

DE VITA, Anna: "La proprietà nella esperienza giuridica contemporanea (Analisi comparativa del diritto francese)". Presentazione di Pietro Rescigno. Milano, Giuffrè, 1969.

Constituye la presente obra el segundo de los «Estudios de Derecho comparado», colección que, a cargo de Mauro Cappelletti, encuentra su propia cantera de autores en la Facultad de Derecho florentina, cuyos profesores —lo recuerda precisamente Rescigno al comenzar la presentación de la obra— se han caracterizado siempre por no eludir el esfuerzo que implica analizar la evolución y caracteres fundamentales de aquella que Finzi calificó: «institución admirable, concebida con tan exquisito magisterio técnico como para consentir el desarrollo más variado, la adaptación más flexible a las cambiantes exigencias políticas, económicas...» Ahora es Anna de Vita quien viene a ofrecernos el fruto de varios años de estudio en una obra que, sin ínfulas de grandeza, pretende —y lo consigue plenamente— hacernos partícipes de la mutación acaecida dentro del derecho de propiedad, del nuevo marco que caracteriza el estudio de la figura.

La autora pone ya de manifiesto en el prólogo que el tratamiento del tema ha sido diluido en un encuadre más amplio que el puramente técnico-jurídico, en cuanto no va a aparecer desprovisto de preocupaciones (de «contaminaciones» habla sarcásticamente Rescigno, alabando la decisión de la autora) históricas o sociológicas. Ello es el fruto de la creencia en la colaboración entre la ciencia jurídica y la sociología, que ha llevado a la doctrina a la consideración de la propiedad como un derecho inserto en una perspectiva histórica concreta, como un fenómeno social condicionado —al igual que cualquier otro— por los cambios ideológicos y económicos. De aquí, precisamente, la titulación del primer capítulo como «La proprietà: strumento *rivelatore* dell'evoluzione giuridica». El análisis de la autora toma como punto de partida la situación político-social en la época de publicación del «Code» Napoleón, resaltando cómo la idea de libertad política fruto del individualismo va a encontrar correspondencia en el plano jurídico en el concepto de propiedad («droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue...» según el conocido artículo 544 del Code civil; pero ya en 1792 un Décret de 25 de agosto había prescrito que «toute propriété foncière est déclarée franche et libre de tous droits tant féodaux que censuels») y, de otra parte, recordando las características «positivas» del cuerpo legal francés: «el equilibrio fue su virtud; la moderación, la garantía y el precio de su duración». Los puntos siguientes, tratados con brevedad pero con el cuidado necesario para evitar la caída en imprecisiones tienden a subrayar como la aparición del Estado intervencionista, consecuencia directa de la no defensibilidad del «laissez faire», el predominio del Derecho público, el fenómeno de la colectivización económica... han roto el binomio anterior libertad-propiedad, sustituyéndolo por el de libertad-igualdad (real, dice la autora); la identificación entre propiedad y libertad aparece hoy día como un prejuicio metodológico, siendo, de otro lado, evidente el fracaso del intento de «convertir en bruñida superficie una materia por naturaleza esencialmente poliédrica». Así, la tendencia general de los ordenamientos de incidir autoritariamente en la dinámica del Derecho privado, cada vez constatable con más facilidad, ha acarreado lógicamente la debilitación de la propiedad-derecho subjetivo, si bien acompañada de una ampliación de su contenido desde el punto de vista objetivo, notas que, junto a la prevalencia de la dimensión funcional (frente a la estructural preconizada

anteriormente por la doctrina), caracterizan hoy día el estudio de la institución.

El título II, naturaleza jurídica y caracteres del derecho de propiedad, es de sarrollado en dos capítulos, titulados respectivamente «la definición jurídica de la propiedad» y «la propiedad como derecho real». En el primero de ellos, tras plantearse el problema general de la validez de las definiciones legales, entiende que la propiedad en la mente del legislador de 1804 «confiere al titular un poder lo más amplio posible sobre la cosa, sin que adquieran relevancia la naturaleza del bien, ni su función económico-social», si bien ponga a continuación de manifiesto cómo —a través fundamentalmente de nuevos límites, tanto de hecho como de derecho, y de la creación jurisprudencial del «abus de droit»— en el moderno derecho francés la significación de la norma del Code civil haya sufrido la transformación que implica la continua adecuación a la realidad de normas que, formalmente, permanecen inalteradas, tan característica de la vida jurídica francesa; así como subrayar que le esquema tradicional sólo puede ser aplicado hoy día a objeto de valor económico-social relativamente modesto (a nuestro juicio, el párrafo líneas arriba reproducido entre comillas contiene una afirmación excesivamente drástica: baste recordar el contenido del art. 2.279 del C. c. francés).

Por otra parte, analizando el actual Codice civile italiano, recalca que en su art. 832 no se ha insertado una definición del derecho de propiedad, sino que se ha delineado indirectamente su contenido, en cuanto que modernamente se considera exigencia ineludible la delimitación de la posición jurídica de la persona privada y el ámbito de su poder, de su autonomía, problema que no aparece lógicamente en los Códigos de corte napoleónico, pues en ellos todo el sistema —tanto jurídica como políticamente— se basa precisamente en la consagración de la absoluta prevalencia del individuo, de la autónoma e inviolable esfera de poder de cada uno de los miembros de la colectividad. Naturalmente, no queda con ello resuelto el problema de la definición de la propiedad, que, dado el enriquecimiento sufrido desde el punto de vista objetivo, continúa siendo el mismo de siempre: una definición o construcción rigurosa, precisa, «restringiría la aplicación sólo a una de las situaciones que el término propiedad sigue comprendiendo» (Pugliatti). El análisis de la propiedad como derecho real, objeto del segundo capítulo, le ofrece la posibilidad de exponer las dificultades de estructuración que la relación sujeto-ordenamiento jurídico-cosa presente y las presuntas soluciones ofrecidas por los defensores de la teoría personalista. La teoría es rechazada, revelándose como su error principal consiste el no haber separado el contenido del «ius in re» de su sanción y de haber transformado una obligación de orden público en obligación convencional, derivada de una norma propia del ordenamiento jurídico-privado. A continuación, analiza la autora la conveniencia u oportunidad del «numerus clausus», concluyendo negativamente, pues «los motivos de salvaguarda de un poder soberano del propietario, la necesidad de dar una seguridad jurídica a través del respeto de los valores formales, parecen superados», como el mismo Rescigno —haciendo hincapie en el elogio— señala en la presentación.

El estudio, en el título siguiente, de la propiedad como derecho limitado sirve a la autora fundamentalmente para poner de manifiesto que debe ser descartada la dirección defendida por la teoría clásica referida a la consideración de la limitación como accidente extrínseco, relegada a los márgenes de la juridicidad. Por el contrario, el límite ha de ser entendido como un elemento connatural, integrador del derecho de propiedad y tendente a legitimar el ejercicio del derecho mismo.

dada la coincidencia que se predica debe existir entre propiedad y actividad. Una breve referencia al fundamento y caracteres de las limitaciones, tanto en interés privado como en interés público, y, a continuación, un análisis de la reforma acaecida en Francia en materia de arrendamientos a través de la ley de 1.º de septiembre de 1948 («droit au maintien»: su fuente de nacimiento no es ya el acuerdo voluntariamente establecido por las partes, sino la ley; posibilidad por parte del propietario de realizar actos de disposición?) y del Decreto de 30 de septiembre de 1953 referente a los «baux commerciaux», extremos que le llevan a la afirmación de que el fenómeno histórico de una metamorfosis del derecho de propiedad como consolidación del dominio útil se vuelve a plantear con una desconcertante actualidad en el complejo de normas que disciplinan la situación inmobiliaria francesa. El título se cierra con una referencia al desconocimiento por parte de la Constitución francesa de 1958 del principio de la función social, mientras que, por el contrario, se encuentra expresamente recogido tanto en la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 como en la Grundgesetz Bonner de 8 de mayo de 1949 (el párrafo 2.º del art. 14 de esta última prescribe textualmente que «la propiedad obliga y su uso debe servir al mismo tiempo al bienestar general»); dentro de esta línea de pensamiento se tacha de solución de compromiso la representada por el artículo primero del protocolo adicional de la «Convention européenne des droits de l'homme», en cuanto que, si bien no ha repetido el «slogan» de la propiedad como derecho sacro e inviolable, tampoco ha aceptado explícitamente el principio a que nos estamos refiriendo.

El último título, «El derecho de la propiedad en la realidad social de nuestros días», tiene como finalidad principal resaltar cómo la consideración social en la evolución jurídica francesa ha conducido a una transformación total, incidiendo sobre los mismos cimientos del concepto de propiedad, que, así aparece desmaterializada, desmembrada, frente al antiguo «dominium» concebido como derecho cuya relación con la cosa era tan acusada que, a veces, casi se confundían. El fenómeno es analizado por Anna de Vita a través de las intervenciones del legislador —francés— que más claramente significan una ruptura con el criterio individualista: ley sobre la «insaisissabilité» de la pequeña propiedad familiar; Décret de 31 de diciembre de 1958 regulador del «ius aedificandi», reforma llevada a cabo en el derecho de sucesiones a través de la ley de 1961; la «loi d'orientation agricole» de 5 de agosto de 1960, de acuerdo con la cual el rígido juego de oferta y demanda queda sustituido por la consideración de la idoneidad y preparación técnico-profesional de quienes se convertirán en propietarios de la tierra, etc. Tras ello, la obra toca a su fin evidenciando que, en la Constitución italiana, el principio de la función social —objeto ya de lucubraciones en la generación siguiente a la napoleónica— ha perdido la nota de nebulosidad que precedentemente le podía ser atribuida, convirtiéndose por el contrario en un norte o guía que obliga a calificar de «excepcional» cualquier norma que intente establecer la propiedad como derecho ilimitado. Premisa que hace posible contraponer la situación legislativa italiana a la francesa, en cuanto que la paciente elaboración jurisprudencial del «abus de droit» no ha encontrado adecuada inserción en la norma constitucional y, de otro lado, demuestra una aspiración individualística aún prevalente, frente a la «evolución de la misma propiedad privada en sentido social» que supone el contenido del segundo párrafo del art. 42 de la Constitución italiana: «La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, que determina los modos

de adquisición, disfrute y límite de aquélla, con la finalidad de asegurar su función social y hacerla accesible a todos.»

La obra, a nuestro entender, merece un juicio positivo, pues constituye una seria aportación que coadyuva a dar luz sobre las dificultades o problemas originados por la aparición en la sociedad actual de nuevos intereses (o, mejor, ¿nuevas formas de interpretación de los intereses en juego?), modos de uso y disfrute de los bienes que traen consigo el someter a revisión los poderes del propietario, determinar los límites de existencia del derecho real por excelencia. Finalmente, subrayamos el acierto de la elección del ordenamiento francés como substratum del análisis realizado, así como el buen conocimiento de aquél y la riqueza del aparato bibliográfico italo-francés.

Carlos LASARTE

A. S. DIAMOND: "Primitive Law, Past and Present", Methuen & Co. Ltd., Londres 1971 (XXV + 410 págs.).

La primera edición de este libro se publicó en el año 1935 y, con muy pocas variantes, en 1950 la segunda. Esta tercera es en realidad un libro completamente nuevo; tan es así que no se presenta como nueva edición de sus predecesores con los que «apenas hay frase coincidente», nos dice el autor en el prólogo.

En muchos de sus pasajes las ediciones primeras fueron una serie de ataques a las tesis sobre el derecho primitivo mantenidas en el clásico *Ancient Law* de H. Maine. Aunque la virulencia de la crítica desaparece en éste, la impugnación de aquéllas sigue siendo frontal, pues se mantiene, entre otros extremos, frente a las afirmaciones correlativas opuestas de Maine, que no es cierto que el derecho sustantivo aparezca como «secretado por los intersticios del procedimiento», entre otras cosas porque las reglas procesales y los procesos mismos son posteriores históricamente a las normas sustantivas o hay, cuando menos, una indiferenciación primera entre órganos legiferantes y órganos jurisdiccionales en virtud de la cual es imposible mantener que una de estas funciones fuera cronológicamente anterior a la otra. También se niega que tenga fundamento en la realidad —subráyese que el ataque aquí se dirige contra una posición central de las elaboraciones de Maine— el parecer de que el derecho objetivo derive de reglas preexistentes de conducta que fueran al mismo tiempo de naturaleza jurídica, moral y religiosa, manteniéndose en cambio que en el derecho primitivo es clara y terminante la distinción entre el derecho mismo y las reglas religiosas y éticas, con independencia además de que Diamond sostenga una y otra vez que las primeras preceden a las segundas; la afirmación de que «la literatura más vieja de la mayoría de los pueblos lo son siempre sus leyes, escritas de manos del escriba», aparece una y otra vez en el libro (ver por ejemplo, páginas 40, 45, 118 y 301; la cita corresponde a la página 40). De los pasajes del Exodo que contienen lo que se denomina «Código judío», básicamente contenidas en el cap. 24 y formado reglas de derecho penal, conjugadas con algunas sobre propiedad y préstamo de animales, se afirma también, y por ejemplo, que son de las más antiguas del Pentateuco (pág. 127). La incorporación de reglas éticas o religiosas a las jurídicas, por lo demás nunca completa, es más bien un fenómeno del derecho primitivo tardío, y no algo originario. En