

VARIA

HOMENAJE A PAUL KOSCHAKER

El tomo segundo (véase REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 164) comprende los siguientes trabajos:

VI.—DERECHO DE CRÉDITO

WOLFGANG KUNKEL: *Fides aes schöpferisches Element im römischen Schuldrecht* (La fe como elemento creador del Derecho romano de obligaciones).

EMILIO ALBERTARIO: *I contratti a favore di terzi* (Los contratos a favor de terceras personas).

ANTONIO GUARINO: *Sul beneficium competentiae dell'extraneus "promissor dotis"* (Sobre el beneficio de competencia del extraño que haya prometido dote).

ERICH SACHERS: *Die Verschuldenshaftung des Depositars* (La responsabilidad por obligaciones del depositario).

ULRICH VON LÜBTOW: *Studien zum altrömischen Kaufrecht* (Estudios sobre la compraventa en el derecho romano antiguo).

VINCENZO ARANGIO-RUIZ: *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano* (Derecho puro y derecho aplicado en las obligaciones del vendedor romano).

HEINRICH VOGT: *Zur Gefahrtragung beim Sklavenkauf* (La carga de los riesgos en la venta de esclavos).

RUDOLF HENLE: *Die rechtliche Natur der in diem addictio beim Kaufvertrage* (La naturaleza jurídica de la adicción *in diem* en el contrato de compraventa).

HAUS KRELLER: *Das Edikt de negotiis gestis in der Geschichte der Geschäftsbesorgung* (El edicto de *negotiis gestis* en la historia de la gestión de negocios).

VII.—DERECHO HEREDITARIO

FRANZ LEIFER: *Altrömische Studien—VI—Suus heres und älteres Libraltestament* (Estudios de derecho romano antiguo: el heredero suyo y el testamento “per aes et libram”).

HUGO KRÜGER: *Zum römischen Pflichtteilsrecht* (Sobre el derecho legitimario romano (cuotas reservadas)).

FRANZ VON BOSSOWSKI: *Die Novelle 118 Justinians und deren Vorgeschichte. Römische und orientalische Elemente* (La novela 118 del Emperador Justiniano y sus precedentes históricos. Elementos romanos y orientales).

JOSEPH DÉNOYEZ: *La juris possessio dans la pétition d'hérédité en droit romain* (La posesión de derechos en la petición de herencia según el derecho romano).

GERMARD DULCKEIT: *Voluntas und fides im Vermächtnisrecht* (Voluntad y fe en el derecho de legados).

BERNHARD KÜBLER: *Das Perlenhalsband der Prinzessin Matidia* (El collar de perlas de la princesa Matidia).

VIII.—DERECHO PROCESAL

SALVATORE RICCOBONO: *Interdictum-Actio* (Interdicto y Acción).

IX.—CUESTIONES ROMANISTAS CANDENTES

ERNST SCHONBAUER: *Zur “Krise des römischen Rechts”* (Sobre la crisis del Derecho romano).

TOMO III

OTROS ANTIGUOS DERECHOS Y SOBREVIVENCIAS DEL DERECHO ROMANO

LEOPOLD WENGER: *Paulo Koschaker, sexagenario*.

Un trabajo de colega y amigo antiguo, en que se ponen de relieve los méritos que como investigador y como varón de excelsas virtudes

ha contraído el profesor a quien se rinde homenaje, orgullo de su patria y de sus discípulos y colaboradores.

I.—ANTIGUO DERECHO ORIENTAL

JULIUS G. LAUTNER (profesor de Zurich): *Altbabylonische Gesellschaftsverhältnisse. Studien zum Miteigentum im altbabylonischen Recht-II.*

Las investigaciones sobre la copropiedad en la antigua Babilonia, las relaciones jurídicas sobre paredes medianeras y la comunidad hereditaria que el autor había recogido en su obra "Symbolæ ad Iura Orientis Antiqui pertinentes", dedicada a Koschaker, en 1939, son reanudadas para colocar frente a los dos tipos principales admitidos por Eilers: Sociedad arrendataria con tierra común y sociedades mercantiles con capital pecuniario, una serie de figuras que demuestran la variedad de las estructuras y formas sociales de aquel derecho tan poco estudiado en España.

JOSEF KLIMA (de la Universidad de Praga): *Zur Entziehung des Erb-rechtes im altbabylonischen Recht.*

Otro estudio del derecho babilónico para explicar: 1.º, las consecuencias de la denegación de paternidad o filiación y las formalidades de la desheredación; 2.º, la revocación de las disposiciones por causa de muerte, y las particularidades que la distinguen de las otras *separaciones* de los hijos *por naturaleza* o de los adoptivos. Las investigaciones se han hecho a base de los trabajos de Poebel sobre documentos mercantiles legales durante la primera dinastía de Babilonia de las ediciones de textos cuneiformes existentes en el British Museum; de Grant "documentos del período clásico babilónico"; de las leyes o códigos de Hammurabi; de los inventarios de las tabletas (Ostracas) conservadas en el Museo Imperial Otomano; de las contribuciones de Meissner sobre los contratos sumerianos coleccionados en el Ashmolean Museum, de la "Revista hitita", de Chiera, "antiguos contratos babilónicos", y de Waterman, "documentos mercantiles del período de Hammurabi".

GEORG EISSER (profesor de Tubinga): *Beiträge zur Urkundenlehre der Altassyrischen Rechtsurkunden vom Kültepe.*

Los documentos jurídicos de Kültepe, que tanto han enriquecido la ciencia del derecho asirio, permiten formar o inducir una serie de reglas sobre redacción y autenticación de instrumentos, que el autor examina en cuanto a los particulares de testigos, fecha, sellado, duplicados, copias, cubiertas, protocolos, cláusulas, etc.

VIKTOR KOROSÉC (profesor de Ljubljana): *Einige Beiträge zum hethitischen Sklavenrecht.*

El Código hitita, cuyo texto cuneiforme, publicado por Hrozný y completado por Ehelolf, es ya conocido por los juristas franceses en la traducción del mismo Hrozný (Code Hittite); por los alemanes, en la de Zimmern-Friedrich (Hethitische Gesetze), y por los ingleses, en la de Walther (The Hittite Code), contiene múltiples disposiciones dispersas sobre la esclavitud que el autor examina bajo los siguientes apartados: 1.º Protección de la vida y de la integridad corporal del esclavo; 2.º Potestad dominical; 3.º Matrimonio del esclavo con esclava o libre; 4.º Capacidad para adquirir; 5.º Responsabilidad por delito.

El derecho hitita, concluye, era más favorable a los esclavos que el Código de Hammurabi, el Derecho griego y la legislación romana, para los cuales *servile caput nullum jus habet*.

II.—DERECHO GRIEGO Y GRECO-EGIPCIO

HANS NIEDERMEYER (profesor de Gotinga): *Aristoteles und der Begriff des Nomos bei Lykophron.*

Entre los fragmentos presocráticos recogidos por Kranz figura un pasaje del sofista Licofrón, citado por Aristóteles en el libro 3.º de su *Política*, que con referencia a los efectos o funciones de la ley (Nomos), dice así: "La ley es también un acuerdo (*syndeke*), y como lo ha dicho el sofista Licofrón, garantiza la justicia de las relaciones recíprocas de los ciudadanos, sin influir sobre su rectitud o moralidad."

Sobre el alcance de este concepto, el progreso que significa respecto a los puntos de vista de Solón y Píndaro, discurre el autor que promete volver a examinar la materia.

GEORG SIMONÉTOS (Abogado de Atenas): *Das Verhältniß von Kauf und Uebereignung im altgriechischen Recht.*

El autor, que ya ha roto una lanza contra el contrato abstracto en el homenaje a Streit, y con ocasión del proyecto de Código civil griego, vuelve a la carga, afirmando que el *acuerdo real* (*sine causa*) de la técnica alemana, combatido por Lange, Wieacker, Heck, etc., era completamente ajeno al antiguo Derecho griego y contradice las aspiraciones nacionales. Aunque no está muy demostrado que el derecho antiguo conociese una acción similar a la *reivindicatio* romana ni una propiedad conceptualmente deslindada, es indudable que el famoso fragmento de Teofrasto recogido por Stobaeus nos pone en presencia de un señor (Kyrios) que domina la cosa, distinguiendo con precisión, *propiedad y posesión*, y poniendo de relieve la sucesión *inter-vivos* como consecuencia del contrato de compraventa. Ciertamente es que Caillemier, Anthess y Mitteis reputaban consensual este contrato, asimilándolo a la *emptio-venditio*; pero hoy se le acerca a la venta real (al contado), y en el citado fragmento se distingue la venta sin transmisión de la propiedad (por no haberse pagado el precio o no haberse llenado los requisitos de publicidad) y ventas con efectos reales o transmisivos, en virtud de un contrato válidamente celebrado y formalmente cumplido. De todos modos, la construcción de un contrato real abstracto, parecido al acuerdo alemán (Einigung), no responde a la concepción griega.

N. J. PANTAZOPOULOS (Abogado de Atenas): *Ein Beitrag zur Entwicklung der Diaitesie im Altgriechischen Recht mit besonderer Berücksichtigung des attischen Rechts.*

Las discusiones entre partes no eran necesariamente resueltas en la Grecia antigua por jueces del Estado. A la época en que los derechos se discutían, o mejor, se disputaban con las armas en la mano, siguió otra en que los ciudadanos renunciaban al derecho de legítima defensa y confiaban la decisión (*diaitesia*) del asunto a una tercera persona por ellos elegida. Este procedimiento, que permitía mantener las diferencias confinadas en los círculos de amigos y parientes, resolverlas por vías de equidad y terminirlas de una manera simple, suave y familiar, fué sustituido, cuando los griegos se acostumbraron a las discusiones

públicas en el *agora*, por una tramitación estatal, cada vez más obligatoria, fundada en tres bases características: a) prohibición del hecho propio; b) obligación de someterse a los órganos jurisdiccionales, y c) derecho de apelación contra el juicio arbitral de primera instancia.

WALTER ERDMANN (Meran): *Zum gamos agrafos der gracco-aegyptischen Papyri.*

Entre los papiros de la época tolemaica relativos a relaciones familiares, se encuentran algunos, redactados en griego, que admiten tipos matrimoniales irregulares o no escriturados (*gamos agrafos*), confiriendo a la mujer (*hetaira* o concubina) una posición en el hogar, derechos de alimentación y la garantía de que sus hijos no quedarán desamparados.

El autor pasa en revista estos tipos, que parecen a veces *sponsalia de futuro*, otras precontratos, uniones morganáticas, relaciones concubinarias o contratos a prueba, para concluir afirmando que no son ni siquiera matrimonios de inferior derecho, porque la mujer no reconoce al marido como señor (*kyrios*) y permanece en la potestad de su padre o tutor, que puede reclamarla cuando le parezca razonable.

WALTER HELLEBRAND (doctor de la Universidad de Berlín): *Arbeitsrechtliches in den Zenon Papyri.*

Un estudio de las relaciones jurídicas de trabajo contenidas en los papiros zenonianos (Zenon-Papyri): de tipo patriarcal (domésticos, servidores, aprendices), de arrendamientos rústicos, de empleo en grandes explotaciones agrarias y de grupos de operarios temporal y periódicamente ocupados.

ERICH BERNEKER (profesor de la Universidad de Erlangen): *Zur Rechtskraft im ptolemäischen Prozessrecht.*

Los pueblos primitivos no se preocupan tanto de asegurar procesalmente el triunfo del derecho, como de poner término al litigio. Si los procedimientos son arbitrales, el laudo no adquiere la fuerza de cosa juzgada, a menos que las partes no se la concedan por actos especiales, y aun cuando haya sido decidida la cuestión por un funcionario

del Estado, como lo demuestran los documentos tolemaicos, no es inmediatamente ejecutivo el fallo.

Para suplir este defecto, el Derecho germánico admitía la renuncia a sus pretensiones formalizada por los litigantes, y los estudios de Koschaker y Lautner han encontrado en el alto derecho babilónico un procedimiento análogo y han abierto el camino a las investigaciones en los documentos demóticos sobre la que hoy llamamos excepción de cosa juzgada en Egipto. El autor aprovecha un archivo familiar, publicado por Thompson en 1934, para llegar a las siguientes conclusiones: 1.^a El pleito no termina con la sentencia; se necesita un desistimiento expreso; 2.^a La proposición del juez puede no ser aceptada, aunque a veces impone el *alejamiento* a quien no se somete; 3.^a El proceso termina con este desistimiento contractual y no se puede reproducir; 4.^a La renuncia a proseguir liga solamente a las partes, y 5.^a No se da recurso ni segundo proceso *de eadem re*. Si el Estado se halla interesado directamente, el fallo tiene fuerza de cosa juzgada.

OTTO EGER (profesor de Giessen) : *Eid und Fluch in den maionischen und phrygischen Sühne-Inschriften.*

En el Derecho romano imperial el perjurio era vengado directamente por los dioses, y cuando se juraba por el mismo emperador, entraba en juego el Derecho penal. El grado de miedo y a veces horror del que había hecho un juramento en falso (asertorico) o faltado a la palabra dada solemnemente (juramento promisorio) se refleja en las llamadas estelas de expiación (inscripciones propiciatorias), mayónicas y frigias de los siglos II y III, cuyo texto griego copia y analiza el autor. Todas tratan de aplacar a los dioses ofendidos que se habían vengado del perjuicio con su muerte o la de personas queridas, o con la destrucción de sus bienes.

III.—DERECHO BIZANTINO

ERWIN SEIDL: *Die Basiliken des Patzes.*

Como no ha llegado hasta nosotros ningún manuscrito completo de las Basílicas, tienen un gran interés los llamados dictámenes del Juez de Patze Tipocito (*Kritou tou Patze Tipoukeitos*), cuyas referencias

a la indicada colección de leyes, por otra parte, serán ininteligibles mientras no podamos reconstruir el texto de las Basílicas que le sirvió de base. Heimbach ha aprovechado en su edición las referencias que en cada capítulo de la obra de Tipocito se hacen, y Seidl, aunque reconoce que el Códice Vaticano es una copia no muy cuidada de la misma, afirma la posibilidad de concordar sus numeraciones con las empleadas por los que han reelaborado las leyes justinianas en las llamadas Basílicas, y de reconstituir el texto original que, si no coincide con ninguno de los manuscritos conocidos, se aproxima al Códice constantinopolitano.

K. TRJANTAPHYLLOPOULOS (profesor de Atenas): *Die Novege 56 Leos des Weisen und ein Streit über das Meeresufer im 11 Jahrhundert.*

Nos cuenta el historiador bizantino Attaliata que Miguel VII (emperador desde 1071 a 1078), joven abúlico y juguete de altos dignatarios, entre otras exacciones y rapacerías, arrebató a los hospitales, obras pías y claustros el derecho de explotar las Escalas o muelles que en los alrededores de Constantinopla se habían construido para facilitar el tráfico marítimo, y añade que sus sucesores habían devuelto a Dios lo que de Dios era. Partiendo de esta referencia, en la que el autor ve una alusión a la Novela 56, de León el Sabio, y a la luz del derecho justiniano que distingue las cosas *comunes* de las cosas públicas, discute la utilización del mar y sus orillas y la propiedad privada que en las *escalas* se reconoció a las Iglesias, claustros, obras pías y otras personas.

IV.—MEDIEVAL

CLAUDIUS FRH. VON SCHWERIN: *Zur Herkunft des Schwertsymbols.*

Desde que la ciencia germánica se ha dedicado al estudio de los símbolos jurídicos (objetos adecuados para despertar pensamientos o emociones de tal clase) se ha considerado a la espada como símbolo de potestad. Se discute el momento en que aparece con tal carácter. Los reyes germanos y francos iban armados como todos los hombres libres; pero la espada no se encuentra en las tumbas antiguas. Distinguiendo atributo, símbolo e insignia, el autor estudia las monedas, en donde

se encuentran lanzas con o sin bandera, cetros, globos imperiales... los testimonios anglo-sajones, longobardos y visigóticos y los Anales de la Edad Media, que se refieren a la entrega de la espada (*traditio gladii*) en el ritual de la coronación, o a la espada de San Pedro con que el poder temporal defiende a la Iglesia, para concluir que la espada no es propiamente un símbolo de origen germánico, sino que más bien ha asumido tal característica merced a las influencias eclesiásticas en las ceremonias de coronación del llamado al Imperio. La espada imperial no era símbolo de jurisdicción capital (a semejanza del hacha), sino del deber en que el Emperador se hallaba de defender a la Iglesia con el poder que se le otorgaba.

SLAVOMIR CONDANARI MICHLER (profesor de Viena): *Bodem, pignus, hypotheke*.

La historia del préstamo a la gruesa nos lleva a la más remota antigüedad de los pueblos de la India. ¿Cuál es la relación que guardaba esta institución en la Edad Media con la prenda sin desplazamiento, con la garantía condicionada por los peligros de la navegación y con la hipoteca exclusivamente real? El autor examina estas cuestiones en el Derecho marítimo de Lübeck, Atenas-Roma y Rialto-Venecia.

WILHELM FELGENTRAEGER (profesor de Marburg): *Zu den Formulae Andecavenses*.

En los formularios de los tiempos merovingios y carlovingios se encuentran muchos testimonios de la vida jurídica de los francos, visigodos, borgoñones y demás pueblos germánicos. En este trabajo se examinan las fórmulas andecavenses, colección de 60 documentos redactadas en Angers en la primera mitad del siglo VII, que ha llegado a nosotros en un manuscrito del siglo siguiente. Más bien que de un texto doctrinal se trata de modelos notariales y protocolarios que la Iglesia, sobre todo, utilizaba para aplicar el derecho romano. No se hallan, sin embargo, alejados por completo del Derecho germánico, porque en muchos sitios afloran elementos procesales (testigos, juramentos) y las influencias del ordenamiento vivido o de las leyes bárbaras.

ENRICH GENZMER (profesor de Francfort) : *Eine anonyme Kleinschrift de testibus aus der Zeit um 1.200.*

Una contribución dedicada al estudio de la teoría y de la práctica de la prueba de testigos a principios del siglo XIII. Se trata de un opúsculo en latín incluido en un manuscrito de la biblioteca capitular de Sitten; más bien un fragmento, sin *incipit* ni *expliciti*, procedente de la escuela de Bolonia y debido a algún discípulo de Juan Bassiano. Como fuentes parece haber empleado el autor el Decreto de Graciano, el Códex, las Auténticas, el Digesto y la Historia bíblica de Daniel y Susana. Comprende la reglamentación del juramento, el examen separado de los testigos, las interrogaciones que, como en el juicio de Daniel, tienden a poner en contradicción a los testigos ("¿Debajo de qué árbol sorprendisteis a Susana?" "Debajo de un lentisco", contestó un viejo. "Debajo de una encina", dijo el otro.); la valoración del testimonio, la declaración de los ausentes y la necesidad de la rogación en los casos de confesión de pago, reconocimiento de deuda, testamento y divorcio.

HELMUT COING, Profesor de Francfort, s. M.—*Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus.*

En el derecho moderno han adquirido una notable importancia las doctrinas sobre los negocios simulados o aparentes y los contratos celebrados para burlar intereses legítimos. Tanto el derecho civil como el procesal y las disposiciones fiscales acuden a la brecha para evitar el atropello de los más fundamentales principios. El clásico derecho romano contaba con unos cuantos preceptos sobre la *simulatio*, desconocía la trascendencia del *agere in fraudem legis* y sólo con retraso llegó a desenvolver la *actio Pauliana* o de impugnación. Los juristas bizantinos progresaron en esta vía y los grandes jurisconsultos Bartolo y Baldo sentaron las bases de la materia. En sus textos estudia el autor el concepto de la simulación, las especies en que se presenta, los contratos imaginarios, los efectos que provocan, las distinciones del fraude (*de re, ad rem; de persona, ad personam; de contractu, ad contractum; de modo, ad modum; de tempore, ad tempus*) y los varios fines que puede perseguir:: burlar la ley, perjudicar a otro, posponer a los acreedores (*agere in fraudem legis, in fraudem alterius, in fraudem credi-*

torum). Por último, se indica el enlace del tema con las presunciones probatorias: *temeraria, probabilis, violenta y juris et de jure*, cuyo manejo es indispensable en la práctica judicial.

V.—HISTORIA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO.

JULIUS BINDER, Profesor de Gottinga: *Die Einheit der praktischen Gesetzgebung*.

Los juristas modernos, por regla general, admiten y colocan en varios grupos las diferentes normas de conducta (legales, consuetudinarias, morales, sociales, religiosas, de costumbres...) que si en los ordenamientos primitivos aparecían mezcladas y confundidas, han sufrido una especie de decantación o discriminación que las coloca en planos paralelos sin subordinación posible a principios superiores. Repetidamente, el autor, en sus tratados de Filosofía del Derecho, ha sostenido, frente a aquella concepción que llama positivista, la idea de que la ordenación de la conducta práctica es unitaria, inconfundible con la “jerarquía de los valores” y desconocida para el positivismo que nada sabe de objetividades espirituales.

Y en el trabajo trata de dibujar las líneas generales del desenvolvimiento histórico de esta aparente multiplicidad de normas, cuyo contenido, si fuera radicalmente distinto, provocaría constante conflictos. En realidad, no se ha pensado bastante profundamente sobre las bases de la obligatoriedad de tales preceptos, y sólo se han referido sus respectivos orígenes a la naturaleza humana, a la razón, a la divinidad... Pero una reflexión más profunda pone de manifiesto que la fuerza vinculativa de múltiples mandatos, al operar sobre las únicas facultades del subordinado, ha de conciliar las exigencias de la voluntad común con la naturaleza de su voluntad particular, de modo que los valores de la Comunidad encuentren en el sujeto que es miembro de la misma, perfecta y armónica obediencia.

A través de los filósofos griegos y de los jurisconsultos romanos, sigue Binder la conceptual unidad del Derecho en la multiplicidad de manifestaciones normativas, pasando después a las opiniones de Krettmayr (redactor del Código bávaro), Savigny y Hegel. El estudio termina con un breve examen, hecho a la luz de estas ideas fundamentales, del proyecto discutido en la Academia de Derecho alemán sobre

"Das Recht des Testaments". Puesto que la *legislación* debe ser *unitaria* y el testador ha de redactar su última voluntad en plena conciencia de las responsabilidades que la familia, sociedad y pueblo le imponen, no hay que esperar de la moral o las costumbres la sanción específica de las infracciones cometidas al amparo de la libertad de testar, sino imponer en las consecuencias los giros coactivos del Derecho, a ejemplo del Romano, que concedió la *querela inofficiosi testamenti* a los descendientes del causante, cuando éste en su testamento se hubiera olvidado de los deberes de piedad familiar. No hay contradicción posible entre la conciencia individual y la general, y al Juez corresponde decidir las antinomias aparentes con toda libertad (por ejemplo, privando de su legítima al hijo desheredado, por ser mucho más rico que sus hermanos).

LA REDACCIÓN.