiera hacer surgir un derecho real. El Gobernador debía defender la propiedad del Estado, y no podía mermarla o violarla permitiendo a los poseedores de las tierras provinciales gravarlas con imposiciones de derechos reales. Teófilo en la Paráfrasis II, 3, 4, se refiere a la estipulación de la promesa de una pena. Frente a la tesis de Bonfante cree Solazzi que la fuente muestra que la *stipulatio poenae* acompañaba a veces también la constitución perfecta de un derecho real de servidumbre (D. 8, 3, 36). A continuación expone la explicación de la duplicidad de los nombres *pactiones et estipulationibus* y cómo eran también usadas con efectos obligatorios en los fundos itálicos las *pactiones et stipulationes*. Para él (pág. 129) la objeción de Siber es impotente respecto a la exégesis de Gayo II, 31-32 y del Vat. 283. Igualmente la de Biondi (pág. 130). No en el Derecho clásico, pero sí en el Derecho justiniano tanto la *pactio* como la *stipulatio* se bastaban para constituir la servidumbre.

El capítulo quinto está dedicado al estudio de la servidumbre y de la *tuitio praetoris*. Para Solazzi (pág. 137) *tuitio praetoris* en todos los lugares y *officium praetoris* en D. 8, 3, 1, 2 son locuciones sospechosas. Los postclásicos representan la *tuitio praetoris* como un medio para la constitución de la servidumbre en D. 43, 18, 1, 9, y D. 8, 1, 4, 2. El D. 7, 1, 25, 7 para él está interpolado. Examina además otros supuestos, especialmente D. 10, 3, 7, 1; D. 34, 1, 14, 3; C. 3, 33, 4. Concluye el capítulo con el examen de las hipótesis raras en las cuales se puede pensar la servidumbre pretoria (constitución de la servidumbre por medio de la *traditio vel patientia*, la *exceptio doli e pacti*; Vat. 47).

«La constitución de la servidumbre en el Derecho postclásico y justiniano» (pág. 147) es el tema del capítulo sexto. Solazzi hace un repaso de las diversas etapas de su investigación. Según él, en el Derecho clásico la estipulación, la compraventa, cualquier contrato o pacto, el legado *per damnationem* no daban vida al derecho real de servidumbre. Una *tuitio praetoris* existía en los interdictos que protegían al auténtico titular de la servidumbre, pero era particularmente útil para el que ejercitaba una servidumbre sin tener el derecho.

La servidumbre pretoria, entendiendo el derecho real de servidumbre constituido con los modos que no fuesen aquellos aprobados por el Derecho civil, no se conoce en la época clásica. Solazzi se une a cuantos niegan

la clasicidad de la constitución de la servidumbre mediante *traditio vel patientia* o *longi temporis praescriptio*. Con la variedad y la libertad de los modos de adquisición permite en el Derecho justiniano se expliquen ciertas frases de las fuentes que a los oídos clásicos, más que falsas, sabemos que son ociosas (D. 8, 2, 20, 5).

El título primero de este capítulo trata de la *traditio vel patientia*. Solazzi (pág. 149) acepta la opinión de Perozzi según la cual la *traditio servitutis* es un modo de adquisición introducido por Justiniano. Solazzi pretende reforzarla, perfeccionarla e integrarla. Examina también la *traditio* referida al usufructo (en el caso de la *traditio fruendi causa* (D. 7, 1, 12). El texto es impuro. D. 7, 1, 3 pr. también. Espúreo es el *ve* que en el *cumve* tiene el puesto de *que*. Solazzi buscaría la génesis del *ve* en la extensión a la servidumbre del concepto *traditio et patientia*. Aplicada a la servidumbre, la *traditio* no se distingue de la *patientia* y si se hace consistir en la *patientia*, según él (pág. 151), hay que reconocer que la *traditio* de la servidumbre es una fantasía. *Traditus usus fructus* es un lenguaje abusivo (D. 7, 9, 7 pr.) En D. 7, 4, 1, pr. *traditus usus fructus* no es genuino. Esta palabra falta en el Vat. 61. Se duda también de D. 43, 19, 3, 8. No le parece a Solazzi aceptable la interpretación de Rabel de que el usufructo fuese civilmente constituido. No es posible demostrar especialmente la interpolación del *traditum* en D. 7, 6, 3, pero el fragmento está retocado. Según las indagaciones de Solazzi (pág. 160), hay que concluir negando que la *traditio et patientia* fuese en el Derecho clásico un modo de constitución de la servidumbre (Vat. 45).

En el título segundo trata sobre el *diuturnus usus*, la *vetustas* y la *longi temporis praescriptio* (pág. 161). Examina la posición de Bonfante contra la clasicidad de la *longi temporis praescriptio*. Solazzi ve un glosema en la frase *et longa quasi possessione* del D. 8, 5, 10 pr., y cree que C. 3, 34, 2 no es genuino. Cree (pág. 165) que ya en el Derecho clásico se constituía alguna servidumbre por *diuturnus usus* (D. 8, 5, 10 pr.; D. 39, 3, 1, 23, y D. 43, 19, 5, 3). El *diuturnus usus* no prueba que el derecho sea adquirido y que la servidumbre venga *iure imposita*, pero sustituye a la prueba de la existencia de un modo de adquisición de la servidumbre y consecuentemente justifica la protección. La equivalencia del *diuturnus usus* y de la *vetustas* aparece en D. 39, 3, 1, 23, D. 8, 2, 28 es oscuro. Solazzi (pág. 175) dice que no sabría reconstruir el texto originario. Se limita a confirmar que la frase, en el tenor actual, no es genuina, pero demuestra, por argumento a contrario, que la servidumbre se adquiere con la prescripción. Para Solazzi (pág. 178), solamente en el Derecho justiniano la *longi temporis praescriptio* está en el puesto del *diuturnus usus* y de la *vetustas*. Se discute si la prescripción justiniana vale para la servidumbre discontinua y para la negativa.

El capítulo séptimo lo dedica Solazzi a la «constitución tácita de la servidumbre». Su estudio supone una aportación más para el esclarecimiento de este modo constitutivo tácito de las servidumbres en el Derecho romano. Su tesis la concreta claramente al decir que «cuando se ha visto que para el Derecho clásico ni la estipulación ni la compraventa valen para

constituir la servidumbre, sería un delirio admitir la constitución tácita. Una declaración tácita de voluntad no puede obtener mayor fuerza que la declaración expresa» (pág. 181). Solazzi (pág. 185) se adhiere a la opinión de Riccobono, según la cual, el espíritu del Derecho clásico no pudo reconocer eficacia alguna en materia de servidumbres a la destinación del padre de familia. Para él (pág. 191), los indicios de la destinación son espúreos y no se reconoce ningún precedente clásico¹.

JOSÉ BONET CORREA

ANDRÉ MAGDELAIN: *Auctoritas principis*. «Les Belles Lettres», París, 1947; X + 120 págs.

Esta obra del profesor Magdelain, de la Facultad de Derecho de Estrasburgo, ha sido publicada por la Sociedad de Estudios Latinos que dirige Marouzeau. Libro interesante y denso, pese a la impresión de facilidad expositiva un tanto inconsistente que al principio pudiera causar, y pese, también, a su relativa brevedad. Destacan, a primera vista, su claro y fácil estilo, su trabada dialéctica y la selecta y reciente bibliografía en que se apoya. Su contenido puede resumirse en breves palabras: la historia de la *auctoritas* en el mundo político romano, que, como es inevitable, implica un punto de vista sobre la constitución de Augusto. No obstante, vamos a exponer las líneas generales del pensamiento del autor con breves observaciones críticas.

Comienza el libro (dividido en tres capítulos) con una exposición de la teoría ciceroniana acerca del *princeps*. Ciceron consideraba la constitución republicana de Roma perfecta porque realizaba el ideal de constitución mixta: el *optimus status*. Pero ello no bastaba; era necesario un jefe que la salvase en momentos de peligro. En este sentido escribe a Curión, y en *De Republica* traza los perfiles esenciales de este hombre de Estado ideal. Mas este principio no es un régimen político, puesto que su título de *princeps* o *rector* no es oficial. Se impone por su prestigio y no ordena, sino que aconseja. Viene a ser el *optimus civis* y goza de la máxima *auctoritas*; es príncipe por la *auctoritas*: *princeps auctoritate*.

En la terminología ciceroniana se establece, a veces, una significativa aproximación entre la *auctoritas* del Senado y la del *princeps*. A veces, también, en el derecho público de la República, la *auctoritas* no es monopolio exclusivo del Senado, sino que los magistrados gozan también de *auctoritas*. Gayo nos prueba (III, 24) que el pretor imponía al juez la estimación de la *inuria atrox* por medio de su *auctoritas*. Otras manifestaciones de la *auctoritas*, fuera del campo político, se hallan en la religión y en los jurisconsultos; pero en ningún caso se presenta como poder de mando.

1. Para una referencia más amplia de este capítulo, me remito a mi artículo publicado en este mismo volumen del ANUARIO.