

VV.AA., *Giurisprudenza del diritto di famiglia. Casi e materiali* (a cura di Mario Bessone), raccolti da Massimo Dogliotti e Gilda Ferrando. Vol. I, «Matrimonio, separazione, divorzio», 5.ª ed., 978 págs. Vol. II, «Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, familia di fatto», 4.ª ed., Giuffrè, Milano, 1994, 609 págs.

Valgan las siguientes líneas de presentación —más que de recensión propiamente dicha— de la obra conjunta citada, obra concebida para tres volúmenes, pues falta aún el III, titulado *La filiazione*, en el plan consignado al principio de los dos primeros tomos que ahora comento. He dicho «presentación» porque, a la vista de sus características, una recensión, al implicar una considerable penetración en el contenido, adquiriría una extensión desmedida. En cuanto a una posible nota crítica, ésta podría constituir un volumen autónomo.

En los tomos ya publicados (y probablemente en el que está pendiente de publicar) los autores han pretendido una rica combinación de teoría y práctica, utilísima para el operador jurídico (juez o abogado, principalmente) y provechosa para el investigador, afirmación ésta que vale no sólo para Italia, sino también para países como España o Francia en los que las abundantes e importantes similitudes en los problemas suscitados y en las respuestas de los Ordenamientos jurídicos predominan sobre las escasas diferencias existentes entre ellos: aunque siempre me he mostrado hostil a la mecánica importación de doctrinas o soluciones foráneas, sí me reputo partidario de la reflexión acerca de ellas, sobre todo de las que proceden de la observación de Ordenamientos técnicamente próximos al nuestro.

La obra se compone de capítulos diferentes, unos al parecer redactados por G. Ferrando, otros por M. Dogliotti y otro (el segundo del primer volumen) por los dos autores: he dicho «al parecer», pues la expresión *a cura di* consignada al comienzo de cada capítulo podría interpretarse como si el nombre que la sigue fuese el del principal autor, pero no el del único, de modo que cada autor (Bessone, Dogliotti, Ferrando) participa en todo el estudio. Cada capítulo comienza con un índice y se compone de varios apartados dispuestos sistemáticamente, componiéndose, a su vez, cada apartado de un texto, impreso en letra grande, del autor o de la autora citados, y de otro texto, de letra más pequeña, en el que se transcriben sentencias —o partes de sentencias— de la *Corte di Cassazione* o de otros Tribunales italianos atinentes a la problemática abordada inmediatamente antes en el texto doctrinal, terminando cada uno de estos apartados con unas referencias bibliográficas. Paso a transcribir los títulos de todos los capítulos, para proceder ulteriormente a algunos breves comentarios a elementos del trabajo.

Dentro del primer volumen, el capítulo I se titula *Il matrimonio* y figura *a cura di* Gilda Ferrando. El capítulo II se titula *La separazione personale dei coniugi* y figura *a cura di* Massimo Dogliotti y Gilda Ferrando. Y el capítulo III, *Il divorzio*, se atribuye a Massimo Dogliotti. Dentro del segundo volumen, el capítulo I, titulado *Diritti e doveri nascenti del matrimonio*, se atribuye a Ferrando. El capítulo II, llamado *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni matrimoniali*, se atribuye a Dogliotti. El capítulo III, *La comunione legale*, asimismo a Dogliotti. El capítulo IV, denominado *Comunione convenzionale, separazione dei beni, fondo patrimoniale*, a Ferrando: se trata de un capítulo que se refiere, como reza el título alternativo de la parte superior de las páginas que lo componen, a los regímenes convencionales. El capítulo V se titula *L'impresa familiare*, siendo obra de Dogliotti. Y el VI y último, *La famiglia di fatto*, figura *a cura di* Gilda Ferrando.

Y dentro de la modestia de lo que constituye mera presentación de una obra, permítame un pequeño comentario acerca de ella, comentario compuesto por una consideración general y por pequeñas observaciones a diversas partes del estudio en cuestión.

La consideración general es «ideológico-jurídica»: la obra refleja el cambio de concepción del matrimonio y de la familia representado por la importantísima reforma determinada por la Ley de 19 de mayo de 1985, número 151, texto que consolida una orientación ya esbozada en la Ley de 1 de diciembre de 1970, número 898, la conocida popularmente como «Ley del divorcio». Las leyes posteriores son puntualizaciones o correcciones a estos

textos normativos principales. Del matrimonio indisoluble, jerárquico, transpersonalista y desigualitario construido en 1942 (y que procede de los siglos anteriores), de la familia con intereses superiores a los de sus miembros, sometidos al jefe, que es el marido y padre, se pasa en los años setenta a un matrimonio disoluble y a una familia que sólo se justifica en cuanto medio para el desarrollo de la personalidad de sus miembros, desarrollo que exige y pretende la libertad y la igualdad. Tales principios determinan importantísimas consecuencias de régimen jurídico en materia de relaciones personales entre cónyuges, disolución del matrimonio, relaciones paterno-filiales, investigación de la paternidad, etc., pero también en el campo económico-matrimonial e incluso en el tratamiento jurídico de las familias no fundadas en el matrimonio. Los autores de la obra en cuestión, con depurada técnica jurídica, no olvidan esta transformación de la concepción de la familia, interpretando las reglas jurídicas y solucionando los problemas suscitados por las lagunas legales con arreglo a los nuevos principios, aunque inquiriendo siempre el fundamento de cada opción, huyendo, por tanto, de aplicaciones mecánicas y acriticas de ciertos principios como, por ejemplo, el de igualdad, y haciendo notar al lector, mediante la inteligente selección de la jurisprudencia más ilustrativa, la evolución del criterio de los jueces a lo largo del tiempo. Apunto que no deja de extrañarme cómo en Italia las grandes adaptaciones del Derecho civil de familia se producen tan tardíamente respecto de la Constitución que teóricamente las inspira (¡Recuérdese que la Constitución italiana se aprobó en el año 1947!), frente a lo que sucedió, por ejemplo, en España: tal vez no basta una Constitución por sí sola, sino que se requiere una fuerte presión social —que en Italia tuvo lugar a partir de los años sesenta— para que las Constituciones sean desarrolladas en la legislación ordinaria. Al margen de ello, lo que parece claro es que la «alteración ideológica» mencionada permite que se planteen problemas (familia de hecho, matrimonio entre personas del mismo sexo, etc.) antes inconcebibles y que se complique extraordinariamente la adopción de decisiones en el campo del ejercicio de la patria potestad (tema no tratado en estos volúmenes) o en el económico-matrimonial, afectando ello, además de a los cónyuges, a terceros contratantes, acreedores, etc. Admirablemente, ya en la página 3 del primer volumen, Gilda Ferrando se hace eco del impacto de la normativa atinente al matrimonio (especialmente *esta normativa* inspirada en los nuevos principios) sobre la «esencia» del matrimonio como figura jurídica, extrayendo de la antes mencionada Ley número 898 de 1970, relativa a la disolución, el elemento verdaderamente constitutivo de la unión matrimonial, la *comunione materiale e spirituale*, que expresa el significado auténtico de la unión conyugal y los límites de su tutela, lo que revela no sólo el método, sino también el talento, de los autores frente al reto que el libro representa (véanse preferentemente págs. 3 y 7).

Y vayamos a los puntos que reputo de más interés. Respecto del primer volumen, dentro del capítulo I, además de lo que acabo de indicar sobre la esencia del matrimonio, menciono: la consideración de la libertad matrimonial en positivo y en negativo, lo que suscita el problema del modo de tratamiento jurídico de la convivencia sin matrimonio (págs. 7-8) (¿se respeta la libertad de convivir sin casarse mediante la plena equiparación jurídica de esta situación con la matrimonial cuando cabía el matrimonio?); la diferencia de sexo como requisito natural (págs. 12-13); el matrimonio del menor (págs. 15 y ss.), con especial relevancia de la *maturità psico-fisica* (págs. 15-16) y del problema del embarazo, que repercute en la concepción del mismo matrimonio, como reparación (pág. 21); el tratamiento de la invalidez, diferenciándose la nulidad y la anulabilidad en función de la sanabilidad y de la índole del interés tutelado (pág. 33); el divertido caso del matrimonio celebrado *ludendi causa* (págs. 45 y ss), lo que plantea el menos divertido problema de las «nulidades atípicas»; los vicios del consentimiento, cuyo régimen afecta a la concepción del matrimonio, en cuanto cauce para proteger los intereses individuales *en* la familia (pág. 50); la simulación (págs. 64 y ss.) (por cierto, ¿por qué se dice, en página 64, que en este supuesto el matrimonio es efectivamente querido, pero que se excluyen los derechos y deberes? ¿qué es eso que se quiere si se excluyen esos efectos?); o la combinación de nulidad y divorcio para obtener determinados efectos (pág. 210). Del capítulo II cabe destacar: el

magnífico texto introductorio de la página 215 en el que se exponen las clases de separación personal de los cónyuges, distinguiéndose la separación de hecho y de derecho y dentro de ésta la judicial y la consensual, además de la dispuesta por el juez *in via temporanea e urgente*; el tema de las cláusulas relativas a la transmisión de la propiedad y otros derechos reales sobre bienes inmuebles (págs. 228 y ss.); el modelo de separación, que es «remedio» y no «sanción», como antes (págs. 263-264), lo que se relaciona con el problema de la *separazione con addebito* (págs. 280 y ss.) (Véanse las distinciones entre *addebito e imputabilità* en págs. 298 y ss.); el tema del *affidamento della prole* (págs. 345 y ss.), suscitándose curiosos problemas como el de si los hijos pueden ser confiados a la custodia de una madre que trabaja como «actriz erótica» o como bailarina de *strip-tease* o de una madre que pertenece a una confesión religiosa de determinadas características (casos todos reales); los efectos patrimoniales, en concreto la disolución de la *comunione legale* (págs. 391 y ss.), o el llamado *assegno di mantenimento* (aproximadamente nuestra «pensión») (págs. 403 y ss.), con minucioso análisis de la figura y distinción de otras afines. Del capítulo III cabe mencionar especialmente: el texto introductorio de las páginas 593 y 594, alusivo a la importantísima Ley de 1 de diciembre de 1970, número 898, y a sus reformas, de 1 de agosto de 1978 (Ley 436) y de 6 de marzo de 1987 (Ley 74) y a los modelos de divorcio existentes en Derecho comparado, el de «divorcio-sanción» y el de «divorcio-remedio», habiendo optado, según Dogliotti, la legislación italiana por este segundo modelo, lo que me parece necesitado de alguna matización a la vista de lo que antes se dijo a propósito de la separación con *addebito* (págs. 280 y ss.) (*addebito* es la atribución de la separación o del divorcio a uno de los cónyuges como causante de la crisis, haya o no culpa) y a la vista de lo que se afirma más adelante en las páginas 720 y siguientes; el tratamiento de las cuestiones de constitucionalidad, abordándose la relación de esta legislación divorcista con el Derecho concordatario a través del artículo 7 de la Constitución (págs. 595 y ss.); el detenido tratamiento de los presupuestos, partiendo del artículo 3 de la Ley (págs. 603 y ss.); el interesante tema de la falta de consumación del matrimonio, que afecta incluso al concepto de éste (págs. 656 y ss.); la singular importancia de los dos párrafos de la página 661 dedicados a la *comunione materiale e spirituale tra coniugi*, que, afectando a la automaticidad del divorcio, atañen al concepto de matrimonio, pues, según la *Corte di Cassazione*, aun dándose los presupuestos legales del divorcio, cabe denegarlos si se mantiene la comunidad material o la espiritual; el *affidamento della prole* (págs. 664 y ss.), especialmente en lo referente a la autonomía del menor, que conlleva una acertada crítica del autor a la jurisprudencia (pág. 671), y a las relaciones con los abuelos (págs. 677-678), preguntándome yo por qué no se suscita también el problema de los derechos de los abuelos a establecer contacto con sus nietos; el *assegno di divorzio* (págs. 684 y ss.), siendo preferente el módulo asistencial sobre los demás, que son parámetros complementarios, destacándose en tal sentido la sentencia de apelación de Bari, de 30 de junio de 1988 (págs. 688 y ss.); el ya citado problema del modelo de divorcio instaurado en 1970 (sanción o remedio) (págs. 720 y ss.); las relaciones posteriores al divorcio (págs. 881 y ss.), especialmente el *assegno a carico dell'eredità* (págs. 954 y ss.), etc.

Respecto del segundo volumen, dentro del capítulo I, destaco: lo relativo a la igualdad de derechos y deberes entre cónyuges, en relación con el deber de fidelidad (págs. 3 y ss.); la convivencia y el abandono (págs. 35 y ss.); el deber de contribución a las cargas y su relevancia ante terceros, asunto que afecta al llamado «régimen económico-matrimonial primario», no alterable por la voluntad de las partes (art. 160 del Código civil) (págs. 40 y ss., especialmente pág. 48); la igualdad de los cónyuges y la división de «roles» entre ellos (págs. 65 y ss.); la regla del acuerdo y los derechos fundamentales (págs. 101 y ss.); y la intervención del juez en el conflicto conyugal (págs. 108 y ss.), debiendo señalarse que el principio de igualdad ha conllevado un incremento de la injerencia de los poderes públicos en el interior de la familia (pág. 108). Dentro del capítulo II debo destacar el texto introductorio de las páginas 127 y 128, principalmente en la parte alusiva al *risentimento* de algunos autores, que les mueve a ver en las nuevas normas reguladoras de las *convenzioni*

abundantes contradicciones y lagunas; la definición de las *convenzioni matrimoniali* —que acabo de mencionar— de las páginas 128-129; la subsunción de esta figura dentro del contrato, punto sobre el que el autor no se pronuncia (pág. 131) (¿No sería preferible aplicar el art. 12, pár. 2.º, de las *Disposizioni sulla legge in generale*, atinente a la analogía, y soslayar este problema de calificación?); el interesante tratamiento de la forma (*ad substantiam*) (pág. 135) y el de la publicidad (págs. 142 y ss.); o el de la constitucionalidad de la dote en relación con el Derecho transitorio (págs. 153 y ss.). Dentro del capítulo III, importantísimo por abordar el tema de la *comunione legale*, menciono la definición de la figura contenida en la página 165; el tema de los bienes que componen la comunidad citada (págs. 166 y ss.); la comunidad de residuo (págs. 212 y ss.); los bienes que, existiendo el régimen de comunidad legal, son privativos de cada cónyuge (págs. 221 y ss.); el tratamiento del régimen de administración (págs. 236 y ss.), distinguiéndose, mediante una exposición extensa de una complicada casística, los actos de ordinaria administración y los de extraordinaria administración (págs. 237 y ss.), así como aludiendo a la anulabilidad *sui generis* que genera la falta de consentimiento de un cónyuge cuando dicho consentimiento es legalmente exigido (págs. 254 y ss.); asimismo, el tratamiento de la responsabilidad por las deudas frente a terceros (págs. 265 y ss.), distinguiendo a los acreedores de la comunidad de los acreedores de cada cónyuge, aludiendo a la responsabilidad subsidiaria, pero quizá no diferenciando suficientemente lo que la doctrina española denomina «deudas de cargo de la comunidad» (ganancial, en nuestro caso) y «deudas de responsabilidad directa» (lo que es planteable también en Derecho italiano a propósito de la *comunione*); o el tema de la quiebra (págs. 297 y ss.) o el de la publicidad (págs. 318 y ss.). Dentro del capítulo IV, menciono aquí, entre otros asuntos de interés, el de la *comunione convenzionale* (págs. 333 y ss.), variante «personalizada» —dice parte de la doctrina— de la comunidad legal, figura que suscita el problema del juego del Derecho dispositivo frente al imperativo y el de los límites de la autonomía negocial en el negocio de las *convenzioni* (lo que nosotros llamaríamos «capitulaciones»); la discutible consideración del régimen económico de separación de bienes como un «no régimen» (págs. 339 y 341), si bien sí estoy de acuerdo en que, en general, es el régimen (¡Lo es!) que mejor realiza la igualdad (pág. 339); y el detenido tratamiento del *fondo patrimoniale* (págs. 347 y ss.), al que la autora considera patrimonio separado (págs. 348 y 375) y sobre el que suscita interesantes cuestiones, como la de su naturaleza jurídica (págs. 347-348) o la de la necesidad de aceptación del acto de su constitución (págs. 352-353). Del capítulo V debo señalar el minucioso comentario de Dogliotti del artículo 230 bis del Código civil, siendo muy estimable la claridad con la que inserta la figura de la empresa dentro del régimen (de cualquier régimen, pág. 395) económico-matrimonial, tratándose el resto de las cuestiones no estrictamente conceptuales en las páginas 420 y siguientes. Respecto del capítulo VI y último, atinente a la familia de hecho, debemos destacar las inteligentes consideraciones generales con la que Gilda Ferrando encabeza dicho capítulo en las páginas 467 a 469, referentes a los cambios de mentalidad y de costumbres y a la necesaria consideración de los artículos 2 y 30 de la Constitución junto al artículo 29 (pág. 468); el importantísimo texto de la página 471 —verdadero programa de un tratamiento coherente del problema—, alusivo a que la protección y el reconocimiento de la familia de hecho no tiene por qué implicar plena equiparación a la familia matrimonial en cuanto que se impone la necesidad de respetar la libertad de quien decide libremente vivir fuera de la ley y de atribuir la pertinente responsabilidad a los actos humanos conscientes; la alusión a la necesidad de evitar el daño de una persona por haber contraído matrimonio cuando se pretenda proteger al que no lo contrajo, por ejemplo en materia tributaria (págs. 474 y ss.); la posible validez de las cláusulas de un negocio jurídico que discrimine a las familias de hecho (págs. 477 y ss.); la falta de regulación legal de estas familias (págs. 480 y ss.), suscitándose el problema nuclear de la indagación de la justificación jurídica de los desplazamientos patrimoniales de un miembro de la pareja frente al otro cuando el transmitente reclama la devolución (págs. 481-482); el salto de una concepción «indemnizatoria» a una concepción «solidarística» en el

tratamiento de estos problemas (págs. 484, 485 y 490); el problema de la validez de los pactos y acuerdos de los compañeros para regular su convivencia (págs. 496 y ss.), aludiéndose a la posibilidad de aplicar normas del Código civil pensadas para el matrimonio (por el momento los Tribunales italianos se oponen a la aplicabilidad de las normas de la comunidad legal) y a la técnica del enriquecimiento sin causa (págs. 527-528); el tratamiento de la custodia sobre los hijos (págs. 536 y ss.), el de los derechos sucesorios (págs. 557 y ss.), el del *diritto all'abitazione* (págs. 563 y ss.), el del resarcimiento del daño por muerte del compañero (págs. 580 y ss.), así como las interesantes alusiones a la pareja homosexual (págs. 590 y ss.) (la jurisprudencia ha aplicado a esa relación normas atinentes a la denominada obligación natural) y al Derecho penal (págs. 594 y ss.).

De las expuestas notas el lector atento podrá fácilmente inferir el singular interés de la obra para cualquier jurista de lengua española.

LUIS-HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

J) DERECHO CANONICO

ASTORRI, ROMEO, *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, Ed. Cedam, Padova, 1992, 316 págs.

Como señala el profesor Gaudemet en el prólogo de esta monografía, el interés mayor del libro de R. Astorri es, sin duda, la atención del autor a las relaciones entre el Código Canónico de 1917 y los Concordatos suscritos entre 1922 y 1933. Es decir, la política concordataria de Pío XI, prefigurada ya por Pío X e iniciada por Benedicto XV en el fracasado concordato con Serbia (1914). Relaciones concordatarias que están constituidas por los concordatos con Letonia (1922), Baviera (1924), Polonia (1925), Italia (1929), Prusia (1929), Baden (1932), Alemania (1933) y Austria (1933).

Al dualismo de la legislación, Codificación y Concordatos, corresponde una dualidad de derechos. El Código de 1917 formuló una legislación universal para toda la Iglesia católica y los Concordatos establecieron un derecho propio para los diversos Estados con los que se han concertado.

En este diálogo entre las dos fuentes y los dos derechos se pueden deducir tres tipos de respuestas. Los concordatos han servido, unas veces, para introducir disposiciones del Código en el derecho particular de los Estados. En otros casos, como por ejemplo en el derecho de patronato o en el derecho de los religiosos, han acelerado el movimiento de reforma propuesto por el Código. En otras materias como en el derecho de asociación han introducido una legislación deliberadamente novedosa.

Es evidente que los concordatos constituyen una fuente de derecho particular. Realmente corresponde a los concordatos, como leyes particulares, una función de previsión, de determinación, de aplicación y de adaptación del Código canónico para cada uno y determinado país.

El libro de R. Astorri está dividido en tres grandes partes:

Parte primera: *La codificación Pío-Benedictina entre ciencia jurídica y centralización romana*. La publicación del *motu proprio* «*Arduum sane munus*» por Pío X, el 19 de marzo de 1904, reabrió la discusión que, después del Concilio Vaticano I, había ocupado a los canonistas no sólo acerca de la oportunidad y significado de la codificación del Derecho canónico, sino también sobre su misma posibilidad. La discusión que había sido exhaustiva a finales del siglo XIX, especialmente por la perplejidad de la canonística alemana, pero también de la italiana y española, recobra todo su vigor.