

DERECHO VALENCIANO, DERECHO CATALÁN Y RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN: REFLEXIONES EN TORNO A LA INSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES *

FRANCISCO L. PACHECO
Universidad de Barcelona

I. Tomando como pretexto la institución de las servidumbres prediales, pretendo abordar aquí o, mejor dicho, retomar, el viejo tema de las relaciones entre los Furs de Valencia y las Costums de Tortosa y el de la vinculación de ambos textos, Furs y Costums, con el derecho romano justinianeo. Me inducen a ello, además de razones sobre las que ahora no es preciso dar cuenta, el hecho de que, a pesar de la existencia de trabajos sobre la materia, la discusión en torno a las relaciones entre Furs y Costums y en torno a sus respectivas fuentes aún no está cerrada. En algunas ocasiones, incluso desde la estricta perspectiva de la historia del derecho, los correspondientes estudios han planteado sólidas hipótesis de trabajo que, con todo, están todavía necesitadas de ulterior confirmación¹. En otras, y desde perspectivas ajenas a la historia del derecho, la cuestión, como recordaba hace poco Arcadio García, se ha reducido a “una simple polèmica de precedència, mes o menys localista, semblant a les moltes picabaralles erudites d'aquesta mena, en les que tantes vegades s'engrescaren

*. El presente trabajo se inscribe en el proyecto PB 93/0794, de la DGICYT, del que es director A. Iglesia.

1. Me refiero fundamentalmente a A. M^a BARRERO, “El Derecho romano en los Furs de Valencia de Jaime I”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 41(1971), 639-664, a A. IGLESIA FERREIROS, “Las Costums de Tortosa y los Fori/Furs de Valencia”, en *Costums de Tortosa. Estudis*, Tortosa, Centre Associat de Tortosa, Universitat Nacional d'Educació a Distància, 1979, 121-286 y a A. GARCÍA SANZ, “La concordança de les Costums de Tortosa i els Furs de València”, en *Costums*, cit., 289-325; en pp. 289-290, en donde puede verse la bibliografía más antigua (Oliver, Danvila, Chabás, Cots y Gorchs), esboza brevemente el estado de la cuestión.

Una “exposición general crítica sobre el estado de la investigación”, con referencia a las aportaciones de Oliver, Chabás, Danvila y Collado, Castañeda, Cebrián Ibor, Honorio García, Arcadio García, Dualde y Barrero, en J.GARCÍA GONZÁLEZ, “Las fuentes de los fueros de Valencia”, en *En torno al 750 Aniversario. Antecedentes y consecuencias de la conquista de Valencia*, tomo I, Monografies del Consell Valencià de Cultura, València, 1989, 345-360, quien, a pesar de sus intenciones, no cita el trabajo de Aquilino Iglesia. Del mismo modo, para G.MARTÍNEZ DÍEZ, “Los fueros valencianos en relación con otros fueros coetáneos”, en *En torno*, cit, 379-393, en tema de fuentes de Furs, la última aportación es la de Barrero. Aunque no exactamente para el orden de cosas que aquí interesa, puede verse M. PESET, “Observaciones sobre la génesis de los Fueros de Valencia y sobre sus ediciones impresas”, en *Ligarzas* 3(1971) 48 ss. y, del mismo, aunque de menor entidad, “Furs de Valencia: su sentido y vigencia”, en *En torno*, cit., 361-378.

estèrilment els il.lustrats del segle XVIII i XIX”². Dado que no me mueve ningún tipo de localismo, sólo me propongo profundizar en algunas de las hipótesis ya lanzadas por otros autores y colaborar en una tarea que está aún por hacer si, como concluía Iglesia en 1979, una respuesta definitiva sobre las relaciones entre Costums y Furs sólo se dará si se procede a un contejo título por título y capítulo por capítulo³. Respecto del problema de la vinculación de ambos textos al derecho romano justiniano, ha de advertirse que, dada por sentada la utilización, tanto en Costums como en Furs, de las fuentes justinianas, se precisa ahora saber cuáles y en qué medida, lo que implica un examen comparativo de la disciplina jurídica contenida en los respectivos textos, tarea esta que también está por realizar si se tiene en cuenta que, salvo excepciones, no se suele poner de manifiesto más que la vinculación de los títulos o rúbricas de Furs y Costums con los títulos del Código, mientras resulta más problemática la identificación de la fuente de cada uno de los capítulos, como se ha de comprobar más adelante. Pretendo, pues, abordar todas estas cuestiones tomando como pretexto la disciplina de las servidumbres prediales o, de forma más exacta, el modo como esa disciplina ha sido recogida en Furs y Costums y su comparación con los lugares correspondientes de la Compilación Justiniana. Quiere ello decir que los resultados eventualmente obtenidos sólo tendrán sentido con referencia a materias y sedes textuales concretas, por lo que su extrapolación deberá realizarse siempre con las oportunas reservas.

Antes de comenzar, dos precisiones. Una sobre la cronología de las obras estudiadas; otra, sobre la sistemática que adoptare. Por lo que se refiere a la primera cuestión, debo señalar que, a pesar de Massip, creo que las redacciones de derecho valenciano, en particular el texto latino, son anteriores a las redacciones de derecho tortosino, tanto a la de 1272, de Gil y Tamarit, como a la definitiva de 1279, por lo que, puestos a afirmar dependencias, éstas serían de las redacciones de derecho tortosino respecto de las del valenciano, como intentaré hacer ver. Nada empuja a esta hipótesis el hecho, bien estudiado por Font Rius, de que antes de 1272 y 1279 circulasen “recensiones iniciales de derecho tortosino”, prueba de la “presencia o mera existencia de complejos normativos con mayor o menor corporeidad”, por utilizar las palabras del mismo Font⁴, ya que mi

2. A. GARCÍA SANZ, “Un privilegi valencià dins el text de la Costum de Tortosa”, en *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, tomo I, València, 1989, 415. Aunque García Sanz no hace una referencia explícita, creo que en el marco de esta polémica localista inaugurada hace años por B. OLIVER, *Historia del Derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia*, tomo I, Madrid, 1876, 306-338, cabe encuadrar los trabajos de J. MASSIP, “La gestació dels codis de 1272 y 1279”, en *Costums*, cit., 65-115, fundamentalmente, y *La gestació de les Costums de Tortosa*, Tortosa, 1984, quien sobre la creencia de que “Les Costums de Tortosa són un cos escrit ja almenys sobre 1240” (*La gestació dels Codis*, cit., 90), mantiene la dependencia de los Furs respecto del texto tortosino (*La gestació dels Codis*, cit., 30-31) o una evolución paralela de ambos textos (*La gestació dels Codis*, cit., 90); todo, menos admitir la dependencia de las Costums de Tortosa respecto del texto valenciano.

3. A. IGLESIA, *Las costums*, cit., 291.

4. Para lo cual, J.M. FONT RIUS, “El procés de formació de les Costums de Tortosa”, *Revista Jurídica de Catalunya* 42 (enero-marzo 1973) 1, 155-178 y “Las redacciones iniciales de usos y costumbres de Tortosa”, en *Costums*, cit., 17-61, en donde pueden consultarse estas recensiones.

intención no es establecer los orígenes del derecho tortosino, sino la relación entre las Costums de Tortosa y los Furs de Valencia, tomando como punto de partida las redacciones sistemáticas y definitivas, divididas en libros y rúbricas que datan, mientras no se demuestre otra cosa, de 1272 y 1279. Por otra parte, una lectura no muy atenta del contenido de las recensiones iniciales demuestra que éstas sólo constituyen un núcleo inicial sobre materias muy específicas, quizá de urgente regulación, relativas a los conflictos entre la señoría de Tortosa-Templarios y Casa de Montcada- y los ciudadanos, al que se le ha añadido material de diversa procedencia. Me atrevería a decir que, para la materia que nos afecta, puede prescindirse de la existencia de estas anotaciones usuarias anteriores a 1272 porque lo que en las Costums podríamos llamar cuestiones de derecho privado no proceden, en general, de estas recensiones iniciales (centradas, sobre todo, en cuestiones sobre competencias judiciales, cuestiones penales, malos usos, etc), sino de otros lugares.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la sistemática adoptada, debo precisar que procederé a la comparación de los textos valencianos y tortosinos agrupando los distintos furs y costums por unidades temáticas o focos de interés. Sin caer en la *forma disponendi* de la dogmática iusprivatística, se trata de una sistemática que no tiene más finalidad que la de ofrecer una mejor comprensión de la regulación institucional. Dado que se trata de un trabajo en el que los textos constituyen el eje en torno al cual gira toda la argumentación, he optado por ir incorporándolos en el cuerpo del discurso o texto principal, sistema, por lo demás, con el que estoy habituado a trabajar, ya que ante la hipótesis de un ahorro de tiempo o de papel, tanto da que las fuentes figuren en el texto como que figuren, y tendrían que figurar obligatoriamente, anotadas; se trata, en último término, de poner de manifiesto, reconociéndola y no amagándola, la intertextualidad de cualquier tipo de discurso intelectual.

II. C.3.34 *De servitutibus et de aqua*⁵ ha dado lugar la Rúbrica 47 *De servitutibus et aqua* de la redacción latina de los Furs (FAV, en adelante)⁶ y a la Rúbrica XVI, *De servitut d'aygua et d'altres coses*, del libro 3º de la redacción en romance (FV, en adelante)⁷. Un enunciado similar al de los textos valencianos presenta la rúbrica correspondiente de las Costums de Tortosa en las redacciones de 1272 y 1279. Así, la de 1272 (en adelante, CD) presenta una rúbrica

5. Para la edición crítica del Corpus, *Corpus Iuris Civilis*, volumen primum. *Institutiones*, recognovit P. KRUEGER, *Digesta*, recognovit Th. MOMMSEN, Dublin/Zürich, Weidmann, 22ª ed., 1973, volumen secundum, *Codex Iustinianus*, recognovit et retractavit P. KRUEGER, Dublin/Zürich, Weidmann, 14ª ed., 1967.

Para la versión vulgata, los volúmenes VII, IX y X del *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, Augustae Taurinorum, Ex Officina Erasiana, 1969, 1968 y 1968, respectivamente.

6. Citaré siempre por M. DUALDE, *Fori Antiqui Valentiae. Edición crítica*, Madrid-Valencia, 1950-1967.

7. Citaré esta versión por G. COLON y A. GARCÍA (a cura de), *Furs de València*, vol. 3, Barcelona, 1977. Con las debidas cautelas respecto a las notas marginales a los fueros, debe también verse la edición de J. F. PASTOR, *Fori Regni Valentiae*, Impressi Imperiali cum privilegio, Montis-soni concessio, anno MDXLII.

titulada *De servituts dayges e de parets e daltres coses*⁸ y la de 1279 (en adelante, CT) una rúbrica XI, dentro del libro 3º, cuyo enunciado es *De servituts d'aygues e de parets, et d'altres coses*⁹. ¿Pueden extraerse unas primeras conclusiones del enunciado de la rúbricas¹⁰, a la vista del enunciado del título correspondiente del Código? La más evidente es que tanto la versión romance de los Fori como las redacciones CD y CT ofrecen una traducción independiente de C. 3.34 y de FAV 47; en otras palabras, mientras FAV recoge en su rúbrica, con fidelidad casi absoluta, el correspondiente título del Código, FV, CD y CT, en cambio, lo alteran sustancialmente, al añadir FV *et d'altres coses* y al añadir CD y CT *e de parets et d'altres coses*, lo que probablemente indique que los redactores de las Costums han tenido a la vista la traducción de FV, si se admite que sería difícil, a no ser por azar, que traducciones libres de los modelos latinos (C. y FAV) vengan a coincidir en su casi totalidad (sólo la mención a las *parets* separan a FV de CD y CT¹¹).

Si queda clara la relación entre C. 3.34 y FAV 47, FV 3.16 y Costums 3.11 (en sus dos redacciones), es necesario ahora precisar el alcance de esta relación. Bajo el título 34 del libro 3º del Código se acogen catorce constituciones imperiales, de las que la mayoría, a excepción de cuatro de ellas, C. 3.34.1, 5, 8 y 9, tratan de materias referentes a servidumbres rústicas, por utilizar la terminología tradicional¹². Frente a estas catorce constituciones imperiales del título 34 del libro 3º del Código, FAV 47 acoge 38 capítulos que pasan, aunque en diferente orden, a FV 3.16¹³; por su parte, CD y CT contienen bajo su rúbrica 31 capítulos. Este simple contejo demuestra que, al menos que las catorce constituciones del título 34 del Código hayan sido geminadas o divididas y utilizadas por partes, no pueden haber dado lugar a los 38 y 31 capítulos, respectivamente, de las rúbricas valencianas y catalanas. Si se tiene en cuenta que hay más capítulos que constituciones, lo que no quiere decir que todas las constituciones hayan sido utilizadas en FAV/FV y CD/CT, y si se tiene en cuenta la especial atención que cuantitativa y cualitativamente merece la regulación de las situaciones deservueltas en el ámbito urbano en los textos valencianos y tortosinos, frente a la escasa presencia de estas situaciones en C. 3.34, la conclusión es obvia: C.3.34, que parece haber inspirado a FAV 47/FV 3.16 y CD/CT 3.11, no es, sin embargo, la única fuente utilizada. ¿Qué otras fuentes han sido utilizadas? Trataré de responder a esta pregunta al hilo del estudio de la regulación de las servidumbres en los diferentes textos.

8. Citaré por *Consuetudines Dertosaes*, Tarragona, Instituto de Estudios Tarraconenses "Ramón Beranguer IV", 1972 (edición facsimilar).

9. Citaré esta redacción por B. OLIVER, *Historia del Derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia*, tomo IV, Madrid, 1881.

10. Hablaré de *rúbricas* por respetar la denominación ofrecida por las respectivas ediciones manejadas; se trata de lo que comúnmente se conoce por *títulos*.

11. Con reservas, esta clase de dependencia parece mantenerla A. IGLESIA, *Las Costums*, cit., 134 y nota 20, 135.

12. C. 3.34.13 regula el problema de la extinción de *omnes servitutes*, por lo que su disciplina debe extenderse a rústicas y urbanas.

13. Prescindo, a los efectos que aquí interesan, por razones evidentes, de FV 3.16.39 a 41.

III. Desde el derecho romano, una de las características que se predicaban de las servidumbres es su utilidad. Las servidumbres prediales, si desde el punto de vista del titular del fundo sirviente representan siempre un *pacti* o un *non facere*¹⁴, para el titular del fundo dominante deben representar siempre algún tipo de utilidad. Hasta tal punto ello es así, que según el derecho romano los pactos cuyo contenido no reportasen la mencionada utilidad y cuyo quebrantamiento, consiguientemente, no supusiesen un daño, no eran válidos:

D. 8.1.15 pr.: *Quotiens nec hominum nec praedium servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistat: ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quarere minuendae aqua mea gratia.*

La regla del Digesto ha, sin duda alguna, inspirado a los redactores de de FAV 47.12, quienes, sin proceder a tomarlo literalmente, han recogido el principio romano a través de los mismos ejemplos, si bien han suprimido y añadido otros, y a través de la distinción, por el mismo orden, entre pactos que no reportan utilidad y pactos que sí comportan utilidad y consiguiente daño si no se cumplen:

FAV 47.12: *Si vicinus fecerit mihi pactum ne in fundo suo consistat vel per fundum suum non eat vel ne, me invito, praedium alienet, non valeat pactum, quia mea non interest supradicta non fieri, id est, nullum dampnum patior si contra pactum supradictum fuerit factum, cum quilibet facere potest in suo quicquid voluerit, dummodo illud non sit iure prohibitum. Aliud est si vicinus mihi promiserit ne licet ei in fundo suo aquam querere vel puteum aperire ne aqua illa, que in meo fundo est, vel puteus exarescat.*

Los redactores de FAV demuestran aquí un afán didáctico que no está presente en la regla romana, ya que no sólo señalan aquellos casos en que los pactos no son válidos, sino que explican la razón; así, no vale el pacto consistente en no permanecer en el propio fundo o no transitar por él porque, si cada uno en lo suyo puede hacer todo aquello que no esté prohibido, la contravención del pacto no supondría daño alguno para la otra parte, lo que si ocurriría, en cambio, si el pacto consistiese en no buscar agua o en no hacer pozo a fin de que no disminuya el agua o no se seque el pozo del vecino.

Con un alto grado de fidelidad, FAV 47.12 ha sido traducido al romance y ha dado lugar a FV 3.16.29, que añade, entre los pactos no válidos, el consistente en entrar en el propio fundo:

14. D. 8.1.15.1

FV 3.16.29: Si el vehí meu farà ab mi covinença que ell no estie ni entre en lo seu camp, o que ell no vaje per lo seu camp, o que no.l vena ni l'alien sens ma volentat, no val aytal covinença, per ço car negun interésser meu no és que les damunt dites coses non sien feites, ço és que negun dan no.y he si contra la covinença damunt dita serà feit, per ço car cascun pot fer e.l seu ço que.s volrà, sol que no sie vedat en dret ço que ell hi farà. Mas altra cosa és si.l vehí meu prometrà a mi que no pusque el camp seu aygua cercar ni pou fer, per ço que aquella aygua que naix el meu camp, nil pou que serà en aquell meu camp, no se n'exech ni se'n dessech.

CD y CT, por su parte, sólo han aprovechado la segunda parte del texto justiniano, al establecer que es válida la servidumbre consistente en no hacer pozo en el fundo propio a fin de no secar los veneros del pozo ajeno y vecino:

CT 3.11.29: Si yo faç covinenç a mom vey que no faça pou en les mies cases o en les mies honors, per ço que el meu pou que faria no sec les venes del pou de mon vey, val aquesta covinença e aquesta paccio e aquesta servitut axi feyta e posada¹⁵.

Los redactores de las Costums han resumido o simplificado el texto justiniano más aún que FAV/FV; obsérvese, sin embargo, que la referencia a no hacer pozo está, como añadido, en los texto valencianos, latino y romance, no en el texto justiniano, con lo que, una referencia similiar en CT 3.11.29 bien podría explicarse a partir de la consideración, en este caso, de los textos valencianos como modelo de las Costums. Veamos si esta primera impresión puede seguirse manteniendo.

Si las servidumbres deben comportar siempre una utilidad, el derecho romano entendía que la misma debía referirse siempre a los predios, no a las personas. Por esta razón, no se consideraba servidumbre aquella cuyo contenido consistiese en ventajas de carácter personal, como coger fruta, pasear o cenar en el predio ajeno. El principio procede, otra vez, del Digesto:

D.8.1.8. pr.: Ut pomum decerpere liceat et ut spatiare et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.

y es recogido en los Fori, en donde se añade que tampoco puede ser contenido de una servidumbre el que alguien pueda trillar en fundo ajeno:

FAV 47.5: Ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut cenari in alieno vel trillare in aliena area possimus, servitus imponi non potest.

15. Transcribiré siempre la redacción definitiva de 1279; no obstante, anotaré las diferencias y variantes respecto de CD, siempre que éstas no sean meramente ortográficas o sintácticas, salvo que sea estrictamente necesario para el argumento de que se trate.

Los Furs, por su parte, traducen el texto latino sin añadir ni suprimir nada de su contenido, a no ser que quiera verse una adición en el hecho de explicar la operación en que normalmente consiste la trilla, batir el trigo:

FV 3.16.30: Negú no pot possar aytal servitut en altruy camp o loch, ço es que culla fryta, o s'i vage deportar, o hi vage menyar, o en altruy era batre son blat per rahó de servitut.

Las Costums de Tortosa recogen igualmente el principio, pero reelaborando de forma más independiente que FAV/FV el texto justinianeo, al establecer que no puede existir ni ganarse servidumbre que consista en meter trigo o frutos en predio ajeno o secar trigo o frutos en eras u honores ajenas:

CT 3.11.5, tercer párrafo: Ja sia ço que molts homens meten lurs blats e lurs fryts ab altre¹⁶ et a secar en estranyes eres o en estranyes honors, e portar¹⁷ aquí, entren ne isquen e que y estien e que y facen lur volentat e lurs delits, jens per tot aylo servitut no y ha, ne y guanya.

Si admitimos la prioridad cronológica de los textos valencianos y si se tienen en cuenta las diferencias de redacción entre CD y CT, que señalo sub nota 16 y 17, se observará cierta dependencia de CD 3.11.5, párrafo tercero respecto de FV. 3.16. 30, ya que, con independencia de que los redactores tortosinos hayan podido tener a la vista D.8.1.8 pr., parece que éste ha sido reelaborado en CD a partir de la mención al trigo y a batir el trigo, introducida por FV.

Otra de las características de la institución romana de las servidumbres es la referente a la exigencia de que los predios entre los cuales se establece una relación de servicio deban pertenecer a distinto propietario. Esta exigencia está formulada en varios pasajes de la Compilación¹⁸, de la que sólo transcribiré aquel que parece haber informado nuestros textos y en el que se prohíbe que en la cosa común alguno de los dueños establezca una servidumbre contra la voluntad el otro porque *nulli enim res sua servit*:

D. 8.2.26: In re comuni nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter facit: nulli enim res sua servit.

Esta regla pasa, casi en forma idéntica, a FAV:

16. ab altre/ a batre CD.

17. e portar/ per deportar CD.

18. D. 7.6.5 pr., D. 8.3.31, D. 8.3.33.1, D. 8.4.10.

FAV 47.33: In re comuni [nemo] dominorum iure servitutis [neque] facere quicquam, invito altero, potest neque prohibere, quo minus alter fiat; nulli enim res sua servit¹⁹

La traducción valenciana da lugar a un *fur* más extenso, consecuencia de las paráfrasis empleadas, aunque con el mismo contenido jurídico:

FV 3.16.12: En la cosa comuna que entre dos hòmens és, negun dels senyors per dret de servitut, ço ès que digue ell haje aytal servitut en aquella cosa, que puesque atorgar a altre servitut sobre aquella cosa que és comuna, contra la volentat de son companyó per dret no ó pot fer; ni algú dels companyons no pot vedar a altre, per rahó que digue que ell ha servitut en aquella cosa, que ell no façe res en aquella cosa comuna sens volentat sua, per ço car en la sua cosa negú per dret no pot haver servitut.

Frente a este esfuerzo que parece haber desplegado el traductor y redactor de los Furs, lo que le ha llevado a alejarse de la simplicidad de FAV, CD/CT parecen volver al laconismo de la regla romana y, por tanto, al laconismo de FAV, a los que se simplifica, ya que los redactores tortosinos recogen el principio, pero prescinden de su razonamiento:

CT 3.11.26: En cosa comuna que sia de dos o de pues, a força de sos companyons negun dels altres no pot ne deu metre ne posar alguna servitut.

Se ha prescindido, pues, de la regla *nulli enim res sua servit*. Es difícil pensar que hayan sido CD/CT quienes hayan inspirado a los redactores valencianos porque, aunque no entra dentro de lo imposible que los redactores de FAV /FV, después de tomar el modelo tortosino, hayan tenido que recurrir a la Compilación para completarlo con la frase *nulli enim res sua servit*, la hipótesis más factible es que del modelo se haya prescindido de aquello que no se considera necesario; en el caso que nos ocupa, bien directamente D. 8.2.26, bien FAV 47.33 habrían sido los modelos de los redactores tortosinos, quienes han prescindido de la justificación del principio.

Como derechos “esencialmente solidarios e indivisibles”, el derecho romano tenía prohibida la constitución de servidumbres por uno solo de los copropietarios:

D. 8.1.2: Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest.

19. Entre corchetes, en adelante, las palabras restituidas por Dualde.

Este principio ha pasado en toda su literalidad a FAV 47.11, por lo que no es necesario transcribirlo nuevamente²⁰, mientras FV, en su traducción, no hace sino presentar de una forma más comprensible lo que muy concisamente estaba en D. 8.1.2 y FAV 47.11:

FV 3.16.11: Si seran dos senyors de unes cases comunes, la un d'aquels no pot posar servitut sens volentat de l'altre en aqueles cases qui seran comunes.

Similar comentario cabe hacer del lugar paralelo en las Costums:

CT 3.11.6, segundo párrafo: Item, ne servitut la un contra volentat del altre no y pot posar ne deu, e si o fa, ya no val re, ne mou al altre.

De la misma forma que un copropietario no puede imponer servidumbre alguna en la cosa común, tampoco puede edificar en el solar común, aunque tenga permiso del vecino para realizar la edificación. En sede de copropiedad, más que de servidumbres, se trata de lo que algunos llaman primacía del *ius prohibendi* de uno de los socios sobre el *ius faciendi* del otro:

D. 8.2.27.1: Si in area communi aedificari velis, socius prohibendi ius habet, quamvis tu aedificandi ius habeas a vicino concessum, quia invito socio in re communi non habeas ius aedificandi.

Este texto del Digesto pasa también de forma íntegra la FAV 47.7, por lo que sobra su transcripción²¹, pero resulta curioso comprobar cómo FV, acercando la regla romana, que en principio sólo afecta a los copropietarios, al problema de las servidumbres, supone que el tercero vecino que otorga permiso para edificar a uno de los socios, permiso ineficaz frente a la oposición del otro socio, es titular de un derecho a impedir que no se edifique ni se construya:

FV 3.16.10: Si dos companyons hauran una era o un pati ensemps cominalmente, e un altre qui serà vehí d'aquela era o d'aquell pati, lo qual havie servitut en aquella era o en aquell pati, ço és que negú no.y pogués hedificar ni obrar, e aquell vehí atorgará a un d'aquels companyons que pogés en aquella era o en aquell pati hedificar, l'altre companyó, vedan a aquell a qui és atorgat que.y hedificàs, no.y pot hedificar ni obrar.

20. Variantes ortográficas al margen, fácilmente detectables por el lector interesado si acude a las ediciones correspondientes, prescindiré de transcribir el texto de los Fori cuando coincida con otro de la Compilación ya transcrito.

21. Fori ofrece *hedifficans* en lugar de *aedificandi*, y *habes ius edificandi* en lugar de *habeas ius aedificandi*.

Nos encontramos, pues, y no será el único caso, ante una versión bastante independiente respecto del modelo romano y respecto del modelo ofrecido por FAV. Las Costums de Tortosa, en cambio, siguen más de cerca el modelo romano o, si se quiere, la redacción latina de los Furs:

CT 3.11.6, primer párrafo: Plaça que sia de dos o de pus, si la un dels companyons hi vol edificar cases e l'altre li veda que no o faça, edificar no y pot ne deu fer re; car en cosa comuna a força del companyo l'altre edificar no y pot, ne deu fer neguna cosa ²².

Si, como hemos visto, una consecuencia del carácter indivisible de las servidumbres es la imposibilidad de constitución a favor de una cuota de propiedad del fundo, lo que explica el que uno solo de los copropietarios no pueda imponer servidumbres en la cosa común, del mismo carácter indivisible de estos derechos se deriva la imposibilidad de su extinción *pro parte*, lo que quiere decir que las servidumbres o se extinguen enteras o no se extinguen. En este sentido, los juristas romanos habían negado que las servidumbres se extinguiesen por confusión cuando el propietario del fundo dominante adquiriese parte del fundo sirviente o cuando el propietario del predio sirviente adquiriese parte del predio dominante y afirmado, al contrario, que *pro parte servitus retinetur*. Esta caracterización de las servidumbres está en D. 8.1.8.1 y en D. 8.2.30.1; este último pasaje es el que ha servido de modelo a los redactores de los Fori:

D. 8.2.30.1: Si partem praedii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur. itaque si praedia mea praediis tuis serviant et tuorum mihi et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus. item usus fructus in alterutris praediis adquisitus non interrumpit servitutem.

El fragmento ha pasado a los FAV, cuyos redactores han suprimido algo de su contenido, aunque también han añadido algo de su propia cosecha:

FV 47.35: Si partem praedii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam ²³, non confundi servitutem placet, quia per partes servitus retinetur. Itaque, si praedia mea praediis tuis serviant et tuorum partem mihi et ego partem meorum tibi tradidero, manebit servitus quoad partem alii remanentem.

22. Nótese, aunque estas cuestiones de sistemática serán señaladas más tarde de forma global, que dos preceptos cercanos de FV, 3.16.10 y 3.16.11, han sido refundidos en los dos párrafos que componen CD/CT 3.11.6, lo que no quiere decir que los redactores de las Costums no hayan podido tener a la vista FAV 47.11 y 47.7.

23. DUALDE, *Fori*, cit., 76 nota 29 señala, aquí, la existencia de una "evidente laguna"; si se tiene en cuenta la vinculación entre FAV 47.35 y D. 8.2.30.1, tal laguna no parece probable, en la medida en que en Fori, en el lugar donde se señala la laguna, no falta nada de lo que está en Digesto.

Como puede verse, se ha suprimido la indicación relativa a que el usufructo adquirido sobre unos u otros predios tampoco interrumpe la servidumbre, mientras se ha introducido una nueva frase (*quoad-remanentem*), cuya finalidad es designar respecto de qué se entiende que la servidumbre permanece por partes: respecto de aquellas partes del fundo que han sido objeto de entrega.

La traducción al valenciano no incorpora novedades referentes a la disciplina:

FV 3.16.22: Si alcú ha servitut en hereditat d'altre, e d'aquella hereditat comprarà o per altra rahó guanyarà una partida, que no perde aquell qui haurà guanyada o comprada aquella part la servitut que havie en aquella hereditat, ans li romanga la servitut en aytant quant és la part qui roman a aquel de qui la haurà haüda.

Aquest fur declarà e romançà lo senyor rey.

El mismo principio referente a la no extinción por confusión de las servidumbres cuando uno de los propietarios compra parte del fundo sirviente o dominante, también se encuentra en las Costums, de la forma siguiente:

CT 3.11.28: Si les mies cases o les mies honors deven servitut a les cases o honors de mon vey, et yo, d'ell d'aqueles cases o honors compre una partida, gran o poca, o ell compre de mi, mas no toc la servitut que dabans hi era, roman entegra e sancere, e's deu axi como dabans se devia.

Obsérvese cómo, mientras el derecho valenciano, siguiendo al justiniano, afirma que *servitus pro parte retinetur*, los redactores de las Costums optan por la persistencia de la servidumbre de forma íntegra y del mismo modo en que antes era debida. En realidad, no es que estemos ante el establecimiento de un principio totalmente contrario al derecho justiniano, sino ante otra forma de enfocar el problema, porque, en último término, la servidumbre no puede permanecer más que en relación a la parte de fundo de la que no se es propietario, por aplicación de la regla *nemini res sua servit*, que también aceptan las Costums. Quizá, el alejamiento de CD/CT respecto a FAV/FV pueda explicarse si se tiene en cuenta que el modelo de las Costums, en este punto, no ha sido D.8.2.30.1, sino, parcialmente, D.8.1.8.1²⁴, texto que por su factura y contenido guarda más relación con el pasaje tortosino que con los valencianos, claramente dependientes de D.8.2.30.1.

IV. Adentrémonos ahora en la disciplina concreta de las servidumbres, a través de la contemplación de los diferentes tipos recogidos en los textos valencianos y tortosinos.

24. D. 8.1.8.1: Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non potest.

De entre las servidumbres que, por utilizar la terminología tradicional, se denominan rústicas, nuestros textos se ocupan de las de agua y paso, siguiendo, como es habitual, las prescripciones del derecho romano justiniano. Veamos.

Por lo que se refiere al agua, una constitución imperial del año 223 había distinguido el uso privado del uso público al advertir que el pretor no permitiría conducir el agua que nace en fundo ajeno a aquel que, sin voluntad de aquel a quien pertenece el uso del agua, pretendiese tal conducción:

C.3.34.4: *Aquam, quae in alieno loco oritur, sine voluntate eius, ad quem usus eiusdem aquae pertinet, praetoris edictum non permittit ducere.*

Con la sustitución de la mención al edicto del pretor por la del juez, la redacción latina de los Furs ofrece lo siguiente:

FAV 47.2: *Aquam, que in alieno loco oritur, sine voluntate eius ad quem usus eiusdem aque pertinet, iudex non permittit ducere. Addentes huic foro quod donec ille, cuius erit dictus locus ex quo exit aqua²⁵, quod ipsam possit accipere, et eam recipiant et habeant postea vicini habentes possessiones inferius.*

Es decir, que además de señalarse que el juez no permitirá conducir agua ajena contra la voluntad de aquel a quien pertenece su uso, se añade, en un segundo párrafo y sin consideración ya al modelo justiniano, que los propietarios de los fundos inferiores podrán tomar y recibir el agua sobrante después que la haya tomado el propietario del lugar en el que el agua nace.

La traducción valenciana no incorpora modificaciones de contenido, pero los traductores han advertido que el segundo párrafo procede una adición del rey:

FV 3.16.36: *L'aygua que naxerà en altruy camp o loch, sens volentat d'aquel al qual l'us pertayn, negú no la pot pendre.*

En aquest fur enadex lo senyor rey que dementre que aquel de qui serà lo loch on naxerà l'aygua haurà mester aquela aygua, que la prena e la haje, e quant no la haurà mester, que la prenen e la haje en los vehíns qui seran dejós ell.

Este precepto encuentra su correspondencia en otro de las Costums, que también abundan, alejándose del texto justiniano, en la idea contenida en la adición real, según la cual las aguas, una vez fuera del lugar de donde nacen, pueden ser usadas por los propietarios de otros fundos sin oposición alguna por parte del propietario del mencionado lugar, lo que demuestra, en fin, una evidente vinculación entre el texto tortosino y los textos valencianos:

25. El texto presenta aquí, según DUALDE, *Fori*, cit., 70 nota 2, una laguna.

CT 3.11.3: Aygua que nasca o venga en camp ne en honor d'algo, negu en aquel camp ne en aquella honor no deu entrar ne exir per usar ne per pendre d'aquela aygua, sens volentat e consentiment d'aquel de qui es lo camp o la honor on aquella aygua es.

Mas tantost com aquella aygua es fora del camp o d'aquela honor, tot hom ne pot pendre e usar d'aquela aygua ab que no faça prejudici a altre camp o a honor d'altre, al entrar en al exir, sens contrast ne embargament d'altra persona, si que'el senyor del camp o de la honor on l'aygua nayx o ve no y pot ne y deu fer contrast ne embargament.

Si los redactores de las Costums de Tortosa hubiesen dependido sólo del Código de Justiniano, podrían o no haber completado por su cuenta la reglamentación en aquél contenida, pero que lo hayan hecho en el mismo sentido en que lo hace la adición del rey en los FAV y en los FV, sólo puede explicarse, partiendo nuevamente de la prioridad cronológica que otorgo a los textos valencianos, si los redactores tortosinos, además de recurrir al Código, lo que es evidente, han recurrido, a veces, a los textos valencianos para completar la disciplina contenida en la Compilación.

Sigamos, antes de entrar en lo que es propiamente materia de servidumbres, con las aguas públicas. Un rescripto de los Emperadores Antonino y Vero contenía una respuesta según la cual las aguas de los ríos públicos debían repartirse en proporción a la superficie que cada propietario ribereño tuviese que regar, a menos que uno de estos propietarios demostrase que tenía derecho a más cantidad de agua. Asimismo, el rescripto advertía que la conducción de agua desde estos cauces públicos sólo se permitiría si no perjudicaba a terceros:

D. 8.3.17: Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportere, nisi proprio iure quis plus sibi datum ostenderit. item rescripserunt aquam ita demum permiti duci, si sine iniuria alterius id fiat.

Una vez suprimidas las alusiones a la actividad rescriptoria de los Emperadores, los Fori ofrecen el siguiente texto:

FAV 47.37: Aq[u]am de flumine publico pro modo possessionum ad rigandos agros dividi oportere, nisi proprio iure quis plus sibi datum ostenderit; aquam ita demum permiti duci, si sine iniuria alterius fiat id,

mientras los Furs, sin modificar la disciplina, traducen:

FV 3.16.38: L'aygua del flum públich deu esser partida segons la maera e la granea de les possessions a regar los camps, si donchs alcú no mostrave que més li'n fos donada que li'n pertanya per la part dels seus camps a regar; empero l'aygua aquella sie menada a regar a aquels camps, enaxí que sie feyt sens injúria d'altre,

y otro tanto establecen las Costums, en clara dependencia, creo, de los FV:

CT 3.11.30: Aygua que davall de rius o de font o de flum public, deu esser partida segons les honors e la quantitat d'elles aregar, si doncs algu no mostrava que ell hi agues millor dret qu'els altres.

Pero aquela aygua deven menar e deu esser menada sens enjuria de sos veyns.

En relación a las servidumbres de agua, nuestros textos también se ocupan del problema de la determinación del *locus* en la servidumbres de acueducto, y de la facultad accesoria de paso en las servidumbres de acueducto y saca de agua.

Aunque la determinación del lugar de ejercicio de las servidumbres suele ser una de las previsiones tomadas en el acto de constitución, puede ocurrir que ello no sea así. En relación a la servidumbre de acueducto, el derecho romano tenía previsto que, a falta de determinación del *locus servitutis*, se entendiese que todo el fundo prestaba la mencionada servidumbre²⁶. Los redactores valencianos, si pueden haberse hecho eco de la preocupación demostrada por los textos justinianos por la cuestión de la determinación del *locus*, no los han tomado como modelo, ya que han optado por una solución diferente al incluir un fuero que ordena, en relación al paso de agua, que a falta de determinación del lugar por donde ha de efectuarse la conducción, el titular del derecho deberá conducir agua por aquella parte del fundo por donde menos perjuicio cause a su concedente:

FAV 47.9: Si aliquis concesserit alicui aque iter per domum suam, non destinata parte per quem locum ducat aquam, dicimus eum debere certum locum, per quem ducat, assignare; quod si non fecerit, ille, cui concessum aque iter, ducat aquam per illam partem fundi per quam minus dampnum sit concedentis. Hunc forum emendavit et arromanavit dominus rex,

cuya traducción valenciana es la siguiente:

FV 3.16.23: Si alcú done a altre que pas aygua per lo seu loch, deim que li assigne loch; e si no ó fa, aquel a qui atorgat será, pas aquella aygua per loch on menys de dan sie d'aquel qui l'atorgament li haurà feyt.

Aquest fur adobá e romançà lo senyor rey.

El derecho tortosino, en cambio, opta por consagrar la solución romana, al establecer que cuando alguien concede a otro un derecho de paso o de paso de agua sin designación del lugar por donde han de ejercerse tales derechos, toda

26. D. 8.3.21; vid., sin embargo, D. 8.3.13.1 y, en relación al paso, D. 8.1.9, en donde se acepta el criterio del menor daño para el fundo sirviente; en relación al *iter ad sepulchrum*, D. 11.7.12 pr., donde también se acepta el criterio del menor daño para el vecino.

la finca se entiende gravada, de forma que no podrá vetarse el ejercicio del derecho mientras no se proceda a la determinación exacta del *locus*:

CT 3.11.7: Si algun hom dona servitut a altre per son camp o per sa vinya o per sa honor, que li don carrera on pusca entrar o exir o qu'en pusca passar aygua e no li assignara per qual loc²⁷, tot lo camp vinya o altra honor li es obligat, tro que ell li do e li asigne covinent carrera per on pusca entrar et exir o passar aquela aygua; que no pot vedar que no pas o faça passar aquella aygua per qual loc el se vulle.

La solución, como hemos dicho, coincide con la solución romana, pero en punto a los textos que hayan servido de modelo debe descartarse, desde luego, D. 8.3.21 y, todo lo más, admitirse con reservar que los redactores tortosinos se han inspirado, remozándolo profundamente, en D. 8.3.13.1²⁸.

A veces, el ejercicio de la servidumbre implica el consentimiento tácito, por parte del propietario del fundo sirviente, de una serie de facultades de carácter accesorio que hagan posible el disfrute del derecho en toda su plenitud. Desde el derecho romano, quien es titular de una servidumbre de acueducto tiene también a su favor un derecho de paso o de acceso al agua y un derecho de paso para efectuar la limpieza y reparación del cauce de agua, con la obligación subsiguiente, por parte del propietario del fundo sirviente, de dejar un espacio libre a uno y otro lado del *rivus* en donde puedan colocarse los materiales necesarios para la reparación:

D. 8.4.11.1: Si prope tuum fundum ius est mihi aquam rivo ducere, tacita haec iura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire, qua proxime possim, ad reficiendum eum ego fabrique mei, item ut spatium relinquat mihi dominus fundi, qua dextra et sinistra ad rivum adeam et quo terram limum lapidem harenam calcem iacere possim.

Los redactores del texto latino de los Furs han procedido, en este caso, de forma bastante independiente respecto del modelo romano y han ofrecido la siguiente versión del asunto:

FAV 47.17: Si quis per fundum vicini sui habuerit ius aquae ducendae ad rigandum fundum suum, pro hoc habere debebit viam ad rigandum et purgandum rivum vel reficiendum; et dominus fundi debet relinquere

27. que li don-per qual loc/ e noli assignara per qual loch que li don carrera en pusca entrar o exir o quen pusca passar aygua CD.

28. D. 8.3.13.1: Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusae est, ut omnes glabrae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est, modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus constituit, ceterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet.

spatium ex utroque latere ad ponendum ea que sunt ad reficiendum necessaria, et in quo limus et que de rivo extrahatur, reponantur.

La traducción valenciana es bastante fiel al texto latino:

FV 3.16.24: Si alcu per lo camp de son vehí haurà dret, ço és servitut, de menar aygua a rregar lo seu camp, per ço deu haver carrera al riu o a la cèquia a escombrar o a refer; el senyor del camp deu a ell lexar espahi de cascuna part de la cèquia en que pusque posar aqueles coses que seran obs a refer lo riu o la cèquia e en què pusque posar les escombradures el terquim d'aquel riu o d'aquela cèquia.

Las Costums de Tortosa también contemplan el adminículo del acceso al agua y del paso al acueducto con fines de reparación; pero han reelaborado de tal modo el modelo romano, si es que se tuvo presente, que lo que aparece, *prima facie*, como un derecho del titular del fundo dominante, acaba configurándose como una obligación, ya que parecen cargarse las tintas sobre el deber que pesa sobre quien es titular de una servidumbre de acueducto, de mejorar y mantener en buen estado el cauce por donde el agua discurre:

CT 3.11.14, primer párrafo: Quan algu ha servitut de menar aygua per camp o honor d'altre a regar lo seu camp o sa honor, deu aver carrera prop de la riba d'aquel ayguaduyt tro a aquel loc d'on aquela aygua ix. E si per aventura aquela cequia o aquel ayguaduyt covendra a escurar o a escombrar, deu posar ço que d'aquela cequia o ayguaduyt tra o escurara per les hores d'aquela cequia o ayguaduyt, e fer tot milloramente en aquella cequia o ayguaduyt que fer hi volra, e totes hores que fer o vulla, que o pusca millorar e fer.

Como puede verse, los textos valencianos, si independientes en sus versiones y traducciones del modelo romano, se ajustan con bastante perfección al contenido de éste; los redactores tortosinos, en cambio, muestran una casi constante tendencia a la reelaboración, como podrá comprobarse más adelante, que provoca el que la disciplina contenida en las Costums, si es básicamente la romana, no sea exactamente la romana.

Semejante impresión se extrae de la forma en que ambos grupos de textos -los valencianos y los catalanes- regulan el problema relativo al adminículo de la servidumbre de saca de agua. También el Digesto contiene un pasaje, bastante extenso pero del que sólo transcribiremos su comienzo, en el que se dice que al que es titular de una servidumbre de saca de agua, le corresponde también un *iter ad hauriendum*, esto es, un derecho de paso para sacar el agua en fundo ajeno:

D. 8.3.3.3: Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum...

Este texto ha pasado con gran fidelidad a los Fori, que sólo se separan del modelo en el hecho de señalar, a modo ejemplificativo, los lugares en donde se suele tener el *haustus*, pozos o fuentes del vecino, y en el hecho de la sustitución de *videtur* por *debet*, lo que quizá, en el plano de la pura exigencia, suponga la atribución de un mayor grado de intensidad a la presunción romana de “entenderse” contenida una facultad en la otra:

FAV 47.18: Qui habet [h]austum in puteo vel fonte vicini sui, iter quoque debet habere ad [h]auriendum.

Las mismas advertencias valen para el texto romance:

FV 3.16.25: Aquel qui ha servitut de pendre o poar aygua en el pou o en la font de son vehí, deu haver carrera a pendre o a poar aygua d'aquel pou o d'aquella font.

En cambio, el precepto paralelo de las Costums, no sólo recoge la regla romana de la misma forma y con los mismos añadidos con que la recogen los textos valencianos -mención, con FAV/FV, a fuentes y pozos y sustitución de la presunción por un deber-, lo que habla claramente en favor de la dependencia de CD/CT respecto de FAV/FV, sino que, para el caso de que el titular del fundo sirviente se oponga al ejercicio del *iter ad hauriendum* contenido en la servidumbre de *puar aygua*, se prevé la posibilidad de que el veguer, con dos o tres prohombres, determinen por sentencia el lugar por donde el titular del fundo dominante pueda entrar y salir para tomar el agua; como ocurrirá con frecuencia en las Costums, la reelaboración del principio romano se produce en el sentido de su adaptación a la realidad municipal:

CT 3.11.14, segundo párrafo: E si ha servitut tan solamente de puar aygua en pou o en font de son vey, deu aver carrera prop aquela aygua on pusca entrar e exir al aygua o puar. E si per aventura li era contrastat, lo Veguer ab dos o ab tres Prohomens deu lá anar, e per sentencia d'aquels ciutadans que lá iran, deven la y assignar lá on eyls conexeran que myls sia a les parts; e que james no li sia contrastada, que en qualque manera contrast sia d'aytals servituts, per sentencia del Ciutadans ab lo Veguer ensemps se deven determenar destruir e reparar adobar e millorar²⁹.

Ocupémonos ahora de la servidumbres de paso. A semejanza de lo ocurrido con la servidumbre de acueducto, el derecho romano se había preocupado por establecer en qué circunstancias el paso debía considerarse privado y en qué otras circunstancias el paso debía considerarse público y, en consecuencia, en

29. Con la advertencia hecha en nota 22, váyase notando que, otra vez, dos fueros seguidos de FAV/FV han sido refundidos en una sola costum, aunque con dos párrafos.

qué casos no podía ser prohibido por nadie. El Código, en efecto, prohibía el paso o la conducción por fundo ajeno a todo aquel que no fuese titular de una servidumbre de esa clase o, de otro modo dicho, prohibía el paso por todo fundo que no estuviese gravado con tal tipo de servidumbre, pero advertía, seguidamente, que a nadie podía prohibírsele el paso por una vía pública:

C. 3.34.11: Per agrum quidem alienum, qui servitutem non debet, ire vel agere vicino minime licet: utiautem via publica nemo recte prohibetur.

Esta constitución de Diocleciano y Maximiano; del año 294, pasó íntegramente a formar el contenido de FAV 47.4, razón por la que no es necesario transcribir este fuero³⁰. Sí, en cambio, su traducción valenciana, ya que los Furs extienden la prohibición al que pretenda ejercer en fundo ajeno las facultades contenidas en cualquier tipo de servidumbre y no sólo las facultades de paso, al tiempo que incluyen, al lado de las vías públicas, las vías *comunes* entre aquellas por las cuales no puede, en ningún caso, vetarse el paso; debo advertir, sin embargo, que no veo claro que los adjetivos *pública* y *comuna* no estén aquí utilizados como sinónimos aunque no lo sean realmente:

FV 3.16.27: Negú no pot ni deu passar ni fer neguna cosa per altruy en què no ha servitut de passar ni de fer alcuna cosa. Mas si en aquel camp ha carrerra pública, no és vedat a negú que no pas dretament per aquella carrerra pública e comuna.

Las Costums de Tortosa recogen igualmente el principio, pero muy reelaborado, probablemente a partir de los textos valencianos y, en este caso, a partir de FV más que a partir de FAV, si tenemos en cuenta que la idea de extender la prohibición a todo tipo de inmisiones, no sólo la de paso, parece haber sido iniciativa de los traductores de los Furs:

CT 3.11.5, párrafos 1º y 2º: Per camp, vinya o olivar o per altra honor que servitut no deja, nuyl hom contra volentat de son senyor o sens consentiment d'eyl, no deu anar ne passar ne entrar ne exir ne fer aqui neguna cosa que al senyor ne sia enuyg³¹.

Per carrera publica pot hom anar e venir ab ses besties et ab ses coses, totes hores qu'es vuyla³², e fer tot ço que li placia, ab que la carrera no vayla meyns, ne contrari sia a anadors ne venidors ne embarca, sens tot contrast e embargament de nuyla persona³³.

30. FAV 47.4 tan sólo añade *habere* después de *debet*.

31. enuyg/ ne greuge ne desplaer *add.* CD.

32. qu'es vuyla/ e per quantes vegades hom se vula CD

33. Debe tenerse presente, además, que el poder ir por una vía pública o conducir ganado por ella sin impedimento por parte de nadie estaba protegido por un edicto: D. 43.8.2.45.

El derecho romano preveía, también en relación al paso, que cuando los caminos públicos se perdiesen como consecuencia de ruina o avenida de río, el propietario del fundo colindante con la vía pública prestase el camino, esto es, consintiese el paso por su fundo:

D. 8.6.14.1: Cum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam prestare debet.

Esta exigencia ha sido recogida por el derecho valenciano, unida a otra regla de inspiración romana, según la cual el propietario del fundo colindante a la vía pública debe restaurar o reparar la misma cuando se han producido daños por las causas mencionadas:

FAV 47.19: Si via publica impetu fluminis vel aqua pluvialis deteriorata vel penitus destructa fuerit, vicini proximi eam reficere debent vel per suum solum proprium restaurare.

La obligación de dar camino por el propio fundo se convierte, así, en una especie de consecuencia negativa para aquellos que, siendo colindantes con la vía pública, no la reparan o la restauran cuando, por avenida de río o por el efecto de las aguas pluviales, aquélla es dañada o destruída

La traducción valenciana sigue fielmente su modelo, aunque traduce el latín *via* por el más medieval término *carrera*:

FV 3.16.34: Si la carrera pública per escorrentament o per força de aygua de flum o de pluja serà piyorada o de tot en tot serà destruída, los vehins qui són pus en prop d'aquela carrera la deuen refer e adobar o dar carrera per lur terra pròpia.

Que la obligación de dar camino por el propio fundo es pura consecuencia de la omisión del deber de reparación o restauración por parte de los vecinos de una vía pública, se ve de forma más clara en el derecho municipal tortosino, cuyas costums advierten que o los vecinos reparan la vía pública de forma que garanticen el paso sin peligro para los viandantes, o éstos podrán, sin impedimento alguno, pasar por el predio colindante, siempre que lo hagan por el lugar por donde menos daño causen. Estamos, pues, ante un caso de lo que podría llamarse constitución forzosa de una servidumbre, forma de la cual me ocuparé más adelante:

CT 3.11.15: Quan carreres publiques son afoylades per força de pluges o d'aygues de rius o de flums, en axi qu'els anadors n'els venidors sens perill o don no poden passar anar ne venir, los veyns de qui aquela frontera afylada deuen aquella carrera adobar e reparar en tal manera que'els anadors e'ls venidors sens don e perill lur o de lurs

coses pusquen passar anar o venir, e sino o fan³⁴, los venidors e'ls anadors o viandants per lur propria auctoritat e sens tot constrast que hom no'ls hi pot fer, poden anar e venir per la honor d'aquels de quia-quella frontera sera, lá on myls e pus segurament pusquen passar anar ne venir, pero deven guardar que o facen con meyns de don sia, pus ells poden segurament e sens perill anar ne venir ne passar.

A la vista, pues, de los textos, creo que también en este caso puede hablarse de relación clara ente FAV/FV y CD/CT, en la medida en que tanto los textos valencianos como los tortosinos han entendido la regla *viam prestare debet* como una alternativa al deber de reparación de las vías públicas, por parte de los propietarios de fundos colindantes a las mismas.

Pasemos ahora al análisis de la disciplina de las llamadas servidumbres urbanas. Sin duda, es la disciplina de estas servidumbres la que más atención ha recibido en nuestros textos pero, como se verá, ha sido también en relación a estas servidumbres donde los redactores valencianos y tortosinos se muestran más independientes, no sólo respecto a los textos romanos, sino entre sí. Quizá haya sido la necesidad de adaptación de la tradición jurídica romana a las particulares circunstancias y necesidades ciudadanas de los respectivos territorios lo que ha desembocado, a veces, en una mayor originalidad de las soluciones.

Semejante impresión nos llevamos, en primer lugar, si comenzamos por describir las soluciones dadas por nuestros textos a los problemas de desagüe. El derecho romano tenía previsto que la existencia o mediación de una vía pública, si no impedía la constitución de las servidumbres de paso ni la de levantar más alto, impedía la de proyectar saledizos, la de recibir el agua de canales y la de goteo porque, se concluía, el cielo que hay sobre la vía pública debe estar libre³⁵. Esta prohibición ha sido recogida por los Fori, no en la rúbrica dedicada a las servidumbres, sino en II. *Rubrica de Pascuis et vedato*, 10 (=FV 1.2. *De les pastures e del vedat*), cuyo primer párrafo, sin recurrir a distinguir entre servidumbres que pueden ser impuestas y las que no, establece el principio general de que nadie puede cubrir el cielo que hay sobre el suelo o la vía pública³⁶. Esta idea ha sido completada en el fuero siguiente con la prohibición de levantar sobre la vía pública cualquier tipo de construcción y con la de interposición de saledizos, de forma que todo aquel que edificase junto a suelo público o vía pública debería levantar sus paredes en línea recta desde los cimientos hasta el lugar por donde

34. e si no o fan/ o nou volen fer *add.* CD

35. D. 8.2.1 pr.: Si intercedat solum publicum vel via publica, neque itineris actusve neque altius tollendi servitutes impedit: sed immittendi prottegendi prohibendi, item fluminum et stillicidiorum servitutum impedit, quia caelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.

36. FAV 2.10: Si intercedat solum publicum vel via publica, id solum vel viam nemine liceat cooperire, quia celum, quod supra id solum vel viam est, liberum esse debet; FV 1.2.23: Si per aventura serà sòl publich o carrera pública, aquel sòl o la carrera negú no pusque cobrir, car lo cel qui sobre aquel sòl o aquella carrera és, deu esser liure, ço és a saber, sens cobertura.

discurren los *stillicidia*, sin obstáculos intermedios³⁷. Pues bien, pese al principio romano y pese al contenido de los fueros mencionados, el derecho valenciano permite, en punto al desagüe, que los canales superiores de las casas por donde se recogen las aguas pluviales puedan invadir o proyectarse hasta la tercera parte de la calle:

FAV 47.27: Haedificans possuit protendere subprema stillicidia usque ad terciam partem carrerie,

cuya traducción valenciana es la siguiente:

FV 3.16.20: Aquel qui hedificarà o bastirà cases pusque estendre e alargar tro a la tercera part de la carrerra los sobirans degotaments de les aygües de les pluges.

Las Costums de Tortosa, por su parte, dan libertad para construir los canales de desagüe del tamaño que se estime oportuno, siempre que no dejen caer el agua más allá de la mitad de la calle, para no perjudicar a los vecinos:

CT 3.11.22: Los canals dels terrats per que l'aygua de les pluges ve a les carreres, pot cascu fer tan grans si's vol, que l'aygua de les pluges que per elles vendra o caura, fira el mig de la carrera, e no pus aenant, et en guisa que no faça mal ne don als veyns d'aquella carrera.

La inclusión, tanto en los textos valencianos como en los tortosinos, de unas previsiones de más largo alcance que las reglas romanas en torno a la parte de vía pública que los canales de desagüe pueden invadir sólo se explica a partir de la vinculación entre los Furs y las Costums, independientemente de que cada texto adopte la solución jurídica más acorde con las particulares circunstancias del lugar.

Los redactores de FAV/FV no sólo han recurrido a la Compilación Justiniana. En la actualidad, estamos en condiciones de afirmar que algunos de los fueros proceden de algunos de los privilegios concedidos a la ciudad de Valencia, los cuales han entrado a formar parte, a lo largo de las sucesivas redacciones, del texto de los FAV/FV³⁸. Tal ocurre, también en tema de desagüe, con el privilegio

37. FAV 2.11: Nemine liceat domum, carreram, porticum, anvanum vel bescalmum facere super viam publicam vel super plateam publicum, sed quicumque hedificaverit suos parietes iuxta viam publicam vel iuxta solum publicum vel iuxta plateam publicam, recta linea a fundamentis supra, usque ad loca per que discurrant stillicidia, hedificet sine ullo obstaculo intermedio; FV 1.2.24: Negu hom no pusque fer casa, cambra, portxe, anvà o bescalm sobre carrera pública o sobre plaça pública. Mas aquel qui edificarà les sues parets de prop la carrera pública, o de prop lo sòl públich, o de prop la plaça pública, dreta linya dels fonaments ensús entrò a aquels lochs per los quals l'aygua decorre per les canals, bastesque o edifichi sens tot contrast qu.el mig no sie

38. DUALDE, *Fori*, cit., XVIII-XXIX.

de 19 de junio de 1251, cuyo párrafo primero³⁹ ha pasado a formar parte del texto de un fuero. Por esta circunstancia, el fuero no tiene correspondencia textual en ningún pasaje justiniano, aunque cabe suponerle cierto grado de inspiración en el principio romano de que la condición del fundo vecino puede mejorarse pero no empeorarse⁴⁰. El fuero en cuestión autoriza a aquel que recibe las aguas de su vecino en la pared medianera a mudar de lugar el desagüe cuando tenga necesidad de reparar la pared medianera o cuando quiera edificar en ella, cosa que podrá hacer sin limitación alguna siempre que se haga cargo de los gastos y con la condición de que, o bien haga correr el agua hacia la vía pública, si ello es posible, o bien destine otro lugar para recoger las aguas del *stillicidium* de su vecino:

FAV 47.28: Vicinus in pariete medio, qui vicini sui stillicidia recepit, in domum sive locum suum possit stillicidia removeere quando parietem vel edificium fecerit vel reparaverit, vel supra ipsum parietem edificare et quantum voluerit elevare, dummodo ad expensas suas vicinus operans vel hedificans faciat aquam stillicidii discurrere in viam, si in via aqua exire poterit; alioquim, donet locum aque stillicidii per quem sine incomodo vicini domini stillicidii exire poterit.

La traducción valenciana no aporta, desde el punto de vista del régimen jurídico, ninguna novedad:

FV 3.16.21: Lo vehí que reebrà los degotaments de son vehí en la paret miyana pusque remover e departir los degotaments de las aygües de les pluges de la paret miyana en la casa o el loch seu, can volrà adobar o reparar la paret o fer alcun hedifici e sobre aquella paret hedificar e levar aytant quant volrà, solament quel vehí qui obrarà o hedificarà ab les sues despeses, façe l'aygua d'aquel degotament còrrer e caer en la carrera, si aquella aygua porà exir nicaer en la carrera, e si no hi porà exir, dó loch a l'aygua per lo qual pusque exir e decòrrer sens dan del vehí qui serà senyor del decorriment de l'aygua de la pluya.

Debe señalarse que las Costums de Tortosa no contienen ningún precepto semejante. Para valorar esta ausencia, deben tenerse presentes dos circunstancias: la no procedencia directa del precepto valenciano de ningún texto justiniano y

39. De stillicidiis et quibusdam aliis servitutibus...: Per nos et nostros statuimus imperpetuum in civitate et toto regno Valentiae quod vicinus in pariete medio qui vicini sui stillicidia receperit in domum sive locum suum possit stillicidia removeere: quando parietem vel edificium fecerit vel reparaverit. Et supra ipsum parietem et quantum voluerit elevare: dummodo ad expensas suas vicinus operans vel edificans faciat aquam stillicidii discurrere in viam: si in via aqua exire poterit. alioquin donet locum aque stillicidii per quam sine incomodo vicini domini stillicidii exire possit (utilizo L. de ALANYA, *Aureum opus regalium privilegiorum Civitatis et Regni Valentiae*, Valencia, 1515; cito por la edición Valencia, 1977, priv. 38, Jaime I, p. 86).

40. D. 8.2.20.5: et omnino sciendum est meliorem vicini condicionem facere, deteriorem non posse.

la procedencia directa, en cambio, de un privilegio anterior. Como se verá más adelante, no es la primera vez que los redactores tortosinos prescinden de aquellos preceptos de los Furs cuyo origen es un privilegio, salvo que, como también ocurre en alguna ocasión, prefieran adaptarlo a las particulares necesidades locales.

Pasemos ahora al examen de aquellas servidumbres cuyo contenido, en términos generales, es el apoyo o la construcción en pared ajena o medianera, en sus diferentes modalidades. Comenzaré por un fuero que no tiene equivalencia en la rúbrica correspondiente de las Costums. Se trata de un fuero que, sin correspondencia exacta con ningún texto romano, autoriza a construir baños junto a la pared vecina, siempre que la humedad del baño no dañe la mencionada pared:

FAV 47.6: *Balneum iuxta parietem contiguum edificare licet, dummodo ex humore balnei non capiant parietes dampnum,*

y que en su versión romance dice:

FV 3.16.4: *Cascun pot hedificar e fer bayn de prop la paret que li serà vehina, dementre que la paret vehina no valle menys nen prene dan.*

Se trata, como he dicho, de un fuero cuyo precedente directo no es ningún texto justinianeo, pero que, sin embargo, es acorde con la idea romana de no permitir que los baños adosados a la pared común menoscaben la misma. Así, en D. 8.2.13, se advierte de la imposibilidad, por parte del que hizo balneario adosado a la pared común, de tener los tubos arrimados a la misma, para evitar su recalentamiento, y en D. 8.2.19 pr., aunque se permite que el vecino tenga baño adosado a la pared común, incluso si ésta coge humedad, se añade que si la continúa humedad perjudica al vecino, éste podría prohibir la existencia de un balneario en tales condiciones⁴¹, lo que viene a coincidir, en lo sustancial, con la idea del fuero.

Una de las preocupaciones particularmente sentidas, tanto por FAV/FV como por CD/CT, ha sido la relativa a la clarificación del concepto de pared común o medianera y la relativa a los derechos y obligaciones de los propietarios de edificios o casas colindantes con paredes de esa naturaleza. Pero, en relación con la afirmación hecha hace un momento, si son detectables las similitudes entre los textos valencianos y tortosinos, parece ser esta una materia en donde la independencia entre unos y otros se hace más palpable, aunque sólo sea, como veremos ahora, por la ausencia de una correspondencia exacta entre cada uno de los furs y cada una de las costums. Esta circunstancia exige, para una mejor comprensión de las soluciones adoptadas, que la comparación se haga, no entre cada uno de los fueros y su equivalente costum, equivalencia inexistente a veces, sino entre un grupo de furs y otro de costums.

41. D. 8.2.19 pr.:...sed non posse prohibere vecinum, quo minus balneum habeat secundum parietem communem, quamvis umorem capiat paries; non magis quam si vel in triclinio suo vel in cubiculo aquam effunderet, sed Neratius ait, si talis sit usus tepidariis, ut adsidium umorem habeat et id noceat vicino, posse prohibere eum.

El derecho romano tenía establecido el principio de que ninguno de los vecinos puede demoler o rehacer aquella pared que por razón natural es común:

D. 8.2.8: *parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum et reficiendi ius non est, qui non solus dominus est.*

Este principio ha pasado literalmente a los Fori, los que, introduciendo un añadido regio, establecen una excepción al mismo, fundamentada en la circunstancia de que la pared tenga, necesariamente, que ser reedificada⁴², y para cuyo desarrollo se efectúa un reenvío a otro fuero:

FAV 47.13: *Parietem, qui naturali ratione communis est, alter[utr]i vicinorum demoliendi eum et refficiendi ius non est, quia non solus dominus est.*

Addit dominus rex in hoc foro ibi, scilicet, ubi dicit quod vicinus non possit demolire parietem communen, quod intelligatur nisi esset necessarium quod ille paries reficiatur et indigeret melioratione, secundum infrascriptum forum qui incipit “vicinus medium”, etcetera⁴³

La traducción valenciana no aporta novedad alguna:

FV.3.16.5: La paret qui per natural rahó es comuna entre alguns vehíns, la un d'aquels vehins no ha dret de desfer ni de refer aquella paret, per ço car no és tan solamente senyor d'aquella paret. Diu lo senyor rey que là on diu quel vehí no pusque desfer la paret comuna, que s'entena: si doncs no era obs que aquella paret se reparà, e s'agués a millorar, segons lo fur que davall és, qui comença “lo vehí” et cetera⁴⁴.

El fuero que constituye la excepción al principio romano antes señalado procede, también de forma literal, del privilegio de 19 de junio de 1251⁴⁵, ya mencionado, y cuya disciplina puede resumirse del siguiente modo: el vecino puede, incluso contra la voluntad del otro vecino, reparar o edificar la pared común y elevarla cuanto quiera, siempre que respete las ventanas abiertas, antiguas o prescritas sobre la pared, de modo que el vecino que no contribuyó a la reedificación o elevación pueda introducir vigas y cargar en la pared sólo hasta

42. Lo que, en último término, encuentra también inspiración en D. 39.2.32.

43. Se trata de FAV 47.29.

44. Se trata de FV 3.16.6.

45. De stillicidiis et quibusdam aliis servitutibus...: vicinus etiam medium parietem possit ex toto remove et illum rehedificare invito vicino. et levare quantum voluerit: et relinquat lumina et fenestras apertas: si sibi antique et prescripte sint. Et alius vicinus possit immitere tignum vel cohopturam eo loco in altitudine ubi primitus erat: et non teneatur ponere in expensis circa parietem illum: nisi usque ad illum locum ubi tignum vel cohopturam imiserit factis. Si vero in superiori novo pariete vellet coperire vel aliter edificare possit hoc facere: dummodo salvat primitus medietatem spense et operis a principio fundamenti facte: usque ad locum quo edificaverit cohperuerit vel edificatus fuerit.

la altura que primitivamente tenía la misma, pagando los gastos correspondientes. Pero si este vecino que no contribuyó a la reedificación o elevación de la pared quisiere edificar en la *superiori novo parieti*, esto es, en la parte nueva, deberá pagar al otro propietario, al que la reparó o elevó, la mitad de los gastos, desde los cimientos de la pared hasta el lugar que cubrió o en que edificó:

FAV 47.29: Vicinus medium parietem possit ex toto removeere et illum rehedificare, invito vicino, et elevare quantum voluerit, et relinquat lumina et fenestras ibi apertas, si ibi antique et prescripte sint; et alius vicinus possit immittere tignum vel honus vel cooperturam eo loco in altitudinem ubi primitus erat, et non teneatur ponere in expensis circa parietem illum, nisi usque ad illum locum ubi tignum [vel] cooperturam immiserit, factis. Si vero novo pariete vellet cooperire vel aliter edificare, possit hoc facere, dummodo solvat primitus expense et operis medietatem a principio fundamenti facte usque ad locum quo edificaverit, cooperu[er]it vel edificaturus fuerit.

Como en otras ocasiones, el texto valenciano no incorpora novedades de régimen jurídico:

FV 3.16.6: Lo vehí pusque la paret qui serà miyana e comuna, de tot en tot remoure e departir, e aquela rehedificar e tornar, contra volentat de son vehí, e levar aytant quant vollrà; e leix les lumneres e les finestres ubertes, si aquí seran antigues e prescriptes; e l'altre vehí pusque metre e posar aquí cabirons o bigues o fer cuberta en aquel loch o en aquella altea on primerament era car la paret no fo remoguda e departida per son vehí, e no sie tengut de posar ni dar alcuna cosa en les despeses que san feites en aquella parte, sino tro a aquel loch on metrà lo cabiró o la biga o la cuberta. Enperó, si en la sobirana nova paret volrrà cobrir o en altra manera hedificar o bastir, pusque-ó fer, dementre enperò que pach la meytat de la despesa qui serà feyta del conmençament del fonament de la obra entrò a quel loch tro al qual hedificarà o cobrirà.

Este régimen es completado en otro fuero según el cual el que tiene derecho a cargar en las paredes inferiores, puede edificar en las superiores si paga la mitad de los gastos de la pared, e incluso tapar las luces si no son, como se señala en los textos valencianos, antiguas ni prescritas:

FAV 47.23: Honus si quis habet in pariete ex inferiori parte, libere potest hedificare in superiorem partem sive parietem et obscurare lumina eiusdem, dum tamen donet et reddat medietatem expense quam alius fecerit in pariete, nisi sint antiqua lumina et prescripta,

cuya traducción valenciana es la siguiente:

FV 3.16.16: Si alcú ha dret de carregar o de posar en la paret jusana, francamente e liurement pot hedificar en la paret o en la part qui serà sobirana e obscurar les leumpneres d'aquel dementre emperò que dó e rede la meytat de la despesa la qual l'altre haurà feyta en la paret, si donchs les lumpneres no seran antigues ni prescriptes.

Teniendo en cuenta que FAV 47.23=FV 3.16.16 no parecen tener equivalencia en CD/CT⁴⁶, en líneas generales, puede decirse que el contenido de FAV 47.13 y 47.29=FV 3.16.5 y 3.16.6 ha sido recogido en las Costums, aunque en un solo precepto: CT 3.11.9. En esta costum, en efecto, se recoge la noción de pared común por *natural razón*; se establece el principio de que cada uno de los propietarios, pagando la mitad o la parte correspondiente de los gastos pueda introducir *jacenes, cabirons o permodols* o cargar en la pared; se establece, igual que en los Furs, la prohibición de que uno de los vecinos, sin consentimiento del otro, destruya, derribe o repare la pared y se contempla, en fin, la excepción a la mencionada prohibición, que también aquí tiene su fundamento en la necesidad, esto es, en la fragilidad o debilidad de la pared o en la amenaza de ruina. Estamos ante otro caso claro de refundición de un solo precepto de dos fueros, si bien debe reconocerse que los redactores tortosinos operaron con gran independencia respecto del modelo, si es que realmente lo tuvieron:

CT 3.11.9: Tota part que es entre les cases de dos veyns o de pus, per natural rao es comuna; et enaxi que deu servitut a les unes cases et a les altres, e cascu pot hi metre ses jacenes e sos cabirons e sos permodols e carregar sens vedament que la un no pot fer al altre; si doncs la un aqueles paretas no avia feytes, el o son ancessor del seu propri, car la doncs ne jacenes metre ne carregar ne cabirons ne permodols metre tro aja pagada la meytat a sa part, no pot. Mas si vol pagar o paga la meytat, o sa part de les despeses o messions que costaran, sens contrast e vedament que'el altre no li'n pot fer ne deu, pot cargar e bastir et edificar, e ses jacenes e cabirons o permodols metre, e altres coses raonables fer.

Pero si alguns del veyns de qui sera la part comuna volia afoylar derrocar o destruir, o adobar la dita paret, sens volentat d'aquel vey que y aura part en la paret, no o pot fer ne deu.

Mas si la adoba o la vol adobar o reparar, feyta la fadiga en la part si hi vol metre sa part, e si diu que no, pot la adobar e reparar sens don de la part. Mas l'altre, si no's vol, no es tengunt que y pac ne y meta ne re⁴⁷, si doncs la paret no era tant avol e tan frevol, que

46. Me atrevería, si acaso, a sugerir cierta similitud con CT 3.11.23.

47. ne re/ nel pot hom forsar ne deu *add.* CD.

sens aquel adop o reparament no's pogues sofrir⁴⁸, car lá donchs en aquest cas hi deu metre sa part, e'l deu hom et pot forçar⁴⁹.

Si, como hemos visto antes, las paredes de las casas vecinas son, por natural razón, comunes, la existencia de un espacio intermedio entre las paredes es índice de que las mismas no son comunes ni medianeras; de forma que, si se exceptúan aquellas paredes que desde antiguo son tenidas por comunes y que, por ello, deben sostener la carga de ambos vecinos, no puede considerarse pared común aquella construcción que un vecino efectúe en su patio, donde antes no ha existido pared alguna, ni puede el otro vecino, contra la voluntad del que la ha construído, apoyar o cargar en ella:

FAV 47.24: *Parietes, qui anitiquitus reperti fuerint medii inter vicinos, perpetuo fiant medii et sustineant eorundem vicinorum. Illi vero parietes, qui habuerint anbronas intermedias, medii non reputentur. Si vero aliquis de novo construxerit in suo patuo, in quo prius non fuerat paries medius, non dicatur talis paries communis sive medius, et, si forte vicinus vellet in tali novo pariete honus suum imponere, non posit facere, invito domino qui de novo parietem construxerit.*

El contenido didáctico y doctrinal de este fuero sin paralelismo alguno en la Compilación justiniana ha sido traducido al valenciano del modo siguiente:

FV 3.16.8: *Aquelles parets que antigament seran trobades que sien estades mijanceres e comunes entre vehins, per tots temps siem mijanceres e sostinguen les càrregues d'aqueles vehins de qui seran mijanceres e comunes. Emperò aqueles parets qui hauran algun espahi miyà entre elles, aqueles parets no sien miyanes ni comunes. Emperò si algun bastirà de nou el seu pati o el seu sòl, en lo qual primerament no havia esta paret, aquela paret que denou serà feyta no sie miyana ne comuna; e si per aventura lo vehí volie carregar en aquella nova paret, no ó pusque fer contra volentat d'aquell senyor qui de nou bastí e feu aquella paret.*

Más que los preceptos, la idea en ellos contenida encuentra fiel reflejo en las Costums. En efecto, éstas, prescindiendo, y no sin razón, como se verá, de la consolidación por el tiempo de determinadas situaciones, advierten que cada uno, en su solar, puede edificar con entera libertad sin que los vecinos puedan pretender cargar en dicha edificación, a menos que cuenten con el consentimiento de quien edifica, ya que sólo son paredes comunes o medianeras aquellas que, medio por medio, han sido levantadas en el solar de ambos vecinos:

48. *sofrir/ e minaretur ruina add. CD.* Estamos aquí ante una de esas frases en latín que no se encuentran en la redacción definitiva de las Costums.

49. *forçar/ e destreyner de pagar sa part add. CD.*

CT 3.11.19: Quan algu fa o basteyx cases, e fa les parets dins lo seu solar, los veyns que lison entorn no poden ne deuen dir que pusquen cargar nuyl temps en aqueles parets, ne re bastir ne en aqueles re no poden usar sens volentat et sens consentiment d'aquel qui les ha feytes⁵⁰, car aqueles parets no son ne poder dir que sien mijanaes, per ço⁵¹, car aqueles parets son dites mijanes que mig per mig son aseguedes bastides e construydes el solar d'abdosos los veyns.

Una excepción a lo previsto en esta costum la constituyen las paredes de los edificios que se construyen sobre calles, paredes que, aunque edificadas sobre lo propio, pueden llegar a ser medianeras si el vecino paga los gastos correspondientes, ya que, como señalan las Costums, se trata de un caso especial de edificación en lo aereo:

CT 3.11.23: Si algu ha cases sobre carreres o sobre valls, pagan la part en la messio de les parets de sos veyns, ha carrech en aqueles parets, et negu no's pot escusar per la Costums sobirana en aquest titol posada; que si fa en lo seu propri parets, que son vey, pagan sa part en la messio que costaran, no y carrec e no y pusca carregar; per ço, car aquest es especial cas de ço que es obrat en l'aer⁵².

Las Costums de Tortosa, a diferencia de los Furs, demuestran una preocupación más intensa por esclarecer el concepto de pared medianera, hasta el punto de recurrir a las presunciones. Así, y aunque ello no es sino una reformulación de lo ya preceptuado en CT 3.11.19, se aclara que la presunción de que las paredes existentes entre vecino y vecino son medianeras y, por tanto, paredes en las que cada uno de ellos puede apoyarse y cargar sin impedimento alguno, sólo funciona mientras uno de los vecinos no pruebe -presunción *iuris tantum*, pues- que el suelo es suyo o que fue él o sus antecesores quienes levantaron la pared:

CT 3.11.24: Tota hora es presumpcio que les parets que son entre vey et vey sien mijanes, et que cascu que y pot cargar totes hores qu'es vulle, si doncs aquel qui contrarie no provava leyalment que fossen el seu sol, o que ell o sos ancessors les aguessen obrades.

Las Costums de Tortosa también establecen la presunción de existencia de medianería cuando en algún punto de la pared divisoria los dos vecinos han introducido, transversalmente, de uno y otro lado, vigas, jácenas, etc. o materiales que las sostengan; es decir, que se presume pared medianera aquella que por signos externos se supone que está soportando el apoyo de los vecinos de uno y otro lado:

50. feytes/ o fetes fer o de los hereus *add.* CD.

51. car aqueles-per ço *om.* CD.

52. de ço-l'aer *om.* CD.

CT 3.11.31: Si en alguna partina de la paret que es mijana entre les mies cases e de mon vey, son meses ne ficades jacenes ni cabirons o files, o alguna cobertura que parega perpetual de la mia part o de la sua, es egual d'aqueles bigues jacenes o files o cabirons o cuberta o permodols de lonc en lonc de la paret, es presumpcio que es mijana, e cascu que y pot carregar.

Dado que este tipo de presunciones no proceden de la Compilación ni, como hemos visto, de los textos valencianos, es posible pensar, si no se trata del fruto de la especulación de los redactores de las Costums, que éstos hayan recurrido a alguna obra intermedia, aunque, si ello ha sido así, no estoy en condiciones de decir cuál.

Sigamos con las situaciones relacionadas con el apoyo de edificios y volvamos a los textos romanos. Es principio romano que aquel cuyo edificio es superior en derecho puede levantar *in infinito*, ilimitadamente, siempre que los edificios inferiores no se vean gravados con otra carga que aquella que corresponde a la servidumbre que deben soportar:

D.8.2.24: Cuius edificium iure superius est, ei ius est in infinito supra suum edificium imponere, dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent.

Este pasaje del Digesto constituye, íntegramente, el contenido de FAV 47.31, lo que nos exime de su repetición. Su traducción valenciana es mucho más explícita, ya que deja más claro que edificaciones inferiores no tienen la obligación de soportar mayor gravamen que el correspondiente a la servidumbre que ya soportaban, antes de que se procediese a la edificación o a la obra:

FV 3.16.17: Si alcú haurà dret de bastir o d'obrar sobre alcun edifici o sobre alcuna paret, pot aqui hedificar o obrar en alt aytant quant se vulla, dementre emperò que los hedificis qui seran jusanes no sien carregats de pus greu servitut que no aguessen ans que aquella obra fos feyta.

Las Costums no siguen, respecto al tópico planteado, ni al derecho romano ni al derecho valenciano; si puede decirse que las Costums contienen la idea fundamental expuesta en el pasaje romano, también es cierto que lo hacen desde el punto de vista del daño o menoscabo que puede sufrir la pared medianera que uno de los vecinos decide elevar o sobre la que uno de los vecinos decide edificar, más que desde el punto de vista de que la sobreelevación suponga imposición de una servidumbre más gravosa que la que se estaba obligando a soportar. Las Costums, en efecto, contienen un extenso precepto, en el que de forma casuística y detallada, se establecen una serie de previsiones para el caso de que, queriendo uno de los vecinos elevar o edificar en la pared medianera, existan dudas sobre si la mencionada pared puede o no aguantar la sobrecarga. Así, se establece que el vecino que quiera elevar o edificar en la pared medianera debe

asegurarse, en primer lugar, de que la sobrecarga no menoscabará ni causará daño alguno a la pared; de otra forma, aquel que ha edificado con la oposición del otro vecino, fundada la creencia de que la pared no aguantará, debe rehacer o restituir la pared a su estado anterior. Si, en cualquier caso, las paredes no están en condiciones de soportar nueva obra, aunque aguanten la existente, el que pretenda edificar puede demoler la pared por entero sin impedimento del vecino y hacer otra a sus expensas. Si el vecino, una vez hecha la sobreelevación, decide también apoyarse o cargar, deberá pagar la parte correspondiente de los gastos, antes, sin embargo, de que proceda a cargar o a apoyarse. Se prevé, incluso, el caso de que el otro vecino no quiera aceptar o recibir las cantidades correspondientes; en tal supuesto, el interesado debe consignar el importe en una *Taula* de cambios o en otro lugar a fin de que, en cualquier caso, no se discuta su derecho, hecho el pago, a cargar o a introducir vigas:

CT 3.11.10: Si algunes parets seran mijanes entre cases d'alguns, e la un volra obrar sobre aqueles parets que volra pues alt pujar o volra fer soler o altra obra, e li sera semblant que si ell obrava sobre aqueles parets que aqui seran et eficava, que les parets aquela obra que ell vol fer sobre aqueles, no la porien sofrir per lo carrec que seria major; si les parets son tals e tan forts que be e gint poden sufrir lo carrec que tenen desus, si aquel vol obrar o la un d'ells, e'l altre en aquella obra no volra re metre, ans dira que no vol obrar e no ha de que, quart se aquel qui obrara que, si carrega sobre aqueles parets, que o faça en guisa que les parets no valen meyns, ne al altre ne venga don; car si ell, altre contrastant, aqui obrava sobre aqueles parets, auria a refer et a restituir tot lo dan et el mas al altre. Mas si les parets son tals, que no pusquen sofrir desus obra noveyla ne aquel bastiment que eyl hi faça o y vol fer; mas be sofferien aquel que ja tenen e soferen, aquel qui vol obrar pot derrocar et destruir aqueles parets mijanes, sens contrast et embargamente del altre. En axi empero que ell sens don e naframente de les altres cases o faça, et encara que ab sa propria messio piyg et estalon les cases de son vey, e la obra feyta, que les cases de son vey torn en aquel cargament e d'aquell alt, e en aquel estament que dabans eren, sens tot miruament de servitut e sens tot afoylament e sens tota messio ⁵³del altre. Les parets e tot aço que desus es dit ⁵⁴,deu fer qu'elaltre si no's vol, no li'n es tengut de re a ⁵⁵restituir ⁵⁶, et encara deuli tornar la cuberta o cubertes ab sa propria messio, que sien fermes e segures, et en aquel estat que d'abans ere, ans que ell les dites parets derrocas ne destruya. E si obra pus alt que dabans no eren, et aquel qui les parets mijanes aura ab ell aenant

53. messio/ e despesa *add.* CD.

54. dit/ que fa e *add.* CD.

55. de re a / dar a reffer ne a *add.* CD.

56. restituir/ nul temps nel ne pot hom ne deu forssar *add.* CD.

volra obrar o carregar, en aylo que sera pus alt obrat que dabans no era, en aytant com pus alt sera, si obrar ne carregar hi vol, ans que y carrec, deu pagar sa part a aquel qui la obra aura feyta; o aquel de qui seran les cases⁵⁷; e entro que pagada aje sa part no y pot ne y deu carregar⁵⁸. E feyta la paga, si ell la vol pendre, e si no la volia pendre, que la li posas en loc segur Taula o altre on per eyl estigues e la pogues pendre, tota via quell volgues, sens tot contrast d'altre, mal grat d'ell pot aqui carregar, bastir, jacenes permodols o cabirons metre, que no lo y pot hom ne deu vedar.

Estas minuciosas previsiones son completadas por otra costum, que tampoco tiene equivalente en FAV/FV, y que, en último análisis está inspirada en algunas de las reglas romanas sobre la *cautio damni infecti* en relación a las paredes comunes⁵⁹. En virtud de esta costum, queda establecido que cuando existan fundadas dudas de que la cubierta o la carga existentes sobre la pared medianera puedan provocar la caída o el derrumbamiento de la misma, cualquiera de los vecinos puede proceder a calzarla, adobarla, rehacerla o destruirla, obligando al otro, quiera o no, a pagar los gastos que le correspondan:

CT 3.11.11: Si les parets que son entre les unes cases e les altres, son tals quela cuberta et el carrec que desus los esta, be no pusquen sofrir, ans la coneguda dels veyns son regardoses et estan en apor qu'es cuyg hom que degen caure, e la un volra aqueles calçar e adobar o refer, si mester es, o derrocar e puyx refer, e'l altre no u vol o no y vol re metre, pot e deu esser forçat que y meta sa part, vulla o no, si la part ne fa demanda.

Para terminar con las situaciones relativas al apoyo y a la medianería, voy a dar cuenta de dos fueros que no parecen proceder de regla romana alguna y que no tienen tampoco equivalencia en las Costums, lo que reafirma la independencia con que, en esta materia, han procedido los redactores. El primero de ellos es un fuero que ha sido introducido en el momento de la reforma de los Fori y según el cual el que tiene la posesión o alguna edificación en la pared del otro puede en esa pared poner todo lo necesario en razón de tal posesión:

FAV 47.30: Si aliquis habet possessionem vel aliquid edificium in alterius pariete bigue, scilicet, trabis seu lignaminis, possit in loco parietem vel edificium ponere, quod vel necessarium sibi fuerit pro illa possessione seu ratione illius possessionis. Hunc forum declaravit dominus rex,

que pasa a los Furs de la siguiente forma:

57. cases/ com el volra obrar *add.* CD.

58. carregar/ obrar ne bastir ne ren fer *add.* CD.

59. Vid.D. 39.2.35, 36, 39, 40 y 41.

FV 3.16.18: Si alcú ha possessió o alcun bastiment en paret d'altre, de bigua o de fust, pusque en aquella paret o bastiment possar ço que mester li serà, per aquella possessió.

Aquest fur declarà e romançà lo senyor rey ⁶⁰.

De inspiración romana es el segundo de los fueros, según el cual el que tiene introducidas vigas en alguna parte de la pared ajena, se entiende que goza de la servidumbre respecto de toda la pared:

FAV 47.38: Si in aliqua parte parietis tui posui vel habui tignum immisum, per totum parietem eadem servitus mihi debetur,

que es traducido de forma un tanto libre al pasar a los Furs:

FV 3.16.19: Si en alcuna part de la paret d'alcú, alcú ha més per dret de servitut cabiró o bigua, per tota aquella paret ha aquella servitut que pusque metre cabirons o bigues.

Finalizaré este apartado con el examen comparativo de la disciplina correspondiente a las servidumbres de luces y vistas. Aunque sin correspondencia exacta con ningún pasaje justiniano, el fuero primero de la *Rubrica De servitutibus*...es de clara inspiración romana. En él viene a establecerse que cualquiera que haya edificado junto a la casa de otro puede, mediando una vía, elevar la edificación tanto como quiera, aunque el vecino arguya que le está privando de la luz. Cosa distinta es que haga otra pared y cierre del todo la ventana o el lugar por donde el vecino recibía las luces, en cuyo caso el que edificó está obligado a hacer, de su cuenta, en la casa del vecino, una ventana por donde éste pueda seguir recibiendo luz. El contenido de este fuero, que fue mejorado y romanceado con ocasión de la reforma de los Fori, tiene lugar respecto de aquellas casas que gocen de servidumbre *antiqua et prescripta*, lo que habla en favor de la eficacia del transcurso del tiempo como modo constitutivo de servidumbres, extremo del que después me ocuparé:

FAV 47.1: Quicumque hedificaverit domum prope domum alterius, inter quas sit via media, possit hedificans elevare domum et quecumque opera voluerit facere, non obstante quod dictus vicinus dicat quod sibi lumen domus sue avertit. Verum si fecerit opus in pariete et clauserit vicino suo fenestram per quam intrat lumen in eius domum, vel in alia parte prope propter quod dominus domus amittat lumen domus sue, ille, qui dictum opus fieri fecerit, teneatur suis expensis in domo illius, qui propter dictum opus sic factum lumen suum amiserit, fenestram facere per quam ille, qui per tale opus lumen domus sue amiserat, competens

60. No acabo de ver la conexión de este fuero con D. 8.5.8, como sugieren COLON y GARCÍA, *Furs*, cit., 232 nota 1.

lumen habeat; et si dictum lumen dare ei non poterit, destruat de dicto opere taliter quod non auferat vicino suo lumen domus sue; et hoc locum habeat in omni domo que sit de servitute antiqua et prescripta. Hunc forum melioravit et arromanzavit dominus rex ⁶¹.

En la redacción valenciana, también constituye el primer fuero de la rúbrica *De servitut d'aygua...*, sin más diferencias que aquellas que se derivan de ser un texto traducción del otro:

FV 3.16.1: Tot hom qui façe cases prop d'altre e que.y haje carrera enmig, pusque alçar e fer quals se vulle, no contrastant si l'altre li diu que li tolla la lum. O si farà obra en la paret on la finestra serà, per la qual la lum entra en son alberch, o altre paret tan prop per què la lum perdés lo senyor de les cases, que aquel qui aquela obra farà sie tengut de fer ab sa messió, en l'alberch d'aquell qui la lum perdrà, finestra on aquel a qui tolirà la lum de son alberch haje lum covinent; e si aquesta luminera no li pot donar, çes d'aquela obra, en guisa que no tolgue a altre la lum. E açò haje loch en tot alberch que sie de servitut vella o antiga e prescripta.

Aquest fur mellorà e romançà lo senyor rey.

Por su parte, la costum primera de la Rúbrica *De servituts d'aygues...* de las Costums de Tortosa, creo que guarda cierta relación con los textos valencianos, adaptados a la particular visión que sobre el problema de los modos constitutivos de servidumbre mantienen los redactores tortosinos. La costum en cuestión principia por establecer que las servidumbres se constituyen por últimas voluntades o por pactos y, aunque en el fondo incorpora la misma disciplina que los textos valencianos, se aleja de ellos al condicionar la posibilidad de contradecir al que, al levantar su edificio, quita las luces a otro, a la prueba de la existencia de una servidumbre constituída por uno de los medios mencionados -con lo que, dicho sea de paso, la relación con D. 8.2.9 es aquí más clara que la apuntada *sub nota* 61 para Valencia-; en caso contrario, no podrían tenerse abiertos ventanas ni agujeros que perjudicasen al vecino, si no están orientados hacia la vía pública:

CT 3.11.1: Servituts s'establexen en darreres volentats, et per covinences.

On si algu edifica prop d'algunes cases, e les puja tant alt que la lum tolga a les altres cases, ço es a saber, d'alguns forats o fenestres

61. Sobre la posibilidad de que, mediando vía o calle, cualquiera pueda elevar las edificaciones tanto como quiera, me atrevo a sugerir la influencia de D. 8.2.1 pr. que, al consagrar la posibilidad de imposición de una extraña *servitus altius tollendi* aunque medie vía pública, bien ha podido interpretarse como la derogación de una prohibición de levantar los edificios (vid. nota 35); téngase presente también el hecho de que la vecindad de los predios como requisito estructural para la existencia de servidumbres no consiste, a veces, más que en una especial disposición espacial de los fundos que haga posible la extracción de la utilidad; y téngase, finalmente, en cuenta D. 8.2.9: Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competat actio.

que sien en les parets que son entre les unes cases et les altres, demanda alguna contra aquel qui edifica de noveyl⁶² no's deu n'es pot moure per altre, e si o fa no val; si doncs no provava leyalment que la servitut hi fos establida, axi com desus es dit, en darreres volentas o per covinences; per ço, car finestres ne forats no deu nuyl hom fer en perjudici d'altre, si doncs no o fa en carreres, porque no y ha lum, o debes lo cel en son terrat.

Tampoco tiene correspondencia exacta con ningún texto justiniano, aunque sí es de inspiración romana, la regla según la cual a nadie puede prohibírsele que edifique más alto o que abra ventanas en su casa si entre éstas y el vecino media suelo o vía públicos, regla que viene a completar lo establecido por el fuero primero de la rúbrica de los Fori que nos ocupa:

FAV 47.25: Nullus vicinorum prohibetur altius edificare sua vel fenestras in eis aperire, si inter ipsum et vicinum suum solum vel via publica intercedat.

Los autores de la traducción valenciana, más conscientes de la relación de este fuero con el que encabeza la rúbrica, lo colocaron en segundo lugar:

FV 3.16.2: A negú dels vehins no és vedat bastir o edificar pus alt en les sues cases o obrir finestres en aqueles, si entre aquel e son vehí haurà plaça o carrera pública.

Las Costums de Tortosa, por su parte, también recogen la libertad de edificación en alto y la libertad de apertura de ventanas, pero no permiten la realización de agujeros por donde fiscalizar la casa del vecino:

CT 3.11.20: Quan algu edifica ses cases e ses parets davant son vey, e passa carrera entre aqueles cases que ell edifica e les cases de son vey, sens vedament e contrast, que negu no l'en deu n'en pot fer, pot bastir edificar e construir ses cases e ses parets aytant alt como se vol, ves lo cel; et en aqueles parets fer finestres pot, aytantes como se vol e quantes vegades se vol que obren debes la carrera, pero no y pot fer forats⁶³.

Para evitar, igualmente, fiscalizaciones por parte de aquellos que no sean titulares de una servidumbre de vistas, los Fori dispusieron que el que edifica al

62. edifica de noveyl/ de novel hedifica CD.

63. forats/ per que el pusca ren veer en casa dels veyns qui denant li estan ço per aytals forats el podria ver les altres; els altres no el *add.* CD. Al prescindir los redactores de CT de este texto de CD, han prescindido, por lo que hace a la prohibición de hacer agujeros, del texto que salvaba la posible contradicción entre CT 3.11.20 y CT 3.11.1, al tiempo que explicaba la diversidad de régimen entre ventanas y agujeros.

lado de las casas del vecino debe abstenerse de abrir ventanas o hacer tejados y miradores por los que se pueda mirar sobre la casa o dentro de la casa del vecino, lo que el derecho romano evitaba a través del *ambitus*:

FAV 47.21: Qui hedificaverit iuxta domos vicini sui contiguas, non aperiat fenestram vel tectum vel prospectum faciat, per quem supra domum vel intus aliqua loca domus vicini sui contigui prospiciat.

También aquí, los redactores de la traducción valenciana parecen demostrar cierta tendencia a la ordenación temática, al convertir este fuero en el tercero de la rúbrica:

FV 3.16.3: Aquel que hedificarà de costa les cases de son vehí, no obra finestra ni façe terrat ni mirardor per lo qual pusca guardar e mirar sobre la casa de son vehí o dins alguns lochs d'aquella casa que.s tendrà ab ell.

Las Costums de Tortosa, suprimiendo la alusión a los tejados y miradores y preocupadas más por las ventanas y agujeros, introducen la misma prohibición, tendente a la salvaguarda de la intimidad del vecino:

CT 3.11.17: Qui edifica o basteyx o constroeyx cases a lats de les cases, o de plaça de son vey d'aquella part ver les cases de son vey, no y deu fer ne obrir finestres ne forats⁶⁴ per que en les cases de son vey se pusca re veer ne guardar.

Las Costums de Tortosa, además, completan la protección a la intimidad del vecino con un precepto que no tiene equivalencia en los Furs, relacionado, en cierto sentido, con CT 3.11.1 y, por tanto, con la particular concepción tortosina en orden a las formas constitutivas de servidumbres. Se trata de una costum que ordena cerrar los agujeros y ventanas abiertos en los saledizos que den a la calle cuando el vecino avance igualmente hacia la calle otro saledizo, independientemente del tiempo que haya transcurrido desde que se tienen abiertos los agujeros y ventanas, pues no es conveniente-se razona- que nadie tenga vistas en el fundo de su vecino:

CT 3.11.2: Si forats son feyts o finestres en los envans que son sobre les carreres, en los costats dels envans, si los veyns d'aqueles envans volen atressi obrar et exir ab envan sobre les carreres, aquel o aquels qui aquels forats o finestres hi auran feyts deven les tançar et cloure, sens tot contrast et embargament, tantost com lo vey volra obrar: que asi no val nuyl temps per lonc ne per gran que sia que hic do prescripcio,

64. forats/ en les parets ne els tirrats *add.* CD.

car no es cosa covinent⁶⁵ que nuyt hom per aytals forats ne finestres vege les privades de son vey⁶⁶.

Si el régimen hasta ahora descrito en relación a las luces y vistas, tanto en los textos valencianos como en los tortosinos, no parece proceder directamente de las Compilación justiniana, lo que pone de manifiesto, dada la similitud de soluciones, la vinculación entre Furs y Costums, pero también la posible utilización de obras de carácter doctrinal, finalizaré este apartado con la referencia del único texto de la Compilación que de forma clara ha pasado a integrar el contenido de alguno de los fueros en materia de luces y vistas. Estoy hablando del texto de una constitución imperial de Diocleciano y Maximino, según la cual cuando alguien, gravado con una servidumbre de *altius non tollendi*, edifica más alto de lo que le está permitido, será obligado por la autoridad provincial a destruir lo edificado, a menos que no se pruebe la existencia de la servidumbre que impida edificar más alto:

CT 3.34.9: Si in aedibus vicini tibi debita servitute parietem altius aedificavit Heraclius, novum opus suis sumptibus per praesidem provinciae tollere compellitur. Sed si te servitatem habuisse non probetur, tollendi altius aedificium vicino non est interdictum.

Suprimida la referencia nominal, sustituida la mención al *praesides provinciae* por la del *iudex*, y con una ligera adición, la constitución pasa íntegramente a formar parte de los Fori:

FAV 47.3: Si in aedibus vicini tui, debita tibi servitute, parietem altius aedificavit, novum opus suis sumptibus per iudicem tollere compellitur; sed, si te servitatem non habuisse probetur, tollendi alcus vicino hedificanti non est interdictum.

La traducción valenciana es totalmente fiel al modelo, si bien los traductores han preferido aclarar el contenido de la *servitus* a que se refiere el texto latino:

FV 3.16.9: Si alcú haurà aytal servitut en les cases de son vehí, ço és que aquel vehí no.y pusque obrar pus alt, e puys hi obrarà pus alt, lo jutge lo deu destrèyer que desfaçe ab ses pròpies despeses aquela obra nova que haurà feyta pus alta; mas si aquel qui diu que ha aquela servitut en aqueles cases no ó porà provar, no és vedat a aquel vehí seu que no pusque obrar e levar pus alt en ses cases.

Las costums, que suprimen toda referencia a la autoridad que puede compe-
ler a destruir a aquel que edifica más alto, no incorporan diferencias atinentes al

65. covinent/ ne raonable *add.* CD.

66. vey/ ne de ça veyna *add.* CD.

régimen jurídico, aunque demuestran la tendencia al desarrollo textual al que me he referido en otras ocasiones; si, además de una fuente común, hubiese que hablar, en este caso, de dependencia, me inclinaría por afirmar que las mayores coincidencias se aprecian en relación al texto valenciano de los Furs, aunque no descarto que la sistemática, dentro de la rúbrica, haya sido sugerida por la de los Fori:

CT 3.11.4: Si algunes cases deven servitut a altres o plaça, en axi que pus alt no deven pujar, sino aytant como aqueles que primeres hi son feytes, la noveyla obra, ço es aytant com pus alt aura obrat e bastit contra la servitut, aquel qui la obra noveyla aura feyta⁶⁷, ab ses propres messions⁶⁸ la deu desfer et destruyr: e ayli no pot⁶⁹ aturar aquela obra que contra la servitut aqui establida sera feyta⁷⁰

Mas a nuyl hom no es vedat⁷¹ que les sues cases o plaça no puyc si's vol tro al cel, sens contrast de nuyl hom, si doncs servitut no devien, axi com desus es dit⁷².

V. Es preciso que me ocupe, para terminar con la exposición de la disciplina de las servidumbres, de las formas constitutivas y extintivas de la relación.

En tema de constitución de servidumbres, se aprecia también una notable diferencia entre el régimen valenciano y el tortosino, ya que, advertido en CT 3.11.1 que las servidumbres se constituyen *en darrerres voluntats, et per covinences*, se excluye, en principio, cualquier otra forma de constitución voluntaria de servidumbres. El catálogo de formas constitutivas ofrecido por los textos valencianos es, por ello, más variado que el tortosino.

Una de las formas constitutivas admitidas por el derecho romano es la *deductio servitutis*, en los actos de transmisión de fundos, en virtud de la cual el que enajena uno de los predios puede acordar con el adquirente la constitución o reserva de una servidumbre a favor o a cargo del predio transmitido o a favor o a cargo del predio cuya propiedad retiene⁷³. En relación a este medio constitutivo, se plantea qué ocurriría si el dueño de dos casas que había previsto que fuese la vendida la que quedase gravada con la servidumbre, no hace mención de la servidumbre en el momento de la entrega. La respuesta está en un texto de Marciano, según el cual enajenante, a fin de que pueda ser reconocida la servidumbre en favor de la casa cuya propiedad retiene, puede ejercer la *actio venditi* o la *condictio incerti*:

67. feyta/ o feta fer *add.* CD.

68. messions/ o despeses *add.* CD.

69. no pot/ ne deu *add.* CD.

70. feyta/ ne obrada *add.* CD.

71. vedat/ ne li pot esser vedat *add.* CD.

72. También aquí es posible la relación con D. 8.2.9 (vid. nota 61).

73. D. 8.2.34: Et qui duas areas habet, alteram tradendo servam alteri efficere potest.

D.8.2.35: Si binarum aedium dominus dixisset eas quas venderet servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex venditio agere potest vel incertum condicere, ut servitus imponatur.

Este texto ha inspirado indudablemente a los redactores de los Fori, lo que quiere decir que éstos admiten la reserva de servidumbres en los actos de enajenación como forma constitutiva. Sin embargo, la solución jurídica arbitrada por el texto valenciano en latín no es la misma. En efecto, los redactores de los Fori, partiendo de que entre el momento en se que realizó la venta y el momento de la entrega puede transcurrir un espacio de tiempo, se limitan a establecer que cuando se venden dos casas y se dice que sea la vendida la que quede gravada con una servidumbre, se entenderá que la mencionada casa se vende con la servidumbre impuesta en el momento de la venta, aunque tal circunstancia no se mencione, después, en el momento de la entrega. Sobre el plano puramente textual, ello quiere decir que los redactores de los Fori han copiado íntegramente la mitad, aproximadamente, de D. 8.2.35, en donde se describe el supuesto de hecho, al que han aparejado una consecuencia jurídica de cosecha propia:

FAV 47.36: Si binarum edium dominus dixisset eas, quas vendet, servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, intelligatur illam domum vendidisse cum illa servitute quam imposuit tempore venditionis. Hunc forum declaravit dominus rex.

En la traducción valenciana se nota de forma más clara la diferencia entre el momento de la venta y el de la *traditio* o entrega, *liurament*, con lo que queda también más claro que la persistencia de la servidumbre impuesta al *començament* (en el momento de la venta) no se verá afectada por no mencionarse la existencia del gravamen en el posterior momento de la entrega de la casa:

FV 3.16.14: Si alcun senyor de dos alberchs vendrà la un d'aquels e en la venda dirà: "aqueu alberch te ven que y haja servitut", e puy en lo liurament de l'alberch no fa mentió d'aquela servitut, sia entés que aqueu alberch sia venut ab la servitut la qual li posà al començament. Aquest fur declarà e romançà lo senyor rey.

Este fuero no tiene equivalente alguno en las Costums de Tortosa.

Si en líneas generales puede decirse que tanto FAV/FV como CD/CT toman sus prescripciones de la compilación justiniana o, hipótesis probable, de obras de tipo doctrinal relacionadas con la compilación, también creo probable que los redactores de nuestros textos hayan acudido a otras fuentes o hayan tenido en cuenta otras tradiciones jurídicas. Para el caso que ahora nos ocupa, ello explicaría la aparición en los Fori de una forma de constitución de servidumbres no vinculada a los textos justinianos, cual es la forzosa en caso de que un predio estuviese enclavado o rodeado de tal forma que su dueño no tenga lugar por donde salir o entrar o conducir agua. En este supuesto, los Fori prevén que, si

no consta desde antiguo el lugar por donde habitualmente se tenía el camino o el acueducto⁷⁴, el vecino que menos daño o incomodidad sufra dé el camino y el acueducto, sin derecho alguno a contraprestación:

FAV 47.15: Si quis domos, edificia, campum vel aliquem solum terre habuerit ex omni parte a vicinis circumstantibus ambitum, ita quod non habuerit iter vel aquae ductum nec constat per quem certum locum antiquitus iter vel aquae ductus habuerit, vicini, qui minus incommodum habuerint, predicto loco iter et aquae ductum sine omni precio donent.

La traducción valenciana no incorpora modificación alguna al régimen jurídico:

FV 3.16.22: Si alcú haurà cases o hedificis o camp o altre sòl de terra que sie avironat de cascuna part de sos vehins, enaxí que no haurà carrera on hji pusque entrar ni metre ni menar aygua, ni sia sabut per qual loch cert antigament ell agués carrera on pogués entrar a aquel camp seu o menar aygua, los vehins que meyns dan hi hauran, donen a ell, a obs del damunt dit loch per aquells lurs logars, sens tot preu, carrera on hi puscha entrar e metre e menar aygua.

Las Costums de Tortosa, por su parte, contemplan el supuesto de constitución forzosa de servidumbre en caso de finca rodeada o enclavada, pero sólo respecto de la necesidad de paso, no respecto del acueducto. Se separan también de los textos valencianos en el hecho de hacer participar a la autoridad, ya que disponen que sea el veguer con dos o tres ciudadanos quienes, después de inspeccionado el lugar, asignen el terreno para el paso por allí por donde menos daño cause a los vecinos. Esta forma de asignar el paso encuentra dos excepciones. Una, cuando aquel que tenía la finca enclavada tenía al lado otro terreno que vendió y sobre el que no retuvo el lugar destinado al paso⁷⁵, supuesto en cual, un derecho de paso por fundo vecino no puede nacer sino por los medios constitutivos habituales; otra, tratándose de terrenos montañosos o garrigas, sobre las que tampoco se admite el paso a menos que se constituya una servidumbre:

CT 3.11.13: Si vinyes o camps o altres honors seran avironades d'altres honors, et el senyor d'aqueles vinyes camps o altres honors no

74. En otros territorios hispánicos, desconocida antes de la Recepción la institución de las servidumbres como *qualitas fundi*, el criterio de la antigüedad de los usos fue determinante para el mantenimiento de algunas de las situaciones reales cuyo contenido económico era el de una servidumbre (PACHECO, F.L., Las servidumbres prediales en el derecho histórico español, Lérida, 1991, 262-263, por remitir sólo a consideraciones conclusivas).

75. Dado que una reserva de esta especie no puede establecerse sino mediante un pacto entre el enajenante y el adquirente, el mecanismo puede reconducirse perfectamente a las *covinences* previstas en CT 3.11.1, por lo que debe señalarse que los redactores de CT no están aquí reconociendo más formas constitutivas que las que ya estaban establecidas en CT 3.11.1.

pora exir ne entrar a aqueles ⁷⁶, sino per honors d'altres, e aquels li contrastaran que no'l lexen entrar ne exir aqui per les lurs honors, a demanda d'aquel a qui sera vedat l'entrar o l'exir, lo Veguer ab dos o ab tres dels Ciutadans o ab pus deven anar là, e la cosa vista e guardada, per juhii d'ells, deven li assignar carrera e loc covinent per on pusque entrar et exir; emperò là on meyns de don et de mal sia d'aquels de qui son les honors, per que deu esser aquela carrera e aquel entrador et aquel exidor.

Mas si por aventura aquel qui aura aquela honor a la qual no pusca entrar ne exir sino per honor d'altre, e ll per aventura o son antecessor en aquel loch, avia honor, e la aura venuda, e aura rentengut aquel loc, e no's aura retenguda carrera per on pusca entrar ne exir a aquella ⁷⁷, jamas per honor dels altres veyns ne d'aquel a qui aura venut no pusca entrar ne exir, si doncs ab eyl no's n'ave per compra o per altra rao.

Atressi, si algu volra arabaçar laurar o fer vinya o altra honor en algun loc, com moltes vegades s'esdeve en les muntanyes et en les garrigues, al qual arrabaçar o laurar, ell no pusca entrar ne exir sino per honor o per garriga d'altre, james aqui no pusca entrar ne exir, si donc nos'en posa ono's n'ave per compra o per altra rao ab lo senyor de la honor o de la garriga.

El derecho romano justiniano, que había admitido una *traditio et (vel) patientia servitutis*, consistente en la tolerancia, por parte del titular del fundo sirviente, del ejercicio o *usus* del titular del fundo dominante ⁷⁸, acabó por admitir también una *possessio iuris* o *quasi possessio* ⁷⁹, a partir de la cual se consagró, como forma de adquisición de servidumbres, el transcurso de los plazos de la *longi temporis praescriptio*, esto es, diez o veinte años, según fuese entre personas presentes o ausentes ⁸⁰, con lo que quedó sin efecto la prohibición de la Lex Scribonia de usucapir las servidumbres ⁸¹. Pues bien, los redactores de los Fori se han hecho eco de esta forma de adquisición o constitución de servidumbres y teniendo, probablemente, a la vista otros textos ⁸², han redactado un fuero en virtud del cual aquel que de forma continua durante diez años ha transitado o conducido agua por el fundo del vecino, siendo éste consciente y no habiendo contradicho el paso o la conducción, no puede ser, transcurridos los diez años, impedido en el ejercicio de la servidumbre. De otro modo dicho: el que tolera y padece en su fundo, sin contradicción alguna, el paso o la conducción de agua por más de diez años no puede prohibir el ejercicio de la servidumbre:

76. aqueles/ vynes camps o honors *add.* CD.

77. aquela/ sua *add.* CD.

78. D. 6.2.11.1; D. 8.1.20; D. 8.3.1.2.

79. D. 8.5.10.

80. C. 7.33.12.4

81. D. 41.3.4.28.

82. C. 3.34.2 y, quizá, Lo Codi, 3.27.6; vid. BARRERO, *El derecho*, cit., p. 654.

FAV 47.20: Per fundum vicini sui si quis ad fundum suum iverit vel aquam duxerit continue per X annos, vicino sciente vel partiente (sic) et non contradicente, non possit a vicino postea prohiberi uti servitutibus supradictis,

cuya traducción valenciana reza del siguiente modo:

FV 3.16.26: Si alcú irà per lo camp de son vehí al seu camp o menarà aygua continuamente per X anys, sabén e soffrén aquell vehí e no contradíen, no li pusque esser vedat per son vehí d'aquí enant que no ús d'aquella servitut de la qual haurà usat per X anys.

No se toma, pues, en consideración la prescripción justiniana de veinte años *inter absentes*.

Es difícil determinar, a la vista de los textos, si la posibilidad de prescripción adquisitiva por transcurso de diez años es aplicable a todo tipo de servidumbres o sólo a las de paso y acueducto, que son de las que hablan los fueros. En todo caso, la prescripción de diez años no tiene lugar, según los textos valencianos, respecto de la eras en donde se bate el trigo⁸³:

FAV 47.8: Si aliquis in area tua ius non habet, quantumcumque temporis ea usus fuerit, non preiudicet domino aree,

cuyo equivalente romance es

FV 3.16.31: Si alcú en la tua era no ha dret, per quant que temps aquell usarà o emprarà aquella era, no nou a tu qui és senyor d'aquella era.

Las Costums de Tortosa son contrarias, en cambio, a la prescripción de servidumbres como forma adquisitiva. En lo que podría ser el equivalente tortosino de FAV 47.8/FV 3.16.31, las Costums vienen a establecer un principio general de imprescriptibilidad de las servidumbres al advertir que las servidumbres no nacen si no son establecidas tal como se prevé en CT 3.11.1, esto es, por últimas voluntades o por *covinences*, por lo que, independientemente del tiempo durante el cual alguien haya estado vertiendo aguas sobre el predio del otro, por ejemplo, no se gana la servidumbre:

CT 3.11.5, párrafo cuarto: Aylo meteyx s'es si algu fa versar aygues de son alberc o de son terrat en plaça d'altre, o y obra portal e y faça portes, ja sia ço que per lonc temps aço us ne faça, no y ha ne y pot

83. Deduzco que se trata de eras en donde batir el trigo, por la utilización que de la palabra *area* se hace en FAV 47.5=FV 3.16.30, fueros con los que deben ponerse en relación los que ahora transcribo.

aver possessio, ne l'an guayna, ne ulla servitut. Car servitut en null loc no es, si doncs establida no y es, axí como desus es dit⁸⁴.

Pese a esta regla general de imprescriptibilidad de las servidumbres, las Costums acaban por reconocer, en un precepto que sería el equivalente a FAV 47.20/ FV 3.16.26, que, si bien no se admiten más servidumbres que las establecidas por los medios ya conocidos, el que tolera y consiente el paso y la conducción de agua por su fundo durante un plazo superior a treinta años, no puede, después, impedir el ejercicio de los mencionados derechos, lo que viene a significar la admisión, con carácter excepcional, de la prescripción teodosiana en los mismos términos en los que los textos valencianos admiten la prescripción justiniana:

CT 3.11.16: Ja sia ço que servitut nuyl hom no pusca aver ne dege esser, si doncs establides no son⁸⁵, es a saber, que si algu passa per XXX ans per camp o per honor d'algu o'n men sa aygua per regar son camp o sa honor, ell o sa companya pacificament e sens contrast d'altre, lo senyor d'aquel camp o honor, sabent consintent e no contrastant ne embargant, apres de XXX ans passat, no li pot vedar ne contrastar que no y aja servitut, e d'aqui enant que sens contrast que non pusca usar.

En relación a las formas extintivas, el derecho romano justiniano tenía admitida la extinción por confusión, que acaecía cuando el propietario del fundo dominante se convertía en propietario del fundo sirviente, o al revés⁸⁶, en cuyo caso entraba en juego el principio *nemini res sua servit*. Aunque la regla general de la confusión está formulada en D. 8.6.1, en otro pasaje del Digesto vuelve a contemplarse el caso para advertirse que el que compró las casas que le debían servidumbre, con lo que se produce la confusión, las venderá libres si expresa y nominalmente no les ha impuesto de nuevo la servidumbre:

D. 8.2.30 pr.: Si quis aedes, qua suis aedibus servirent, cum emisset traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est, et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est: alioquin libera veniunt.

Este pasaje del Digesto ha sido literalmente tomado por los redactores de FAV 47.34, que no reproduciré dada su exacta coincidencia con el texto justiniano. El texto valenciano no introduce novedad alguna, aunque es más extenso, debido a los circunloquios derivados de la traducción:

FV 3.16.13: Si alcú comprarà alcunes cases en les quals les sues cases hajen servitut, depuys que les cases haurà comprades, aquela servitut

84. es dit/ per testaments o per codicils o dereres volentats o per stipulacions *add. CD*, en clara referencia a CT 3.11.1.

85. no son/ o per testaments o derrereres volentats o per covinences *add. CD*.

86. D. 8.6.1.

puy's no és deguda a aquel qui haurà comprades les cases; e si puix volrà vendre aqueles cases en les quals les sues cases primerament havien servitut, mester és que nomenadament digue que les sues cases primeres hajen servitut en aquelles cases que ven, axí com de primer lay havien; d'altra manera, si espessament no ó diu, les cases qui seran venudas sien franques d'aquela servitut.

Las Costums de Tortosa no han hecho más que traducir a su modo el texto latino:

CT 3.11.27: Si les cases de mon vey deven servitut a les mies, et yo compre aqueles cases que deven aquela servitut, axí de continent son franques d'aquela servitut, com si anc no desquessen ne aguessen servitut deguda tantos com a mi son liurades.

E si per aventura yo aqueles cases davant dites que dabans aquela servitut devien, a altre ven ne alien, no feyta mencio d'aquela servitut, que yo aqui la'm retem, es entes et es ver que yo aqueles ven franques e quites e sens tota servitut que d'aqui enant yo en aqueles no he ne puyx demanar⁸⁷.

Aylo meteyx s'es et es entes de totes altres honors et possessions.

Los Fori recogen también la regla romana de que las servidumbres que radican en lo edificado se retienen por la posesión⁸⁸. La recepción de este principio, que los romanos utilizaron en relación a la *usucapio libertatis* como forma típica de extinción de las servidumbres urbanas⁸⁹, ha dado lugar a un fuero que, sin correspondencia exacta con ningún pasaje justinianeo, establece que el que como consecuencia del uso por diez años ha conseguido una servidumbre de goteo, una de empotrar vigas, una servidumbre de luces o cualquier otro tipo de servidumbre, no podrá reintegrar la servidumbre a su primitivo estado si, después, el stillicidio es apartado a otro lugar de la casa del vecino, si las vigas son arrancadas o si las ventanas son cerradas, salvo que, antes de que transcurra el plazo para la adquisición por prescripción de diez años, compre al vecino la servidumbre o le sea concedida por donación o dejada en testamento:

FAV 47.10: Si vicinus utendo per decennium consecutus fuerit aliquam servitutem stillicidii vel tigni immittendi vel per fenestras vel foramina lumina recipiendi vel cuiuslibet alterius servitutis, et postea stillicidium averterit a domo vicini sui vel tignum exemerit vel lumina

87. demanar/ car en les mies coses no par ver que unes degien servitut a les altres con totes siem mies *add.* CD, lo que quiere decir que los redactores de CT prescinden del argumento que justificaba la solución adoptada.

88. D. 8.2.20 pr.: Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur, nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem.

89. D. 8.2.6; D. 8.2.32.1.

clauserit, non poterit postea reintegrare sibi servitutem, cum domus vicini semel adempta fuerit a possessione preterite servitutis. Sed, si antequam spatio X annorum acquisivisset dictam servitutem, eandem servitutem a vicino emisset vel ei donationis titulo concessa fuisset vel in testamento legata, posset servitutem preteritam in statum pristinum restaurare.

La traducción valenciana no hace más que explicar el contenido de aquellas servidumbres que sólo son nombradas en el texto latino o explicar más detalladamente en qué consisten los actos contrarios a la existencia de la servidumbre y que provocan la pérdida de la posesión de la misma:

FV 3.16.15: Si alcú vehí, usan per X anys, haurà conseguida e guanyada alguna servitut en les cases de son vehí, axí com és servitut d'estel.lidici, ço és a saber que les aygües sues degoten e cajan en les cases de son vehí, o servitut de metre cabirons o bigues en la paret de son vehí, o de reebre lum per finestres que seran envés les cases de son vehí, o d'altra servitut, e puys de la casa d'aquel vehí serà gitat aquel stel.lidici, ço és que haje mudat o gitat en altre loch lo decorriment o degotament d'aqueles aygües que cajan en altre loch, o haurà treytes o departides aqueles bigues o aquells cabirons de la parte o de les cases de son vehí, o haurá tancades les finestres on reebia lum, pus que açò haurà feyt, no porá pus reeentegrar ni recobrar la servitut sobredita e que havie en les cases de son vehí per ço car aqueles cases de son vehí seran treytes e deliurades una vegada de la possessió de la passada servitut. Mas si primerament que les hagués tengudes per teneó de x anys, compre aquela servitut sobredita de son vehí, o li fo atorgada per rahó de donatió o lexada en testament, ladonchs pot la passada servitut en l'estament primer en què era recobrar e restaurar.

Las Costums de Tortosa no contienen ningún precepto similar, toda vez que no admiten, de forma ordinaria, la prescripción como forma adquisitiva de servidumbres.

Lo mismo que el derecho romano justiniano acabó admitiendo la adquisición de servidumbres por el transcurso de diez o veinte años, la extinción por no uso también acabó ajustándose a los nuevos plazos, que sustituyeron al bienio clásico como plazo de extinción por no uso⁹⁰. Aunque no puede descartarse la influencia de C.3.34.13, transcribiré, sin embargo, C.3.34.14, constitución que, totalmente refundida y adaptada, es la que ha pasado a los Fori:

CT 3.34.14 pr.: Cum talis quaestio in libris Sabinianis vertebatur: quidam etenim pactus est cum suo vicino, ut liceat ei vel per se vel per suos homines per agrum vicini transitum facere iterque habere uno

90. C. 3.34.13 y 14.

tantummodo per quinquenium die, quatenus ei licentia sit in suam silvam inde transire et arbores excidere vel facere, quidquid ei fuerit visum, et quarebatur, quando huiusmodi servitus non utendo amittitur, et quidam putaverunt, si in primo vel secundo quinquenio per eam viam non itum est, eandem servitutem penitus tolli quasi per biennium ea non utendo deperdita, singulo die quinquenni pro anno numerando, aliis aliam sententiam eligentibus, nobis placuit ita causam dirimere, ut, qui iam per legem latam a nobis prospectum est, ne servitutes per biennium non utendo depereant. sed per decem vel viginti annorum curricula, et in proposita specie, si per quattuor quinquennia nec uno die vel ipse vel homines eius eadem servitute usi sunt, tunc eam penitus amittat viginti annorum desidia, qui enim in tam longo prolixoque spatio suum ius minime consecutus est, vera poenitentia ad pristinam servitutem reverti desiderat.

Los redactores de los Fori se han inspirado en el párrafo inicial de esta constitución y, adaptándola y prescindiendo, lo mismo que para la constitución de servidumbres, del plazo de veinte años entre ausentes, han redactado un fuero según el cual el que pacta con su vecino el paso o cualquier otro tipo de servidumbre no perderá ésta sino por el no uso durante diez años, no por el no uso durante dos años:

FAV 47.14: *Qui pactus est cum vicino suo ut liceat ei per se vel per suos homines per agrum vicini transitum facere iterque habere vel aliquam alienam servitutem habere, non utendo biennio illa servitute non tollitur ideo servitus, nisi X annis cessaverit.*

Los furs no introducen novedad alguna en su traducción:

FV 3.16.28: *Aquel qui féu covinença ab son vehí que ell e sos hòmens pusquen passar e haver carrera per lo camp de son vehí, o que hi haje altra servitut, jasia ço que no pas ne ús d'aquela servitut per II anys, gens per açò no és toltà ni.s pert aquela servitut, si doncs no cessave o no estave per X anys que no usàs d'aquella servitut.*

Las Costums de Tortosa vuelven a separarse ostensiblemente del derecho justinianeo y, por tanto, también, del derecho valenciano. Si sólo con carácter extraordinario habían admitido, como hemos visto, una prescripción de treinta años como forma adquisitiva, las Costums, en cambio, no admiten ningún plazo de prescripción como forma de extinción por no uso. De aquí, que, establecida una servidumbre, cualquiera que sea el plazo durante el cual su titular deje de usarla, nunca podrá perderse:

CT 3.11.8: Quan servitut es establida en aquela⁹¹ cosa, e aquel no la usara o la volra usar o no pora, tota via qualque temps ell ne vulla usar o pot fer, sens tot constra: que nuyl temps per lonc que sia ne vulla prescripcio no li nou ne li pot noure.

Las servidumbres, pues, según el derecho justinianeno y según el derecho valenciano, se extinguen por no uso durante diez años. Puede ocurrir, sin embargo, que el no uso venga motivado por una imposibilidad física de ejercer el contenido de la servidumbre. Al margen de lo previsto para la servidumbre de paso y en el supuesto de destrucción del *locus* por avenida de río⁹², el derecho romano tiene ejemplificado el caso de que el titular de un derecho de acueducto no pueda ejercer su derecho porque se haya secado la fuente de donde tomaba el agua: se establece que aquellos que durante años condujeron agua de una fuente que se secó o comenzó a manar posteriormete, verán restituído su derecho, pues fue por imposibilidad, no por culpa o negligencia, por lo que llegó a perderse:

D. 8.3.34.1: Si fons exaruerit, ex quo ductum aquae habeo isque post constitutum tempus ad suas venas redierit, an aquae ductus amissus erit quaeritur:

D. 8.3.35: et Atilicinius ait Caesarem Statilio Tauro rescripsisse in haec verba: Hi, qui ex fundo Sutrinum aquam ducere soliti sunt, adierunt me proposueruntque aquam qua per aliquot annos usi sunt ex fonte, qui est in fundo Sutrinum, ducere non potuisse, quod fons exaurisset, et postea ex eo fonte aquam fluere coepisse: petieruntque a me, ut quod ius non negligentia aut culpa sua amiserant, sed qui ducere non poterant, his restitueretur. quorum mihi postulatio cum non iniqua visa sit, succurrendum his putavi, itaque quod ius habuerunt tunc, cum primum ea aqua pervenire ad eos non potuit, id eis restitui placet.

Aunque estos textos romanos no han pasado de forma literal a los Fori, los redactores valencianos han tomado de ellos el mismo supuesto de hecho y la disciplina jurídica en ellos contenida. El resultado ha sido un fuero según el cual, aunque el titular de la servidumbre no haya usado de su derecho por diez años o más a causa de la sequía de la fuente, lo que en otras circunstancias hubiese provocado la extinción por no uso, recobrará su derecho de toma o de conducción si posteriormente la fuente vuelve a manar; lo mismo debe entenderse respecto de cualquier otra servidumbre que de esta forma se haya perdido y después restaurado:

FAV 47.32: In fundo vicini alicuius oriebatur fons, de quo fonte accipiebat quis aquam ad rigandum, contingit quod ille fons est desicatus et stetit desicatus per X annos et plus, et sic infra dictum tempus non potuit aquam accipere ad regandu[m], et sic ius accipiendi aquae videbatur

91. aquela/ alcuna CD.

92. D. 8.6.14 pr.

amissu[m]. Tempore procedente, aqua ex fonte fluere cepit et dictus fons est in statum pristinum restitutus; in hoc casu, non amisit ius aqua ducende ad rigandum fundum suum, nec amisit servitutem non utendo per tempus supradictum, quia nec, si voluisset, aquam accipere potuisset, que tunc non erat. Idem est quilibet alia servitute sic amissa et postea restaurata,

cuya traducción valenciana es la siguiente:

FV 3.16.37: El camp d'alcun vehí naxie font, de la qual font I altre son vehí prenie aygua a rregar, e esdevench-se axí que aquella font s'execà e estech execha per X anys e més, e axí aquel vehí entre aquel temps no poch pendre aygua a rregar, e axí ere semblant que agués perdut lo dret que havie de pendre aquella aygua a rregar; puys, a enant de temps, l'aygua començà a exir d'aquela font, e la dita font tornà en l'estat en què solie ésser de primer. En aquest cas aquell vehí no pert lo dret que havie de menar la aygua al seu camp a rregar, ni pert la servitut que aqui havie, car no usà per aquel temps damunt dit, ço és per X anys, car si volgués pendre aquella aygua a rregar lo seu camp, no pogre, per ço car no hi ere. Aquela matexa cosa és en tota altra servitut que axí sie perduda e puys sia restaurada.

Las Costums de Tortosa ponen de manifiesto, en este punto, tanto su vinculación con los textos romanos como con los valencianos, ya que si, por una parte, el argumento que se da para no considerar perdido el derecho por no uso parece similar al manejado en D. 8.3.35 (ausencia de culpa), por otra, el planteamiento del supuesto de hecho (imposibilidad de uso por un plazo que provocaría su extinción) y su descripción parecen estar tomados de los textos valencianos, como está tomada, casi de forma exacta, la cláusula final en la que se hace extensiva la solución jurídica a cualquier servidumbre que de ese modo se haya perdido. El texto, pues, que ahora transcribiré constituye, creo, otro indicio de que los redactores tortosinos, probablemente, han tenido presente para la redacción de algunas constums tanto los textos romanos como los textos valencianos:

CT 3.11.25: Si font o pou es en honor d'algu, et aquela font o pou camp o honors d'altres s'es reguen, e s'esdeve per aventura que la font o'l pou seca et esta axi por XXX ans o pus, si d'aqui enant, aquel temps passat, lo pou o la font torna en aquel estament que dabans era, que y nasca aygua, aquel qui aquesta servitut avia de regar son camp o sa honor torna et es en aquel primer estament, com era quan l'aygua torna a secar, que non pert possessio ne en re no's mirua son dret, per lo temps d'aquel sacament d'aquela aygua; car ja fos ço que ell pendre ne regar volgues d'aquela aygua, et dins son cor tingues qu'en prenguera, si n'i agues, no o podia fer, per ço, car gens non exia e no era colpa sua.

Aylo meteyx s'es en totes altres servituts que axi son perdudes, e depuyx son restaurades et tornades.

VI. Tanto los Furs de Valencia como las Costums de Tortosa regulan, dentro de la rúbrica destinada a las servidumbres, una serie de situaciones que en la Compilación Justiniana estaban disciplinadas fuera de las sedes destinadas a la materia de servidumbres. Quiere ello decir que la inclusión de estas situaciones en la rúbrica de servidumbres no venía determinada de forma natural por el modelo justiniano, sino que su presencia en nuestros textos debe relacionarse con una decisión en tal sentido por parte de quienes, pensando en una cierta similitud, han estimado oportuno regularlas junto a las servidumbres. De acuerdo con la hipótesis sobre la que trabajamos, es probable que la decisión aludida la hayan tomado por primera vez los redactores de los textos valencianos, en cuyo caso la presencia de tales materia en las Costums de Tortosa, también en la rúbrica destinada a servidumbres, sólo se explica a partir de la dependencia de las Costums respecto de los textos valencianos; de no ser así, sólo la posibilidad de que, tanto los redactores valencianos como los tortosinos hubiesen acudido, además de a la Compilación, a unas mismas obras intermedias de tipo doctrinal de las que hubiesen tomado una particular sistemática o *forma disponendi*, aclararía las semejanzas entre FAV/FV y CD/CT. Pero si Furs y Costums utilizan unas mismas fuentes, ¿por qué, además, las utilizan en forma casi idéntica? Quizá una respuesta a esta pregunta pueda darse también partiendo de la dependencia de unos textos respecto de otros.

Los redactores de los Fori han procedido a una reelaboración de algunas de las prescripciones contenidas en D.39.2 *De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus* y han incluido un fuero según el cual, cuando la casa del vecino amenaza ruina, de forma que puedan producirse daños en las casas contiguas, el vecino tiene la obligación de reparar las casas o prestar caución para el caso de que la ruina se produzca:

FAV 47.22: Si domus vicini minentur ruinam, ita quod ex illa ruina possit vicino in domibus suis dampnum conting[er]e, vicinus domos suas ruinosas fulciere teneatur vel vicino cautionem prestare de dampno illi futuro, si forsam ex ruina illa dampnum sibi contingeret.

Un poco más explícito es el fuero redactado en romance:

FV 3.16.7: Si les cases del vehí seran roinoses, ço és que són aparellades de caer, enaxí que si cahien que feessen mal o que donassen dan a les cases de son vehí, aquell vehí qui haurà les cases roinoses o aparellades de caer sie tengut de calçar e d'adobar aqueles cases o de donar assegurament a son vehí, si negun dan ni negun mal li'n venie per rahó d'aqueles cases, si cahien.

Las Costums de Tortosa, a su modo, vienen a recoger la misma disciplina, con las adaptaciones pertinentes. La costum equivalente a los fueros que acabo de alegar viene a establecer que el que teme la ruina de las casas de su vecino puede elegir entre pedir caución al vecino para el caso de que la ruina se produzca, caución que

puede ser exigida por sentencia si el vecino no la presta voluntariamente, o pedir la reparación o el derrumbamiento de aquello que se teme pueda caer:

CT 3.11.18: Com sia desus dit que si cases d'algun vey⁹³ volen caure e que sien reec de caure, e que sia ver en axi que a les cases de son vey, si aqueles cases cayen, poguessen don donar e a les cases que son láins, es electio d'aquell qui espera aquest don a pendre et a aver, que li deman fermança, quasi per caure d'aqueles cases a ell ne venia don, que lo y emenas tot, e si dar no la y volia, que anas al Veguer, e que s'en clam, e per sentencia conve qu'el demanat do fermança, mal son grat, al demanador que si don venia al demanador que lo y emen e lo y refaça o que derroc la paret o cuberta, e aylo que volra caure deu e pot demanar, e aço es electio del demanador, qualqu'un en vulla demanar, o la fermança o el derrocar o'l adobar, si adobar se pot, e lo demanat ha de que o pusca adobar: que sobr'aço qu'el demanador deman s'a a donar la sentencia de continent la cosa vista e guardada per lo Veguer e'ls Judges sens alongament e contrast, e la deuen fer seguir sens tota malea que no s'i pusca fer.

Las Costums de Tortosa, sin embargo, no sólo contemplan el daño temido desde la perspectiva del vecino que teme se caiga la casa colindante. En términos generales, está previsto, en una costum que no tiene equivalente en los textos valencianos, que cuando las casas de alguien o incluso los muros de la ciudad amenazan ruina, aquel que teme se caigan puede pedir la intervención del Veguer o de tres o cuatro ciudadanos quienes, después de comprobar el estado de la cosa, pueden compeler a su dueño a su destrucción o reparación a su propia costa; aunque en este caso no se exige caución, el que se niega a destruir lo ruinoso está obligado a resarcir de los daños producidos si la ruina, efectivamente, se produce. Tratándose de los muros de la ciudad, aquel que pide su derrumbamiento debe hacerlo a su costa, aunque no está obligado a la reparación; inspiración lejana en D.39.2.46, quizá pueda encontrarse en esta costum:

CT 3.11.12: Si les parets o cases d'algu o cuberta de cases o murs de la Ciutat⁹⁴ volen caure o estan en reec de caure, a coneguda d'uns e d'altres, aquel qui ha temor que caya, deu venir a la Cort, e aqui mostrar como aqueles parets cases o cuberta o murs minantur ruinam, e que seria gran don d'ell e d'altres; e sobr'aquesta mostra, lo Veguer o III o IIII dels Ciutadans o pus deven anar lá, e veer e guardar aquela

93. vey/ minantur ruinam so es que si les dites cases *add.* Cd. Estamos ante otra de esas frases en latín que no pasan a la redacción definitiva de las Costums. En todo caso, obsérvese la similitud de la frase suprimida en CT con el texto latino y aún con el romance de los Furs y valórese convenientemente el hecho de que, salvo equivocación, la expresión *minantur ruinam* no aparece en ningún fragmento de D. 39.2 *De damno infecto*.

94. Ciutat/ minantur ruinam so es que *add.* Cd.

cosa; e vista aquela cosa, si conexen que faça a derrocar o a destruyr o a refer o calçar, aquel de qui la cosa es, ab sa propria messio, deu aquela derrocar, o refer calçar o adobar per juhii, e dins aquell temps que ells li assignaran, que no s'en pot appeylar ni enaquest cas no ve appeylacio; e no perço meyns, pus aquel lo y aura demanat qu'els derroc, si ver es, que facen a derrocar e no o vulla fer, es tengut de tot lo mal que farien si cayen.

Si es mur de la Ciutat qu'en sia vist al Veguer et als Ciutadans qui seran la Cort, et ayran aquella cosa veer, quan ells o ajen vist que⁹⁵ par que degen caer, per sentencia dels Ciutadans, aquel qui fa la demanda que sien derrocats, deu ne fer derrocar aytant com ells li jutjaran qu'en sia derrocat e no pus, e deuelos derrocar ab sa propria messio, mas no es tengut de refer.

En relación a los árboles, los redactores de los Fori, inspirados de forma remota en D. 43.27 *De arboris caedendis*, han incluido un fuero que establece que si un árbol ajeno cuelga sobre el fundo propio, el propietario de fundo tiene derecho, tan sólo, a cortar aquellas ramas cuya sombra produzca daño al fundo, lo que, en cierto modo, viene a recordar el permiso para cortar ramas dañosas hasta una altura de quince pies, a que se refiere D. 43.27.1.7 y 8⁹⁶:

FAV 47.26: Si arbor alic[ui]us pendet super campus alterius, ille, super cuius terram pendet, ramos pendentes non evellat sive abscindat, sed tantum scindat quantum fecerit umbram dampnosam,

y cuya traducción es la siguiente:

FV 3.16.33: Si l'arbre d'alcú penyarà sobre camp d'altre, aquel sobre la terra del qual penyarà, no tail ni trench les rames qui penyaran sobre aquel camp, mas tail e trench aytantes d'aqueles rames quant fassen ombra qui li tingue dan.

La tendencia al desarrollo, característica de los redactores de las Costums de Tortosa, ha dado por fruto, en esta materia, una extensa costum muy distante, en forma y contenido, de los textos valencianos, aunque, como he advertido, la inclusión en la rúbrica de servidumbres denota, por sí misma, una vinculación con aquéllos. Los redactores tortosinos, en este punto, se han hecho eco, de forma libre, de varias reglas romanas contenidas en el Digesto y referentes a los

95. que/ minantur ruina so es que *add.* CD.

96. D. 43.27.1.7: quae arbor ex agro tuo in agro illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc, quo minus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto; D. 43.27.1.8: Quod ait praetor, ut lex duodecim tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur, et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret.

árboles. Respecto de aquellos árboles que producen sombra dañosa en el predio vecino, se distingue entre aquellos que llevan plantados treinta años o más y los que no; respecto de los primeros, el dueño del predio no sólo no puede cortar ramas ni raíces, sino que debe tolerar en todo momento la salida y entrada del dueño del árbol para recoger los frutos; los frutos, pues, siguiendo a D. 43.28.1⁹⁷, no pertenecen al dueño del predio. En cuanto a los árboles que no llevan plantados treinta años, los dueños de los predios pueden conseguir por sentencia permiso para cortar las ramas y raíces que penetran en sus fundos⁹⁸; si se trata de árboles de nueva plantación, el dueño del predio puede exigir que los árboles se planten a ocho palmos hacia dentro de la finca y lejos del predio vecino, ya que, en caso contrario, pueden ser cortados si así se decide en sentencia, lo que, en cierto modo, recuerda la regla contenida en D.10.1.13 sobre distancias que deben respetarse cuando se plantan árboles al lado del fundo vecino⁹⁹. Tratándose de raíces que ataquen los fundamentos de la casa vecina, o sus paredes, puede el dueño de las casas arrancar o cortar aquéllas, extremo sobre el cual el derecho romano también tenía prevista solución¹⁰⁰; del mismo modo, el dueño de las casas puede cortar las raíces de aquellos árboles cuyo crecimiento excesivo haya perforado las casas. De los árboles, en fin, por antiguos que sean, que impidan labrar la tierra o que impidan labrar con bueyes, pueden cortarse las raíces y ramas, siempre que se trate de tierras de *pan*, y no de otras:

CT 3.11.21: Arbres que son plantats en les honors d'alguns e fan ombra en honor de son vey, per la qual ombra, los arbres e'l esplet de la honor de son vey, valen meyns e li es dampnosa; o aquels arbres hi han estat pacificament XXX ans o pus, o no y han estat XXX ans.

Si han estat XXX ans complidament o pus; d'aquels arbres, rames ne rayus ne altres coses, ne deven esser ne poden remogudes ne toltes ne tallades per los veyns d'aquel loc ne per altres, e cascu pot cuylir d'aquels arbres sens pena et tot contrast dels altres veyns de qui son les honors; e poden entrar et exir en la honor de son vey totes hores que aquels fruyts son colidors e fan coylir, mas no en altra rao, sens volentat de son senyor; e no tan solamente les senyors d'aquels

97. D. 43.28.1: Ait praetor: Glandem, quae ex illius agro in tuum cadit, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto. Glandis nomine omnes fructus continentur.

98. En el derecho romano, los dueños de los predios no pueden, por sí mismos, cortar las raíces, aunque tengan acción para ello: D. 47.7.2.6; las ramas, en cambio, pueden ser cortadas, como hemos visto, hasta una altura de quince pies.

99. D. 10.1.13: ...Si quis maceriem iuxta praedium alienum aedificet, finem ne excedito, si murum, pedis intervallum esto: si aedes, pedum duorum, si sepulcrum immo fossam vel scrobem fodiat, quanta altitudo est, tantum intervallum esto: si puteum, ulnae, oleam autem et ficum novem pedes ab alieno serito, reliquas arbores quinque pedes.

100. C. 8.1.1: Cum proponas radicibus arborum in vicina Agathangeli are positis crescentibus fundamentis domus tuae periculum adferri, praeses ad exemplum interdictorum, quae in albo proposita habet: si arbor in alienas aedes impendebit, item: si arbor in alienum agrum impendebit, quibus ostenditur ne per arboris quidem occasionem vicino nocere oportere, rem ad suam aequitatem rediget.

arbres per cuylir los fruyts hi poden entrar et exir et cuylir aquels fruits, ans aquels qui'ls auran venuts e lurs compaynes ¹⁰¹.

Mas los arbres que no auran aqui estat per XXX ans, los veyns d'aquels arbres, les rames que pengen deues la sua honor e les rails que dins la sua honor entren, per sentencia poden si's volen taylor et arrencar sens contrast d'aquels de qui son los arbres, e quan aquels arbres se planten, pot contrastar lo vey que no'ls planten sino VIII palms dins lo seu e luy de la honor de son vey; e si'ls hi planten, ayls contrastants o no, per sentencia ¹⁰² poden los taylor et arrencar ¹⁰³; exceptats los orts en que poden plantar lurs arbres on se vuylen dins l'ort.

Empero si algu fa cases en son alou, prop de la honor de son vey, et el solament et el fonament, on les parets deuen aseer, ha rayls d'alguns arbres de la honor de son vey, aqueles rayls poden arrencar et taylor, que no facen embarc ¹⁰⁴ a aquels fonaments.

Aylo meteyx s'es si les cases eren ja feytes, e les rails dels arbres de son vey creixen tant que les cases li foradassen ¹⁰⁵ o li volguessen traucar, aqueles rayls pot lo senyor de les cases tallar et trencar, aytant como dins lo seu ne trop, que nosa ni don li facen.

Empero si'ls arbres de son vey, per antics que sien, crexen tant o son creguts ves la honor de son vey, que contrasten que la honor de son vey, aquela que dejus aquels arbres es, no pusca laurar ab bous aquela que ab bous se laura, o ab homens aquella que ab homens se laura, poden e deven totes aqueles rames et les rails tallar, qu'els bous e'ls homens pusquen aqui entrar anar e laurar sens embarc ¹⁰⁶, et aço s'enten en la terra del pa, e no en les altres honors.

Ha llegado el momento de poner punto final. Los Furs, como hemos visto, están profundamente romanizados. Son, si se quiere, una recensión del Código ¹⁰⁷, pero también dependen, intensamente, de otras partes de la Compilación Justiniana. Pese a ello, también se suele advertir que no están tan romanizados como las Partidas. Dejando al margen otro tipo de consideraciones y si nos fijamos sólo en la rúbrica que ha sido objeto de estudio, tal afirmación quiere significar que los redactores valencianos, en algunos casos, no han sabido o no han querido desprenderse de otras tradiciones jurídicas distintas a la romano-justiniana. Un buen ejemplo de ello lo constituye el último fuero que traeré a colación y que

101. compaynes/ e els misages dels uns e dels altres y poden entrar e exir com temps ne raon sia daquels fruits a collir *add. Cd.*

102. sentencia/ dels ciutadans ab lo veguer ensems arrencar *add. CD.*

103. poden-arrencar *om. CD.*

104. embarc/ ne contrast *add. CD.*

105. foradassen/ o li traucassen *add. CD.*

106. embarc/ e contrast *add. cd.*

107. Expresión que gusta utilizar a A.IGLESIA, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español. Manual II*, Barcelona, 1992, 132 (existe traducción al catalán, Barcelona, 1993).

debe enmarcarse dentro de la tradición jurídica en la que se inscribe también la política de concesión de privilegios, llevada a cabo en un primer momento por Jaime I. El fuero en cuestión procede, precisamente, del privilegio otorgado en 29 de diciembre de 1239 y su inclusión en la rúbrica dedicada a las servidumbres no deja de ser, en cierto modo, sorprendente, aunque tenga su razón de ser. Efectivamente, frente al problema de las relaciones entre fundos vecinos pertenecientes a distinto propietario, del que los redactores demuestran un alto conocimiento, el fuero de referencia no contiene otra cosa que la concesión, por parte del monarca, a los habitantes y pobladores del reino y de la ciudad de Valencia, de los términos, acequias, aguas, acueducto y fuentes, excepto la acequia regia. Es cierto que se conceden *franchas et liberas* y que el disfrute de las aguas se concede *sine servitute aliqua, servitio et tributo*, expresiones, por otra parte, que no contiene el privilegio del que procede el fuero¹⁰⁸ y que son adición de los redactores de los Fori, pero también creo, como he dicho en otro lugar, que este tipo de menciones no alude a la ausencia de gravámenes cuyo contenido pueda reconducirse a las servidumbres, sino que simplemente expresan la condición de libre de toda carga, sea ésta del tipo que sea. Que los redactores de los textos valencianos, concededores del término *servitus* y de su contenido jurídico, vean en la concesión de acequias, aguas, fuentes y acueductos *sine servitute aliqua* la concesión de un fundo sin la obligación de tener que soportar las inmisiones del titular activo de una servidumbre, sólo es el el fruto del nuevo ambiente creado tras la Recepción, como también debe achacarse a ésta el que los redactores valencianos empleen el término *servitus* en relación a unas situaciones que, cuando fueron descritas por primera vez, en el privilegio de 1239, no lo fueron en esos términos:

FAV 47.16: Per nos et nostros damus et concedimus imperpetuum vobis, [universis] et singulis habitatoribus civitatis et regni Valentiae et tocus termini eiusdem, omnes et singulas cequis, franchas et liberas, maiores, mediocres [et minores], cum aquis et aquarum ductibus, et aquas etiam fontium, excepta cequia que vocatur regia, illa que vadit ad Puzolum; quarum cequiarum et foncium aquam et aquarum ductum habeatis semper, incessanter et continue, die ac nocte, ita quod ex eis possitis rigare et accipere eas sine servitute aliqua, servitio et tributo, [et] accipiatis easdem aquas secundum quod est antiquitus et fuit sarracenorum tempore constitutum,

108. El fragmento del privilegio de 29 de diciembre de 1239 de donde procede el fuero es el siguiente: Donamus et concedimus imperpetuum omnes et singulas cequias civitatis Valentiae maiores mediocres et minores: cum aquas et aquarum ductibus, exceptis cequia qui vocatur regia illa. sicut que vadit usque ad puçolus: quarum cequiarum aquam et aquarum ductum habeatis semper continue incessanter die et nocte. itaque et eis possitis regare secundum quod est antiquitus consuetum (ALANYA, *Aureum opus*, cit., priv. 8, Jaime I, p. 64).

cuya traducción es la siguiente:

FV 3.16.35: Per nós e per los nostres donam e atorgam per tots temps a vós, tots ensemps e sengles habitants e pobladors de la ciutat e del regne de València e de tot lo terme d'aquell regne, totes e cascunes cèquies, franques e liures, mayors e miyanes e menors, ab aygües e ab menamens e ab uimens d'aygües, en encara aygües de fonts, exceptada la cèquia real, qui va a Puçol. De les quals cèquies e fonts ayats aygua e enduïmens e menamens d'aygües tots temps contínuament, de dia de nuyt, enaxí que puscats d'aqueles regar e pendre aygües sens alcuna servitut e servici e tribut, e que prenats aqueles aygües segons antigament és e fo establít e acostumat en temps de sarrahins.

Por razones evidentes, este fuero no ha pasado a las Costums de Tortosa ni han informado la disciplina de ninguna de ellas. Pero, a veces, la relación entre textos se vislumbra, más que en lo que uno toma del otro, en lo que no tomo en la forma de tomarlo.

Si resumimos, de forma concisa y conclusiva, todo lo expuesto, obtendremos el siguiente resultado provisional:

1. Las rúbricas FAV 47 *De servitutibus et de aqua* y FV 3.16 *De servitut d'aygua et d'altres coses*, por un lado, y CD/CT 3.11 *De servitut dayges e de parets e daltres coses*, por otro, proceden de C. 3.34 *De servitutibus et de aqua*. La dependencia de los textos valencianos y tortosinos respecto del Código de Justiniano es tan sólo de rúbrica a título, pero de no de capítulos a constituciones. De las 14 constituciones de que consta el título 34 del libro tercero del Código, sólo 4 ó 5 tienen algún reflejo en los furs y en las costums. Ello significa, por ejemplo, que de los 38 capítulos de FAV/FV, sólo 4 de ellos (FAV 47.2,3,4, y 14/FV 3.16.36,9,27 y 28) tienen relación con el Código. El resto de los capítulos, en su mayoría proceden del Digesto (D.8.1 *De servitutibus*; D. 8.2. *De servitutibus praediorum urbanorum*; D. 8.3 *De servitutibus praediorum rusticorum*; D. 8.4 *Communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum*; D.8.5 *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*; D.8.6 *Quemadmodum servitutes amittuntur*; D. 39.2 *De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus*; D.43.27 *De arboris caedendis*), salvo tres de ellos que proceden de los privilegios concedidos en 29 de diciembre de 1239 y 19 de junio de 1251 y salvo nueve de los que no estoy en condiciones de fijar su exacta procedencia; 22 capítulos, pues, proceden del Digesto, sin excluir, quizá, la influencia de otras fuentes probables y no indentificadas.

2. En líneas generales, puede decirse que el régimen jurídico de las servidumbres, tanto en los textos valencianos como en los tortosinos, es justiniano. Deben tenerse presente, sin embargo, las siguientes matizaciones:

a) La dependencia más estrecha respecto de los modelos justinianos, formal y materialmente, la presentan FAV/FV; los redactores de las Costums

de Tortosa parecen denotar un mayor grado de independencia respecto de tales modelos, manifestada, desde un punto de vista formal, en una tendencia a la reelaboración; desde un punto de vista material, a veces, por un claro alejamiento de las soluciones justinianas, como ocurre en materia de constitución y extinción.

b) La dependencia más estrecha tanto de FAV/FV como de CD/CT respecto de los modelos justinianos y, por tanto, también, las mayores coincidencias entre el régimen valenciano y el tortosino, se dan respecto de lo que podríamos llamar caracteres generales de la institución, mientras la disciplina concreta de cada tipo de servidumbre o la misma mecánica de la institución, parecen ser la consecuencia de una labor de adaptación de principios, romanos, a las concretas realidades ciudadanas. De aquí, por ejemplo, las diferencias que ofrecen entre sí y respecto del derecho romano justiniano los regímenes referentes a luces, vistas y paredes o las diferencias ostensibles entre FAV/FV y CD/CT en materia de constitución y extinción de servidumbres.

c) A veces, las diferencias, aunque leves, de régimen jurídico entre FAV/FV y CD/CT se deben a que, siendo ambos textos de procedencia romana, sus redactores no han tenido en cuenta las mismas sedes textuales, sobre todo cuando un determinado problema ha sido tratado en más de una sede dentro de la Compilación (caso del *locus servitutis* o de la persistencia *pro parte* de las servidumbres) o cuando uno de los textos parece desarrollar la disciplina romana levemente incorporada en el otro (así, la materia referente al daño temido y a los daños producidos por la sombra y las raíces de los árboles, brevemente recogida en FAV/FV, encuentra mayor desarrollo en CD/CT).

3. Si no puede decirse, de forma tajante, ya que ello exigiría realizar la operación que he realizado con la rúbrica de servidumbres respecto de todas las rúbricas, que se detecta una clara dependencia de los textos tortosinos respecto de los valencianos, tampoco puede descartarse que se haya producido tal influencia. Al contrario, puede afirmarse como una hipótesis bastante probable. A mi juicio, los redactores de los textos tortosinos, y debe tenerse presente que, en materia de servidumbres, los redactores de CT se han limitado, en general, a suprimir las frases superfluas en CD y muy pocas veces a introducir aclaraciones que en cualquier caso no han afectado al régimen jurídico, han tenido presente tanto la Compilación justiniana como las versiones latina y romance de los textos valencianos. Existen razones formales y de sistemática y razones materiales para mantener tal hipótesis:

a) Aunque los redactores de FAV/FV no parecen haber adoptado ningún planteamiento sistemático a la hora de la selección de los fragmentos justinianos ni a la hora de la distribución de los capítulos dentro de la rúbrica, los redactores de las Costums de Tortosa parecen seguir la *forma disponendi* de los textos valencianos, especialmente de la redacción latina. En la tabla de concordancias número 2 puede observarse con toda claridad cómo, salvo en las ocasiones en que los preceptos de CD/CT no tienen equivalencia en FAV/FV y salvo los saltos producidos en CT 5.4º, 5.2º, 29, 6.1º y 2º, 10, 24 y 31, la serie de capítulos

que va de 1 a 30 en CD/CT es perfectamente consecutiva y sigue el orden de capítulos de FAV; una tal correlación sólo se explica si los redactores de CD/CT, a la vista de la rúbrica 47 de FAV, han ido tomando de ella, por el mismo orden, los preceptos que interesaban y prescindiendo de los que no interesaban. Sería entrar en el terreno de la ficción pensar que orden de selección de los fragmentos justinianos o los fragmentos mismos pudiesen coincidir sin que los redactores tortosinos hubiesen tenido a la vista la forma de trabajar de los redactores valencianos. En la tabla número 3 se observa cómo la correlación a que me refiero se quiebra con facilidad respecto del orden de capítulos de FV.

b) El hecho de que la rúbrica 47 de FAV esté compuesta de 38 capítulos mientras que CT 3.11 sólo contenga 31 capítulos no es óbice para seguir manteniendo el paralelismo entre el orden de sucederse los capítulos en FAV y CD/CT, ya que, a veces, los capítulos tortosinos no son sino la refundición, en varios apartados, de dos capítulos seguidos o cercanos sucesivamente en FAV: así, CD/CT 5.1^º, 2^º, 3^º y 4^º son el resultado de la fusión de FAV 47.4, 5, y 8; CD/CT 14.1^º y 2^º contienen FAV 47.17 y 18. El paralelismo puede o no conservarse en relación a la redacción romance de FV e incluso aparecer paralelismos nuevos: CD/CT 3.11.6, 1^º y 2^º equivalen a FV 3.16.10 y 11; CD/CT 3.11.14, 1^º y 2^º contienen FV 3.16.24 y 25; CD/CT 3.11.5, 3^º y 4^º refunden FV 3.16.30 y 31.

c) A menos que se trate de una obra doctrinal no identificada, y en relación con el enunciado de las rúbricas, es sintomático que las *Costums* de Tortosa recojan en la rúbrica destinada a las servidumbres la regulación de aquellas situaciones, que también recogían FAV/FV, pero que no proceden de las sedes textuales de la Compilación destinadas a las servidumbres. Probablemente, la regulación del daño temido y los capítulos influidos por D. 43.27 están en las *Costums* porque los redactores de los FAV/FV, alejándose del contenido de C.3.34 y del libro 8 del Digesto, habían introducido capítulos similares, dedicados a los mismos problemas. Son las *altres coses* en las que coinciden los textos valencianos y tortosinos.

d) Desde un punto de vista material y con referencia a las soluciones jurídicas adoptadas, parece claro que, en algunos casos, si el modelo justiniano aparece en CD/CT adicionado o reelaborado, es porque antes, dicho modelo había sido adicionado o reelaborado por los redactores de FAV/FV. En otras palabras, no deja de llamar la atención que las mismas adiciones o reelaboraciones que se encuentran en FAV/FV se encuentren también, en algunos casos, en CD/CT, lo que sería difícil si los redactores de los diferentes textos hubiesen manejado independientemente la Compilación, en cuyo caso sería de esperar que cada uno de ellos reelaborase o completase a su manera la regla justiniana. Esta reelaboración de los textos justinianos en CD/CT a partir de la labor ya realizada por los redactores de FAV/FV puede observarse de forma clara en, al menos, cinco ocasiones: CD/CT 3.11.29, 3.11.5, 3^º, 3.11.3, 3.11.5, 1^º y 2^º y 3.11.25, debiéndose señalar que, a veces, muy pocas, la dependencia se observa sólo o preferentemente respecto de la redacción romance de los *furs*, en aquellos casos en que sus redactores no sólo se han limitado a una traducción fiel del texto latino.

e) En este orden de ideas, resulta también indicativo de la dependencia a que vengo aludiendo el hecho de que furs cuyo contenido no procede directamente de la Compilación justiniana encuentren su equivalencia en las Costums, lo que, igualmente, es difícil de imaginar si los redactores valencianos y tortosinos hubiesen manejado independientemente la Compilación. Así, el que CT 3.11.22 permita proyectar los canales superiores de desagüe hasta la mitad de la calle, sólo se explica si se considera CT 3.11.22 una adaptación de FAV 47.27= FV 3.16.20, que permite dicha proyección hasta la tercera parte de la calle, ya que inútilmente se buscará en la Compilación una regla semejante.

f) A veces, los redactores de las Costums incluyen capítulos en los que no sólo se modifica la disciplina justiniana, sino que no se comparte o no se acepta la misma. Pero es evidente que la inclusión de esta clase de preceptos por parte de los redactores no tiene más finalidad la que distanciarse del modelo del cual dependen, en este caso, de los textos valencianos, de los que, sin embargo, toman el supuesto. La inclusión de unas costums en las que se niega eficacia constitutiva al paso del tiempo, admitiéndose excepcionalmente la prescripción de treinta años, o en las que se niega, en toda circunstancia, la eficacia extintiva del no uso, sólo se explica si tiene en cuenta que en FAV/FV hay preceptos que, ante los mismos supuestos, disciplinan lo contrario y si, a su vez, se tiene en cuenta que los modos constitutivos en el derecho tortosino están perfectamente detallados en CT 3.11.1. La admisión en CT 3.11.25 de la reconstitución legal de una servidumbre extinguida parece ser una concesión a razones o criterios de justicia, pero, por ello mismo, sustituida la prescripción justiniana por la teodosiana, la dependencia formal y material respecto de los textos valencianos es evidente.

g) Finalmente, el que los redactores tortosinos hayan tenido a la vista los textos valencianos explicaría el que, cuando éstos incluyen preceptos claramente inadecuados a la realidad tortosina, se haya prescindido de ellos. Ello quizá explicaría el que FAV 47.16=FV 3.16.35 y FAV 47.28=FV 3.16.21 no tengan equivalencia en las Costums, ya que proceden respectivamente de los privilegios de 29 de diciembre de 1239 y 19 de junio de 1251, aunque debe señalarse que FAV 47.29=FV 3.16.6, procedente de otro fragmento del privilegio de 1251 citado, ha sido adaptado en CT 3.11.9,1º.

FRANCISCO L. PACHECO

TABLA 1		TABLA 2		TABLA 3	
FAV 47	FV 3.16	FAV 47	CT 3.11	FV 3.16	CT 3.11
1	1	1	1	1	1
2	36	2	3	2	20
3	9	3	4	3	17
4	27	4	5,1º y 2º	4	—
5	30	5	5,3º	5	9,2º
6	4	6	—	6	9,1º
7	10	7	6,1º	7	18(12)
8	31	8	5,4º	8	(19,24,31)
9	23	9	7	9	4
10	15	10	—	10	6,1º
11	11	11	6,2º	11	6,2º
12	29	12	29	12	26
13	5	13	9,2º	13	27
14	28	14	8	14	—
15	22	15	13	15	—
16	35	16	—	16	(23?)
17	24	17	14,1º	17	10
18	25	18	14,2º	18	—
19	34	19	15	19	—
20	26	20	16	20	22
21	3	21	17	21	—
22	7	22	18(12)	22	13
23	16	23	(23?)	23	7
24	8	24	(19,24,31)	24	14,1º
25	2	25	20	25	14,2º
26	33	26	21	26	16
27	20	27	22	27	5,1º y 2º
28	21	28	—	28	8
29	6	29	9,1º	29	29
30	18	30	—	30	5,3º
31	17	31	10	31	5,4º

Derecho valenciano, Derecho catalán y recepción del Derecho Común: reflexiones...

TABLA 1		TABLA 2		TABLA 3	
FAV 47	FV 3.16	FAV 47	CT 3.11	FV 3.16	CT 3.11
32	37	32	25	32	28
33	12	33	26	33	21
34	13	34	27	34	15
35	32	35	28	35	—
36	14	36	—	36	3
37	38	37	30	37	25
38	19	38	—	38	30