

REVISTA DE REVISTAS

II. REVISTAS EXTRANJERAS (1)

A cargo de Antonio PAU PEDRON,
Registrador de la Propiedad

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general y Derecho de la persona

EMILIO VITO NAPOLI: «Inabilitazione per prodigalità e tutela della persona umana». RDDC, 1981.

Comienza el autor destacando la imprecisión del concepto de prodigalidad acuñado por la Jurisprudencia, y la utilización tradicional que los Tribunales hacen de la misma, pues tratan de tutelar el honor y la dignidad de la familia, sin referencia alguna al honor y la dignidad del individuo.

Tras estudiar los rasgos de la prodigalidad en los distintos Ordenamientos jurídicos, destaca las contradicciones internas de la regulación italiana actual de la figura, que resulta incluso contraria a la vigente Constitución, al atentar contra la libertad y los intereses del individuo.

Trata de desvelar a continuación el verdadero concepto de prodigalidad, examinando el significado etimológico («pro-ago», conducta del pastor que permitía dispersarse a los animales que le habían sido encomendados), el concepto vulgar y el concepto técnico-jurídico, para analizar luego el fundamento de la institución, contraponiendo el fundamento objetivo de BARASSI —evitar la dilapidación de un patrimonio— y el fundamento subjetivo de FERRARA, que comparte el propio autor —la enfermedad mental del pródigo.

Esboza una evolución histórica de la inhabilitación por prodigalidad, analiza la prodigalidad desde una perspectiva psiquiátrica y examina los efectos de la prodigalidad en cuanto al derecho de voto —que le reconoce al pródigo la ley de 7 de octubre de 1947— y en cuanto a la capacidad para donar —que regula el artículo 776 del «Codice».

Finalmente, el autor propone una regulación más flexible de la inhabilitación por prodigalidad, que a la vez proteja los intereses sociales y familiares, tutele a la persona y los derechos del pródigo, y articule para éste los necesarios mecanismos de protección y asistencia, como lo hace la «Bundessozialhilfsgesetz» alemana, cuyas normas están desplazando a la vetusta regulación codificada de la «Entmündung wegen Verschwendung».

(1) Se reconstruyen artículos aparecidos en las siguientes revistas italianas: «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile» (cit. RTDPC), año 1980; «Rivista delle Società» (cit. RDS), año 1980; «Rivista di Diritto Civile» (cit. RDDC), año 1981.

GIOVANNI L. PELLIZZI: «La società persona giuridica: dove è realtà è dove è vuota formula». RDDC, 1981.

Se trata de una recapitulación de esa perenne busca de la «*reductio ad unum*» de los dos tipos de personas que actúan en el mundo jurídico. En el siglo XIX, una concepción casi biológica de la persona jurídica lleva a identificarla con la persona moral; en los albores del siglo XX, la exaltación del Derecho positivo conduce a la misma identificación; si en aquel siglo la propia naturaleza de ambos tipos de personas las hermanaba, en éste el común reconocimiento por el Ordenamiento jurídico las situaba en pie de igualdad.

El autor centra su estudio en las concepciones dominantes en la segunda mitad de nuestro siglo, que han supuesto una generalizada reacción frente a la doctrina tradicional. «Esta es la gran novedad —escribe PELLIZZI—: la doctrina más reciente no se contenta con sostener que la persona jurídica es una ficción, esto es, que es tratada por el legislador como si fuese una persona, sin serlo, sino que niega, por añadidura, que tal ficción exista con carácter general, es decir, niega un reconocimiento general de la *alteridad* de lo que el legislador designa como persona jurídica».

La doctrina italiana actual sólo reconoce algunos rasgos o supuestos de alteridad (se entiende por alteridad la distinción o independencia de la persona jurídica respecto de los hombres que la integran): son aquellos supuestos —aislados, circunstanciales— en que la ley le atribuye personalidad propia. GALGANO ha hablado —en esta línea— de la «demolición» de la persona jurídica, que destruye el mito de la absoluta identidad entre persona física y jurídica.

PELLIZZI se plantea la cuestión de si es verdad o no que el Ordenamiento jurídico reconoce esa alteridad que convierte a los entes en personas jurídicas. Afirma que la alteridad no es un problema de doctrina jurídica, sino de Derecho positivo. La alteridad existe donde un precepto concreto la reconoce, y desaparece donde esa norma explícita falta. «La ley, después de haber dispuesto con carácter general —dice el autor— que la persona jurídica sea tratada a todos los efectos legales *como si fuese* un sujeto diferenciado de Derecho, vuelve a imponer que, en un determinado caso y a determinados fines, sea tratada de nuevo *como si no lo fuese*». Ilumina sus palabras con un ejemplo, que sirve de base para su generalización posterior: es el caso de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada con un solo socio. Cuando existe pluralidad de socios, la sociedad-persona jurídica responde exclusivamente de las deudas sociales; cuando existe un socio único, el legislador ha dispuesto que, en caso de insolvencia de la sociedad, responda también el único socio personalmente. En base a lo anterior, PELLIZZI expone su conclusión: las normas que atribuyen personalidad jurídica a los entes son típicas normas excepcionales, de interpretación restrictiva; las normas que niegan tal personalidad jurídica independiente carecen de ese carácter de excepcionalidad y son susceptibles, por tanto, de aplicación analógica.

LUIGGI FERRI: «Tutela giurídica del nascituro». RTDPC, 1980.

«La tarea que he asumido, muy modesta, es la de realizar un sondeo de opinión entre los juristas italianos sobre el tema de la tutela del "nasciturus", en un período de tiempo que va desde la última parte del pasado siglo a nuestros días», comienza diciendo el ilustre profesor de Bolonia en su comunicación presentada al Congreso sobre los Derechos del hombre —año 1979— y recogida luego en esta RTDPC y en la revista «Incontri Culturali». Divide su investigación en dos grandes campos: el Derecho penal y el Derecho civil; prevé la posibilidad de un enfoque estrictamente constitucionalista, pero se limita a hacer algunas observaciones desde esta perspectiva: ante todo pone de relieve la ambigüedad de la Constitución italiana en este punto; habla el artículo 2.º de los derechos inviolables del hombre, pero no declara que el feto sea ya hombre; el artículo 31 afirma que la República tutela la maternidad, pero no aclara si protege los intereses de la madre o también los del hijo.

En el ámbito penal analiza las posiciones de numerosos autores: AMBROSOLI sostuvo que el delito de aborto no debía incluirse entre los que atentaban contra la vida humana, sino entre los que atentaban contra la familia; CARRARA opuso a la anterior teoría que toda vida humana debía respetarse por sí misma, sin consideración a razones familiares o sociales. PESSINA, basándose en que el nasciturus es sólo «spes hominis», y no «homo», considera que el aborto interrumpe el proceso de formación de la vida, y es contrario a la sociedad, que tiene legítimo interés en que no se impida un proceso fisiológico. CALOGERO, fundando su criterio en la personalísima teoría de que el feto «reviste en la vida intrauterina la forma de diversos organismos animales, y sólo en el momento del nacimiento posee los caracteres físicos y psíquicos de la humanidad», afirma que el feto no tiene categoría de ser humano, y el aborto no puede por tanto considerarse como un delito contra la vida, sino contra un derecho de la madre. MANZINI afirma que con la regulación del delito de aborto se protege la vida intrauterina de la persona. Pero con la entrada en vigor del Código penal italiano de 1930 se produce una decisiva interrupción en la doctrina tradicional sobre el aborto; el llamado Código Rocco incluye este delito bajo el epígrafe general «de los delitos contra la integridad y salubridad de la estirpe».

La ley de 22 de mayo de 1978, que despenalizó el aborto derogando los preceptos del Código de 1930 que lo regulaban, conserva sólo el delito en los casos en que el aborto se lleve a cabo en lugares no autorizados, o por personal no autorizado, o contra la voluntad de la madre. Por lo demás se admite sólo el aborto provocado dentro de los noventa días siguientes a la concepción; pero la falta de este requisito no ha suscitado nunca problema, por la dificultad de determinar el momento de la concepción. La ley de 1978 ha introducido también una modificación en el Código penal, «verdadamente indigna de un pueblo civilizado» —según FERRI—: la supresión de la agravante de que la víctima fuese una mujer encinta.

Los civilistas sólo se han preocupado de los aspectos patrimoniales de la protección del nasciturus; pero al defender sus intereses patrimoniales han sostenido implícitamente su existencia como persona: «prima essere,

poi possedere». No obstante, BARASSI afirma que el nasciturus no tiene vida autónoma, y no puede por tanto ser sujeto de derechos. DUSI reitera que el feto es sólo «pars viscerum matris», pero OPPO afirma que a este «germen de persona futura» puede atribuírsele personalidad. Recientemente BIANCA (RDCC, 1976) ha escrito que sostener un pretendido derecho de la madre a disponer libremente del nasciturus como cosa propia reproduce la arcaica concepción de la prole como objeto de propiedad, y contradice la moderna evolución de la relación paterno-filial como relación de cuidado y defensa.

Concluye el profesor FERRI afirmando que, a pesar de las manipulaciones políticas operadas en la figura del delito de aborto, y del desdén de los civilistas por el problema, la tradición jurídica italiana propugna por una protección legal del feto como ser humano, y lo configura, por tanto, como sujeto de derechos y como persona.

2. Obligaciones y contratos

MARIO BESSONE: «Clausola penale e intervento del giudice nella disciplina dei contratti per adesione», RDS, 1980.

En todos los ámbitos en que la contratación se realiza a través de condiciones generales, las cláusulas penales establecidas para asegurar el cumplimiento de la prestación debida constituyen siempre materia de complejos problemas, afirma el autor.

Las cláusulas penales no sólo agravan la posición deudora de la parte débil, sino que, en muchos casos, hacen pesar sobre ella el riesgo de que se produzcan circunstancias objetivamente incompatibles con el cumplimiento. De ahí la necesidad —afirma BESSONE— de articular un régimen de tutela del contratante débil.

El autor, que ha analizado el control administrativo de los contratos de adhesión en el Derecho israelí —en sus «Ensayos de Derecho civil»— y que ha estudiado también la ley alemana sobre condiciones generales de la contratación («Gesetz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen»), trata en este artículo de profundizar en el sistema francés de control, analizando primero los sectores de la contratación en que tal control se había introducido —arrendamientos, leasing, seguros, compraventa de inmuebles en construcción—, y examinando después la regulación específica que sobre la cláusula penal introdujo la ley de 9 de julio de 1975 en el propio Código civil (artículos 1.152 a 1.231). Esta última reforma, introducida ya en el Derecho francés como «création prétorienne», atribuye al Juez la facultad de moderar o aumentar la pena convenida cuando resulte manifiestamente excesiva o exigua.

GUIDO ALPA: «Responsabilità decennale del costruttore e garanzia assicurativa».

Se trata de una comunicación presentada por su autor a las «Jornadas sobre Seguros» que, periódicamente, se celebran en Génova, con el tema

—el año 1979— que enuncia el título de este artículo, tema al que el profesor ALPA da un enfoque eminentemente civilístico. Parte el autor del precepto básico que regula esta materia, el artículo 1.669 del Código civil; tras analizar la formulación legal, que considera excesivamente restrictiva en determinados aspectos y excesivamente extensiva en otros, pone de relieve la actualidad del tema, debida fundamentalmente a la nueva y completa regulación que ha recibido en Francia a través de la ley de 4 de enero de 1978. La nueva ley francesa ha impuesto la obligación de asegurar la responsabilidad derivada de la construcción de edificios, y ello ha suscitado una viva discusión en la doctrina italiana sobre la conveniencia de introducir en Italia tal obligación y más genéricamente la conveniencia de regular la materia con mayor detalle y fuera del Código civil.

Analiza a continuación los «modelos normativos de la experiencia francesa»: el modelo del «Code Napoléon», el modelo de «création pretorienne» perfilado por la doctrina jurisprudencial, el modelo introducido por la ley de 3 de enero de 1967, el modelo introducido, empíricamente, por los contratos celebrados con las compañías aseguradoras, y el modelo de la citada ley de 4 de enero de 1978; estudia luego los antecedentes en el propio Derecho italiano: los diversos Códigos anteriores a la unidad, el Código civil de 1865 y el Código de 1942. Traza a continuación un interesante perfil histórico de esta responsabilidad decenal del constructor, iniciando con los precedentes romanos y concluyendo con la discusión entre PACIFICI-MAZZONI y CHIRONI: para el primero se trata de una responsabilidad fundada en una presunción absoluta de culpa, de naturaleza aquiliana, y de orden público; para el segundo, de una responsabilidad fundada en la culpa, de naturaleza contractual y de orden privado.

Para determinar la naturaleza de esta responsabilidad, ALPA analiza diversos puntos que pueden revelar si es de carácter contractual o extracontractual: el origen de la responsabilidad, la prescripción de la acción, la entidad del daño resarcible, los criterios de imputación y la carga de la prueba, la legitimación activa. Estudia luego con detalle la nueva regulación francesa de 1978, y concluye afirmando la conveniencia de introducir, «de lege ferenda», la obligación de asegurar la responsabilidad del constructor, y pone de relieve el fenómeno inevitable de la repercusión de los costes del seguro, y conveniencia del control estatal de estos contratos entre el contratista y el asegurador.

CLAUDIO BARNINI: «Crisi del tipo contrattuale e spunti per le più moderne aperture nella dottrina tedesca dell'800». RDDC, 1981.

El autor se propone reconstruir, en líneas generales, el debate sobre el contrato con persona indeterminada sostenido en la doctrina alemana del siglo XIX, desde Savigny hasta la promulgación del BGB. Analiza las aportaciones de Kuntze en su célebre tratado sobre los títulos valores, el nuevo enfoque dado por Ihering al debate sobre el «contractus cum incerta persona» al centrar su estudio en la promesa hecha al público (Popularversprechen), la teoría de la promesa o «Versprechenstheorie» de Siegel y la deci-

siva intervención de Jacobi en la redacción definitiva de los preceptos del Código civil sobre la materia. Concluye afirmando que la discusión doctrinal sostenida por los autores alemanes decimonónicos constituye un prestigioso punto de referencia para la cultura jurídica del siglo actual.

ALDO FRIGNANI: «*Le penallà di mora e les astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*». RDDC, 1981.

El objeto de este artículo es la exégesis de las normas que en el Derecho italiano prevén una sanción por mora, como coacción indirecta para forzar al obligado a la ejecución de prestaciones de hacer. Investigando en los Derechos históricos extranjeros, el autor encuentra un antecedente de la «penalítà di mora» en las «astreintes» del Derecho francés, figura de origen judicial luego consagrada legislativamente y difundida en otros países europeos. La doctrina francesa concibe la «astreinte» como una condena pecuniaria pronunciada por el Juez para constreñir al deudor al cumplimiento de su obligación; la condena se fija señalando una determinada suma pecuniaria por cada día que se prolonga el incumplimiento de la prestación resultante de una sentencia condenatoria. Se admite la posibilidad de que el Juez incremente la «astreinte» según las circunstancias y el período de persistencia en el incumplimiento. Recientemente —en virtud de la ley de 5 de julio de 1972— la figura examinada ha recibido una regulación unitaria en Francia, regulación que define y fija los criterios generales de la aplicación judicial de la «astreinte».

FRIGNANI, tras analizar esta última ley francesa, se adentra en el estudio de la ley uniforme del Benelux sobre la «astreinte», y en los antecedentes italianos de la figura: tras recordar el rechazo de la doctrina decimonónica a la figura —por considerarla incompatible con el resarcimiento de daños y con la cláusula penal—, pone de relieve la defensa de la misma hecha por Ferrara y su definitiva acogida en diversos puntos del Derecho positivo.

El autor concluye afirmando que la «astreinte» no contradice ningún principio general del sistema jurídico italiano, sino que, por el contrario, debe elevarse a un postulado del mismo, y lograr así la aplicabilidad de la figura fuera de los casos expresamente contemplados en la ley.

LUIGI BAGOLINI: «*Obbligo e sanzione e Hume*». RTDPC, 1980.

Breve e interesante investigación sobre el pensamiento jurídico de David Hume, que resume —centrándola en la dualidad obligación-sanción— toda la doctrina del filósofo. Frente a las dos posiciones dogmáticas de los juristas de su tiempo (recordamos que, para Hume, dogmático equivale a meramente teórico, a concepción despegada de la experiencia), es decir, frente a aquellos que centraban la esencia del Derecho en la idea de obligación y los que la centraban en la de sanción, el filósofo inglés pone de manifiesto que obligación jurídica y sanción son nociones complementarias. El análisis que hace Hume de ambas ideas —análisis basado de una parte en la experiencia

(por influencia del experimentalismo de Newton) y de otra en el «common sense» (por influencia de la escuela de Ockham)— se resume por BAGOLINI en una serie de puntos o fases sucesivas: Primero: El Ordenamiento jurídico está constituido, en su núcleo, por un conjunto de reglas jurídicas fundamentales. Estas reglas no brotan de una «inclinación natural» del hombre; de la naturaleza humana pueden derivar deberes morales («duty»), pero nunca obligaciones jurídicas («obligation»). Segundo: la obligación jurídica nace de una «convención» entre los hombres: esta convención implica un tácito acuerdo de trasladar el «self-interest» a un superior «common interest»; es decir, el hombre cae en la cuenta de que buscando un interés común es posible la convivencia. En esta fase de la evolución social —afirma Hume— existe la obligación jurídica sin que exista la sanción, e incluso sin autoridad. Tercero: Con el desarrollo y el aumento de los bienes y la riqueza, el hombre olvida actuar por el mantenimiento de la paz y de la justicia; se olvida de la convención, y es necesario que la sanción la restablezca. O mejor dicho: es necesario una nueva convención, ésta entre la autoridad y el individuo, para que aquella mantenga el orden. Hume demuestra así que tanto la obligación jurídica como la sanción son extrañas a la naturaleza humana, y derivan de sendas «convenciones», que tienen su base en la experiencia y en la conciencia común.

3. Derechos reales

4. Derecho de familia

ALDO CHECCHINI: «Allontanamento per giusta causa o ripudio?». RDDC, 1981.

En la reforma italiana del Derecho de familia que tuvo lugar con la Ley de 19 de mayo de 1975, experimentó una importante modificación el instituto del «alejamiento» familiar. El artículo 146 del «Codice» dispone hoy, en su párrafo 1.º, que el derecho a la asistencia moral y material —que consagra el artículo 143— se suspende respecto del cónyuge que, alejándose sin justa causa de la residencia familiar, se niega a volver. El párrafo 2.º del mismo precepto desarrolla el concepto de justa causa que menciona el párrafo anterior, considerando como tal la interposición de la demanda de separación, nulidad, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio.

La interpretación habitual de este precepto permite, de manera excesivamente simple, sustraerse a las obligaciones legales; basta con que el cónyuge infiel, en el momento en que desea alejarse de la residencia familiar, interponga la demanda dirigida a alguna de las finalidades indicadas. Esta interpretación, según CHECCHINI, es contraria al contexto legal: los deberes del artículo 143 —colaboración, convivencia y fidelidad— no pueden cesar «ad nutum», en virtud de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges.

El precepto estudiado supone uno de tantos casos de defectuosa técnica legislativa, en que un interés encuentra tutela jurídica gracias a un hecho

que, considerado desde otra perspectiva, representa una violación de una obligación preexistente; el autor cita otros supuestos de idéntica estructura: los artículos 232, 2.º, 235, 3.º y 250 del Código civil.

El instituto del «alejamiento» por justa causa se ha entendido por la doctrina como un remedio que facilita la estabilidad del matrimonio, evitando conflictos y permitiendo soluciones paccionadas para la separación conyugal; pero todo ello será cierto, afirma el autor, si descansa sobre la deontología del comportamiento que, según la opinión común, se tiene por adecuado en la sociedad conyugal.

La solución interpretativa que, según el profesor CHECCHINI, salva el principio de justicia, legítima el artículo 146 en su versión actual y le dota de coherencia con el artículo 143, consiste en entender que la demanda de separación, nulidad, etc., interpuesta por uno de los cónyuges, supone, *para el otro cónyuge* contra el que se ha dirigido, justa causa de alejamiento de la residencia familiar.

GIORGIO OPPO: «Acquisti alla comunione coniugale e pregiudizio dei creditori personali», RDDC, 1981.

Ha llamado la atención de los intérpretes la importante alteración que en régimen general del matrimonio introduce el artículo 70 de la Ley de quiebras, eliminando la presunción muciana y estableciendo que los bienes adquiridos por el cónyuge del quebrado a título oneroso y durante los cinco años anteriores a la declaración de quiebra se presumirán, respecto de los acreedores, adquiridos con dinero del quebrado y se considerarán de su propiedad.

El autor analiza comparativamente la presunción del artículo 219 del «Codice» —pertenencia de los bienes, a ambos por iguales cuotas indivisas—, y la presunción del artículo 70 de la «Disciplina del fallimento» —pertenencia de los bienes adquiridos por el cónyuge del quebrado en las circunstancias antes reseñadas, al caudal del quebrado—, perfilando el ámbito de aplicación de cada uno de ellas.

Concluye el catedrático de Roma explicando el juego de las indicadas presunciones en los distintos regímenes económico-matrimoniales.

GIOVANNI GABRIELLI: «Le autorizzazioni giudiziali nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi». RDDC, 1981.

La noción de autorización procede, según el autor, del Derecho administrativo, y por tanto de él hay que extraer su concepto y su distinción de dos instituciones afines: la habilitación —que presupone un juicio de carácter técnico— y la aprobación —que no requiere ser necesariamente previa, como la autorización.

En el Derecho privado, la autorización puede tener un doble origen, privado o judicial. Entre las privadas cita el autor la que debe conceder el representante al representado para el autocontrato; la que debe conceder

el arrendado al arrendatario para el subarriendo; la necesaria para la sustitución del mandatario, y la necesaria para que el arrendatario pueda hacer determinadas mejoras en la cosa locada. Entre las autorizaciones emanadas de la autoridad judicial, cita el autor la necesaria para contraer matrimonio entre parientes y la exigida para enajenar bienes de la herencia aceptada a beneficio de inventario. Analiza a continuación las diversas funciones que puede cumplir la autorización.

Adentrándose ya en el tema específico de su estudio, el profesor GABRIELLI pone de relieve que la generalizada tendencia a la privatización del matrimonio y del propio Derecho de familia tiene en este punto un claro reflejo: las numerosas autorizaciones judiciales que en materia de dote, patrimonio familiar y comunidad de ganancias y adquisiciones exigidas por el Derecho derogado se han visto reducidas —tras la reforma de 1975— a las autorizaciones para la mutación «post nupcias» de las capitulaciones matrimoniales, para los actos dispositivos sobre bienes del «fondo patrimoniale» y para los actos de administración extraordinaria realizados por uno sólo de los cónyuges sobre bienes de la comunidad legal.

Tras estudiar problemas comunes a todos los casos de autorización judicial: la eficacia del acto no autorizado y la admisibilidad de una autorización posterior o sanatoria, el autor analiza las características de cada uno de los casos, deteniéndose en la cuestión —tan discutida en la doctrina italiana— de si es necesaria la autorización para el cambio del régimen legal de comunidad a un régimen convencional.

MASSIMO DOGLIOTTI: «Il diritto di famiglia: evoluzione storica e problemi attuali». RTDPC, 1980.

Transcurridos ya cerca de cuatro años desde la última gran reforma italiana del Derecho de familia, ha llegado el momento de hacer un balance del nuevo estado legal. En general se observa, afirma DOGLIOTTI, una evolución favorable en la opinión de los autores: la abierta hostilidad manifestada durante el largo y trabajoso «inter» parlamentario de la ley, se ha traducido hoy en aceptación y, a veces, en entusiasmo. Este cambio de criterio se debe a que el nuevo Derecho de familia no ha supuesto una ruptura traumática con la tradición —como se dijo al tiempo de su entrada en vigor—, sino un nuevo modelo familiar basado en el efecto más que en los vínculos coercitivos.

La familia es, según el autor, una institución histórica y socialmente «condicionada», cuya estructura y función evolucionan y se transforman de tiempo en tiempo, bajo la influencia directa de la organización social. Esta evolución reclama también sucesivas reformas que la reflejen; sólo los juristas aferrados a una metodología dogmática, sin más puntos de referencia que la propia lógica interna de sus ideas, pretenden ignorar esta realidad cambiante.

En esta época de crisis de la institución familiar, las concepciones sobre la misma se han extremado: para uno es un simple vehículo de transmisión de valores burgueses; para otros, un medio de enriquecer y potenciar la

personalidad. Los primeros propugnan una regulación rigurosa, escasamente permisiva de la autonomía del individuo (CICO); los segundos pretenden una regulación flexible, respetuosa de la autonomía individual en la familia (SANTOKO-PASARELLI).

DOGLIOTTI esboza magistralmente —en pocas líneas— la historia jurídica de la familia, desde el «Code Napoléon», de tan decisiva influencia en el Código italiano de 1865, hasta la ley reformadora de 1975, pasando por la ideología familiar del período fascista y la Constitución italiana de 1947. Define a continuación el modelo de familia surgido de la reforma como «comunidad de afectos y sentimientos», y denuncia los dos grandes defectos que se le pueden imputar: la discriminación de los hijos adulterinos y la falta de un ámbito de autonomía del menor.

Pone de relieve que la moderna tendencia, teórica y práctica, a la decodificación es especialmente urgente para una plena reforma del Derecho de familia: no basta con modificar artículos del «Codice»; es necesario un programa general de sostenimiento y ayuda a la familia, que abarque ámbitos tan diversos como la infraestructura cultural, la programación urbanística, la lucha contra el desempleo y contra el empleo de los menores, la regulación rigurosa del consumo y la reforma sanitaria.

ENZO ROPPO: «*La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle liberi unioni*». RTDPC, 1980.

«Las relaciones interhumanas de sexo, sangre y afecto —que en la fase actual de la evolución histórica se identifican con la institución familiar— pueden existir también fuera del Derecho», afirma el profesor ROPPO. Y la reacción del Derecho frente a quienes prescinden de la formalización legal de sus relaciones sólo puede ser una de estas dos: o considerar las uniones sin matrimonio «tamquam non essent», o someterlas a las mismas reglas que la familia legal («añadiendo al Código civil un capítulo en forma de artículos bis», como ironizaba SCIALOJA).

En cuanto a la evolución de la condición jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio, se observa una progresiva desaparición de las discriminaciones entre hijos nacidos de relaciones legales o ilegales, hasta la plena equiparación de éstos al status de hijos legítimos. Ello refleja —según el autor— una primera equiparación, al menos en uno de sus efectos, entre matrimonio y convivencia «more uxorio».

Estudia a continuación la fenomenología de las relaciones no matrimoniales, que según ROPPO se articula en «una pluralidad de prácticas sociales tipológicamente diferenciadas entre sí». Las causas de tales convivencias «more uxorio» son variadas: la existencia de un obstáculo legal para el matrimonio, la simple voluntad de vivir fuera de la legalidad («le non-droit como choix individuel», según la acertada expresión de CARBONNIER), la unión sancionada sólo religiosamente, las situaciones de subcultura o marginación, la elección de la convivencia de hecho por razones puramente económicas o fiscales.

Analiza luego dos situaciones históricas en que las relaciones maritales se

generalizaron, y las respectivas reacciones de los Ordenamientos jurídicos: las uniones libres en la colonización americana del siglo XIX («commonlaw marriage», «self marriage», «marriage by more consent», «marriage by living and repute»), y los matrimonios de hecho en la Rusia postrevolucionaria, elegidos como reacción frente al sistema religioso y social anterior. En ambas situaciones, los respectivos Derechos nacionales equipararon las uniones libres a los matrimonios legales, y en ambos Estados sobrevino, poco tiempo después, un claro criterio de diferenciación entre unas y otros.

La relevancia jurídica de la convivencia «more uxorio» es innegable: de ahí que en todas las modernas legislaciones se empiece a tenerla en cuenta, aunque en campos muy concretos —derecho arrendaticio urbano, imposición fiscal, prestaciones de seguridad social.

La regulación del amor libre —dice el autor en sus últimas consideraciones sobre el tema— implica una exigencia que pesa sobre el legislador, de optar entre los intereses económico-sociales y los principios ético-sociales, o —como dice más adelante— entre la autonomía de los sujetos y la intervención pública. Afirma también el autor que el reconocimiento jurídico de la convivencia «more uxorio» lleva inexorablemente consigo una erosión del status auténticamente matrimonial, y que la admisión y regulación legal del divorcio favorece en gran manera el aumento de uniones libres. Concluye afirmando que en estos tiempos modernos en que el Estado adopta una posición no ideológica, y en que la presión social no incide ya apenas en la vida de los individuos, es previsible un aumento de familias sin matrimonio, y una generalización de su regulación legal. Por ello están surgiendo textos legales sobre la materia («body of cohabitation law, en el área del Derecho inglés), y está cobrando entidad un «Derecho de la convivencia extramatrimonial» (regulado ya unitariamente en algunos países, como Yugoslavia: Ley de 4 de junio de 1976), e incluso el Derecho de familia está ampliando su campo a estos fenómenos tradicionalmente extrafamiliares.

ADRIANO DE CUPIS: «Sulla pretesa esistenza della potestà dei genitori sui figli non riconosciuti». RDDC, 1981.

El Tribunal Constitucional italiano, en Sentencia de 8 de mayo de 1974 declaró contrario a la Constitución el artículo 279 del «Codice civile», por atribuir exclusivamente, a los hijos excluidos del reconocimiento y de la declaración judicial de paternidad o maternidad natural, el derecho a alimentos, y no reconocerles igualmente el derecho al mantenimiento, instrucción y educación. En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional negó sin embargo la inconstitucionalidad del artículo 260 del mismo cuerpo legal, que priva a aquellos hijos de la patria potestad, afirmando que la obligación de mantener, educar e instruir a la prole no es inseparable de la patria potestad ni la presupone necesariamente. Al reformarse el Código civil por Ley de 19 de mayo de 1975, estos criterios jurisprudenciales fueron recogidos en el texto legal.

Tras la reforma de 1975, la importancia de la cuestión se ha reducido notablemente, pues la nueva regulación únicamente excluye de la posibilidad

de reconocimiento a los hijos incestuosos engendrados de mala fe. No obstante, la doctrina continúa discutiendo si los progenitores tienen, respecto de estos hijos, la patria potestad, y si los derechos-deberes de mantener, educar e instruir no implican, por sí mismos, esa potestad paterna. DE CUPIS analiza las opiniones doctrinales, deteniéndose especialmente en la del profesor BIANCA; afirma este autor, que si se considera que la patria potestad debe ejercitarse en exclusivo interés del menor, no puede privarse al hijo no reconocible de ese beneficio; además, el precepto constitucional que asegura a los nacidos fuera de matrimonio la protección jurídica y social debe inspirar la interpretación legal, por encima de todo argumento de índole histórica.

DE CUPIS sostiene que el remedio a favor del menor debe consistir en el nombramiento de un tutor, cuya elección debe recaer (conforme a la norma básica del artículo 248 del «Codice») en persona idónea para el cargo, de conducta intachable, que se comprometa a educar e instruir al menor conforme a lo prescrito en el artículo 147. El autor afirma que la tutela deberá ejercitarse en toda la plenitud de sus facultades. Los poderes no deben repartirse entre el progenitor y el tutor: reservar al progenitor el aspecto interno de la patria potestad —el contenido disciplinario, educativo y de custodia— y encomendar al tutor la representación en las relaciones con terceros, es una solución carente de todo respaldo positivo y absolutamente inadecuada en el plano moral, en cuanto supone la atribución, a un sujeto indigno, del aspecto más delicado de la potestad. Al progenitor debe corresponderle, como es lógico y justo, la sola obligación patrimonial del mantenimiento, instrucción y educación.

El autor se confiese contrario a la injerencia estatal en el ámbito de la familia. Pero cuando este organismo no puede surgir —termina diciendo—, es necesario recurrir, para la protección del menor, a una institución supletoria dotada de todas las garantías legales para la salvaguarda de los intereses de aquél.

II. DERECHO MERCANTIL

CESARE BIGNANI: «Riconoscimento e trattamento delle società straniere nell' ordinamento italiano: considerazioni sul significato del termine "società"». RDS, 1980.

Trata el autor como cuestiones preliminares, los mecanismos a través de los cuales las personas físicas o jurídicas extranjeras intervienen en la economía italiana —adquiriendo acciones de sociedades italianas, actuando directamente en ese territorio, constituyendo sociedades económicamente dependientes de la extranjera...—, los intereses privados en juego y los posibles intereses públicos en peligro. Plantea a continuación los problemas del reconocimiento y el tratamiento de las Sociedades extranjeras en Italia, que tienen su regulación básica en los artículos 16 y 17 de las «Disposizioni sulla legge in generale» que preceden al articulado del Código civil. Interpre-

tando tales preceptos, el autor considera que el artículo 17 resuelve la cuestión del «reconocimiento» de las sociedades extranjeras (al establecer que «el estado y la capacidad de las personas... se regulan por la ley del Estado al que pertenecen») y el artículo 16 la cuestión de su «tratamiento» («el extranjero es admitido a gozar de los derechos civiles atribuidos al ciudadano a condición de reciprocidad y salvas las disposiciones contenidas en leyes especiales»).

Determinados sujetos de Derecho reconocidos en otros países, como las «Anstalten» y las «Treuunternehmen» de Suiza y Liechtenstein, han suscitado grandes dudas a la hora de su reconocimiento en el territorio italiano, y ello ha dado lugar a abundante jurisprudencia que el autor analiza. El criterio para determinar este reconocimiento viene sin duda condicionado por los principios de orden público internacional italiano, que el Juez deberá valorar en cada caso concreto. **BIGNAMI** define el orden público internacional como «el complejo de principios fundamentales e inderogables en que se inspira un determinado Ordenamiento jurídico», y lo diferencia del orden público interno, al definir éste como «las normas no derogables por la voluntad privada». Analiza a continuación los posibles obstáculos al reconocimiento de Sociedades extranjeras que resume en tres fundamentales: la existencia de un sólo socio en la Sociedad, la limitación de responsabilidad y el anonimato de los socios.

GIOVANNI CASELLI: «Oggetto sociale e atti "ultra vires": dieci anni dopo».
RDS, 1980.

Recuerda el autor la nueva redacción que recibió el artículo 1.284 bis del Código civil en la reforma de 1969 («la no pertenencia al objeto social de los actos realizados por los administradores en nombre de la sociedad no puede ser opuesta a los terceros de buena fe»), y los numerosos problemas que el nuevo texto dejó en pie: qué debe entenderse por actos extraños al objeto social; que se entiende por buena fe, a los efectos de la inoponibilidad de tales actos a los terceros; sobre quién pesa la carga de la prueba en cuanto a la buena fe; a los anteriores problemas habría que añadir la cuestión básica que plantea esta materia: la eficacia delimitadora del objeto social respecto del ámbito de actuación de los administradores y de la propia sociedad.

En el Derecho comparado se perfilan dos tendencias fundamentales: la del Derecho inglés y norteamericano, que concibe el objeto social como un límite absoluto a la propia capacidad de la sociedad (la llamada doctrina de la «ultra vires the company»), y la tendencia opuesta del Derecho alemán, que afirma enérgicamente la imposibilidad de restringir la capacidad de la sociedad a los estrechos límites de su objeto social. El problema que late tras la cuestión de la eficacia limitadora del objeto social es el de la protección de los terceros; la tesis alemana opone a la inglesa que la incertidumbre de los terceros sobre la inclusión o pertenencia de cada acto concreto al objeto social crea una grave inseguridad jurídica y conduce a la paralización del tráfico jurídico. Dos importantes sentencias de la «Corte di Cas-

sazione» —20 de junio de 1958 y 25 de octubre de 1958— introdujeron en Italia el primer criterio indicado, afirmando que «la sociedad puede realizar exclusivamente los actos indicados en el acto constitutivo, en la cláusula relativa al objeto social». Ello dió lugar a enumeraciones prolijas —y nunca suficientes— que trataban de describir exhaustivamente la actividad de la Sociedad.

La doctrina reaccionó frente a la tesis jurisprudencial y frente a la práctica notarial: no es el tipo de acto en sí mismo considerado —afirmaron los autores— el que termina su pertenencia o no al objeto social, sino la relación que existe, en cada caso concreto, entre acto determinado y un objeto social determinado. ASCARELLI y FERRI añadieron aún más: si ha de tenerse en cuenta la relación que existe en cada caso concreto, no cabe establecer «a priori» si un determinado acto o no «instrumental» para la realización de una actividad determinada.

Afirma CASELLI que la necesidad de dar un contenido concreto al artículo 2.384 exige determinar un criterio objetivo que permita afirmar que un acto pertenece al objeto social o es extraño a él. Participando de la doctrina de que no es el tipo de acto en general, sino cada acto concreto el que debe examinarse, considera ese autor que debe tenerse en cuenta un criterio cuantitativo: debe existir proporción entre los recursos empleados y la importancia económica de la actividad social.

STEFANIA PACCHI PESUCCI: «Rasegna di diritto societario». RDS, 1980.

Interesante resumen de la doctrina de la «Corte di Cassazione», que se centra en el cuatrienio 1973 a 1976 y trata tres únicas materias: transformación, fusión y disolución de sociedades.

La autora completa la exposición de Jurisprudencia con una sucinta referencia a la doctrina de los autores, indicando si comparten o rebaten los criterios del Alto Tribunal y remitiendo al lugar exacto de sus obras o artículos donde exponen sus argumentos.

Sistematiza su exposición distinguiendo los siguientes temas: en materia de transformación, su naturaleza jurídica, ámbito de aplicación, transformación tácita, requisitos para la transformación de sociedades, transformación de sociedad capitalista con un único socio en personalista, transformación de cooperativa de responsabilidad ilimitada en cooperativa de responsabilidad limitada, límites al juicio de homologación, efectos de la transformación, extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada, nulidad de la transformación. En materia de fusión, y tras estudiar su naturaleza jurídica y los límites de aquélla, expone lo relativo a los balances, al procedimiento de fusión, a la oposición de los acreedores y a la fusión entre sociedades capitalistas y personalistas. Respecto de la disolución, trata sucesivamente de las causas que pueden provocarla, de la prohibición que pesa sobre los administradores de iniciar nuevas operaciones, de los deberes y responsabilidades de aquéllos, y de la revocación de sus cargos, de la representación procesal de la sociedad en fase de liquidación, de la revocación del estado de liquidación y de la extinción de la sociedad.

Especial profundidad en la exposición —por aportar también sentencias de tribunales inferiores y por analizar las posiciones doctrinales— revisten los apartados dedicados a la naturaleza jurídica de la transformación (en que se expone la llamada tesis de la génesis derivativa), a la naturaleza jurídica de la fusión (en que se contraponen la tesis extintivo-constitutiva y la tesis modificativa de PORTALE), al problema de la transformación tácita y a la llamada de revocación de la liquidación.

NICOLA GASPERONI: «Grandi imprese in crisi e amministrazione straordinaria». RDDC, 1981.

El autor examina, desde una perspectiva crítica, las principales disposiciones de la ley de 3 de abril de 1979 sobre procedimientos urgentes para la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis. Perfilando las diferencias entre la «amministrazione straordinaria» y la «liquidazione coatta amministrativa» (que regulan los artículos 194 y siguientes de la Ley de quiebras de 1942), afirmando que —tras el estudio de la reciente normativa— no cabe considerar a la primera como un nuevo procedimiento de ejecución colectiva, sino como una subespecie de la segunda.

En cuanto al ámbito de aplicación de la ley, el autor considera que queda circunscrito a las sociedades de capital —a pesar de los términos amplios con que se produce el artículo 1.º—, y en cuanto a los requisitos objetivos para el sometimiento a la ley (insolvencia o impago de tres mensualidades de retribución), GASPERONI critica la formulación disyuntiva, entendiendo que el segundo caso debe englobarse en el primero. El juicio adverso del autor respecto de la nueva ley se extiende primero al articulado —concretamente el artículo 3.º, que modifica la general regulación de la responsabilidad de los administradores, y a los artículos 4 y 5— para alcanzar luego al texto legal en su conjunto —afirmando su inconstitucionalidad— y a su propio fundamento: según el autor, la tutela del aparato productivo nacional no se logra con la indiscriminada salvación de empresas en crisis.