



Universitat de Girona

**“AU-DELÀ DU CODE CIVIL MAIS PAR LE
CODE CIVIL”. RAYMOND SALEILLES (1855-
1912) Y LA LUCHA POR EL DERECHO
COMPARADO**

Alfons ARAGONESES

**ISBN: 978-84-690-7714-6
Dipòsit legal: GI-568-2007**

**“Au-delà du code civil mais par le code civil”
Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por
el derecho comparado**

**Tesis doctoral presentada por el candidato Alfons Aragoneses
Dirigida por el Profesor José-María Pérez Collados**

Girona, junio de 2006

Más allá del código civil pero por el código civil
Raymond Saleilles (1855-1912) y la lucha por el derecho comparado

I.- Índice.

II.- Agradecimientos

III.- Introducción

IV.- Raymond Saleilles: recorrido vital de un jurista “fin de siècle”

- 1.- Introducción
- 2.- Infancia y juventud: entre el “terroir bourguignon” y París
- 3.- Los primeros años como profesor
- 4.- Saleilles penalista en París
- 5.- 1900-1904: entre congresos y sociedades científicas
- 6.- París 1900: nacimiento de una nueva disciplina
- 7.- Los juristas inquietos se organizan: la *Société d’Études* y la *Revue trimestrielle*
- 8.- Saleilles y el turbulento París del fin de siglo
- 9.- 1904-1906: Saleilles y la cuestión religiosa
 - 9.1.- Saleilles y el modernismo teológico
 - 9.2.- La polémica de la separación de las Iglesias y el Estado
- 10.- Saleilles enfermo: el jurista en la montaña mágica
- 11.- Coda: Alemania y el destino trágico de los Saleilles

V.- La lucha por el derecho comparado

- 1- Introducción

2.- ¿Padre del derecho comparado? Saleilles y el congreso de 1900 vistos por la comparatística actual

3.- El momento Saleilles: contexto del nacimiento del derecho comparado

3.1.- La respuesta de los juristas a la internacionalización de los intercambios

3.2.- La apertura de la ciencia jurídica francesa: la crisis de la Exégesis

3.3.- La influencia de la Escuela histórica

3.4. El reto planteado por las nuevas ciencias sociales

3.5.- La legislación comparada: precedente de la comparatística

3.6.- Factores exógenos: las codificaciones extranjeras

3.7.- Excurso: los soportes comunicativos de la comparatística antes de 1900

4.- La doctrina comparatística de Raymond Saleilles

4.1.- Saleilles y la autonomía del derecho comparado

4.2.- Derecho comparado y legislación comparada

4.3.- Derecho comparado e historia del derecho

4.4.- El método comparatístico: entre la sociología y el “droit commun de l’humanité”

4.5.- La función del “droit commun de l’humanité civilisée”

4.6.- “Droit commun de l’humanité” y Jurisprudencia de intereses

4.7.- El droit commun en acción: derecho comparado y evolucionismo jurídico

4.8.- La construcción internacional del derecho común

4.9.- Saleilles y el derecho alemán

4.9.1.- El BGB: un invitado incómodo en el centenario del *Code*

4.9.2.- Saleilles y el BGB en los “temps des trublions”

4.9.3.- Conclusión: luces y sombras del BGB según Saleilles

4.10.- Saleilles y el Derecho suizo

4.10.1.- El viaje nostálgico de Saleilles a Suiza

4.10.2.- La relación Saleilles-Huber

4.10.3.- El ZGB: “Propagandamittel der Reform des *Code civil*”

4.10.4.- La “Méthode” de Gény llegó a los Alpes

4.10.5.- Conclusión; el derecho suizo de Raymond Saleilles; entre ideal y realidad

VI.- Desarrollo de la comparatística saleilliana

1.- La cuestión de las fuentes

1.1.- La crítica al absolutismo jurídico. Saleilles y el “Estado legal”

1.2.- La cuestión federal: el derecho de los *Länder* y el BGB

1.3.- Saleilles y la costumbre

1.4.- Las fuentes en el código suizo

1.5.- La jurisprudencia y el espejismo suizo

1.6.- Conclusión: Saleilles en la era de la descodificación

2.- Los juristas y la llamada “question sociale”: los accidentes de trabajo

2.1.- La crisis de la responsabilidad subjetiva

2.2.- Raymond Saleilles: la cuestión social dentro del código

2.3.- El derecho alemán: Incluir la doctrina e ignorar la legislación especial

2.4.- El riesgo profesional

2.5.- Conclusión

3.- La personalidad jurídica

3.1.- Contexto: el tiempo de la persona jurídica

3.2.- Saleilles y la lucha por la personalidad moral

3.3.- La persona jurídica y las luchas entre Iglesia y Estado

3.4.- Saleilles: derecho teórico de la personalidad jurídica

3.4.1.- Teoría de la personalidad moral

3.4.2.- El derecho comparado: las doctrina sobre la personalidad jurídica

3.4.3.- La teoría de la realidad

3.4.4.- Teoría de la fundación

3.5.- El derecho en acción: la lucha por la fundación

3.5.1.- "A-t'on besoin de la personnalité morale?"

3.5.2.- Las fundaciones contra el Estado: la cuestión de la "autorité de surveillance"

3.5.3.- Conclusión

4.- Saleilles y el "solidarisme contractuel"

4.1.- La aproximación comparatística de Saleilles

4.2.- El intento de construir una teoría alternativa de las obligaciones

4.3.- Las fuentes de la obligación

4.3.1.- Una decepción con Alemania: el contrato de trabajo

4.3.2.- Saleilles bautiza al contrato de adhesión

4.4.- A vueltas con la voluntad : *De la déclaration de volonté.*

4.5.- La socialización judicial del derecho de obligaciones

4.6.- Conclusión: la visión social del negocio jurídico

5.- El Derecho de sucesiones

5.1.- El valor constituyente del derecho de sucesiones

5.2. Saleilles y la sucesión campesina

5.3.- Saleilles contra la tradición suiza: el beneficio de inventario

VII.- Conclusiones

VIII.- Anexo 1 : cartas de Raymond Saleilles a Eugen Huber

IX.- Anexo 2 : "Questionnaire préparé par M. Saleilles, conformément au mandat qui lui avait été donné en vue de l'ordre du jour de la prochaine séance de la Commission des Fondations"

X.- Anexo 3 : cartas de Eugen Huber y de Otto Gierke sobre las fundaciones

XI.- Anexo 4 : bibliografía de Raymond Saleilles

XII.- Bibliografía del trabajo

III.- Introduction

La recherche présentée ici, s'occupe du rôle joué par le droit comparé dans l'oeuvre de Raymond Saleilles et vice-versa, ainsi que de l'importance du travail de ce juriste dans le processus de formation du droit comparé moderne en France au début XXIème siècle.

Saleilles, né en 1855 et décédé en 1912 à cinquante-sept ans, est considéré comme le père du droit comparé contemporain. Les pages qui suivent s'occupent par conséquent de la méthode, de l'objet et de la définition de cette discipline juridique au regard dans son contexte historique, social et scientifique et ce, contre l'avis d'auteurs qui affirment que les sciences qui s'occupent de leur méthode sont des sciences malades¹,

Le XIXe siècle voit se développer des activités scientifiques diverses connues sous le nom de « droit comparé ». Dès le début de ce siècle des lois étrangères sont traduites en langue française, les juristes français s'intéressent au processus d'élaboration des codes en cours dans les autres pays européens et nouent des contacts avec les juristes étrangers. Enfin des publications périodiques apparaissent. Toutefois ces travaux, bien que s'occupant de l'étude comparative de normes juridiques d'origines différentes, ont des méthodes et des buts très variés. Ce n'est finalement qu'à partir de 1900 qu'une discipline scientifique aux contours bien définis, dotée d'une méthode et d'un but concret, se développe au coté des autres disciplines juridiques.

L'autonomisation du droit comparé, en tant que discipline juridique propre n'est pas le fruit du hasard. Différents facteurs ont favorisé l'émergence du droit comparé comme science indépendante : l'internationalisation des échanges économiques et sociaux, la crise de l'école de l'exégèse et du Code Napoléon, la naissance des sciences sociales et enfin les codifications allemandes et suisses. Ce dernier facteur va être spécialement souligné dans ce travail. Le BGB et le Code civil suisse sont en effet vécues par les juristes français comme une « menace », une ombre au Code napoléon qui jusqu'alors

¹ Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, 31.

bénéficiait d'un prestige inégalé. Alors que, durant près d'un siècle, le Code civil de 1804, véritable symbole politique, avait été admiré et imité en Europe comme en Amérique du Sud, c'est désormais vers ces deux nouveaux codes, très avancés socialement et scientifiquement, que se tournent les regards de la communauté juridique internationale. En France, les juristes et notamment Gény, Saleilles ou encore Duguit, ne purent rester impassibles devant ce défi et luttèrent pour l'ouverture et l'innovation de la science juridique française. Ce bouleversement dans la culture juridique française permettra la création d'un droit comparé véritable.

L'œuvre de Raymond Saleilles joue un rôle capital dans la construction de cette nouvelle discipline et nous montre clairement comment ce processus était lié directement aux progrès scientifiques dans les autres pays européens. Pour Saleilles le droit comparé doit partir de l'analyse de la réalité historique et sociologique du droit, pour aboutir à la construction d'un « droit commun de l'humanité civilisé ». Cette idée presque utopique permet à Saleilles de justifier l'importation des doctrines allemandes mais également d'utiliser des catégories extra-juridiques venues du monde de la sociologie naissante.

Pour cette raison ce travail débute par une description du parcours biographique et intellectuel de Raymond Saleilles. Afin de reconstruire cet itinéraire nous nous sommes servis de sources diverses : œuvres scientifiques, biographies, hommages posthumes, lettres ou encore données d'archives. Nous avons eu l'honneur de nous entretenir avec Mr. Le Professeur Jean Carbonnier qui avait connu un fils de Raymond Saleilles. Tous ces matériaux nous permettent de souligner l'importance du lien entre société, science et œuvre intellectuelle individuelle chez Raymond Saleilles, un juriste catholique fortement impliqué dans les discussions sociales, théologiques de son époque et qui vont par conséquent affecter son œuvre,

Dans le deuxième chapitre nous analysons d'une part les facteurs qui ont contribué à la différenciation du droit comparé et d'autre part comment Raymond Saleilles et le congrès qu'il co-organisa en 1900 furent déterminants pour fixer collectivement le but, la méthode et la définition du droit comparé qui

permirent son indépendance formelle par rapport aux autres disciplines juridiques.

Afin de construire une vraie science et légitimer des emprunts à la sociologie et aux doctrines étrangères, Saleilles utilisa le concept du droit commun de l'humanité civilisée. Afin d'aboutir à la construction d'un droit idéal, le droit comparé se devait de recourir à des éléments étrangers au droit français et à la dogmatique juridique traditionnelle. Le droit commun sert donc comme méthode et comme but à la fois. Droit supérieur, il marque toujours l'évolution que le droit national doit suivre. De plus cette recherche doit suivre une méthode qui part de l'observation et de l'analyse du droit en rapport avec les règles sociales. Le droit commun est ainsi déterminé par l'évolution des règles sociales.

Le troisième chapitre analyse la pratique du droit comparé développée par Raymond Saleilles. Il s'agit donc d'y décrire les constructions juridiques élaborées par le juriste bourguignon.

Le point auquel s'intéresse en premier lieu Raymond Saleilles est celui des sources du droit. Saleilles refuse le pouvoir des lois aveugles et abstraites qui ne sont pas capables de s'adapter aux cas concrets. Il croit certes à un droit centralisé par le Code, mais c'est une conception souple qu'il prône, donnant une grande liberté à la coutume et à l'intervention du juge. Il loue ainsi la conception du Code civil suisse qui est selon lui, comme il l'écrit à Eugen Huber, « un Code peu codifié ». Au contraire donc d'une conception stricte et légaliste, la recherche scientifique du droit doit se concrétiser à travers l'activité des juges. Ces derniers doivent appliquer une méthode « historique Sociologique » pour appliquer les dispositions du code à la réalité concrète.

Une deuxième préoccupation majeure de Saleilles a trait aux accidents du travail et renvoie plus largement à la question sociale telle qu'elle se développe chez les juristes de la fin du dix-neuvième siècle. Saleilles, catholique doté d'une grande sensibilité sociale, ne pouvait rester passif face à la multiplication des accidents dans les usines. Il défendra l'introduction en droit civil de la responsabilité par risque ainsi que les doctrines les plus avancées sur le sujet en France et en Allemagne. Néanmoins Saleilles ignore

sur ce point que le législateur allemand avait « décodifié » le droit des accidents du travail en le remettant à des lois spéciales. Il considère comme une erreur l'essor de la législation spéciale et est au contraire partisan d'une individualisation judiciaire du droit. Il n'est pas conscient du mouvement de décodification qui vient d'être inaugurée

Saleilles a consacré une partie importante de son travail à l'étude comparative du droit des personnes morales. Il a écrit plusieurs monographies sur ce sujet et a beaucoup lutté afin que le législateur introduise des réformes dans le droit positif. Le droit français sur le sujet n'avait pratiquement pas subi de réformes depuis 1804 alors que les associations et les fondations florissaient en Allemagne et en Suisse. Saleilles soutient la théorie de la réalité allemande ainsi que la pratique associative allemande et suisse. Il souhaite une réglementation de la matière qui permette aux personnes morales de développer tout leur potentiel. Sur ce point ces idées seront développées dans ses ouvrages mais également dans les discussions et projets de la Société d'Etudes législatives, où il se montra d'ailleurs plus combattant que jamais.

Sur le terrain du droit d'obligations, Saleilles est surtout connu par ses deux ouvrages consacrés à la régulation (réglementation ?) allemande de cette matière. Il y affirme à la fois sa maîtrise des doctrines germaniques et sa position anti-individualiste et solidariste. Le droit français, selon Saleilles, doit abandonner la fiction du contrat entre personnes égales et rationnelles au profit de nouvelles réalités telles que le contrat de travail, le contrat d'adhésion ou encore l'inégalité entre parties dans certains contrats. Pour Saleilles donc, les doctrines allemandes se révèlent nettement plus réalistes que celles qui supportaient le Code civil français.

Saleilles est décédé alors qu'il s'occupait du droit de successions Suisse et, plus concrètement, de la succession paysanne. Fort conscient des conséquences sociales et politiques des règles de succession, il proposait ce dernier modèle comme modèle à suivre. Le législateur helvétique voulait instaurer un régime successoral spécial pour les communautés rurales afin d'empêcher la partition forcée des grandes exploitations agricoles. Toutefois chez Saleille, cette admiration pour le modèle de succession suisse trahie une

certaine nostalgie à l'égard des modes de vie et d'organisation familiale et sociale du passé qui tendent à disparaître non pas à cause de la réglementation du Code civil mais à cause des changements économiques et sociaux.

Voilà donc présentée la doctrine comparatiste de Raymond Saleilles, ses atouts et ses limites. Avec Saleilles, le droit comparé se détache de l'étude jusque là stricte de la législation comparée. Toutefois son comparatisme est encore influencée par le iusnaturalisme et limitée géographiquement à « l'humanité civilisée ». Après la première guerre mondiale, ses disciples, Gaudemet mais aussi dans une certaine mesure Lambert et Lévy-Ullman, développeront un droit comparé détaché des influences jusnaturalistes et ouvert aux droits américain et musulman. Mais le chemin avait sans aucun doute été ouvert en 1900 par Raymond Saleilles et les autres comparatistes réunis dans le congrès de droit comparé de Paris.

Afin de reconstruire l'itinéraire scientifique de notre auteur, ses influences et ses conséquences nous avons sélectionné des ouvrages permettant de saisir sa méthode et le but de son droit comparé. Au contraire, nous avons exclu les monographies de dogmatique juridique qui n'apportaient pas d'éléments nouveaux. Ainsi, si la théorie de la possession ou la question des aliénés est importante du point de vue social, elle n'ont d'un point de vue juridique pas une grande relevance

A coté de ces monographies nous avons parcouru d'autres sources qui témoignent à la fois des idées émises par Saleilles mais aussi de leur contexte et nous offrent ainsi le visage d'un juriste très préoccupé des problèmes de son temps. A ce titre nous avons recherché des actes des congrès ou des réunions de la Société d'Etudes Législatives, les lettres écrites par Saleilles à des juristes allemands. Ces dernières et surtout celles écrites à Eugen Huber, nous ont permis de connaître Saleilles de façon plus intime. Grâce à la combinaison de ces sources nous avons pu reconstruire le contexte et le discours saleillien avec une pluralité de points de vue ; celui des publications, celui des confessions à un ami ou celui des interventions orales dans le cadre d'une société scientifique. Grâce à cela, nous pensons avoir pu cerner la complexité

de la pensée d'un auteur, à un moment où les disciplines juridiques n'étaient pas encore aussi différenciées et définies qu'elles le sont aujourd'hui. Un moment aussi, où les transformations économiques, technologiques et sociales avaient accéléré la mise en question du centenaire du code civil, cette œuvre que malgré tout Saleilles voulait certes retoucher mais sans excès.

En définitive le droit devait aller au-delà de la lettre écrite sans que le code perde son rôle central en faveur de lois spéciales. Saleilles a lutté pour une telle conception, celle d'un droit débarrassé de l'exégèse mais sans aller trop loin. C'est ce que la phrase de Saleilles utilisée dans le titre de ce travail exprime parfaitement : « Au-delà du Code civil mais par le Code civil ».

IV.- Raymond Saleilles: recorrido vital de un jurista “fin de siècle”

1.- Introducción

Después de las críticas que vertiese Pierre Bourdieu contra el método biográfico² escribir una biografía resulta un ejercicio ciertamente arriesgado. El sociólogo francés advertía contra el peligro de dibujar la vida de un individuo como una línea continua y evolutiva que daría una unidad y un sentido o *Thellos* al recorrido vital e intelectual de esa persona ocultando sus aspectos más sombríos, sus incoherencias o interpretando las mudanzas en su pensamiento como un paso en la evolución del intelectual. Pero, frente a estos peligros resulta evidente también la necesidad de contextualizar la producción intelectual de una persona dentro de sus parámetros sociales, culturales y personales. Esto nos ayuda a situar los textos escritos por una persona dentro del conjunto de elementos del sistema social y político que provocaron su producción.

El caso de Raymond Saleilles muestra especialmente, según mi parecer, la necesidad de situar las páginas firmadas por él en las condiciones vitales y sociales que determinaron su creación. Saleilles fue un autor que, en apariencia, puede resultar contradictorio en ocasiones. Dependiendo de las circunstancias y del medio de comunicación utilizado podía variar su posición sobre determinadas cuestiones consideradas polémicas. El escenario de las discusiones religiosas, científicas y políticas en las que hubo de vivir Saleilles invitaba a usar un discurso polifacético, no siempre claro. De ahí que sea de especial interés conocer este marco social, científico e íntimo que determinó su producción intelectual.

Por todo ello la biografía de Saleilles ocupa el primer capítulo del presente trabajo. Para reconstruirla he intentado acudir al mayor número posible de fuentes disponibles evitando así una visión apologética o monocolor

² Pierre Bourdieu “L’illusion biographique”, *Actes de la Recherche en sciences sociales*, 62/63 (1986), 69-72.

de la vida del profesor borgoñón. Los textos que me han servido proceden en parte de la biblioteca Cujàs de París³ y también de los archivos nacionales franceses⁴ o suizos. He combinado biografías ciertamente tendenciosas que se redactaron tras su muerte con el expediente profesional de Saleilles que reside actualmente en la sección de personal del Ministerio de Educación de los archivos nacionales franceses. Este nos aporta bastantes datos pese a su incompletud: en el legajo faltan a partir de 1895 los informes personales que debía redactar anualmente el Decano sobre cada profesor. Fue esta época posterior a 1895 sin duda la más interesante en la vida y obra de Saleilles. Pero la ausencia de estos informes ha sido suplida con otras fuentes.

Sin duda los documentos que mejor ilustran el recorrido personal y profesional de Raymond Saleilles y los responsables de mi interés por él son los que configuran su correspondencia epistolar. El borgoñón mantuvo relación por carta con numerosos colegas franceses y extranjeros, con sociedades científicas y con amigos. Estas fuentes se encuentran desperdigadas en varios fondos de diversos países. El epistolario más completo fue el compuesto por las cartas que Raymond Saleilles envió a Eugen Huber y que se encuentran en el *Huber Fonds* del Archivo Federal Suizo de Berna. A la edición y estudio de este epistolario compuesto por 105 cartas y tarjetas postales dediqué mi trabajo

³ En la biblioteca Cujàs encontré dos textos que me aportaban información sobre su vida. El primero es un importante artículo-biografía que Eugène Gaudemet escribe en 1912, el mismo año en que fallece su maestro Eugène Gaudemet, "Raymond Saleilles (1855-1912)", *Revue Bourguignonne de l'Université de Dijon*, 22 (1912), 161-263. El discípulo aporta en ese texto bastantes detalles de la vida del maestro. Pero tiene un tono bastante apologético, dada la relación entre ambos y la pérdida que supone para Gaudemet la muerte de Saleilles. Otro texto importantísimo es la obra homenaje que sus colegas le dedican en 1914: *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles* (AAVV, *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Soufflot, 1914). La obra es científica pero aporta algunos datos interesantes sobre su vida y también la opinión que sus colegas tenían de Saleilles en el momento de su muerte.

⁴ El expediente profesional de Saleilles se encuentra en los Archivos nacionales franceses bajo la rúbrica F¹⁷ 25908.

de los cursos de doctorado en la Universitat Autònoma de Barcelona, embrión de una publicación próximamente ha de aparecer⁵.

Desgraciadamente las cartas de Huber a Saleilles se encuentran en paradero desconocido y mis intentos por localizarlas han resultado del todo infructuosos. Sí se sabe que las cartas entre François Géný y Raymond Saleilles se encuentran en la universidad de Osaka en el Japón⁶. Las cartas de Saleilles a juristas alemanes se encuentran en archivos alemanes y fueron editadas en 1990 por Olivier Motte⁷. Por todo ello sólo disponemos de las cartas escritas por Saleilles a juristas suizos y alemanes, material muy útil, como veremos, en el estudio del perfil personal y científico de Saleilles.

Al tratar este tipo de documentos he partido de las premisas metodológicas apuntada por Aldo Mazzacane según la cual, “le dottrine e le discipline non si generano dalle “verità” contenute in una sequenza del “pensiero” che si trasmette da mente a mente, da libro a libro, con la creazione di un’idea consegnata ad un testo e di qui ad un lettore⁸”. Estas doctrinas se generan, según el profesor napolitano “dall’incrocio degli enunciati nei punti nevralgici di un circuito comunicativo che ne governa la produzione e la ricezione”. La producción de la información se produce, por tanto y siempre según el Profesor Mazzacane, a diferentes niveles de la experiencia; que pueden ser “manuali, scritti teorici, divulgazioni, contributi applicativi e istruzioni pratiche, illustrazioni orali, conversazioni”. Por ello toda fuente documental es de interés y puede aportar datos para la reconstrucción del recorrido vital y

⁵ Alfons Aragoneses, *Recht im “fin de siècle”. Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, en prensa.

⁶ Obtengo la noticia sobre la existencia de estas cartas del Profesor Pio Caroni quien me indica que fue el Profesor profesor Yakuo Okibo quien se ocupó de la recepción de las cartas en el Japón. Me indica que Christophe Jamin ha estudiado estas cartas.

⁷ Olivier Motte, *Lettres inédites de juristes français du XIXème siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, I-II, Bonn, Bouvier Verlag, 1989-1990.

⁸ Aldo Mazzacane, “Alle origini della comparazione giuridica. I carteggi di Carl Joseph Anton Mittermaier”, in *La comparazione giuridica fra ottocento e novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milano, Istituto lombardo Accademia di Scienze e Lettere, 2001, 15-38, 16.

también intelectual de nuestro autor. No podemos discriminar textos por su origen oral o su calidad de textos personales, adjetivo éste que frecuentemente es fruto de una decisión arbitraria del lector o archivero.

Para completar esta descripción del recorrido vital de Saleilles habrían sido de gran valor el archivo y la biblioteca personales de Saleilles. Nos habrían permitido conocer sus preocupaciones personales, familiares, religiosas, sus gustos artísticos... Busqué estos materiales sin éxito. Como explicaré, los dos únicos hijos de Saleilles murieron sin descendencia. El primero en 1917, alcanzado por las balas alemanas. El segundo en París en 1943, probablemente se suicidó durante la ocupación alemana. Con ellos se perdió la pista de la herencia documental de Saleilles. Estos materiales no se encuentran en los Archivos Nacionales. Tampoco en los desordenados fondos que guarda la Facultad de Derecho de París. No hay rastro alguno de ellos ni en el *Collège de France* ni en la Facultad de la Sorbona. El hecho de que las cartas entre Géný y Saleilles se encuentren en el Japón me hace sospechar que, con toda probabilidad estos documentos, si todavía se conservan, están localizados dispersamente.

Hay todavía una fuente de información que me sirvió para perfilar algo más la figura de Saleilles y que aprecio especialmente. En 1996 tuve el honor de mantener una entrevista con el Profesor Jean Carbonnier en su domicilio parisino. Él llegó a conocer a uno de los hijos de Saleilles, François, quien en los años treinta, mientras Carbonnier preparaba su doctorado, trabajaba en la biblioteca de la facultad jurídica de París. Los datos que me aportó me fueron muy útiles y me transmitieron una gran motivación para seguir rastreando la pista de Raymond Saleilles.

2.- Infancia y juventud: entre el “terroir bourguignon” y París

Sébastien Félix Raymond Saleilles nació en el corazón de la región de Borgoña en Gigny-par-Beaune; pequeño “hameau” vecino de Beaune, Departamento de la Côte d’Or (el número 21). Lo hacía el día 14 de enero de

1855, bajo el Segundo Imperio. Era Papa en aquel momento Pío IX y reinaba en Francia el Emperador Napoleón II.

Saleilles era, por tanto, borgoñón de nacimiento. Esto determinó, según sus coetáneos, algunos aspectos de su carácter. En los textos escritos tras su fallecimiento, sus colegas le describían como portador de un carácter y un método “muy germánicos” achacando esta característica a su región de origen. Decían que la Borgoña, región de histórica influencia alemana, había marcado el método de trabajo de nuestro jurista, haciéndolo más sistemático en sus investigaciones. Según Edmond Thaller la metodología alemana utilizada por Saleilles era consecuencia de los orígenes lotaringios de aquella región⁹. Pero, probablemente, al escribir esto, Thaller trataba de excusar la germanofilia de nuestro jurista en una época (1914) en la que no se veía a Alemania con muy buenos ojos¹⁰.

En todo caso su familia no era puramente borgoñona. La rama paterna, que había emigrado desde el Aveyron, probablemente tenía sus orígenes en Saleilles, pueblo de la Cataluña francesa que en francés se llama Saleilles. La rama materna sí era originaria de la Borgoña y se dedicaba a la producción de vino. Instalado en Gigny-par-Beaune, el padre de nuestro jurista, ingeniero y matemático, se dedicó a “la passion du vignoble”, algo muy propio del *terroir* borgoñón y de la comarca de Beaune.

El origen de Saleilles era el de una familia de la pequeña burguesía de una región agrícola. Gigny par Beaune es todavía hoy un pequeño pueblito de dos docenas de casas rodeadas de bosque y viñas. El ambiente en el que creció no fue, por tanto, ni el del *brouhàhà* de París ni tampoco el de una capital de provincia como podía ser Dijon, capital de la Côte d’Or. A lo largo de la obra de Saleilles encontramos muestras de su especial sensibilidad hacia el mundo rural, que en aquellos años del fin de siglo mantenían todavía unas formas de vida que pronto desaparecerían. Saleilles mantuvo lazos con su

⁹ Edmond Thaller, “Avant-propos”, en Edmond Thaller (ed.), *L’oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, 5-38, 30.

¹⁰ *Idem*.

pueblo natal hasta su fallecimiento. En la casa familiar pasaba periodos vacacionales o de convalecencia y recuperación de sus frecuentes enfermedades.

El joven Raymond Saleilles estudió en el *Lycée* de Beaune, lo que para Edmond Thaller, en una afirmación que Jean Henri Robert entiende fruto de la “incurable vanidad de los parisinos”¹¹, demostraba su carácter autodidacta. En 1873 obtuvo allí el título de *bachelier ès-lettres*. El mismo año adquirió también el de *bachelier ès-sciences* y la administración del Departamento le otorgó el premio a la excelencia en filosofía. Obtenidos los dos bachilleratos partió para realizar el servicio militar durante un año, tal como era obligatorio en aquellos tiempos. Desconozco en qué destinó lo realizó.

En 1874, tras el cumplimiento de sus obligaciones castrenses, Saleilles inició sus estudios universitarios en París. Cursó estudios jurídicos en el *Institut Catholique*, institución privada dedicada a la enseñanza superior. Se licenció en Derecho en 1879. Su tesis de licenciatura, que ocupa ochenta páginas, la publicó Larose en París, como era costumbre en la época¹². No disponemos de más datos sobre estos años de estudio, quiénes fueron sus profesores, cuáles las notas de sus exámenes. Pero podemos imaginarnos que este primer contacto con la gran ciudad debió ser determinante en el proceso de madurez del joven borgoñón de Gigny par Beaune.

Acabados los estudios de licenciatura Saleilles comenzó el doctorado en la Facultad de Derecho de París. A partir de este momento Saleilles entraba en la red científica francesa. En la facultad parisina tuvo como profesores entre otros a Paul Gide, profesor de derecho romano, protestante y padre del escritor André Gide, a Charles Beudant y Emile Labbé, privatistas y a Claude Bufnoir, civilista a quien Saleilles siempre consideró su maestro y que se convertiría al cabo de unos años en su suegro. El 5 de abril de 1883 Saleilles sostuvo las dos

¹¹ Jean-Henri Robert, “Saleilles et le comparatisme”, *Revue d’Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 12 (1991), 143-149, 144. Cita a Edmond Thaller, “Préface”, in *L’œuvre juridique de Raymond Saleilles*, 32.

¹² Raymond Saleilles, *Thèse pour la Licence*, Paris, Larose, 1879.

tesis de doctorado entonces preceptivas, bajo la presidencia de Claude Bufnoir: defendió una tesis de Derecho romano titulada *La possession des meubles* y otra de Derecho civil: *De l'administration de valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui*. Ambas publicadas por la facultad de derecho y editadas por Derenne¹³.

Estos primeros años en la capital no sólo permitieron a nuestro jurista realizar estudios jurídicos y comenzar su carrera científica. Le abrieron las puertas de la gran ciudad que entonces constituía una suerte de polo de atracción en el arte, la ciencia y la tecnología y la sociedad. París era entonces la capital de la III República y el escenario de las transformaciones tecnológicas, sociales y culturales del momento. París era el centro y polo de atracción de las vanguardias estéticas europeas pero también albergaba movimientos ultracatólicos y antisemitas que se harían sentir en los años noventa a propósito del *Affaire Dreyfuss*.

Los años ochenta del siglo XIX son los años del impresionismo. La ciudad luz acogía a artistas de diferentes países. En el campo de la música también era la capital francesa un gran polo de atracción para intérpretes y compositores. Al mismo tiempo la ciudad era bastante sucia y violenta, si hemos de creer al historiador rumano-americano Eugen Weber¹⁴. Aglutinaba a grandes masas de obreros venidos de zonas rurales en las cuales ni siquiera se hablaba francés. También habían llegado a las ciudades francesas inmigrantes de fuera del Hexágono, especialmente del Este de Europa. La industrialización había traído consigo la secularización de la sociedad, la inmigración campesina a la ciudad y en muchos casos el desarraigo de muchas personas en barrios obreros insalubres, mal iluminados y poco seguros. Para

¹³ Raymond Saleilles, *De la possession des meubles en droit romain. De l'aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui en droit français. Thèse pour le doctorat soutenue devant la Faculté de droit de Paris*, Paris, Derenne, 1883.

¹⁴ Sobre la Francia de esos años *vid.* Eugen Weber, *France fin de siècle*, Cambridge (MAS), The Belknap Press of Harvard University Press, 1986. El autor explica como las grandes ciudades francesas eran, lejos de la imagen idealizada que tenemos hoy en día, tenían graves problemas de infraestructuras, de división social y criminalidad.

una persona de origen rural, de familia católica el choque con la realidad de la gran ciudad no era en absoluto desdeñable¹⁵.

Este era el París que vio madurar al joven estudiante de la Borgoña profunda Raymond Saleilles. En esta ciudad perfiló su carácter, su posición ideológica y también su religiosidad, elemento muy importante en su vida y en su obra. En el *Lycée* público de su Borgoña natal Saleilles había recibido una formación laica. Pero sus padres, católicos practicantes, le habían procurado durante su infancia una educación cristiana. Al llegar a París en los años setenta, imagino que la fe de Saleilles se vio confrontada con una realidad urbana, cosmopolita y plurirreligiosa que desconocía en su pequeña aldea. Y Saleilles comenzó a implicarse en su Iglesia. Desde los años de estudio en el *Institut Catholique* y después, durante sus años como doctorando, participó en asociaciones de signo religioso como la jesuita *Conférence Olivaint*. Esta actividad la prolongó el joven Saleilles durante su etapa como estudiante de doctorado, en la que tuvo a profesores católicos practicantes como Claude Bufnoir pero también a protestantes como el citado Paul Gide. El catolicismo, como veremos, tuvo un papel determinante en la vida y en la obra de Raymond Saleilles.

En estas asociaciones religiosas formó Saleilles un círculo de estrechas amistades que le acompañaron a lo largo de su vida. Allí conoció por ejemplo a Maurice Faucon, que en aquel entonces estudiaba teología y que tras ordenarse dedicaría su vida al sacerdocio y a la teología. Con Faucon Saleilles mantuvo una larga amistad que se truncaría con la muerte de aquél en 1910. Su epistolario muestra como el jurista compartía sus inquietudes vitales y religiosas con el teólogo que, con sus misivas, reconfortaba al amigo que frecuentemente vivía atormentado por la enfermedad y por sus preocupaciones de orden político y social.

¹⁵ Sobre las transformaciones sociales en la Francia de la segunda mitad del siglo XIX ver Eugen Weber, *La fin des terroirs. La modernisation de la France rurale (1870-1914)*, Paris, Fayard, 1983.

Maurice Faucon nombró a Saleilles y a Michel Salomon, amigo de ambos de los años de estudio, albaceas de sus textos inéditos y, tras su muerte, los editaron en un libro que titularon *Reliquiae*¹⁶. En estas reliquias encontramos las cartas que Faucon escribió a Saleilles y que nos muestran la faceta más pía de nuestro jurista. Podemos comprobar que el religioso ejerció no solo de amigo sino también de guía espiritual y confesor de Saleilles. Saleilles debía consultar dudas y problemas con su amigo, quien le respondía orientándole en lo religioso y acompañándolo en lo personal y profesional.

Desgraciadamente no tenemos una fuente documental similar a estas *Reliquiae* que nos pueda ilustrar sobre las inquietudes artísticas, musicales, literarias de Raymond Saleilles. El hecho de que en 1906 publicase una reseña de la novela *Il Santo* de Antonio Fogazzaro, encuadrada dentro del modernismo religioso y literario italiano¹⁷, nos da una posible pista sobre el interés del jurista por el modernismo. Las preocupaciones intelectuales de Saleilles por el derecho consuetudinario, por la sucesión en el ámbito rural y por la modernización del derecho francés ayudarían a encuadrarlo dentro del poliédrico movimiento intelectual conocido como modernismo.

3.- Los primeros años como profesor

Pero volvamos a la carrera profesional de nuestro jurista. Como ya apunté, en la primavera de 1883 Saleilles obtenía el grado de doctor. Durante un año preparó el concurso de *Agrégation*. Este se celebró el 12 de mayo de 1884. Saleilles obtuvo el quinto puesto. Tenía veintiocho años.

La *Agrégation* era el concurso público mediante el cuál se proveían las plazas docentes en las universidades francesas. El examen era estatal y no

¹⁶ Raymond Saleilles - Michel Salomon (ed.), *Reliquiae de Maurice Faucon*, Paris, Plon-Nourrit et Cie, 1911.

¹⁷ Raymond Saleilles, "Il Santo" (Reseña de Antonio Fogazzaro, *Il Santo*, Milano, Baldini, 1906), in: *La Quinzaine*, 68 (1906), S. 524-542.

especializado. El candidato que lo superaba se convertía en *Agrégé* en derecho. La especialización venía *a posteriori* y venía determinada por las necesidades de las universidades en las que se producían vacantes.

Según cuenta Jean-Henri Robert uno de los miembros del tribunal de agregación que juzgó a nuestro jurista escribió en la calificación que la manera de exponer del candidato Saleilles, “personal y extraña”, le dificultaría la “prise de possession des auditoires”¹⁸. Pero en la práctica de la docencia Saleilles superó estas dificultades a juzgar de los informes.

Saleilles se convirtió en profesor “agregado” entrando así a formar parte del cuerpo de profesores dependientes del Ministerio de la Instrucción pública francés. Además de la trascendencia que tiene este hecho para el científico, el ingreso en este cuerpo significaba también un cierto control del profesor por parte del Estado. Y una consecuencia de este hecho es la producción documental sobre los profesores que hoy en día guardan los archivos franceses. Una interesantísima fuente de información nos viene dada por los informes confidenciales que cada año elevaba cada Decano al Ministerio de la Instrucción pública. En ellos el Decano comentaba aspectos de la docencia, de la investigación e incluso de la vida social o política de los profesores. Estos informes se encuentran en el Archivo Nacional de París, en los expedientes personales de los profesores. Desgraciadamente en el de Saleilles solamente encontré los informes de los decanos de Grenoble y Dijon pero no los de su etapa parisina, la más interesante. De todos modos, no hemos de despreciar la información que nos aportan estos primeros “rapports confidentiels” para perfilar la carrera de Saleilles como profesor.

El 30 de septiembre de 1884 nuestro jurista es destinado a la facultad de Grenoble como profesor del curso de Historia general del Derecho francés público y privado. Recordemos que en aquella época la *Agrégation* era general para la enseñanza del derecho. La especialización llegaba posteriormente a través de las vacantes que existían y que los *Agrégés* aceptaban. Por ello Saleilles comenzó su etapa como docente enseñando historia del derecho,

¹⁸ Jean-Henri Robert, “Saleilles et le comparatisme”, *op. cit.*, 144.

pasó brevemente por el derecho público, llegó a París como profesor de derecho penal para, finalmente, llegar al derecho privado primero y después al derecho privado comparado.

En el informe confidencial de su primer año en Grenoble el Decano destaca la sobresaliente aptitud de Saleilles para la enseñanza. Se le califica de profesor “très instruit, chercheur”. Se añade que “il a une sort d’ordre et de méthode très marqué: il intéresse l’auditeur par la netteté de l’enseignement et la vivacité de la parole”¹⁹. Este primer informe prueba que las críticas del examinador de Saleilles fueron tomadas en cuenta por éste.

En octubre de 1885, a la edad de treinta años, Saleilles obtuvo una plaza de docente en su Borgoña natal, en la Facultad de Dijon. Se le encargó nuevamente del curso de Historia general del Derecho francés público y privado. Se le consideró en el informe confidencial de aquel año como una “très bonne recrue” para la facultad por sus excelentes cualidades para la enseñanza²⁰.

Durante sus primeros años como profesor la producción científica escrita de Saleilles es escasa, por no decir inexistente²¹. Podemos deducir de este dato que el joven profesor dedicó estos primeros años a preparar investigaciones y a definir sus líneas de actuación como docente ya que en 1889 apareció el embrión de una de sus obras más importantes: *Essai d’une théorie générale de l’obligation d’après le projet de Code civil allemand*²². Este hecho nos hace pensar que el borgoñón desde muy temprano se había interesado por el estudio del derecho comparado y que utilizó sus primeros años como profesor en provincias para estudiar y para formarse en esta

¹⁹ Expediente personal de Raymond Saleilles, *Archives Nationales*, pliego F¹⁷ 25908.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ De esos primeros años data únicamente una publicación en un libro de carácter interno de la facultad: “Rapport sur les concours de l’année scolaire 1885-1886 à la faculté de droit de Dijon”, in *Rentre solennelle des Facultés de Dijon*, Dijon, Darantière, 1886, 50-74.

²² Raymond Saleilles, *Essai d’une théorie générale de l’obligation d’après le projet de code civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1890.

disciplina. Quizás también para aprender o perfeccionar el alemán. Y eso pese a que tuvo que esperar todavía más de diez años hasta ser nombrado profesor de derecho civil en París.

Los años ochenta también fueron importantes para la vida personal de Saleilles: todavía enseñaba en Dijon cuando se casó con Marguerite Bufnoir, hija de su maestro Claude Bufnoir. La boda tuvo lugar el 26 de marzo de 1887 en la iglesia de Santa Clotilde, en el Quai d'Orsay de París²³.

No es de extrañar que Saleilles se casase con la hija de su maestro. Se trata de un comportamiento muy característico de los juristas del momento. La endogamia intelectual y el “embourgeoisement” eran habituales a la hora de relacionarse, como ha demostrado Christophe Charle²⁴. Según este historiador de las profesiones jurídicas, la mayoría de profesores de derecho de la época se casaban con mujeres pertenecientes a familias relacionadas con el mundo del derecho. Concretamente dos tercios de los suegros de los profesores del París de finales del XIX pertenecían a la burguesía económica, al mundo jurídico o a la media o alta función pública²⁵. En todo caso, la entrada de Saleilles en la familia del maestro Bufnoir explicaría la posición de aquél respecto a la obra de éste, un tanto acrítica. Saleilles siempre consideró la obra de Bufnoir como innovadora y crítica con la escuela de la exégesis. En realidad, la obra de Bufnoir es escasa y responde a los patrones de la *Exegèse* más clásica. El maestro y suegro de Saleilles, en cambio, sí destacó en la política académica y ostentó diversos cargos en sociedades científicas. Fue miembro de la *Société de l'Enseignement supérieur*, del *Comité consultatif de l'Enseignement supérieur*, del *Conseil supérieur de l'instruction publique*. Se trataba de organismos asesores del Ministerio de Instrucción Pública en materia d'enseñanza universitaria. Esta posición le otorgaba a Bufnoir un cierto

²³ Se conserva una copia de la invitación de boda en la biblioteca del *Collège de France* con la referencia 4^o rec. AA 256¹ (n^o. 17).

²⁴ Christophe Charle, *Les Elites de la République* (1880-1900), Paris, Fayard, 1987, 304.

²⁵ Christophe Charle, “La toge ou la robe? Les professeurs de droit à Paris à la Belle Epoque”, *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 7 (1988), 167-175, 170.

poder político-académico que seguramente ayudó a Saleilles en su carrera. De hecho el borgoñón empezó a publicar en revistas en cuyos comités de redacción tenía algo que ver Bufnoir.

Después de la boda y de un probable viaje de novios del que no dispongo de datos, Saleilles regresó con su esposa a la Borgoña para seguir con sus obligaciones académicas. En 1889 se le encargó a Saleilles el curso complementario “Historia general del Derecho francés” y “Elementos de Derecho constitucional”. En 1891 empezó a impartir un curso semestral de derecho constitucional, en sustitución del publicista Maurice Deslandres. Tres años después un Decreto de 4 de abril de 1892 creó la cátedra de Historia del Derecho y fue Saleilles su primer titular en Dijon. A partir de esa fecha impartió también allí un curso de doctorado en Derecho Constitucional, materia semestral, como la histórico-jurídica.

Entre tanto, el cuatro de noviembre de 1890, nacía su primer hijo: Jean Casimir Félix Saleilles.

Pese a dedicarse solo durante cuatro años al derecho constitucional, pese a ser mucho más conocida la obra de Saleilles como civilista, su actividad en el campo del derecho constitucional tiene un gran valor y merece ser reseñada. Saleilles escribió varios textos sobre este tema que fueron publicados a finales de los años noventa, cuando ya era profesor de derecho civil en París.

Los últimos años del siglo XIX son años de crisis de los conceptos tradicionales de la publicística. Con los republicanos en el poder se había llevado al extremo la doctrina de la soberanía del parlamento y había coronado lo que Carré de Malberg bautizó como “Etat légal”, como nos recuerda Marie-Joelle Redor en su monografía sobre la edad de oro de la publicística francesa de la III República²⁶. En esta época los diferentes poderes del Estado estaban sometidos al Parlamento en virtud del principio de la soberanía nacional. El

²⁶ Marie Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1879-1914*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 10.

Parlamento era la expresión de la voluntad de la Nación y estaba legitimado para cambiar la normativa vigente sin apenas límites. Esta situación de absoluta supremacía del Parlamento, lo que Carré de Malberg llamó *Etat légal*, fue criticada por diferentes voces como las de Hauriou, Duguit, Barthélemy... También Raymond Saleilles hizo escuchar la suya en este debate.

Saleilles criticaba como sus colegas la apropiación que el Parlamento practicaba de la idea de la soberanía nacional. En un artículo publicado en 1898, cuando su autor ya era Profesor de Derecho civil en París, defendía la soberanía de la nación en contra del Parlamento: "cette souveraineté n'est incarnée dans aucun corps entendu de la somme des individualités qui le constituent, aucun corps politique, cela va de soi, pas même le corps électoral; il n'y a là que des organes par lesquels cherche à se dégager la souveraineté nationale"²⁷.

Este texto y los otros escritos por Saleilles sobre derecho público se basan en último grado en una feroz crítica a los ideales racionales de igualdad y representación que habían elaborado los ilustrados. Jean Jacques Rousseau era para él el mayor representante de esta "philosophie du XVIIIème que, fundamentada en abstracciones y alejada de la realidad, había impuesto la idea de igualdad total. Saleilles atacaba las graves consecuencias de las reglas, tan abstractas y alejadas de la realidad, de la representación política. En Francia esas reglas estaban teniendo, a juicio de Saleilles pésimas consecuencias. El borgoñón, y muchos de sus colegas, proponían la sumisión del Parlamento a la Constitución y, para compensar las negativas consecuencias del sufragio universal, proponía otorgar un mayor papel de decisión a la doctrina.²⁸ Saleilles defendía pues una visión elitista de la política y del derecho: la mayoría iletrada no podía tener el control absoluto del aparato legislativo. Los juristas, los

²⁷ Raymond Saleilles, "La représentation proportionnelle", *Revue de Droit public*, 9 (1898), 215-234.

²⁸ Para profundizar más sobre este punto del pensamiento de Saleilles conviene consultar sus intervenciones en las discusiones del Congreso Internacional de derecho comparado de 1900: *Congrès international de droit comparé. Procès Verbaux des séances et documents*, Paris, LGDJ, 1905, (I) 69-113.

científicos del derecho debían por tanto determinar de qué forma el ordenamiento podía modificarse. Este papel de la doctrina en la elaboración del derecho también debía extenderse a la interpretación y aplicación del mismo.

Aunque la etapa de publicista de Saleilles durase pocos años, es destacable que se implicase en las discusiones del momento y que, pese a su escasa obra sobre el tema, pueda considerársele como un autor de la escuela publicística francesa tal como hace Redor. Las ideas de derecho público de Saleilles responden al mismo planteamiento jurídico que alumbrar sus obras de derecho privado: la crítica al legalismo y al poder excesivo del Parlamento, la búsqueda de formas alternativas de aplicación del derecho y el valor superior de la doctrina científica en el derecho son ideas que encontraremos más adelante en los textos de derecho civil y derecho comparado de Raymond Saleilles.

Saleilles, como la mayoría de profesores de su época, planeaba su desembarco en París como profesor. Pero no por ello podemos considerar su estancia en Grenoble y sobre todo en Dijon como meramente transitoria. El borgoñón se implicó en la vida universitaria de la capital borgoñona como profesor y como intelectual. Destacó además en la defensa de las universidades regionales, entre las que se encontraba la de Borgoña, frente a los intentos centralizadores del Ministerio francés de Instrucción pública. A inicios de los años noventa, el gobierno francés intentaba reorganizar territorialmente las universidades. El Estado defendía el argumento de que el modelo de una universidad única, la *Université de France* que tenía diferentes facultades en el territorio del hexágono, ya no se adaptaba a la realidad. Pretendía potenciar la universidad de París y las grandes universidades regionales como Lyon, Montpellier y Bordeaux en perjuicio de otras más pequeñas. Dijon se incluyó entre estas últimas y se empezaba a vislumbrar la posibilidad de su clausura. Una parte del estamento docente reaccionó en contra.

Saleilles, junto con otros colegas borgoñones, se opusieron firmemente a este proyecto. La estrategia a seguir era mostrar a París que la universidad de Dijon, pese a sus reducidas dimensiones respecto Lyon, Bordeaux y por

supuesto París, desarrollaba una intensa actividad investigadora y docente y que, en consecuencia, no merecía ser fagocitada por las universidades “moyennes” o por la madre de todas las universidades: la de París. Con esta finalidad estos profesores impulsaron un proyecto de dinamización científica y cultural de esa universidad. En 1891 crearon la *Société des amis de l'Université de Dijon* y el mismo año se empezó a publicar la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*. El jurista de Gigny par Beaune era uno de los creadores y colaboradores habituales. De esta forma, inyectando vida y ciencia a la universidad de Dijon, se consiguió disuadir a París de sus proyectos centrípetos y continuó gozando de su estatus.

Saleilles permaneció en Dijon diez años como *Agrégé*. A esa misma facultad fue destinado en 1892 el también *Agrégé* François Gény. Como nos explica el historiador del derecho Pierre Kayser, entre Gény y Saleilles se generó poco después de la llegada del primero una importante relación profesional y de amistad²⁹. A partir de entonces se enlazan los recorridos intelectuales de ambos juristas. Quizás es algo arriesgado citar al borgoñón como maestro del lorenés pero sin duda existen influencias entre los dos pensadores de lo jurídico. Los temas que trataron ambos coincidieron con frecuencia: el método jurídico, las fuentes. Igualmente estaban los dos preocupados por el anquilosamiento del método jurídico en Francia y por la necesidad de introducir reformas en el Código. Ambos, además, eran católicos, adjetivo que, en ambos casos se puede aplicar a no pocos aspectos de sus obras. No es de extrañar vistas tantas coincidencias que Saleilles escribiese el prefacio a una de las obras más importantes de Gény, la *Méthode d'interprétation en droit privé positif*.³⁰ Al fallecer Saleilles Gény le dedicó su otra gran obra *Science et technique en droit privé positif*³¹. La dedicatoria reza.

²⁹ Pierre Kayser, “La vie et l'oeuvre de François Gény”, *Quaderni Fiorentini*, 20 (1991) 53-117, 55.

³⁰ François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*. (Préface de Raymond Saleilles), Paris, Pichon et Durand Auzias, 1899.

³¹ François Gény, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1913.

“En recuerdo del célebre y apreciado Raymond Saleilles” y le sigue una frase de *La Divina comedia* en la que Dante se refiere a Virgilio: “Or va, ché un sol volero e d’ambedue tu duca, tu signore e tu maestro”.

No sólo se dio una influencia intelectual. Saleilles abrió las puertas al lorenés para que pudiese conocer al jurista suizo Eugen Huber. De hecho fue también en esta época cuando Saleilles conoció al jurista suizo. Como ya avanzaba en la introducción el borgoñón y Eugen Huber, nombrado por el gobierno federal director de los trabajos de redacción del *Zivilgesetzbuch*, mantuvieron una larga relación profesional y personal que reflejan las cartas enviadas por el primero. No hace falta insistir en el valor de la información que aportan estas. Me interesa destacar aquí cómo el inicio de la amistad con el suizo le abrió las puertas del derecho de aquel país que en ese momento vivía el interesante proceso de elaboración del código civil.

La primera de las cartas de Saleilles a Huber data de febrero de 1895³². Por su contenido podemos inferir que se habían conocido recientemente, a raíz de la recensión que Saleilles escribió del *System und Geschichte des Schweizerisches Privatrecht* de Huber en la *Nouvelle Revue d’histoire du droit français*³³, muy valorada por el borgoñón. A partir de este encuentro intelectual Huber y Saleilles comenzaron a intercambiar textos científicos y a consultarse sobre temas de actualidad, especialmente sobre el Código civil suizo. Nuestro jurista le preguntaba con frecuencia a Huber sobre cuestiones del proceso de codificación del derecho civil que el colega suizo estaba dirigiendo desde Berna. Saleilles se mostraba cada vez más interesado por el proceso de codificación suiza hasta convertirse en el gran admirador de la obra de Huber. Saleilles contrató un abono con *Journal de Genève*, para estar al día de los

³² Carta de Saleilles a Huber de 3 de febrero de 1895.

³³ Raymond Saleilles, (Recensión a) Eugen Huber, *System und Geschichte der schweizerischen Privatrechts*, IV, *Nouvelle revue d’histoire du droit français*, 18 (1894), 764-776.

avances del proceso de codificación y cuando conocía alguna novedad escribía rauda a Huber preguntándole por más detalles³⁴.

En 1894 había nacido el hijo menor de Raymond y Mathilde Saleilles, François. La fecha exacta de su nacimiento no he podido encontrarla en la biografía de Gaudemet ni en ninguna otra obra. Tampoco nombran este hecho las cartas al colega Huber.

En 1895 Saleilles caía enfermo. Era la primera de sus importantes crisis de salud. Le obligó a dejar temporalmente sus cursos en Dijon. Comenzaba el ataque del mal que iría mermando la salud del jurista. Desconozco cuál era la enfermedad que sufría pero, como más adelante explicaré, podría ser artritis combinada con algún mal de naturaleza psicológica.

Antes de acabar su permiso por enfermedad en 1895 Saleilles recibía el nombramiento, por *Arrêté* de 17 de abril, para enseñar en París como *Agrégé*. Saleilles renunció a su cátedra en Dijon y se trasladó a la capital de Francia, lo que en palabras de Christophe Charle, en aquella época era sinónimo de consagración profesional³⁵. Su nombramiento se produjo para sustituir a un profesor, Mr. Leveillé, elegido diputado por el partido radical. Durante los primeros años como profesor en París Saleilles vivió en la Rue du Pré aux Clercs en el *7ème. Arrondissement*, vecino al *5ème*, en el que se encontraba su universidad. A mediados de 1901 se mudaría a una vivienda a cincuenta metros en la cercana Rue de Saint Guillaume, supongo que a un apartamento mayor.

Saleilles Estaba ya en París. Había realizado el concurso de *Agrégation* hacía doce años. Había pasado por dos facultades de provincia, Grenoble y Dijon, y había conseguido un puesto como profesor en París. Es el itinerario típico que describe Charle para los profesores de derecho de la época:

“En droit, bien peu s'écartent de la règle suivante: 22 professeurs sur 32 ont réussi l'agrégation entre 24 et 27 ans. Ils sont attachés á une faculté de

³⁴ *Vid.* v.g. carta de Saleilles a Huber de 10 de octubre de 1895.

³⁵ Christophe Charle, “La toge ou la robe?”, *op. cit.* 168.

province, comme agrégés puis comme professeurs, durant cinq à dix ans, ensuite reviennent – s'ils le peuvent – comme agrégés à Paris, et 15 ans après leur succès au concours, ils sont aptes, devenus eux-mêmes professeurs, à le faire passer à son tour"³⁶.

Saleilles sigue prácticamente por completo esta regla. Únicamente superaba en un año la edad típica para superar la agregación. Este hecho aporta material de reflexión sobre los profesores juristas como grupo social que, como tal, tenía unos determinados canales de aprendizaje, unas reglas sociales de relación y de comunicación. En este sentido son muy ilustrativas las obras de Christophe Charle que como historiador ha estudiado los intelectuales de la II República y que trata a los profesores de derecho de la época desde el punto de vista de la sociología de las profesiones, cosa que aporta datos de gran valor.

4.- Saleilles profesor de derecho penal en París

Saleilles, con su traslado a París, se consagraba como profesor de primera línea en la Francia de la época. Su llegada a París no debió ser del todo agradable. Edmond Thaller nos cuenta como tuvo que convivir con un número de antiguos profesores recelosos de los métodos demasiado modernos del recién llegado. Por ello recibió Saleilles críticas. Algunos de sus colegas calificaban sus métodos como poco exactos, oscuros, exóticos y faltos de adaptación a la mentalidad francesa³⁷. Podemos imaginarnos, por la trayectoria que seguiría Saleilles y por los trabajos que en esos años preparaba sobre derecho alemán, que el borgoñón utilizaba fuentes doctrinales y normativas alemanas, que no realizaba un análisis exegético sino más bien histórico del derecho y que esto pudo molestar a los estamentos más conservadores

³⁶ Christophe Charle, *Les Elites de la République*, op. cit., 303-304.

³⁷ Edmond Thaller, "Avant-propos", in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, op. cit., 8.

En todo caso estas críticas, como nos dice Thaller, nunca fueron expresadas abiertamente ni por escrito. Probablemente se trataba de un acto de recelo corporativo de profesores parisinos ante la llegada de un nuevo profesor desde la provincia. O quizás algunos profesores de la vieja escuela desconfiaban de los métodos rompedores que ya entonces apuntaba Saleilles. Thaller en todo caso no nos da más pistas sobre esta reacción a la llegada del borgoñón.

Saleilles llegó a París como profesor de derecho penal. Enseñó esta materia durante pocos años, cuatro en concreto. Su deseo desde siempre había sido enseñar derecho civil. Pero al igual que durante sus años como profesor de derecho constitucional, también se interesó y se implicó en las discusiones sobre penalística de su tiempo. El periodo dedicado al derecho penal fue breve pero dio importantes frutos³⁸. El más destacado es la monografía sobre la individualización de la pena³⁹. Esta obra, prologada por Gabriel Tarde, fue reeditada en 1909, en 1914 y más tarde en 1969. Fue traducida al inglés bajo los auspicios de Roscoe Pound en 19XX⁴⁰. Todavía hoy es una de las obras más citadas del autor borgoñón.

Esta obra se inscribe en una época de una gran trascendencia para el derecho penal europeo. La escuela clásica o racionalista del derecho penal fruto de la filosofía dieciochesca que concebía a los hombres como seres racionales, había sido puesta en duda por la criminología a la que Saleilles llamaba “l’Ecole italienne”. Estos criminólogos, entre ellos muchos seguidores

³⁸ Sobre esta etapa *vid.* Alfons Aragonese “Strafrecht im *Fin de Siècle*. Raymond Saleilles und die Strafrechtswissenschaft in Frankreich Ende des 19. Jahrhunderts“ in Josef Pauser y otros (Hrsg.), *Ad Fontes. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Wien 2001*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002, 11-22.

³⁹ Raymond Saleilles, *L’individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, Paris, Alcan, 1898.

⁴⁰ Raymond Saleilles, *The Individualization of Punishment*, Boston (Massachusetts), Little, Brown & Co., 1911.

de las ideas psicologicistas de Gall, negaban la idea de libertad humana⁴¹. Estos excesos deterministas y biologicistas de esta tendencia habían sido a su vez contestados por la escuela llamada neoclásica o moderna formada por Franz von Liszt, Carl Stooss, impulsores ambos del programa de Marburgo en derecho penal. Los postulados de estos autores los resume muy bien Wolfgang Naucke: “Prävention, in erster Linie Spezialprävention, anstelle von Vergeltung (...), weil Strafe ein notwendiger Trieb ist und weil Spezialprävention die zweckmässigste, die der Menschheitsentwicklung angemessenste Form dieses Triebes ist”⁴²

Saleilles se adhirió a la mayoría de postulados de la escuela moderna y los difundió al público francés. Esto es un valor en sí de la obra del borgoñón pues los escritos de Stooss y Liszt eran desconocidos en Francia. La Escuela de Marburgo, sin negar la racionalidad del ser humano y la necesidad de retribuir al autor del delito por el mal hecho, aceptaba modulaciones en la pena en aras de la prevención especial. Saleilles acepta en esta obra la idea de Liszt de individualización de la pena según la personalidad del delincuente. Saleilles distinguía también, al igual que el austriaco, entre libertad y responsabilidad penal. Consideraba que el hombre era libre de sus actos pero que no siempre era responsable penalmente. Pero Saleilles rechazaba el determinismo de Liszt al considerarlo poco respetuoso con un valor que para el francés era fundamental: la individualidad de cada persona. En todo caso defendía los aspectos de las teorías de la escuela neoclásica referidos a la pena. Saleilles escribía en 1898 a Franz von Liszt:

“Je crois en effet, et c’est ce que j’ai voulu établir, que partisans comme adversaires de la Responsabilité fondée sur l’idée de Liberté peuvent s’unir scientifiquement pour accepter en ce qui touche l’application de la peine un pont de vue identique, qui est exactement celui que vous avez si bien mis en

⁴¹ Sobre la criminología biologicista *vid.* Georges Lanteri-Laura, “Phrénologie et criminologie: les idées de Gall”, en Laurent Mucchielli (ed.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, 1994, 21-28, 25.

⁴² Wolfgang Naucke, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts. Materialien zur Neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2000, 224.

relief à Lisbonne et dans tous vos écrits, Jusqu'alors on a établi comme un lien indissoluble entre la doctrine de Liberté et de la responsabilité et certaines solutions classiques et purement objectives dont l'école traditionnelle a voulu faire toute une série de dogmes intangibles. Je crois que ce serait un grand service à rendre à tout le monde que de montres le malentendu et la confusion qui règnent sur tous ces points"⁴³.

Saleilles se refería en este texto a la confusión entre libertad y responsabilidad. Para Saleilles era fundamental la defensa de la libertad individual entendida como libertad kantiana. No olvidemos que, como afirma el penalista alemán Wolfgang Naucke, nadie que se acercase al derecho penal en esa época podía obviar a Kant. Pero la libertad kantiana que defendía Saleilles tenía un origen muy concreto; era una creación divina que, por tanto, el hombre debía respetar absolutamente. Esta fe en una libertad de origen divino la expresaba muy bien Saleilles en una carta a Huber de 1898:

“Je crois en effet qu'on aura beau faire on ne pourra pas écarter d'aucun raisonnement humain l'idée de liberté; cela au moins est une vérité d'expérience; et à ce titre une vérité scientifique. Si peut-être j'ai eu le tort de me placer quelque peu en dehors du terrain scientifique (se refiere a su obra penalística) pour admettre la liberté, c'est que l'on fait souvent sous ce rapport une confusion qui me paraît dangereuse entre l'idée elle-même et sa nécessité métaphysique d'une part, et la certitude d'autre part de sa réalité objective; laquelle ne peut pas ressortir d'un simple syllogisme, mais implique un acte de foi, plus encore qu'une démonstration scientifique relativement à la certitude objective et à la valeur pratique des idées qui se présentent comme des simples postulats de la raison pure"⁴⁴.

La referencia a argumentos teológicos en la obra de Saleilles no debe sorprendernos, pues Saleilles era un autor muy creyente en una época en la que no estaba todavía del todo fijada la diferenciación entre derecho y moral:

⁴³ Carta de Saleilles a von Liszt de 10 de agosto de 1898. En Olivier Motte, *Lettres inédites des juristes français du XIXème siècle*, op. cit. 1600.

⁴⁴ Carta de Saleilles a Huber de 19 de septiembre de 1898.

Para Saleilles en cada ser humano había “un fond d’individualité psychique auquel se ramène tout notre être moral”⁴⁵. Para Saleilles, en el fondo un iusnaturalista, la justicia de los hombres no podía aspirar a sustituir la justicia divina.”Si peut-être j'ai eu le tort de me placer quelque peu en dehors du terrain scientifique pour admettre la liberté – le explicaba a su amigo Huber en una carta de 1898 - c'est que l'on fait souvent sous ce rapport une confusion qui me paraît dangereuse entre l'idée elle-même et sa nécessité métaphysique d'une part, et la certitude d'autre part de sa réalité objective; laquelle ne peut pas ressortir d'un simple syllogisme, mais implique un acte de foi, plus encore qu'une démonstration scientifique relativement à la certitude objective et à la valeur pratique des idées qui se présentent comme des simples postulats de la raison pure”⁴⁶.

5.- 1900-1904: entre congresos y sociedades científicas

Pero la etapa de penalista de Saleilles había de durar poco. Cuatro años después de su llegada a la capital francesa Claude Bufnoir, maestro y suegro de Saleilles, cae enfermo. El borgoñón se ocupa como sustituto de su curso de derecho civil en 1897. Tras el fallecimiento del maestro en 1898, Saleilles pasa a ocupar la cátedra de derecho civil que queda vacante de forma oficial, abandonando definitivamente la docencia del derecho penal y su proyecto de escribir una continuación a *L'individualisation de la peine*, del que informaba a su amigo Eugen Huber en una de sus cartas⁴⁷. Pese a ello, Saleilles continuó participando en las discusiones y proyectos de la *Société générale des prisons* y escribiendo en su revista⁴⁸.

⁴⁵ Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine*, op. cit., 160.

⁴⁶ Carta de Saleilles a Huber de 13 de septiembre de 1898.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Sirvan como ejemplos “Une nouvelle étude sur la transportation en Allemagne”, *Revue pénitentiaire*, 23 (1899), 115-119; “La moralisation par la peine”, *Revue Maurice*, 1899, 275 y ss; “Rapport sur les sentences indéterminées. Recueil des rapports présentés par la Société

Saleilles editó poco después un libro con las lecciones del fallecido Bufnoir⁴⁹. Según él no se trataba únicamente de un tributo u homenaje al maestro: consideraba importantísimo dar a conocer el pensamiento más innovador de Bufnoir que, según Saleilles, no se reflejaba en las monografías sino en las clases y que representaba un innovador paso delante de la última exégesis que allanaría el camino a los jóvenes innovadores como Saleilles o Gény. El borgoñón editó éstas lecciones a partir de notas tomadas por estudiantes. Si bien es una obra interesante, creo que pesó más la admiración de Saleilles por Bufnoir como maestro primero y suegro después que el verdadero valor científico de la obra en cuestión. Bufnoir, jurista inteligente, dedicó gran parte de su tiempo a participar en organizaciones científicas del Estado y a la política académica de la III República, siendo asesor del Ministerio de Instrucción pública durante varios años. Esta actividad le dejaba más bien poco tiempo para la investigación, como se puede apreciar en su obra más tardía.

El interés de Saleilles por el derecho comparado y por las codificaciones alemana y Suiza se manifestaba *in crescendo* desde que, a finales de los años ochenta, entrase a formar parte de la *Société de Législation Comparée*. En esta sociedad se mostró muy activo durante la década de los años noventa. Los contactos científicos de nuestro jurista con profesores extranjeros se intensificaban. Por citar algunos ejemplos Saleilles asistió en 1899 a unas jornadas en la Pierre-à-Voir dedicadas a la traducción de una parte del proyecto suizo de Código civil. Allí se encontró con Eugen Huber⁵⁰.

générale des prisons”, in *Actes du congrès pénitentiaire international de Bruxelles*, Bruxelles, 1900, II, 585-599; “Observations sur la loi du pardon”, *Revue pénitentiaire*, 26 (1902), 192-198; “Lettre sur la police des mœurs”, *Revue pénitentiaire*, 28 (1904), 387-396; “Observations sur le Projet relatif à l’abolition de la peine de mort et à son remplacement par un internement perpétuel”, *Revue pénitentiaire*, 31 (1907), 430-436.

⁴⁹ Claude Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900. Edición y prólogo (I-XII) de Raymond Saleilles.

⁵⁰ Saleilles acudió a la Pierre-à-Voir en 1899 a alguna de las conferencias sobre la traducción del Código suizo en las que se encontró con Eugen Huber entre otros juristas suizos. Da fe de ello una carta escrita al suizo el 17 de diciembre de ese año.

En 1896, cuando se aprobó el proyecto de traducir el BGB al francés, Bufnoir, primer director de estos trabajos, integró a Saleilles dentro del equipo de traductores encargándole de una parte tan esencial como el título preliminar y el derecho de obligaciones. En ese año publicaba en el *Bulletin de la Société de législation comparée* dos de sus trabajos más importantes sobre el derecho de obligaciones del BGB que más tarde, al publicarse como libro autónomo, se convertirían en sus dos monografías más destacables sobre el tema: *La Théorie des Obligations* y *De la Déclaration de volonté*⁵¹.

En esa época Saleilles empezó a marcar diferencias con la línea predominante en la *Société de Législation comparée*. En esta sociedad que en 1856 crease Edouard Laboulaye se practicaba a finales de los años noventa una comparación consistente en una traducción literal y yuxtaposición de textos jurídicos extranjeros con normas francesas. Pese al primer impulso de Laboulaye destinado a profundizar científicamente en el estudio del derecho extranjero, la mayoritaria presencia de juristas prácticos y de parlamentarios en esa sociedad la había convertido en una institución que producía traducciones literales de textos extranjeros aunque un sector de asociados, Saleilles entre ellos, publicasen verdaderos ensayos científicos.

Por esta razón apareció el deseo de algunos juristas de celebrar una reunión que sentase las bases de un verdadero derecho comparado científico. Con esta finalidad la *Société de Législation comparée* comenzó a trabajar en la organización del que sería primer congreso internacional de derecho comparado que se celebraría en la capital francesa en 1900.

⁵¹ Raymond Saleilles, "Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand", *Bulletin de la Société de législation comparée*, 18 (1888-1889), 166-264, 492-523; "Etude sur les Sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne", *Bulletin de la Société de législation comparée*, 18 (1888-1889), 583-670.

6.- París 1900: nacimiento de una nueva disciplina

París había sido designada como la ciudad que albergaría la última exposición universal del siglo XIX. Según nos cuentan las crónicas, la ciudad se volcó en ese evento y brilló durante varias semanas con la muestra de los avances tecnológicos y artísticos de la época. La afluencia de visitantes de todos los rincones del mundo y las maravillas que allí podían contemplarse animaban el optimismo tan característico con el que se abrió el nuevo siglo. Al acontecimiento tecnológico y social se unió el científico. Con motivo de la exposición fueron celebrados congresos internacionales de diferentes disciplinas. Hubo congresos de historia, de ciencias naturales, de feminismo y alpinismo... Saleilles, siempre inquieto intelectualmente, participó en el congreso internacional de la enseñanza superior⁵² y en el dedicado a los derechos de la mujer⁵³.

Ese momento coincidía con la crisis entre partidarios de un derecho comparado nuevo y científico y los practicantes de la *législation comparée*. Saleilles y otros estaban convencidos de la necesidad de diferenciar estas dos disciplinas. Pero las bases metodológicas, la definición y carácter del derecho comparado como disciplina no estaban establecidos. No todos creían, como lo hacía Saleilles, en el carácter científico y no sólo instrumental de la nueva ciencia. El profesor borgoñón era perfectamente consciente de este problema y de la oportunidad que le prestaba la exposición para organizar un congreso en el que se podrían sentar las bases científicas del derecho comparado como disciplina jurídica autónoma.

⁵² Raymond Saleilles "Introduction, rapports préparatoires, communications et discussions", *Troisième congrès international d'enseignement supérieur tenu à Paris du 30 juillet au 4 août 1900*, Paris, A. Chevalier-Marescq et Cie, 1902, 8-18. Véase también Raymond Saleilles, "Des rapports à établir entre les Facultés des lettres et les facultés de droit. (Rapport préparatoire aux discussions du troisième congrès international d'enseignement supérieur de 1900)", *Revue internationale de l'Enseignement supérieur*, 39 (1900), 241-250.

⁵³ Véanse las actas de ese congreso : *Congrès international de la condition et des droits de la femme*, Paris, Imprimerie des arts et manufactures, 1901.

La *Société de législation comparée*, con el empuje destacado de Saleilles, decidió organizar un congreso internacional sobre el derecho comparado. Con un acto tan solemne pretendían Raymond Saleilles, organizador, y Edouard Lambert, como co-organizador y redactor de la conferencia de apertura, discutir todas las cuestiones básicas, fundamentales de esta disciplina y dar así la dirección científica de esta nueva disciplina.

En la época que me ocupa las disciplinas científicas y la ciencia jurídica como tal no estaban todavía del todo diferenciadas las unas de las otras y de otros niveles de la experiencia humana como la estética o el arte. En las sociedades científicas de ese tiempo, y la *Société de législation comparée* no era ninguna excepción, convivían científicos con juristas prácticos y personajes de prestigio social o político. Esto hacía que la ciencia se hubiese de abrir paso con dificultades, pues un profesor había de competir con los demás miembros de la Sociedad científica, no solo con armas puramente científicas sino en prestigio social. Este prestigio daba fuerza a los argumentos científicos que, por sí solos y en la sociedad francesa de la época, muchas veces no se podían abrir paso.

Saleilles recurrió a Eugen Huber y a otros colegas suizos y alemanes para la confección del programa. Y pudo contar con ellos gracias a la relación personal que había sabido generar y conservar con ellos mediante cartas, visitas e invitaciones. Estas relaciones se tenían que mimar y, por ello, Saleilles se ocupa personalmente de los detalles más prácticos de la visita de estos profesores. Me gustaría aquí presentar el caso concreto que nos ilustran las cartas de Saleilles a Huber.

A juzgar por el contenido de sus cartas parece claro que la asistencia de Eugen Huber se debió al interés del borgoñón: el amigo parisino no sólo se ocupó de conseguir su concurrencia al congreso sino que se preocupó en todo momento del bienestar de su invitado. Las tarjetas y cartas que el francés envió al suizo poco antes y durante la celebración del congreso son muy ilustrativas sobre este punto⁵⁴.

⁵⁴ Ver apéndice documental.

Saleilles no sólo participó en las secciones de derecho privado y en la sección general; también estuvo presente en la de derecho público, dedicada al parlamentarismo, un tema que le era conocido, y en la de derecho penal, disciplina en la que también tenía mucho que decir. Pero para Saleilles el tema más importante del Congreso era la que se denominó sección general dedicada a la reflexión sobre el objeto, la definición y el método del derecho comparado.

Esta sección existió gracias a su empeño personal por que hubiese un foro en el que discutir las cuestiones teóricas, metodológicas e incluso teleológicas de esta nueva ciencia. Saleilles trabajó para llevar el congreso adelante pero todavía más para que se discutieran en sus sesiones las cuestiones que más le preocupaban.. Si se discutían con éxito se podría hablar tras 1900 de una ciencia autónoma del derecho comparado. Si no, seguiría practicándose la comparación superficial a la que Saleilles estaba acostumbrado en la Société de Législation comparée. Estas inquietudes las expresaba por carta a Eugen Huber en 1900:

“Non, certainement, nous n’avons pas abandonné notre Projet de Congrès de droit comparé pour le 1er Août 1900. Mais je lutte contre bien des difficultés, dont la principale est de faire entendre à beaucoup de gens, qui ne s’en doutent pas, ce qu’est le droit comparé. Pour eux, c’est étudier une question de droit d’après la réglementation diverse qu’elle a reçue dans les différentes Législations. Cela, c’est le commencement seulement du droit comparé; c’est une juxtaposition, ce n’est pas une comparaison. C’est comme si on disait qu’on a fait du droit romain lorsqu’on a établi l’exacte version des textes. De la juxtaposition il faut tirer des résultats; du reste ces résultats se tirent d’eux mêmes, par la compénétration inconsciente des usages et des doctrines. Ihering l’a admirablement montré. Or à coté de la compénétration inconsciente il faut organiser une compénétration consciente et scientifique, et c’est cela le droit comparé”⁵⁵.

⁵⁵ Carta de Saleilles a Huber de 17 de diciembre de 1899.

Gaudemet atribuía a Saleilles la responsabilidad de la creación, dentro del congreso, de la nombrada sección primera, dirigida por Lambert y centrada en la discusión de los problemas de definición del derecho comparado⁵⁶. Era ésta la preocupación que compartía en ese momento con Edouard Lambert, al que Saleilles reservó un papel protagonista en el congreso parisino de 1900⁵⁷. Saleilles se salió con la suya pese a los vientos y las mareas y consiguió que, finalmente, el congreso de 1900 se convirtiese en el acta de nacimiento de la nueva ciencia del derecho comparado.

Existe un aspecto de este congreso de gran interés que también encontramos reflejado en las cartas de Saleilles a Huber: Se trata de un tema que las monografías esconden generalmente cual es el de los aspectos organizativos del evento en los cuáles las personas son fundamentales. Carlos Petit ha estudiado algunos de estos aspectos del congreso parisino⁵⁸. Saleilles muestra en ellas su preocupación por los detalles de su bienestar como viajero y de su recelo ante el "tourbillon" de la exposición que debía tener el suizo a tenor del contenido de las cartas: "Quant à votre voyage à Paris, je n'ai pas besoin de vous dire combien nous serions heureux que vous pussiez vous résoudre à l'affronter. Et peut-être pourrions-nous nous employer de notre mieux pour que vous eussiez un peu moins à souffrir du tourbillon. (...) Vous me direz si madame Huber doit vous accompagner et si vous voulez une seule chambre, une chambre à deux lits ou deux chambres"⁵⁹.

⁵⁶ Eugène Gaudemet, "Raymond Saleilles 1855-1912", *Revue bourguignonne de l'Université de Dijon*, 22 (1912), 31 páginas (uso una separata con numeración propia).

⁵⁷ Son palabras de Carlos Petit, "Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert", en *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi. Madrid-Miraflores, del 11 al 14 de enero de 1994*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, 121-137, 127.

⁵⁸ Carlos Petit, "Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la Belle Epoque", in: *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001, 39-98.

⁵⁹ Carta de Saleilles a Huber de 28 de junio de 1900.

En otra carta Saleilles le comunica a su amigo y colega suizo sus gestiones para la reserva de una habitación de hotel:

”Je me suis également occupé d’une Chambre parmi les hôtels avec lesquels nous sommes en rapport pour les Membres de notre Congrès. Sur la rive droite il était difficile d’avoir une Chambre pour moins de 15 à 20Fr par jour, la Chambre seule”.

Saleilles finalmente encontró una habitación que convenía a Eugen Huber:

“J’ai trouvé sur la Rive Gauche, près de chez moi, une Chambre à 10Fr par jour dans un hôtel extrêmement convenable”⁶⁰.

Seguramente esta proximidad física entre la casa de Saleilles y el Hotel en el que se alojaría Eugen Huber era buscada. De este modo podía el borgoñón ejercer mejor su papel de auténtico anfitrión del suizo.

En este tipo de acontecimientos seguramente tenían una gran importancia los eventos informales. Por ello se programaron también asistencias al recinto de la exposición y a la Opera, como acredita una de las cartas de Saleilles⁶¹. Estos encuentros, los almuerzos y cenas permitieron sin duda que la “community” de comparatistas europeos se conociese, reflexionase conjuntamente y en voz alta y, en definitiva, tomasen conciencia de la entidad del derecho comparado como ciencia. La importancia de estos aspectos subjetivos de los encuentros científicos en general y del congreso de derecho comparado de 1900 en particular, lo expresaba a la perfección Raymond Saleilles en una carta escrita unos días después de clausurado el evento:

“Rien en effet ne pouvait nous être plus agréable, en même temps que nous essayons de réaliser le but scientifique que nous avons en vue, que de créer un courant de sympathie plus étroite entre gens poursuivant la même oeuvre; et si sur le terrain des méthodes nous voudrions obtenir un rapprochement plus complet, n’était –ce pas par le contact des personnes qu’il

⁶⁰ Carta de Saleilles a Huber de 8 de julio de 1900.

⁶¹ Carta de Saleilles a Huber de 27 de julio de 1900.

fallait commencer? Personnellement je le désirais beaucoup; (...) J'espère donc que de ces contacts et de ces pénétrations des esprits résulteront des relations scientifiques plus étroites dont les personnes ne seront pas les seules à profiter"⁶².

Estos documentos nos muestran como el factor personal era muy importante en las relaciones científicas. Los juristas de aquella época formaban una comunidad intelectual que superaba fronteras y que compartía un poso cultural común que incluía el conocimiento de otras lenguas. De ahí que cada individuo escribiese, y probablemente también hablase, en su propia lengua pudiendo su interlocutor entenderle. Hablar idiomas y tener contactos era un elemento muy importante en los intercambios científicos. Esta comunidad intelectual pretendía jugar un determinado papel en la sociedad y en la política de su tiempo. De ahí que defendiesen un mayor papel de la doctrina en la elaboración del derecho⁶³.

El interés de Saleilles por el derecho comparado y su implicación en la organización del Congreso parisino le hicieron merecedor de la cátedra de derecho comparado en París. En el curso 1901-1902 se creó una enseñanza de derecho civil comparado. Siendo él titular de la cátedra de derecho civil, decide ejercer esta enseñanza como sustituto, dejando a Ambroise Colin la docencia de su cátedra de derecho civil. Este intercambio se repitió año tras año hasta 1909, año en que se decidió proveer la cátedra de derecho civil comparado. Entonces, mediante un decreto, se nombró a Saleilles profesor de legislación civil comparada. El jurista borgoñón ocuparía este cargo hasta el momento de su muerte⁶⁴.

⁶² Carta de Saleilles a Huber de 19 de agosto de 1900.

⁶³ Ver sobre este tema Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit, op. cit.*

⁶⁴ Quedó constancia de estos intercambios así como del nombramiento definitivo de Raymond Saleilles como profesor de derecho comparado en el expediente personal de Saleilles, en el legajo ya citado que se encuentra en los archivos nacionales franceses.

7.- Los juristas inquietos se organizan: la *Société d'Études* y la *Revue trimestrielle*

En 1901 aparecía el nombre de Saleilles entre los de Massigli, Esmein y Wahl como fundadores y co-directores de la *Revue Trimestrielle de Droit civil*. Esta revista fue fundada con el objetivo de mostrar los estudios de la nueva escuela francesa y que había de ser uno de los estandartes de este movimiento innovador dentro de la ciencia jurídica francesa. La revista publicó varios trabajos de Saleilles no siempre de derecho comparado y por sus páginas pasaron también otros juristas que con el tiempo destacarían dentro de esta escuela renovadora francesa⁶⁵. En las páginas de esta revista había espacio para el derecho comparado y para estudios doctrinales. Se huía del modelo de otras revistas dedicadas mayoritariamente a la ley y a la jurisprudencia.

Durante estos años también creció el interés de Saleilles por la codificación suiza. Frecuentemente consultaba por carta a Eugen Huber sobre diferentes aspectos del proyecto suizo. Saleilles publicó algún que otro estudio sobre el tema⁶⁶ e intentó generar entre sus compatriotas el interés por tan interesante monumento legislativo que se elaboraba en el país alpino. El borgoñón, considerado en Francia y en Alemania como gran experto en el estudio del nuevo derecho alemán, descubrió en el anteproyecto suizo un código que expresaba en preceptos legales sus ideas y las de la nueva escuela francesa sobre el método jurídico, las fuentes del derecho y el papel de la autonomía de la voluntad. El anteproyecto de código que había dirigido Eugen Huber reconocía el papel de la costumbre y especialmente de la jurisprudencia

⁶⁵ La *Revue trimestrielle de droit civil* se publica todavía hoy. Pero tras la guerra de 1914-1918 dejó de representar a este movimiento innovador de la ciencia jurídica y se convirtió en una revista doctrinal más dedicada al derecho civil. La historia de esta revista y sus avatares han estado recientemente estudiados por Georges Wiederkehr, "La culture des Revues françaises de droit privé", en André-Jean Arnaud (ed.), *La culture des revues juridiques françaises*, Milano, Giuffrè, 1988, 3-30.

⁶⁶ Raymond Saleilles, "De la succession paysanne dans l'avant-projet de Code civil suisse", *La Réforme sociale*, 44 (1902), 144-164.

como fuente del derecho. Establecía un sistema de derecho privado asimétrico en el que los Cantones tenían amplias competencias para regular numerosos temas y en el que las comunidades campesinas también veían reconocida su especificidad. En definitiva se trataba de un código que se fue convirtiendo en modelo a seguir para Saleilles y para otros juristas del movimiento antiformalista francés.

Por esta razón Saleilles quiso difundir en Francia la obra de Huber y también quiso que Huber conociese los postulados de la escuela científica francesa, en concreto los de François Gény. Saleilles envió un ejemplar a Huber de su *Méthode d'interprétation* e incluso organizó un encuentro entre Gény, Huber y él mismo en Berna en 1899. Como más adelante explicaré, se ha especulado mucho sobre la supuesta paternidad de Gény sobre el sistema de fuentes del código suizo que reconoce, en caso de ausencia de ley y costumbre, que el Juez aplique la norma que dictaría si fuese legislador. Algunos juristas han visto en este precepto la “libre recherche scientifique” de Gény⁶⁷. En todo caso este episodio muestra nuevamente la importancia de los contactos personales en un momento en el que las disciplinas no estaban tan definidas ni tenían definidos tampoco sus canales comunicativos como en la actualidad.

Entre tanto la enfermedad sigue visitando a nuestro jurista. Por esta razón en el verano de 1901 vuelve a Champel para practicar la hidroterapia. Desde allí escribe a Huber: “J'avais espéré, comme toujours, que votre Suisse serait le remède de tous mes maux⁶⁸”. Pero la enfermedad, pese a los viajes a los Alpes, pese a la hidroterapia y el aire de montaña, no dejaba al profesor Saleilles que cada vez se quejaba más de sus achaques.

⁶⁷ Oscar Gauye; “François Gény est-il le père de l'article 1er alinéa 2e du code civil suisse?”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 92 (1973) I, 271-281. Ver también la obra de Jaro Mayda, *François Gény and Modern Jurisprudence*, Baton-Rouge (Louisiana), Louisiana State University Press, 1978.

⁶⁸ Carta de Raymond Saleilles a Eugen Huber de 4 de septiembre de 1901.

En 1902 un grupo de profesores y de prácticos del derecho creaba en París la *Société d'Etudes législatives*. Esta innovadora asociación nacía con el fin de estudiar los aspectos del derecho privado de especial actualidad y promover, cuando fuese el necesario, reformas legislativas en el derecho francés. Saleilles fue uno de sus artífices. Se mostró muy activo en esta sociedad: participaba en las discusiones, promovía encuestas e impulsaba reformas legislativas. Saleilles hizo de la *Société* el foro científico-jurídico en el que presentaba sus propuestas de reforma, propuestas que en muchos casos chocaron con la incompreensión o el conservadurismo de sus colegas.

Saleilles buscó para sus fines reformistas el apoyo de sus colegas del extranjero. En varias ocasiones publica cartas de prestigiosos profesores que apoyan sus ideas, los cita e incluso les propone participar en la *Société*. Saleilles invitó por carta en 1902 a Eugen Huber a participar en una de sus sesiones en 1902⁶⁹ y también a ser miembro de la Sociedad de estudios⁷⁰ y esto muestra también el interés de Saleilles por abrir las fronteras geográficas de la ciencia jurídica francesa. Como escribía a su colega y amigo Huber “j'ai beau lutter, je me heurte partout à l'esprit formaliste et réglementaire qui est le nôtre”⁷¹.

La *Société* publicaba una revista, el *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*. En él encontramos monografías, encuestas, recensiones pero también la transcripción de sus sesiones. Estas sesiones publicadas constituyen hoy un testigo inigualable de como se desarrollaban las reuniones científicas de la época y también el papel que unos y otros jugaban en ellas. Las sesiones de la *Société* nos muestran al Saleilles más atrevido, al más innovador. Lejos de los límites de las monografías, de las participaciones en los congresos Saleilles sabía cuanto podía influir la *Société* sobre el poder legislativo y juega con armas (encuestas, cartas de profesores extranjeros) que, en otros contextos, no usaba.

⁶⁹ Carta de Raymond Saleilles a Eugen Huber de 29 de marzo de 1902

⁷⁰ Carta de Raymond Saleilles a Eugen Huber de 21 de julio de 1902.

⁷¹ *Idem*.

Este aspecto de la actividad de Saleilles y también del resto de la comunidad científica es claramente visible en el debate sobre las fundaciones. El derecho francés no reconocía la fundación pura y Saleilles pretendía que legislador y doctrina reconociesen esta institución. Consiguió que el tema se discutiese en la *Société d'Etudes législatives* en el seno de una "Commission des Fondations" creada en 1906. Esta comisión le encargó un primer informe e incluso la redacción de un cuestionario que debía servir para conocer las necesidades sociales en Francia y también experiencias extranjeras. Saleilles preguntó también por carta a Eugen Huber y a Otto Gierke la opinión de estos juristas sobre esta institución y estos respondieron sendas cartas que Saleilles tradujo y publicó en el *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*⁷².

Estos textos no fueron suficientes para convencer a los juristas más conservadores de la Sociedad de estudios legislativos. Por ello es interesante ver en las actas de las discusiones del año 1908 para ver como Saleilles se oponía paciente pero firmemente a los diferentes argumentos de muchos juristas en contra de las fundaciones⁷³.

En 1903 Saleilles viajó a Roma para asistir al congreso de ciencias históricas, en el que presenta una comunicación sobre codificación y método histórico⁷⁴. Aprovechó el viaje para visitar a su amigo Maurice Faucon, quien trabajaba entonces en el Palacio Farnesio⁷⁵.

En 1904 la *Société d'Etudes législatives*, animada por Saleilles, organizó en 1904 las fiestas del centenario del código civil. Fueron invitados a él

⁷² "Lettre de M. E. Huber" y "Lettre de M. O Gierke", *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 6 (1907), 66 y ss.

⁷³ Se pueden leer las actas de las sesiones de 17 de diciembre de 1908, de 14 de enero, 28 de enero, 25 de febrero y 25 de marzo de 1909 en *Bulletin de la Société d'Etudes législatives* 8 (1909), 26- 378.

⁷⁴ Raymond Saleilles, "Méthode historique et codification", in *Atti del congresso internazionale di scienze storiche*, Roma, Tipografia della R. Accademia dei Lincei, 1904, IX, 3-22.

⁷⁵ Ver *Reliquiae de Maurice Faucon*, (Editées par M Costilhes et R. Saleilles. Notice de M. Salomón), Paris, Plon-Nourrit et Cie, 1911.

profesores de varios países, jueces y parlamentarios⁷⁶. Los organizadores pretendían crear un foro para discutir el balance de cien años de código civil. Pero también buscaban el debate sobre la necesidad de una reforma. Por ello una sección se dedicó exclusivamente a este tema. Y un tema estrella del debate fue el papel que los nuevos códigos centroeuropeos, el suizo y el alemán básicamente, debían jugar en la reforma. A nadie se le escapaba que, con la promulgación del BGB, el Código civil francés perdía parte de la hegemonía, prestigio y capacidad de influencia había tenido durante cien años. El código del Imperio alemán era el resultado de décadas de elaboraciones científicas de los juristas alemanes y recogía fenómenos sociales que el legislador napoleónico no había podido imaginar como la industrialización, la aparición del proletariado y el cambio en el papel de la mujer. Al mismo tiempo muchos juristas eran reacios a importar modelos extranjeros. Nuestro jurista, en cambio, pretendía que ambos sistemas jurídicos, el francés y el alemán, se abriesen a la mutua influencia.

Saleilles fue de los profesores que más se implicaron en la organización del evento. Pero no pudo estar presente en él por causa de su enfermedad. Al parecer, semanas antes del inicio de la conmemoración, Saleilles se encontraba en Suiza con su hijo mayor, con el que intentó una excursión por la montaña que dañaría su salud hasta el punto de inmovilizarle en ese país⁷⁷. Durante la celebración Saleilles estuvo guardando reposo a la orilla del lago de Ginebra. Esto fue determinante en las discusiones, pues Saleilles era de los más significados partidarios de la reforma y de la importación de instituciones y métodos extranjeros, aunque la comunicación presentada fuera más bien tímida y conservadora sobre este tema⁷⁸.

Durante las fiestas del Centenario se había conseguido poner en marcha uno de los proyectos de Saleilles: una *Commission sur la révision du Code civil*. Esta comisión se puso a trabajar en enero de 1905. Saleilles fue uno de los

⁷⁶ Véase *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire*, Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1904.

⁷⁷ Eugène Gaudemet, "Raymond Saleilles 1855-1912", *op. cit.*, 198.

⁷⁸ Raymond Saleilles, "Le Code civile et la Méthode historique", *op. cit.*, 95-129.

miembros y formó la sección más importante: la dedicada al título preliminar. Esta comisión, formada por parlamentarios y por profesores, debía investigar y documentar las reformas necesarias. Dentro de la sección se creó una subsección dedicada al estudio del derecho comparado, muy probablemente debido al empeño del Profesor Saleilles.

8.- Saleilles y el turbulento París del fin de siglo

Con el traslado a París se le había abierto a Saleilles la posibilidad de participar de forma activa en la apasionante vida social, política y religiosa de la gran ciudad. París se encontraba entonces en pleno apogeo del modernismo, de las discusiones filosóficas y literarias entre realistas y psicologistas, de discusiones entre católicos reformistas y asuncionistas, un grupo radical de defensores del dogma de la inmaculada concepción de María. Saleilles se contagió de este entusiasmo que afectaba la ciudad y participó activamente en discusiones políticas, reuniones de sociedades culturales y religiosas como la mencionada *Conférence Olivaint*. Curiosamente escribe Saleilles en 1906 una recensión sobre la novela *Il Santo* de Antonio Fogazzaro⁷⁹, obra que retrata muy bien ese ambiente de reuniones secretas y efervescencia social y cultural del fin de siglo.

El cambio de siglo es tiempo de una gran agitación social y política en París. Es la época del auge del socialismo, y también del catolicismo y del antisemitismo más intolerantes, enfrentados con la tradición laica. Era el momento del *Affaire Dreyfuss* con todas sus consecuencias para la sociedad francesa y, especialmente, para la Iglesia, que, como sabemos, jugó un importante papel en el bando *anti-dreyfussard*⁸⁰. Era, en definitiva, un París

⁷⁹ Raymond Saleilles "Il Santo de M. Fogazzaro", *La Quinzaine*, 68 (1906), 293-307, 524-542.

⁸⁰ Véase Maurice Larkin, *Church and State after the Dreyfuss Affair. The Separation Issue in France*, London, Macmillan, 1974. Véanse también las páginas que Hannah Arendt dedica a ese capítulo de la historia francesa: Hannah Arendt, "El affaire Dreyfuss", en *Los orígenes del*

“agrio”⁸¹. Fue en esa ciudad y en esos años cuando escribieron Georges Sorel y Charles Peguy, ambos, lo explica el profesor navarro, nostálgicos de una vieja Francia tradicional, menestral y campesina, que había dejado paso a la Francia de la especulación inmobiliaria, de los escándalos financieros y de la pérdida de valores y de las esencias tradicionales. Sorel particularmente culpaba de buena parte de estos males a los judíos.

En estos tiempos de *trubliions*, fue la religión uno de los polos de la tensión social y política. Entre otras cosas porque detrás de la cuestión religiosa se encontraba la cuestión de la educación y, con ella, del control de las generaciones futuras. Basta consultar las hemerotecas de la época y los títulos de las revistas que en ellas hay para comprobarlo. A modo de ejemplo cito aquí la *Revue catholique des institutions et du droit*, creada en 1873 en Grenoble; la *Revue de droit, de jurisprudence et de statistique à l'usage des églises protestantes de France et d'Algerie*, publicada en París entre 1884 y 1912 y con Charles Gide en su comité de redacción; la *Revue d'organisation et de defense religieuse*, publicada en París entre 1906 y 1914. Todas estas revistas se preocupan por las cuestiones religiosas y eclesiásticas del momento. Muchos profesores conocidos publican allí, lo que da una idea de la implicación religiosa de los intelectuales de la época.

La burguesía urbana estaba dividida entre los que apoyaban a una Iglesia nacionalista, intolerante, de tendencias antisemitas y antidemocráticas y los que seguían una tradición laica, republicana, más “volteraine”⁸². Pero la realidad de la sociedad en general y la de la iglesia en concreto era más compleja que la descrita por Arnaud. Los parámetros señalados por el sociólogo del derecho no son del todo suficientes para clasificar las diferentes posturas que se dan en la Francia de la Tercera República. Es cierto que la

totalitarismo (1951-1966), versión española de Guillermo Solana, Madrid, Taurus, 1998, 143-177.

⁸¹ Así se refiere al París de la época José Ignacio Lacasta Zabalza en su obra sobre Sorel *Georges Sorel en su tiempo (1847-1922). El conductor de herejías*, Madrid, Talasa, 1994, 14-15.

⁸² Así lo describe André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société*, Paris, PUF, 1975, 77.

doctrina mayoritaria en la Iglesia francesa respondía a la descripción de Arnaud; nacionalista, antisemita e intolerante. Como he señalado, la Iglesia tuvo un importante papel en el asunto Dreyfuss, que justificaría a los más anticlericales para reclamar la separación de la Iglesia y el Estado. También es cierto que el integrismo religioso gozaba de cierta importancia sobre todo el grupo de los llamados “asuncionistas”, claramente antisemita y antimasón, desaparecido en 1904⁸³. Pero no podemos obviar la existencia de un catolicismo diferente, tolerante y democrático, corriente a la que perteneció Saleilles.

El integrismo católico fue, en efecto, contemporáneo a la aparición de las corrientes sociales de la Iglesia y de los sindicatos y movimientos obreros católicos; la encíclica *Rerum novarum* (1891) no se había escrito en vano, y expresaba una preocupación por las cuestiones más urgentes, básicamente la cuestión obrera, que daría origen a las doctrinas sociales de la Iglesia, tan caras a Saleilles. En ese agitado contexto se daban posiciones espirituales innovadoras, en particular las adscritas al movimiento modernista, dirigidas a una renovación de la teología acorde con la razón; si bien, como se sabe, estas posiciones fueron rápidamente desautorizadas por Pío X en la Encíclica *Pascendi dominici gregis* (1907), cortándose así una interesante vía de renovación en la Iglesia que no aflorará hasta el Concilio Vaticano II.

Que Saleilles era un católico convencido no hace falta recordarlo. Paolo Grossi recientemente nos obsequió con un artículo, ya citado, en el que nos mostraba esta faceta del jurista borgoñón⁸⁴. El propio Grossi señala que el catolicismo de Saleilles (que tendrá, lo veremos, consecuencias científicas) no era tan explícito como el de Génny, quien en sus obras jurídicas escribía sobre Dios y sobre el derecho natural de forma mucho más abierta que Saleilles⁸⁵. De

⁸³ Sobre los asuncionistas véase Maurice Larkin, *Church and State after the Dreyfuss Affair*, *op. cit.* 36 y ss.

⁸⁴ Paolo Grossi, “Assolutismo giuridico e Diritto privato. Lungo l’itinerario scientifico di Raymond Saleilles”, en Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, 193-261.

⁸⁵ *Ibidem*, 351.

hecho el borgoñón hacía referencia directa a valores divinos en su monografía sobre la individualización de la pena⁸⁶.

Desde su época de estudiante en París, Saleilles frecuentaba varias asociaciones católicas, en las que pronunciaba conferencias y charlas⁸⁷. ¿De qué tipo era el catolicismo de Raymond Saleilles? ¿Debemos creer que fue un *anti-dreyfussard*? ¿Un asuncionista? Por supuesto no se encuentra entre estos últimos, pues su sentimiento religioso fue mucho más abierto, tolerante y conciliador, al igual que sus posturas en las discusiones jurídicas que le ocuparon. Las ideas religiosas de Saleilles las podemos apreciar en sus artículos sobre la separación de la Iglesia y del Estado, en sus cartas y, también, en las obras de teología que atraían su interés. En este sentido conviene recordar la reseña de la novela *// Santo* de su amigo Antonio Fogazzaro⁸⁸, que describe de forma muy fiel el ambiente de este modernismo religioso.

En estos años en que Saleilles se implicaba en la docencia y en las cuestiones religiosas de su tiempo, el Profesor, que contaba apenas cuarenta y siete años, recibió una de las primeras señales de su enfermedad. En junio de 1897 tuvo que ir a practicar hidroterapia a Champel, en las puertas de Ginebra, para recuperarse de una “neurasthénie à la suite du surmenage”⁸⁹. El año siguiente Saleilles también tuvo que refugiarse en los Alpes franceses, en la

⁸⁶ Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine*, *op. cit.* Sobre este aspecto religioso de la obra penalística de Saleilles *vid.* Alfons Aragonese, “Strafrecht im Fin de siècle. Raymond Saleilles und die Strafrechtswissenschaft in Frankreich Ende des 19. Jahrhunderts”, in: Josef Pauser et. al. (Hrsg) *Ad Fontes. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker*, Frankfurt am Main, Lang 2002, 11-21.

⁸⁷ Saleilles participaba regularmente en la jesuita Conference Olivaint. Participó también en una encuesta organizada por “Le Sillon”, asociación católica reformista fundada en 18 por Marc Sangnier en 1873. “Réponse à une enquête ouverte par “Le Sillon” sur les catholiques et les oeuvres sociales”, *Le Sillon*, 10. septiembre 207, 168-175.

⁸⁸ Raymond Saleilles, “Il Santo”, *op. cit.*

⁸⁹ Véase como ejemplo la carta de Saleilles a Huber de 20 de agosto de 1897.

Saboya para ayudarse de la hidroterapia para remontar su estado de salud⁹⁰. A partir de esos años, las visitas a los Alpes buscando alivio a su mal se hicieron cada vez más frecuentes.

Como trataré de explicar más adelante, el talante religioso de Saleilles tuvo consecuencias en su vida personal, en su actividad política y social pero también en su obra jurídica. Saleilles como privatista se interesó por las consecuencias sociales del tráfico jurídico, quiso proteger a las clases más desfavorecidas de la industrialización al tiempo que defendía un derecho civil que defendiese las familias campesinas. De hecho su rechazo a la legislación especial en materias como los accidentes de trabajo se basaba en parte en una fe en el carácter paternalista que debía tener todo empresario

9.- 1904-1906: Saleilles y la cuestión religiosa

A partir de 1904 se fue agravando irremediamente la enfermedad de Saleilles. Al mismo tiempo crecía su implicación en el movimiento católico modernista. Por un lado, en 1905 Saleilles tradujo al francés a John-Henry Newman, uno de los teólogos católicos más citados por el Modernismo religioso y que sería censurado por el Papa dos años más tarde. Por otro lado, Saleilles se alineó con los católicos más moderados en contra de la jerarquía eclesiástica cuando en 1906 estalló el conflicto de la separación entre el Estado y las Iglesias a raíz de la Ley de 1905.

Estos dos hechos nos muestran el grado de integración de Saleilles en la aventura del modernismo católico francés, cuyos planteamientos, por ser demasiado abiertos, fueron prohibidos por la misma Iglesia católica. Pese al catolicismo renovador de Saleilles, en ocasiones se ha adornado injustamente al borgoñón con adjetivos como nacionalista católico y se le ha alineado con el movimiento católico ultra que resultaría décadas más tarde uno de los pilares

⁹⁰ Ver la carta de Saleilles a Huber de 13 de septiembre de 1898.

de la política de Vichy⁹¹. Se trata, según mi modo de ver, de dos fenómenos del todo diferentes. De hecho, si el régimen filonazi del Mariscal Pétain hunde sus raíces en la III República, que las hunde, es precisamente para emparentarse con aquellos movimientos católicos contra los que Saleilles y el modernismo lucharon⁹².

Si buscamos la “genealogía de las derechas” en la Francia de comienzos de siglo el catolicismo de Saleilles no se emparenta en ningún caso con *Action Française*, con los asuncionistas y mucho menos con Vichy⁹³. La postura del traductor de Newman era antiliberal y antiindividualista. Pero su talante era también demasiado nostálgico, trasnochado y elitista como para apoyar enfrentamientos y luchas revolucionarias que podían llevar al enfrentamiento civil.

⁹¹ Pompeu Casanovas hace según mi modo de ver una injusta y simplista interpretación de la reacción antiformalista francesa en la que relaciona a Saleilles, a Géný y el resto de antiformalistas con “el nacional-catolicismo que, al capdavall, va dur una part dels intel·lectuals francesos a agrupar-se a l’entorn de Vichy durant la II Guerra Mundial, quan no directament a la versió francesa del feixisme”. Pompeu Casanovas, *Gènesi del pensament jurídic contemporani*, Barcelona, 1996, Edicions Proa, 247.

⁹² También Zeev Sternhell, Mario Sznajder y Maia Asheri relacionan el origen del fascismo francés con el catolicismo de comienzos de siglo. Ver Zeev Sternhell/Mario Sznajder/Maia Asheri, *The birth of fascist ideology. From cultural rebellion to political revolution*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1994. Paolo Grossi, en cambio, en su artículo dedicado a Saleilles muestra como el catolicismo del borgoñón estaba muy lejos del catolicismo que más tarde apoyaría a la derecha reaccionaria. Creo que en su análisis de los orígenes de la crisis que dio lugar a Vichy y del papel de la religión en ella afina mucho más la obra de Dominique Borne y Henri Dubief, *La crise des années 30. 1929-1938*, Paris, Editions du Seuil, 1989, 245 y ss.

⁹³ Ver el capítulo “Généalogie des droites (1789-1939)” de Michel Winock, *La France politique. XIXe-XXe siècle*, Paris, Editions du Seuil, 1999, 125-150.

91.- Saleilles y el modernismo teológico

La época de Saleilles fue la del modernismo artístico y literario. Y París fue una de las capitales europeas de esta corriente que sintetizaba muchas de las tendencias artísticas de la segunda mitad del siglo XIX como el decadentismo o el prerrafaelismo. De hecho al versión francesa de este estilo, el “art nouveau”, toma su nombre de una galería de arte abierta en la capital francesa en 1896: la “Maison de l’Art nouveau”.

El modernismo reacciona contra el historicismo pero no hace borrón y cuenta nueva del pasado. De hecho es una corriente que se debate en la tensión entre pasado y presente, que miraba hacia el futuro pero recogiendo los elementos que el pasado había aportado. Es en definitiva un arte basado en la contradicción y que rompe con el racionalismo revolucionario del siglo XVIII que se había arrastrado en las artes en el XIX⁹⁴.

El modernismo respondía a la época en qué se encuadra. El desarrollo tecnológico generaba un afán por inventar, por crear y descubrir. La internacionalización de las relaciones incitaba a la comparación y al *collage* de elementos de origen diverso pero también a la conservación de las peculiaridades nacionales. Las Exposiciones universales eran enormes y luminosos escaparates de todos estos logros⁹⁵.

Se trata de una tendencia que mueve a arquitectos, pintores y literatos pero también afecta a la religión y al derecho. La teología católica intenta renovar algunos planteamientos con ayuda de la razón y de la síntesis de la filosofía del siglo XIX desde Kant. También se hablaba a comienzos del siglo XX de “modernismo jurídico”⁹⁶. Este movimiento rechazaba el misticismo y la abstracción del racionalismo jurídico y defendía el estudio del derecho en relación con la realidad en la que actuaba. El modernismo criticaba el

⁹⁴ Gabrielle Fahr- Becker, *El Modernismo*, Köln, Könemann, 1996, 7.

⁹⁵ *Ibidem*, 73.

⁹⁶ El primer jurista que utilizó el término fue Sforza. Lo cita Paolo Grossi en una obra en la que aborda este movimiento. Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè Editore, Milano, 2000, 163.

absolutismo jurídico y se interesó por el estudio de las fuentes no escritas del derecho que habían estado escondidas durante décadas, especialmente por la costumbre⁹⁷.

En Francia los católicos que defendían una renovación de la doctrina cristiana y un acercamiento de esta a la sociedad se subieron al carro de este modernismo que rápidamente sería prohibido por el Papado sin que sus frutos superasen el ámbito de la teología y de la religiosidad de una élite ilustrada. Curiosamente el modernismo recuperó la obra de un teólogo fallecido en 1890 que había intentado verter la luz de la razón sobre los textos religiosos.

Como avanzaba Raymond Saleilles caía enfermo en 1904. Por esta razón no pudo acudir a las fiestas del centenario del código civil y hubo de apartarse de sus tareas docentes durante unos meses. Por este motivo viajó a Ginebra, donde pretendía recuperar su salud. El alejamiento de París le supuso separarse de la facultad de Derecho y de sus actividades docentes. Pero Saleilles, en su reposo a orillas del lago Léman, no estuvo inactivo pues se dedicó a traducir los discursos universitarios de John Henry Newman⁹⁸. En el prólogo a la traducción confesaba que “le travail que j’offre au public... est le fruit de plus de six mois de fatigue et d’immobilisation, tant à Genève qu’à Paris”⁹⁹. Esta no fue la única obra de Newman que tradujo, pues en 1906 vería la luz *Le Chrétien*, otra colección de sermones del Cardenal inglés¹⁰⁰.

John Henry Newman (Londres 1801-Edgbaston 1890) era anglicano y había estudiado Teología. Dentro de la Iglesia anglicana llegó a Obispo. Hacia los años cuarenta sufrió una crisis espiritual que le llevó a abrazar el catolicismo en 1845. Pero si el anglicanismo de Newman desapareció no fue para ser sustituido por un catolicismo ortodoxo: sus ideas fueron muy

⁹⁷ *Ibidem*, 109.

⁹⁸ John Henry Newman, *La foi et la raison. Six discours empruntés aux discours universitaires d’Oxford*, Paris, P. Lethellieux, 1905. (trad. et préface de Raymond Saleilles), VII-XXXV.

⁹⁹ *Ibidem*, VIII.

¹⁰⁰ J. H. Newman, *Le Chrétien*, Paris, Lethellieux, 1906 (trad. et préface de Raymond Saleilles), IV-XXXII.

innovadoras dentro de la Iglesia católica, tanto que, tras su muerte a finales del XIX, permanecieron ignoradas durante un siglo.

Newman defendía la racionalización de la teología si bien el uso de la razón debía estar, según él, sometido siempre a la fe. No tenía una aproximación exegética a los dogmas, sino historicista, quizás fruto de la influencia de la escuela histórica alemana. De hecho, sus sermones están elaborados de forma muy sistemática, y en ellos sorprende una enorme erudición. De esta aproximación a la religión Newman extraía importantes consecuencias¹⁰¹. No buscaba el sentido literal y descontextualizado de los textos bíblicos sino que, aplicando la analogía, intentaba explicar, con el misterio divino, cada fragmento de las Sagradas escrituras. Esto le hacía defender una ciencia teológica que comprendiera todas sus posibilidades: desde la patrística hasta la metafísica, pasando por el estudio de la escolástica. Se debían conocer todos estas disciplinas para conocer bien la religión cristiana y entender en definitiva la palabra de Dios. Newman era partidario del estudio de la Biblia “más allá de la Biblia”. Es decir: una aproximación a la teología partiendo de la razón.

Este planteamiento no tuvo demasiado éxito en su momento ni entre los católicos ingleses ni mucho menos entre los anglicanos. Pero los modernistas franceses del final de siglo, interesados en una renovación de las doctrinas católicas sin alejarse de la doctrina católica, recuperaron la obra de Newman. Una prueba de ello la aporta la traducción de Saleilles. Los intentos de aplicar la razón a la interpretación de los textos sagrados fue uno de los rasgos de estos católicos inquietos. Saleilles, por ejemplo, no se limitó a traducir al inglés sino que, en una recensión a un estudio de J. Lagrange, defendía la aplicación del método histórico a la Biblia¹⁰². Esta recensión sorprendió, quizás por su

¹⁰¹ Josep Vives, Introducción a J. H. Newman, *Teoría del desarrollo doctrinal. Sermones universitarios: No. XV*, traducción de Aureli Boix, Cristianisme i Justícia, 1990.

¹⁰² Raymond Saleilles, *La méthode historique et la Bible. Étude à propos d'un livre récent*, (recensión de J. Lagrange, *La méthode historique, surtout à propos de l'ancien testament*, Paris, V. Lecoffre, 1903), Genève, L. Gilbert. 1903.

osadía, a muchos colegas de Facultad de Saleilles, según nos cuenta Robert Beudant¹⁰³.

Realmente estos planteamientos eran casi heréticos en aquel momento. No sólo para los sectores más radicalmente fundamentalistas del catolicismo francés sino incluso para la jerarquía eclesiástica. Pese a ello se registró cierto interés por su obra en el *tournant de siècle*, dentro del modernismo en el que se inscribía la atención de Saleilles. Pero en 1907 el Vaticano censuraba estas ideas modernistas con el decreto *Lamentabili* de 4 de junio y, el 8 de septiembre, más rotundamente mediante la Encíclica *Pascendi dominici gregis*. Con estas normas la Santa Sede acababa la aventura modernista de adaptar la fe católica a los nuevos tiempos, a la sociedad de masas y al positivismo científico. Newman pasaba nuevamente al olvido e incluso se anunciaban castigos para quien osase reivindicarlo. Sólo se recuperó de nuevo la figura de Newman cuando se convocó el Concilio Vaticano II convocado precisamente para renovar la doctrina de la Iglesia. Desconozco cuál fue la reacción del traductor y admirador de Newman Raymond Saleilles ante la prohibición vaticana.

Quien dedicó el ocio forzado por una enfermedad a traducir a su lengua los escritos de Newman no podía pertenecer, desde luego, al ala radical del catolicismo francés. Pertenecía más bien al grupo de intelectuales que apostaban por la renovación de la Iglesia, por su adaptación a su tiempo. Saleilles, mediante sus escritos y conferencias inscritos en el movimiento modernista, pretendía una renovación de la doctrina cristiana basándose, entre otros elementos, en una interpretación historicista, cercana a la realidad. Este método que proponía superar el principio de *sola Scriptura* tenía su equivalente en el método anti-dogmático e historicista que defendía Saleilles para el estudio del derecho.

¹⁰³ Robert Beudant, "Les travaux de Raymond Saleilles sur la séparation de l'Église et de l'État", en Edmond Thaller, *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles, op. cit.*, 511-537, 513.

9.2.- La polémica de la separación de las Iglesias y el Estado

Saleilles no fue solamente un católico activo en las cuestiones teológicas. También se preocupó por la relación de la Iglesia con la sociedad y el Estado. En 1905, al alcanzarse el punto álgido de los conflictos entre católicos radicales y republicanos, se aprobaba una ley que separaba definitivamente las Iglesias del Estado y que obligaba a transformar las congregaciones, sostenidas hasta entonces por los poderes públicos, en *associations cultuelles* sometidas al régimen general de las asociaciones marcado por la ley de 1901. Con esta Ley la República pretendía limitar el enorme poder de la Iglesia demostrado años antes durante el asunto Dreyfuss pero también visible en el poder que seguía manteniendo en la educación de la juventud francesa.

Muchos católicos se opusieron de forma ferviente a esta ley. Muchos fueron los que llamaron a la desobediencia civil, al levantamiento incluso, contra su aplicación. Como nos explica Jean-Marie Mayeur, detrás de ellos se encontraban los monárquicos, grupos reaccionarios y antiguos miembros de *Action Française*: lo más granado pues del tradicionalismo y el nacionalismo franceses¹⁰⁴. Vista con perspectiva, la ley no era tan peligrosa para la existencia del culto, pero hemos de situarnos en el clima de tensión social del cambio de siglo para comprender las reacciones virulentas que suscitó.

Saleilles en todo momento intentó animar a sus correligionarios a aceptar la ley. Incluso cuando un grupo de intelectuales católicos, muchos pertenecientes al *Institut de France* apoyaron críticamente la ley de separación, Saleilles se unió a ellos con su firma. Este grupo pasó a la posteridad con el sobrenombre de *Les Cardinaux verts*. Por el uniforme verde que utilizaban los miembros del Institut de France. Estos “cardenales verdes” llamaron a los católicos y a la Iglesia a adaptarse a la nueva situación jurídica. Intentaban con ello calmar los ánimos de los creyentes y de los clérigos que habían sido encendidos por la jerarquía eclesiástica y que hacían peligrar las relaciones de

¹⁰⁴ Jean Marie Mayeur, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Paris, Les éditions ouvrières, 1991, 105 y ss.

París con el Vaticano¹⁰⁵. Circuló una famosa carta de opiniones dirigida a los obispos de Francia en este mismo sentido, suscrita también por Saleilles.

Nuestro jurista se lamentaba, en efecto, de los conflictos religiosos de su país. Creo que era muy consciente del uso que de la fe hacían los políticos y la jerarquía eclesiástica para lograr sus propios fines. Saleilles hizo en todo momento uso de moderación y espíritu conciliador. En 1905 escribía a su amigo Eugen Huber:

“Dieu vous garde de ces agitations profondes et souvent artificielles, des partis, qu'elles soient religieuses ou purement politiques! Nous sommes plus que jamais en France la proie de ces divisions stériles. Chez nous, ce sont les questions religieuses que, à l'apparence tout au moins, maintiennent une perturbation constante dans le pays. Mais derrière cet écran, ce qui se joue au fond ce sont des luttes constitutionnelles. Tous les partis de réaction se servent de la foi souvent candide des simples pour les pousser et les mettre en avant. C'est ainsi que nous entrons avec la loi de Séparation qui vient d'être votée, dans une période qui menace de devenir de plus en plus troublée.

En elle-même, cette loi, à la prendre dans son texte abstrait, serait une loi excellente, et je le dis sans arrière pensée, moi qui suis un croyant et un catholique. Mais, d'une part tous les cléricaux militants veulent s'en faire une arme de guerre, et d'autre part tous les libres penseurs jacobins prétendent s'en servir pour violer la paix des consciences”¹⁰⁶.

Saleilles era un ferviente defensor del catolicismo. Pero su defensa, como veremos, la articulaba desde la razón y la moderación. No defendía una entelequia abstracta representada por un dogma religioso manejado por la jerarquía eclesiástica sino la libertad de cada ciudadano a ejercer el culto. Y lo hacía con argumentos técnico-jurídicos, no con proclamas ideológicas, criticando al Estado republicano por la simplificación que hacía del hecho religioso. En una carta a Huber escribía:

¹⁰⁵ La carta fue publicada en *Le Figaro* del 26 de marzo de 1906. Tuvo réplica en *La Croix* y en *L'Osservatore romano*.

¹⁰⁶ Carta de Saleilles a Huber de 31 de diciembre de 1905.

“En France, on n'est radical que contre la Liberté religieuse. En tout le reste on piétine sur place. Et je remarque que plus j'ai affreux aux anticléricaux plus je les trouve conservateurs et traditionalistes sur le terrain du droit”¹⁰⁷.

Saleilles era muy crítico con la Iglesia oficial y con la mayoría de los movimientos católicos de su país; temía que Francia pudiese estallar socialmente por los conflictos religiosos. Muchos católicos franceses pretendían crear un partido, el no nato *Parti Démocrate Républicain*, que aglutinase a los creyentes católicos en contra de los republicanos. Frente a esa posibilidad, Saleilles consideraba que los católicos debían estar representados por los partidos existentes y que la creación de ese partido podía llevar al enfrentamiento social además de alentar a los anticlericales. Por ello rechazó la creación de ese partido católico. Saleilles defendía una Iglesia tolerante, enraizada en la sociedad y rechazaba que fuese un instrumento de poder y de intrigas.

Temía Saleilles que la ley, con la puesta en marcha de la figura de las asociaciones de culto, pudiese dar la excusa definitiva para la creación del partido: “lorsque pour la première fois je lus le texte de la loi de 1905, j'eus un moment d'effroi. Je voyais se dresser dans l'avenir la chose du monde qui m'effraie le plus pour le sort de mon eglise. J'eus la vision du parti catholique désormais créé, constitué, organisé par la loi elle-même”¹⁰⁸.

Como jurista, nuestro autor estudió en varias ocasiones el problema. En primer lugar, mediante una meditada respuesta al estudio sobre la ley de 1905 que elaboró Maurice Hauriou¹⁰⁹. Y en 1907 publica una conferencia sobre la cuestión de la separación pronunciada en la *Ecole des hautes études sociales*,

¹⁰⁷ Carta de Saleilles a Huber de 11 de febrero de 1905.

¹⁰⁸ Raymond Saleilles, “Le régime juridique de la séparation”, *Revue des institutions cultuelles*, 2 (1907), 185-208, 200-201.

¹⁰⁹ Raymond Saleilles, “Étude sur l'exposé fait par Maurice Hauriou des Principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 5 (1906), 847-874.

en la *Revue des Institutions culturelles*¹¹⁰. Si en esta sede vemos hablar al jurista católico preocupado por su iglesia, en la *Revue Trimestrielle* Saleilles se expresa preferentemente con argumentos técnico-jurídicos. Analiza de forma científica la ley de 1905 para demostrar que los católicos no tenían nada que temer del contenido de sus preceptos.

En definitiva, para Saleilles la ley no presentaba ningún riesgo ni para la Iglesia, ni para el culto: “(c)’était un système qui nous protégeait contre l’anarchie”, dice Saleilles¹¹¹. Curiosamente, el jurista, conocido por su catolicismo, se expresa con más fervor que nunca cuando ha de defender una ley a la que se oponían la mayoría de sus correligionarios. Pero lo hace con la intención de calmar los ánimos, de evitar el enfrentamiento. También porque veía en esta ley una posibilidad para la renovación de la iglesia católica que tanto deseaba Saleilles. Gracias a estas nuevas instituciones los católicos podían librarse de las conspiraciones de los obispos, de la jerarquía eclesiástica. Y esto sería acompañado por una renovación de la teología en la forma deseada por los modernistas y los seguidores de las doctrinas de John Henry Newman.

Desgraciadamente los deseos de Saleilles y de sus correligionarios del catolicismo modernista no se cumplieron. El Estado suavizó las condiciones de aplicación de la ley e hizo gestos de conciliación. Pero no por ello la Iglesia oficial acercó sus doctrinas al movimiento obrero. En las zonas rurales siguió teniendo el mismo poder que antes de la Ley. La reaccionaria asociación *Actino Française* patrimonializó la defensa de la Iglesia y los intentos de democratización de algunos clérigos como el Cardenal Richard de París fueron abortados al comenzar el Vaticano una época de nombramientos en Francia de obispos reaccionarios. Al mismo tiempo, las circunstancias del momento favorecieron la descristianización de la sociedad, el descenso de las vocaciones y la pérdida del poder eclesiástico en la educación de las jóvenes generaciones.

¹¹⁰ Raymond Saleilles, “Le régime juridique de la séparation”, *op. cit.*

¹¹¹ *Ibidem*, 198.

No debemos encuadrar la religiosidad de Saleilles en su vida privada puesto que tuvo una gran trascendencia en su obra. Saleilles era un jurista nostálgico de un pasado desaparecido en el que la religión tenía un papel central. En el que la economía se guiaba por principios de caridad cristiana. Saleilles era un jurista implicado con el reformismo social de la Encíclica *In rerum novarum*. De ahí su aversión al estatalismo, su preferencia por la costumbre y la jurisprudencia y su respeto por las reglas de sucesión campesinas. En este sentido coincidía bastante con los juristas de la Escuela catalana también partidarios de un derecho menos estatal y más tradicional, más rural y menos urbano¹¹². En las líneas siguientes muestro algunos de los rasgos de esta nostalgia saleilliana.

10.- Saleilles enfermo: el jurista en la montaña mágica

Precisamente en esta época de convulsiones políticas en la que también comenzaba a haber cambios en la doctrina jurídica francesa, en la que se discutía sobre las tan deseadas por Saleilles reformas legislativas, en esa época de intensa actividad de un Saleilles maduro en varias sociedades científicas y religiosas, en estos años digo, se inició el agravamiento de la enfermedad de Saleilles. Este mal salpicó el ejercicio de la docencia, especialmente en esta última etapa de su carrera. En el expediente personal de Saleilles se contabilizan doce permisos por enfermedad; la mayoría de ellos a partir de 1904.

A partir de 1906 las ausencias por enfermedad se hacen más y más frecuentes. Saleilles pasa semanas enteras en su Borgoña natal y en los Alpes huyendo de los malsanos aires de la ciudad y buscando en el aire y el agua de las montañas curación a su mal. En verano de 1908 residió en Berna dónde inició un tratamiento contra su neurastenia con el célebre neurólogo Dr. Dubois.

¹¹² Ver sobre este tema José-María Pérez Collados, "La tradición jurídica catalana (Valor de la interpretación y peso de la historia)", *Anuario de Historia del Derecho español*, 64 (2005), 139-184, 153 y ss.

Aprovecha la estancia para visitar con François Géný a Eugen Huber, a quienes presenta¹¹³.

En este período se intensificó la actividad de Saleilles como redactor de cartas. Nos cuenta Gaudemet en la biografía que escribe del maestro en 1912, que desde su cama continuaba escribiendo cartas a colegas y amigos¹¹⁴; incluso seguía participando en las sociedades de las que era miembro. Al no poder acudir a las discusiones de la *Société d'études législatives* o de la comisión de revisión, Saleilles escribía y enviaba cartas exponiendo sus argumentos, criticar las posturas de otros. De esta forma se hacía presente y defendía sus planteamientos. En algunos casos incluso sus conferencias son leídas por otras personas. En los últimos años de su vida se publicaron en el *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives* varias cartas de Saleilles exponiendo su opinión sobre alguno de los temas discutidos. Pero todavía tiene energía para asistir en octubre de 1911, seis meses antes de su muerte, a la primera sesión del *Comité consultatif de Législation* fundado por el Ministerio de Justicia para discutir las reformas legislativas¹¹⁵.

La mayoría de estas cartas, escritas para ser publicadas, responden a un mismo patrón. Comienza exponiendo su enfermedad y su imposibilidad de estar presente en el acto en cuestión. Continúa exponiendo sus argumentos, sus posiciones o críticas y acaban de nuevo con una excusa por la ausencia involuntaria. Todas ellas fueron publicadas en el *Bulletin de la Société*. Algunas con carácter póstumo al haber sido escritas en 1911, el último año de su vida. En ellas defiende con fuerza sus argumentos, de forma que transmite a la tinta la contundencia y el convencimiento que habría querido expresar oralmente y que su débil cuerpo no había permitido.

No conocemos de sus detalles médico-técnicos cuál era la enfermedad que sufría Saleilles. La legislación francesa impide abrir los archivos médicos hasta transcurridos cien años desde el fallecimiento del sujeto de estudio.

¹¹³ Carta de Saleilles a Huber de 24 de junio de 1908.

¹¹⁴ Eugène Gaudemet, "Raymond Saleilles (1855-1912)", *op. cit.*, 163.

¹¹⁵ *Bulletin de la Société d'études législatives*, 11 (1912), 59.

Tampoco las notas biográficas disponibles contienen más información, aunque hablan de ella y le conceden bastante importancia¹¹⁶. En alguna de las cartas que Saleilles envió a Eugen Huber mencionaba su *artrithisme*. Pero en las mismas cartas contaba que los médicos le habían diagnosticado un mal de naturaleza muy diferente: neurastenia¹¹⁷. Es la única de las cartas en la que el borgoñón dio nombre a su mal. Según nos dice Susan Sontag, era habitual en los enfermos del siglo XIX callar el nombre de las enfermedades, como si de palabras mágicas se tratase¹¹⁸. Quizás respondía a esta razón la actitud de Saleilles.

En el fondo todo indica que Saleilles sufría de un típico mal de *fin de siècle*. La literatura de la época documenta que ciertas enfermedades estaban muy *à la mode* en aquellos años. Por ejemplo, la neurastenia que sufría nuestro jurista y que algún médico de la época calificó como *maladie du siècle*¹¹⁹. Se trataba de enfermedades de carácter físico, pero con un importante componente psicológico. Este se asociaba a una supuesta decadencia moral y espiritual provocada por la transición de una época a otra, exactamente por el fin de siglo.

Una posible explicación de este fenómeno podría residir en los cambios sociales y económicos de ese tiempo que llevaban asociados cambios de comportamiento y de modos de vida. Estos cambios fácilmente podían causar trastornos psicológicos que los hombres y mujeres de la época calificaban como decadencia, o como males de fin de siglo. Pensemos en las ciudades francesas de ese momento tal y como las describe Eugen Weber: insalubres, contaminadas, y con altos grados de delincuencia¹²⁰. Saleilles, además, venía de una zona rural, por lo que, quizás, se le hacía más pesada todavía la vida

¹¹⁶ Eugène Gaudemet, "Raymond Saleilles 1855-1912".

¹¹⁷ Carta de Saleilles a Huber número 62, 31 de diciembre de 1905.

¹¹⁸ Susan Sontag, *La enfermedad y sus metáforas. El sida y sus metáforas*, Madrid, Taurus, 1997.

¹¹⁹ Eugen Weber, *France Fin de Siècle*, *op. cit.*, 12.

¹²⁰ *Ibidem*. 51 y ss.

en la gran ciudad. El estrés de la ciudad iba unido, según Weber, a un *énervement d'esprit*, de una degradación general de la energía¹²¹. Saleilles, en todo caso, da muestras en diversos textos de sus preocupaciones morales, de su nostalgia por un pasado no industrial. Julien Bonnecase nos habla de "l'âme tourmentée et consciencieuse à l'excès de Raymond Saleilles"¹²².

A estos nuevos males del alma se unía una diferente concepción del organismo. Se creía que los cuerpos, los débiles cuerpos de fin de siglo, hacían un *unum* con las mentes. Por tanto la melancolía y la corrupción del alma, la decadencia moral, repercutían de inmediato en los cuerpos. Pierangelo Schiera, en un reciente y bellísimo texto sobre la melancolía, incide también en esta diferente concepción de la enfermedad que ligaba a cualquier mal físico una causa espiritual¹²³.

En todo caso es muy probable, por el contexto histórico y por el contenido y tono de algunas de sus cartas, que la enfermedad estuviese ligada a un mal psicológico. Nos lo confirma el hecho de que el médico al que acudió en repetidas ocasiones en Berna fuera el Dr. Dubois, especialista en enfermedades psico-nerviosas, "Privatdozent" en la Universidad de Berna y citado por el enfermo Saleilles en su obra *L'individualisation de la peine*. Este Doctor Dubois ha sido recientemente rescatado del olvido por una monografía que destaca su papel en los inicios de la psicoterapia¹²⁴.

Si consultamos las obras del Doctor Dubois, vemos reproducida la concepción del organismo arriba descrita. El doctor de Berna escribió artículos

¹²¹ *Ibidem*, 12.

¹²² Julien Bonnecase, *Science du Droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Paris, Recueil Sirey, 1928, 610.

¹²³ Pierangelo Schiera, "Melancolía y Derecho. La confrontación entre individuo y disciplina a favor del ordenamiento", en Carlos Petit (ed.) *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 115-157, 139.

¹²⁴ Christian Müller, *Sie müssen an Ihre Heiligung glauben! Paul Dubois (1848-1918). Ein vergessener Pionier der Psychotherapie*, Basel, Schwabe & Co., 2001.

sobre la influencia del espíritu sobre el cuerpo¹²⁵, sobre trastornos de la sensibilidad en estados neurasténicos y nostálgicos. Quién sabe si el Dr. Dubois no utilizaría sus observaciones con Saleilles a la hora de escribir sobre estos temas. La monografía escrita por Müller sobre el neurólogo suizo nos sirve para iluminar algo más la biografía de Saleilles, pues describe de qué forma se desarrollaban las visitas, los métodos del neurólogo suizo, etc. Además nos aporta datos interesantes sobre la cultura de los médicos y de los hospitales de la época. Nos dice también que el doctor Dubois tuvo entre sus pacientes a escritores y artistas que se dirigieron a él bien para pedirle consejo sobre sus obras bien para recomendar a algún familiar o amigo necesitado de sus terapias¹²⁶.

El método de Dubois era conocido como método persuasivo¹²⁷. Básicamente consistía en intentar que el propio paciente racionalizase su mal. A través de entrevistas regulares se establecía un diálogo en el cuál el paciente explicaba sus temores, fobias o sufrimientos y el Doctor hacía preguntas o afirmaciones dirigidas a que el propio paciente encontrase lo irracional de su mal, lo racionalizase y eliminase¹²⁸. En ocasiones el proceso de curación exigía el aislamiento del paciente en su clínica e incluso la restricción del acceso del paciente a la luz¹²⁹. Dubois era bastante paternalista con sus pacientes pero, al mismo tiempo, estricto. No aceptaba a cualquier enfermo y establecía unas condiciones mínimas de racionalidad.

¹²⁵ Paul Dubois, *De l'influence de l'Esprit sur le corps*, Berne, A. Francke, 1901; "Troubles de la sensibilité dans les états neurasthéniques et mélancoliques", *Comptes rendus du congrès des médecins aliénistes et neurologistes*, Bruxelles, 1903, 1-3.

¹²⁶ Christian Müller cita, entre otros, a Puvis de Chavanne, Henri Matisse o Octave Mirbeau entre los correspondientes de Dubois, Christian Müller, *Sie müssen an Ihre Heilung glauben*, *op. cit.*, 136.

¹²⁷ El mismo Dubois hablaba de método racional. Los médicos que lo utilizaron con posterioridad fueron los que acuñaron la expresión "persuasive Methode". Christian Müller, *Sie müssen an Ihre Heilung glauben!*, *op. cit.* 59.

¹²⁸ *Ibidem*, 115 y ss.

¹²⁹ *Ibidem*, 118.

Este aislamiento lo debió conocer Saleilles. En una carta a Huber, explica que su médico de París le había recomendado ir a visitar al doctor Dubois pero le había recomendado evitar el aislamiento de la clínica, reservado para los pacientes más graves¹³⁰. Las visitas de Saleilles al doctor Dubois son frecuentes tal y como reflejan las cartas. Incluso en alguna se percibe cierta urgencia del borgoñón de contactar con el médico¹³¹.

Saleilles fue un paciente tratado por este método persuasivo. Al final de la relación con Dubois se quejaba de un cierto cambio en la forma que tenía éste de tratar a sus pacientes:

“Il m’est revenu, peut-être est ce un bruit inexact, que l’excellent Dr. Dubois, à force de se fatiguer lui même, n’était plus ce qu’il était lui même lorsque je l’ai connu, qu’il avait moins d’emprise sur ses malades et surtout, que ce qu’il y avait d’un peu excessif ou même d’un peu unilatéral dans son système, c’était de beaucoup accentué, le coté un peu exclusif m’avait déjà quelque peu frappé il y a trois ans. S’il s’est accentué encore il y aurait peu de chance pour que j’eusse à subir alors, et d’une façon suffisamment utile et féconde, l’influence de méthodes dont j’apercevrais surtout, aujourd’hui, les points faibles et défectueux. D’ailleurs il est possible que je me trompe ou encore que le Dr. Dubois, après une nouvelle période de repos soit redevenu ce qu’il était lui-même, l’homme admirable que j’ai connu, admirable de conscience, de dévouement et d’apostolat moral¹³²”.

La relación con Dubois terminó aquí, poco antes de la muerte del borgoñón después de una larga enfermedad. No hemos de despreciar la posible influencia de la salud del jurista en su obra científica¹³³. Es difícil valorar

¹³⁰ Carta de Saleilles a Huber de 18 de abril de 1901

¹³¹ *Idem.*

¹³² Carta de Saleilles a Huber de 24 de noviembre de 1911.

¹³³ Morton J. Horwitz destaca que el juez Oliver Wendell Holmes, durante la época en que redacta su célebre ensayo *The Path of Law* (1897), estaba manteniendo una relación sentimental con Lady Castleton, una noble irlandesa, lo que seguramente influyó en la

hasta qué punto la enfermedad de Saleilles repercutió sobre su labor de científico del derecho. Materialmente la influencia está clara: Saleilles dejó obras inacabadas y tuvo que suspender cursos debido a lo que él llama *surmenage*. Estas ausencias de las tareas docentes están documentadas en su expediente personal¹³⁴.

La enfermedad de Saleilles nos conduce a hablar de los balnearios de la *Belle époque*, particulares lugares donde se gesta una parte importante de la cultura del cambio de siglo y en los que el borgoñón buscó alivio en repetidas ocasiones. A finales del XIX todavía se concibe el organismo como fusión de alma y cuerpo. En muchos casos, no bastaba con una simple cura en París para sanar al enfermo, especialmente cuando se trataba de *hommes de monde*, gente perteneciente a las clases acomodadas e ilustradas. La cura exigía alejarse de la ciudad, para que el alma (y el cuerpo) pudiera recuperarse de los sucios y decadentes males urbanos de las masificadas y desordenadas ciudades centroeuropeas. Probablemente la enfermedad llevó a Saleilles a Suiza por primera vez buscando alivio y curación, y, después, le llevó a interesarse por esa segunda casa que Saleilles tuvo durante los últimos años de su vida.

Los balnearios eran centros de ocio, descanso y curación, por la pureza y calidad, reales o ficticias, de su aire o de su agua. Estos hoteles eran lugares “puros”, ya que estaban sólo al alcance de las clases más pudientes e ilustradas. Profesionales liberales, profesores, burgueses o nobles eran su público. La visita a un balneario suponía, en palabras recientes de Gian Paolo Marchi, “un viaje, un contacto con una realidad geográfica, cultural y social

composición de tal obra. Y precisamente son las cartas el vehículo que utiliza Holmes para comunicar a su amada sus ideas y el progreso de su obra (Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law. 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford, New York, 1992, 142-143).

¹³⁴ Estas ausencias de las tareas docentes se documentan en su expediente personal (ANF, F¹⁷ 25908).

percibida como “otra” respecto a la propia”¹³⁵. Estos lugares tenían un significado especial para estas clases ya que, como nos dice Susan Sontag, eran “todos ellos paisajes que habían sido romantizados uno tras otro”¹³⁶. Este aislamiento selecto se combinaba con la diversidad nacional de los pacientes. El lugar mágico acababa produciendo un verdadero efecto *Zauberberg*.

El público del balneario buscaba y encontraba en sus viajes alivio a sus dolencias y también lugares todavía puros, alejados de la decadencia *fin de siècle*, de los humos y las industrias de París; parajes en que la naturaleza y la vida todavía no contaminadas por la *fumée* o la *foule* y en los que la vida transcurría según las viejas tradiciones¹³⁷. Hacia esos paisajes bucólicos que describía la literatura y los anuncios de la época viajaban los enfermos de tuberculosis, pero también los aquejados de nostalgia, que buscaban aire puro, no contaminado por la sociedad industrial y urbana. Todos estos elementos tenían consecuencias sobre los viajeros¹³⁸.

En mi opinión, los viajes de Saleilles a los Alpes buscando remedio a sus males le pudieron aproximar a estas formas de vida tradicionales que en Francia estaban desapareciendo. Saleilles admira e incluso ama a Suiza y cree que la conservación de su pluralidad social, paisajística es consecuencia única

¹³⁵ Gian Paolo Marchi, “Culture a confronto nelle terme e nei luoghi di cura” en Paolo Prodi - Adam Wandruzka (ed.), *Il luogo di cura nel tramonto della monarchia d'Asburgo*, Bologna, Il Mulino, 1996, 69-104, 96 y ss.

¹³⁶ Susan Sontag, *La enfermedad y sus metáforas*, op. cit., 52.

¹³⁷ Gian Paolo Marchi, “Culture a confronto nelle terme e nei luoghi di cura”, 70 y ss.

¹³⁸ Se trata del mismo efecto que envolvía a los protagonistas de *La Montaña mágica* de Thomas Mann. Hans Castorp, protagonista de esta novela, se traslada desde Hamburgo a un hotel balneario en Davos Platz sin estar enfermo para visitar a un primo tuberculoso. Pero, al cabo de unas semanas, se sumerge en esta cultura de la melancolía y de la enfermedad que reina en la montaña. Poco después su cuerpo también asume esta cultura de balneario y enferma, lo que obliga al personaje de Mann a quedarse en Davos Platz: es el efecto *Zauberberg*, que afectaba y afecta todavía a hombres y mujeres que se desplazan a montañas mágicas, ya tengan éstas forma de balneario u otras. Thomas Mann, *der Zauberberg*; Berlin, S. Fischer Verlag, 1926. *La montaña mágica*, Edición española de Mario Verdaguer, Barcelona, Plaza Janés, 1993.

de la existencia de una pluralidad de normas jurídicas que el proyecto de código civil respetaba. Saleilles aquí no ve que estas formas de vida estaban transformándose también en Suiza debido a los cambios en la economía y en los transportes. Pero en los Alpes Saleilles sólo veía comunidades campesinas, familias tradicionales, armonía y paz. En pleno siglo XX se mantenía aferrado al pasado del siglo XIX, a sus nociones de familia, de derecho, incluso de paisaje. Esta visión idealizada, que se refleja en sus escritos últimos sobre la sucesión campesina en aquel país¹³⁹, pudo ser provocada por estos viajes como enfermo y que le llevaban siempre a lugares puros, sanos sin hacerle pasar por ciudades como Basilea o Zúrich. El profesor Caroni advierte de esta mitificación de Suiza, del ZGB y de Eugen Huber que Saleilles y algunos coetáneos franceses y suizos practicaron¹⁴⁰.

11.- Coda: Alemania y el destino trágico de los Saleilles

El Saleilles enfermo todavía tuvo tiempo de producir una obra importante sobre la persona jurídica¹⁴¹. En 1910 un grupo de profesores argentinos le invitaron a visitar el país suramericano si bien Saleilles tuvo que rechazar la oferta por causa de su enfermedad. Incluso parece que hacia esos años comenzaba el borgoñón a preparar un libro sobre teoría general del derecho¹⁴². Durante el curso 1910-1911 Saleilles dio sus clases en la universidad. Pero, a

¹³⁹ Raymond Saleilles, "De la succession paysanne dans l'avant-projet de Code civil suisse, *Réforme sociale. Bulletin de la Société d'Economie Sociale et des Unions de la Paix Sociale*, XLIV (1902), 144-164; "Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse, *Revue trimestrielle de droit civil*, 8 (1909), 537-610; "La responsabilité de l'héritier dans le Code civil suisse", *Bulletin de la Société d'études législatives*, 10 (1911), 476-512.

¹⁴⁰ Pio Caroni, "Eugen Huber. Il mito svelato", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 110 (1991) I, S. 381-419, 389.

¹⁴¹ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Arthur Rousseau, 1910.

¹⁴² Edmond Thaller, "Avant-Propos", in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, *op. cit.*, 35-36.

partir del inicio del curso 1911-1912 tuvo que abandonar las clases definitivamente.

Saleilles murió el 3 de marzo de 1912 durante la convalecencia posterior a una intervención quirúrgica. En el expediente personal de Saleilles consta el telegrama de condolencia que el Ministro de Instrucción Pública envió a la Facultad y a la viuda¹⁴³. Huber conoció la noticia pocos días después, de la boca de Virgile Rossel. Ese día escribió en su diario:

“Saleilles ist gestorben! (...) Der Verlust tut mir Leid. Ich hatte durch Saleilles eine so schöne Beziehung zu den französischen Juristen. Nun ist auch sie dahin, und eine andere wird sich nicht mehr anknüpfen lassen”¹⁴⁴.

La noticia se transmite con velocidad por las facultades francesas, alemanas y suizas. Las revistas jurídicas francesas y extranjeras dieron cuenta de esta pérdida con necrológicas¹⁴⁵ y pocos años después, en 1914, apareció la obra homenaje de sus colegas y amigos¹⁴⁶.

¹⁴³ Véase el expediente Raymond Saleilles de los archivos nacionales franceses.

¹⁴⁴ En el Huber Archiv se encuentran las llamadas “Briefe an die tote Frau”. Citadas por Oscar Gauye, “Raymond Saleilles et sa correspondance avec le redacteur du Code civil suisse, *Civitas*, 15 (1959-1960), 416-423, 423.

¹⁴⁵ En la biblioteca de la Facultad de derecho de París hay una recopilación de ellas. He aquí un resumen: Eugène Gaudemet, “Raymond Saleilles”, *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1912, 161-261; Bailly, “Nécrologie”, *Revue internationale de l'enseignement*, 63 (1912), 361-363; Ballot-Beaupré, “M. R. Saleilles (1855-1912)”, Allocution prononcée au début de l'Assemblée générale, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 11 (1912), 59-64; Brouhot, “A la mémoire de M. Raymond Saleilles”, *Allocution prononcée à la Conférence Bufnoir, Séance du 13 mars 1912*, 3-10; Paul Bureau, “In Memoriam”, *Correspondance. Union pour la Vérité*, 21 (1913), 1-23; Feuilloley, Nécrologique, *Revue pénitentiaire*, 36 (1912), 1133 XX; Imbart de la Tour, Joseph, “Raymond Saleilles (1855-1912)”, *Bulletin de la semaine*, 9 (1912), 3-32; Larnaude, “R. Saleilles et sa dernière oeuvre” *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 12 (1913), 251-255; Lepelletier, Emile, “Rapport”, *Réforme sociale*, 33 (1913) 37-49; Léon Michoud, “Raymond Saleilles et le droit public”, *Revue de droit public*, 29 (1912), 369-378; Edmond Thaller, “Nécrologie. Raymond Saleilles (1855-1912)”, *Annales de droit commerciale et industriel*, 26 (1912), 93-101; Albert Tissier, “Raymond Saleilles”; *Revue trimestrielle de droit civil*, 11 (1912), 293-303, Giampietro Chironi, “In memoria

Desaparecía uno de los profesores más importantes de su época poco antes de que comenzase un conflicto bélico que introduciría importantes cambios en el paisaje jurídico francés. Saleilles pasaba a la historia como el principal difusor de las doctrinas alemanas en Francia. Pero también como comparatista, como católico comprometido. Curiosamente, Saleilles nunca visitó Alemania. Hablaba perfectamente alemán, visitó repetidamente Suiza, estuvo en Italia y en Bruselas pero nunca en un país al cuyo Derecho dedicaría tantos estudios. Quiso visitar el país vecino con motivo de algunos congresos, lo sabemos por sus cartas, pero su salud se lo impidió siempre. O al menos era la salud la excusa utilizada para no visitar un país siempre sospechoso en una época, la del caso Dreyfuss, en la que no era bien vista en Francia la simpatía por el dicho país.

Me interesa ahora describir la suerte de los dos hijos de Saleilles, Jean y François por dos motivos. En primer lugar porque estos fallecieron sin descendencia desapareciendo con ellos, como ya comenté, cualquier pista sobre la biblioteca o el archivo personales de Raymond Saleilles. En segundo lugar por las circunstancias de estas muertes de alguna forma representativas de un siglo XX, tan opuesto al siglo XIX que había vivido el padre.

Alemania se cruzó trágicamente en la vida familiar de Raymond Saleilles. La historia de los dos hijos acabó de manera dramática. Ambos mueren en conflictos bélicos contra el país que tanto interesó profesionalmente a su padre, pues, como se sabe, Raymond Saleilles fue conocido por su pasión por el derecho alemán.

El hijo mayor, Jean, nació el 4 de noviembre de 1890 y estudió en el *Collège Stanislas* de París. En 1911 obtuvo su licenciatura en derecho con el número quinto de los diplomados por la *Ecole Libre des Sciences Sociales*. Ya durante sus años de estudio había participado en sesiones de la *Conférence Bufnoir*. Los amigos le concedían un prometedor futuro como jurista y consta

di Raimondo Saleilles”, *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, 48 (1912), 1-7; Dantz, “Nekrologer”, *Tidsskrift for Retsvidenskab*, 1912, 486.

¹⁴⁶ A.A.V.V., *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, *op. cit.*

también que hablaba la lengua alemana. Según nos informa una de las cartas de Saleilles a Huber, Jean pasó un verano con una familia alemana del Heerz, para aprender ese idioma. Aparentemente la dieta alemana no le sentó especialmente bien¹⁴⁷.

Pero en 1914, dos años después de la muerte del padre, estalló la Gran Guerra. Jean Saleilles, oficial en la reserva fue enviado a la línea del frente en la Mosela y participó en la batalla del Marne. El 15 de septiembre de 1914 estando en el frente recibió una bala en la boca. Fue trasladado a París y allí se recuperó de sus heridas. Pero la guerra continuaba y pocos meses después volvía al frente. El 15 de julio de 1915 fue ascendido a sub-lugarteniente por el valor demostrado en la batalla. Pero este valor no le salvó de la muerte. El 22 de septiembre de 1916 moría alcanzado por las balas alemanas en la Ferme de Navarin, en el Marne¹⁴⁸.

Al acabar la guerra sus amigos le dedicaron una publicación¹⁴⁹. En ella incluyeron algunas de las cartas que escribió durante su período militar. Cartas con las que se comunicaba con su hermano, con su madre y una señora que posiblemente era su prometida. En este opúsculo se destaca que hablaba en alemán con los prisioneros alemanes¹⁵⁰. También que se refería al enemigo como “boches”, el término despectivo del francés popular para designar a los alemanes.

Este librito forma parte de un tipo de literatura que se cultivó profusamente después de la primera guerra mundial. En ella se honra y recuerda a estudiantes y profesores caídos en el campo del honor en la guerra de 1914. La mayoría de documentos conservados en el archivo de la Biblioteca

¹⁴⁷ Carta de Saleilles a Huber de 11 de junio de 1909.

¹⁴⁸ Su nombre, junto con el de otros juristas muertos por la patria, se puede leer en un relieve a la entrada de la facultad de derecho de París. Su acta de defunción es accesible en formato electrónico en una página creada por el Ministerio de Defensa francés con este propósito. Vid: <http://www.memoiredeshommes.sga.defense.gouv.fr/>

¹⁴⁹ A.A.V.V., *Le lieutenant Jean Saleilles*, Dijon, Imprimerie Jean Darantière, MCMXVI.

¹⁵⁰ *Ibidem*, 34.

Cujàs responden a este tipo de trabajos, que suelen incluir, por lo general, una foto del difunto con uniforme militar, una breve biografía y algunas cartas. En París encontramos incluso un *Livre d'or de la Faculté de Droit*¹⁵¹ dedicado a estos juristas “morts pour la France”. Sorprende el lenguaje patriótico y nacionalista en que se expresan sus autores. Un estudio sobre este género sería interesante y podría aportar bastantes datos sobre las turbulencias políticas y nacionales de ese período histórico.

El otro hermano, François, Cisco para sus amigos, había nacido en 1894. Estudió en la prestigiosa *Ecole des Chartes* y llegó a ser bibliotecario de la facultad de derecho. Todavía hoy hay una sala en esa biblioteca dedicada a él. Se alistó también para luchar en la *Grande Guerre*. Pero tuvo mejor suerte que su hermano: quizás porque siguió los consejos que Jean le transmitía por carta sobre cómo protegerse contra los peligros de las trincheras¹⁵². Después de la contienda comenzó a trabajar como bibliotecario. Tras su muerte un grupo de amigos le dedicó una publicación, donde se le describe como un *dandy*, un *bon vivant* amante de la buena mesa¹⁵³.

Me consta que no hablaba alemán. O, al menos, ocultaba este dato. Jean Carbonnier cuenta una interesante anécdota sobre este asunto. En una ocasión, estando en la biblioteca de la facultad trabajando en su doctorado, el futuro Decano Carbonnier se dirigió a François Saleilles para que le ayudase a traducir un término alemán de un libro. Este se excusó diciendo que no hablaba alemán. Carbonnier explica que exclamó sorprendido: “Le fils de Raymond Saleilles ne parle pas l'allemand?”¹⁵⁴.

En 1939 estallaba la II Guerra mundial. Tras un rápido *drôle de guerre* París fue ocupada por las tropas alemanas. El país fue dividido entre la zona anexionada a la Alemania nazi y la gobernada desde Vichy por el Mariscal

¹⁵¹ A.A.V.V., *Livre d'or de la Faculté de Droit de Paris. Guerre 1914-1918*, Paris, Impr. J. Langlois, 1925.

¹⁵² *Le lieutenant Jean Saleilles, X*.

¹⁵³ *François Saleilles (1894-1943)*, Toulouse, Bousseau, 1945.

¹⁵⁴ Entrevista personal con Jean Carbonnier, el 5 de diciembre de 1997.

Pétain. Cisco no luchó en el ejército francés, tampoco escapó a la zona bajo autoridad francesa o a otro país. Se quedó en el París ocupado por los nazis sin que se sepa si se implicó en Resistencia Falleció el quince de septiembre de 1943. En la obra homenaje que se le dedicó en 1945 no consta la causa de la muerte. Se habla de muerte en “trágicas circunstancias”. Muy probablemente se suicidó, tal vez al no soportar las condiciones de vida de la guerra o la propia ocupación alemana. Ciertamente debía ser dura la vida en aquella ciudad de quien era considerado un “dandy”¹⁵⁵, fumaba Chesterfield y tenía coche propio. ¿Jugó quizás un papel determinante la contradicción entre esta circunstancia y el hecho de ser hijo de tan reputado germanista? Para el profesor Carbonnier esta posibilidad resulta bastante plausible.

Con esta muerte desaparecía la descendencia de Raymond Saleilles. También se perdió en 1943 la pista de la biblioteca y el archivo personales de Raymond Saleilles que probablemente guardaban sus hijos. Tampoco quedan rastros en Gigny par Beaune, el pueblo borgoñón en el que Saleilles había nacido en 1855. En la introducción al homenaje a François Saleilles encontramos unas palabras que expresan a la perfección esta ruptura de la saga Saleilles: “Pauvre maison Saleilles, amenaisée, saignée, mais jusqu’au 15 septembre 1943, l’esprit subsistait avec celui qui en avait hérité toute la sensibilité.”¹⁵⁶ Muerto Cisco desaparecía el espíritu de Saleilles sin dejar rastro más allá del que quedaba en las obras de Raymond Saleilles.

¹⁵⁵ Como explica Luis Antonio de Villena el término “dandy” tenía en la época un significado muy preciso. Hombres como Oscar Wilde, de exquisito refinamiento pero también individualistas y transgresores de las estrictas reglas de la moralidad de la época eran un prototipo de dandy. Hoy en día la palabra tiene una acepción muy diferente referente a una elegancia de alta clase social. Si seguimos a de Villena hemos de concluir que François Saleilles, al que sus amigos calificaban de dandy, era un personaje de y exquisita elegancia y dudosa moralidad Luis Antonio de Villena, *Corsarios de guante amarillo. Sobre el dandysmo*, Barcelona, Tusquets, 1983.

¹⁵⁶ *François Saleilles*, 27.

V.-La lucha por el derecho comparado

1- Introducción

Una vez presentado el “Momento Saleilles”, dedico el presente capítulo a explicar la función que jugó Raymond Saleilles en el proceso de formación de la comparatística moderna como disciplina científica en el cambio de siglo. Analizaré en primer lugar el contexto científico en el se dio la aparición en Francia de esta disciplina: A continuación analizo la propuesta teórica de derecho comparado que hizo Saleilles o, en otras palabras, la comparatística saleilliana.

A finales del siglo XIX y comienzos del XX se produjeron una serie de factores, algunos internos y otros externos a la ciencia jurídica francesa, que facilitaron que un grupo de juristas entre los que se contaba Raymond Saleilles, diese un giro al estudio del derecho propio y extranjero que hasta entonces se venía practicando. Hasta entonces el estudio de la llamada “*législation comparée*” se había limitado a la recopilación y traducción de normas jurídicas extranjeras, actividad que sin duda fue fundamental para la aparición posterior de la comparación científica del derecho. En el presente trabajo me referiré a esta forma de estudio del derecho extranjero como legislación comparada, siguiendo la terminología de Saleilles y sus coetáneos. Reservaré el término “derecho comparado” o “comparatística” para referirme a la disciplina científica autónoma que apareció a finales del siglo XIX con un método científico propio.

La comparación jurídica, como decía, había aparecido en Francia a mediados del siglo XIX con la creación de la *Société de Législation comparée* de la mano de Edouard Laboulaye. La sociedad publicaba una revista, el *Bulletin de législation comparée*. Ésta constituyó un instrumento fundamental para la difusión de las novedades legislativas que aparecían en Europa y en América entre los juristas franceses y para motivar su interés por el estudio del derecho extranjero.

El estudio de ordenamientos extranjeros, fundamentalmente centroeuropeos, evolucionó durante la segunda mitad del siglo XIX. Pero

siempre dependió de la dogmática jurídica y de la exégesis legalista pese a las ambiciones científicas de su fundador. A finales del siglo XIX, un grupo de juristas veía inevitable la apertura de la *Jurisprudence* francesa a las incipientes ciencias sociales y a los avances científicos de los otros países europeos. Al mismo tiempo eran conscientes de la inevitable penetración de doctrinas y principios foráneos en Francia. De esta forma se produce un proceso consciente de *Ausdifferenzierung* de la comparatística que concluye en su aparición como disciplina autónoma¹⁵⁷.

Saleilles no solamente practicó conscientemente esta nueva comparación sino que, además, fue de los juristas que más teorizaron sobre la necesidad de autonomía científica del derecho comparado y de la elaboración de su método. Raymond Saleilles se empeñó en que la comunidad internacional de juristas llevase a cabo una reflexión sobre los elementos la nueva ciencia, sobre “sa définition, sa fonction scientifique et pratique”¹⁵⁸. Esta reflexión conjunta tuvo lugar por primera vez durante la celebración del I Congreso internacional de Derecho comparado que se celebró en París en 1900 a iniciativa de la *Société de Législation Comparée*. Durante este congreso, en la organización del cuál tanto tuvo que ver Raymond Saleilles, hasta entonces balbuciente ciencia comparatística tomó conciencia de sí misma marcando sus fronteras con las disciplinas vecinas como la legislación comparada, la dogmática o la sociología jurídicas.

Las circunstancias que permitieron esta diferenciación son varias y resulta difícil señalarlas e incluso clasificarlas. Quizás los factores más estudiados por los comparatistas y los historiadores del derecho hayan sido los factores exógenos a la ciencia jurídica tales como la intensificación de los intercambios, las influencias entre legislaciones. Pero más importantes incluso

¹⁵⁷ Dentro de la ciencia jurídica operan a finales del siglo XIX una serie de variaciones científicas que dan lugar a la diferenciación de la comparatística de otras disciplinas afines. Véase Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981 (1999), especialmente 43 y ss.

¹⁵⁸ "Acte de clôture", en *Procès Verbaux des séances du Congrès international de droit comparé*, I, Paris, F. Pichon et Durand Auzias, 1905, 32.

fueron, en mi opinión, los factores endógenos a la jurisprudencia. La promulgación de los códigos alemán y suizo afectaba al prestigio del que la ciencia jurídica francesa gozaba en Europa y América. La dogmática francesa seguía anquilosada en la exégesis y, en contraste, otras disciplinas arrebatában el monopolio que las facultades jurídicas tenían para estudiar la sociedad. El derecho comparado era para Saleilles y otros la oportunidad de generar un estudio alternativo del derecho en Francia.

Pero para ello estos juristas inquietos habían de liberarse de las cadenas de la dogmática jurídica que impregnaba incluso el estudio del derecho extranjero que practicaban en la Société de Législation comparée. Para ello era imprescindible separarse de esta dogmática mediante la elaboración de un método y un objeto propios que diesen autonomía a la nueva forma de estudiar el derecho aplicando los frutos de la historia y de la sociología. Mas, ¿Cómo cultivar un estudio del derecho de forma autónoma al estudio tradicional, dogmático? Para ello era necesario un elemento extrajurídico que justificase la aplicación al estudio del derecho de reglas y métodos no dogmáticos y más cercanos a las incipientes ciencias sociales. Este elemento fue en la elaboración de Saleilles y como más adelante explicaré su “droit commun de l’humanité civilisée”, elemento externo al derecho positivo que consistía en un derecho ideal a construir por los juristas. Este elemento permitía el uso de los métodos histórico y sociológico en el estudio de los ordenamientos y en la construcción del ideal jurídico hacia el que aquéllos debían aproximarse.

Este elemento jugaba el mismo papel, según mi modo de ver, que el “Zweck” de la Jurisprudencia de intereses de Jhering¹⁵⁹. El derecho comparado de Saleilles tendía a la construcción de este derecho ideal. Por ello se permitía en sus elaboraciones el uso de métodos y objetos extrajurídicos como los históricos o los sociológicos.

¹⁵⁹ Para Jhering esta finalidad era el motor de la evolución del derecho como la idea de causalidad era el motor en la mecánica. Véase Rudolf Jhering, *Der Zweck im Rechts*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1884.

La influencia de Rudolf Jhering en Saleilles no ha sido estudiada pero, en mi opinión, tuvo un importante peso en la construcción de la comparatística saleilliana. De hecho la comparación había tenido su papel en el pensamiento de Jhering y uno de sus lemas había sido “durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus”¹⁶⁰ que recuerda al que Saleilles adoptó: “au delà du Code civil mais par le Code civil”. De hecho Konrad Zweigert proponía en un texto de 1970 aplicar esta frase al derecho comparado resultando “Durch die nationalen Rechtsordnungen über das nationale Recht hinaus”¹⁶¹.

Esta comparatística finalista de Saleilles tenía sus puntos débiles. Quizás el más destacable era el carácter idealista, la carga iusnaturalista de su propuesta de “derecho común”. Pese a la reiteración de la autonomía del derecho comparado, Saleilles construyó un modelo no libre de iusnaturalismo y limitado al estudio de las leyes escritas de los países del occidente europeo. Sus discípulos Lambert y Lévy-Ullmann conseguirían la apertura del derecho comparado a otras realidades jurídicas como la musulmana o la del “Common Law” y, lo que es más importante, su autonomía respecto los elementos iusnaturalistas que tanto peso tenían en el pensamiento de Saleilles.

2.- ¿Padre del derecho comparado? Saleilles y el congreso de 1900 vistos por la comparatística actual

Muchos textos sobre el derecho comparado como disciplina y sobre su origen coinciden en considerar a Raymond Saleilles como un precursor de esta ciencia en Francia y en Europa. Esta apreciación, común entre la mayoría de comparatistas, nos dice bastante sobre la obra del borgoñón pero también

¹⁶⁰ Rudolf Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 2. Aufl. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1866, 14.

¹⁶¹ Konrad Zweigert, “Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode”, in Franz Wieacker und Christian Vollschläger (Hrsg.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstag von Rudolph von Jhering*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1970, 240-251.

sobre la misma comparatística y la conciencia que ésta tiene de sí misma: Saleilles no fue el único comparatista de su época ni el más prolífico. En cambio en algunos textos se le califica como “padre” del derecho comparado y se considera el congreso internacional de 1900 como el acta de nacimiento de esta ciencia. Por todo ello se hace necesario un análisis de estos textos modernos y de los méritos que allí se le atribuyen a Raimundo Saleilles.

Como avanzaba la figura de Saleilles se asocia a la celebración del congreso internacional de derecho comparado que se celebró en París entre el 29 de julio y el 1 de agosto de 1900. Y no sin razón. La celebración de este acontecimiento científico en el que por primera vez se tematizó la existencia del derecho comparado como ciencia debe mucho a Raymond Saleilles.

Ciertamente hay un antes y un después de 1900 para la mayoría de comparatistas. En palabras del comparatista Leontin Constantinesco fue posible por vez primera “la discusión de los problemas básicos de la comparación” y la “toma de conciencia de la comparación jurídica a escala internacional¹⁶². Si antes de 1900 se daba una práctica de la comparación jurídica, en el congreso de París ésta pasa a ser tematizada, discutida. Como dice Constantinesco el derecho comparado aparece en 1900 porque es entonces cuando se da “ein Denkprozess der systematischen Gegenüberstellung” de la comparación jurídica¹⁶³.

En el mismo sentido se expresa otro conocido comparatista que se ha acercado al origen de su disciplina: Marc Ancel. El comparatista francés establece en 1869, con la creación en París de la *Société de législation comparée*, lo que él llama “le signe de l’avènement du droit comparé”¹⁶⁴. Pero este advenimiento de la ciencia no coincide, según él, con la “phase

¹⁶² Léontin-Jean Constantinesco, *Rechtsvergleichung I. Einführung in die Rechtsvergleichung*, Köln/Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, 1971, 70.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ Marc Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1971, 13.

constitutive de la science juridique comparative”¹⁶⁵: Esta se inicia, según su modo de ver, con el congreso parisino de 1900. Durante este encuentro y no antes se da lo que el califica como toma de conciencia del derecho comparado como tal: “le droit comparé était une science neuve qui n’avait pris vraiment conscience d’elle-même qu’avec le premier Congrès de droit comparé tenu à Paris en 1900” escribía Marc Ancel en 1971¹⁶⁶. La toma de conciencia del derecho comparado como ciencia autónoma determina la creación de un método científico determinado y alejan a la disciplina definitivamente de la vía que seguía la legislación comparada.

Los celeberrimos comparatistas alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz tienen sobre este tema una opinión diferente. Consideran también el congreso de 1900 como momento determinante en la historia de la disciplina que nos ocupa pero no otorgan a este acontecimiento la importancia capital que los dos juristas ya citados. Estos dos profesores sitúan el nacimiento del derecho comparado a mediados del siglo XIX y contemplan la historia de esta actividad como un proceso gradual y paralelo al estudio de las legislaciones extranjeras. Consideran que este proceso tuvo un punto cualitativamente determinante en el congreso de París en 1900 pero no hablan de cesura o de momento fundador¹⁶⁷. A diferencia de Contantinesco y Marc Ancel, Zweigert y Kötz no diferencian entre el estudio de las legislaciones comparadas, disciplina que se practicaba mucho antes del año 1900, y el derecho comparado *sensu stricto* que Saleilles y otros intentan construir mediante un método y un objeto diferenciados. Y por esta razón el momento de “prise de conscience” de la ciencia de la comparación jurídica no resulta determinante en la disciplina.

La postura de los dos profesores de Hamburgo es coherente con su concepción de la comparatística. En su *Einführung in die Rechtsvergleichung*:

¹⁶⁵ Marc, Ancel, *ibidem*, 18.

¹⁶⁶ Marc Ancel, “La tendance universaliste dans la doctrine comparative française au début du XXème siècle”, in Hans Dölle/Max Rheinstein/Konrad Zweigert (Hrsg) *Festschrift für Ernst Rabel*, I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1954, 17-38, 17.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

afirman que “Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlass haben, kranke Wissenschaften sind”. Los dos alemanes consideran que el único método del derecho comparado ha de ser el de su funcionalidad¹⁶⁸. Si consideramos el método como un problema más que como una característica determinante para diferenciar una ciencia de otra, entonces el congreso en el que se discutieron por primera vez estas cuestiones para el derecho comparado pierde naturalmente su importancia. Los dos alemanes consideran que el único método del derecho comparado ha de ser el de su funcionalidad¹⁶⁹.

Ralf Michaels, también desde el Max Planck Institut de Hamburgo, considera que la reunión de París fue trascendental y determinante en la historia del derecho comparado. Según el investigador alemán, con anterioridad a 1900 los juristas se interesaban únicamente por la comparación de legislaciones, entendidas éstas como conjunto de textos legales de los países, habría que concretar de los países de Centroeuropa, sin que existiese hubiese un interés por el derecho entendido como fenómeno que superaba el soporte textual de los códigos y que incluía la jurisprudencia y la doctrina. A partir de 1900 los comparatistas comenzaron a practicar de forma consciente el derecho comparado como ciencia diferenciada y autónoma con un objetivo propio¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1996 31 y 33. Evidentemente si el derecho comparado tiene su razón de ser en su funcionalidad se ha de especificar el objeto o finalidad con la que se relaciona esta funcionalidad. A partir de esta relación puede derivarse que la comparatística se constituya como ciencia auxiliar de otras o como ciencia en sí misma.

¹⁶⁹ Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1996 31 y 33. Si el derecho comparado tiene su razón de ser en su funcionalidad es necesario especificar el objeto o finalidad con la que se relaciona esta funcionalidad. A partir de esta relación puede derivarse que la comparatística se constituya como ciencia auxiliar de otras o como ciencia en sí misma.

¹⁷⁰ Ralf Michaels, “Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongress für Rechtsvergleichung. Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans“, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 66 (2002), 97-115, 99.

Esta visión del congreso parisino de 1900 como cesura, como punto y aparte en la evolución de las disciplinas jurídicas comparadoras fue también la mayoritaria en el congreso de derecho comparado que en el año 2000 se celebró en la que hasta pocas semanas atrás se conocía como Nueva Orleans. En esta reunión, que conmemoraba en cierta manera la que había tenido lugar cien años antes en París, los comparatistas concluyeron también que se debía considerar el año 1900 como el momento de nacimiento de lo que en los países anglosajones se conoce como “Comparative Law”, en los de habla alemana *Rechtsvergleichung* y en Francia “*Droit comparé*”¹⁷¹. Esto significa que, pese a la situación del derecho comparado en muchas universidades, existe un consenso científico en diferenciar la comparatística de la mera comparación literal de textos legales de países distintos.

En mi opinión en el siglo XIX y comienzos del XX operaron dos procesos diferentes de evolución científica: uno afectó al estudio de las legislaciones extranjeras (legislación comparada). Se inició en Francia en la segunda mitad del siglo XIX y perfeccionó la forma en qué se traducían y comparaban textos legales. Este proceso resultó afectado por las discusiones de 1900 pero, después de ese año, continuó su vía propia. El otro proceso de evolución es el del derecho comparado en sentido estricto. Este proceso hunde sus raíces en el estudio de la legislación comparada pero en 1900 se separa y toma una vía diferente gracias a juristas como Raymond Saleilles que fueron conscientes de la necesidad de separar dos formas de estudio de las diferencias entre ordenamientos jurídicos.

Los mismos comparatistas que califican al congreso parisino de 1900 como momento inicial del derecho comparado moderno reservan un papel destacado en este proceso a la figura de Raymond Saleilles. El gran civilista y comparatista francés Henri Capitant escribía en 1914 en una monografía de homenaje al profesor borgoñón, texto que por supuesto debe ser analizado con toda la precaución posible como “*c’est, en effet, de nos jours seulement qu’a été entreprise l’étude méthodique des institutions actuelles des différents*

¹⁷¹ *Ibidem*, 98.

peuples, et que cette étude a été élevée au rang de discipline scientifique poursuivant un but propre”¹⁷². El gran civilista y comparatista francés, reconocía el gran mérito de Saleilles en la organización del congreso de 1900 y en la aparición de la disciplina. Destacaba de Saleilles su concepción “si nouvelle alors” y sus aportes a la recién nacida disciplina¹⁷³. Según Capitant el planteamiento y la visión del derecho comparado de Saleilles se convertirían en la base de la concepción moderna de la comparatística¹⁷⁴.

En la opinión del comparatista Marc Ancel, Raimundo Saleilles fue “le véritable fondateur de l’Ecole comparative française moderne”¹⁷⁵ aunque, al mismo tiempo, no le considere como un comparatista profesional sino como “un comparatiste d’occasion”, pues, siempre según Ancel, Saleilles practicó la comparación jurídica antes de estudiarla¹⁷⁶.

Ralf Michaels, por su parte, nos recuerda en el ya citado artículo del año 2000, la “Hauptverantwortung” de Saleilles como organizador del congreso internacional de derecho comparado en el que se da el nacimiento del derecho comparado como “eigenständige Wissenschaft”¹⁷⁷. En ese congreso los juristas participantes acudían para reflexionar sobre método y objeto del derecho comparado. Sin esta reflexión parisina seguramente la ciencia comparatística no habría evolucionado o no se habría desarrollado como lo hizo gracias al impulso de 1900¹⁷⁸. Evidentemente solamente se puede considerar el congreso parisino organizado por Saleilles como momento de nacimiento del derecho comparado si por esta disciplina se entiende como

¹⁷² Henri Capitant, “Conception, méthode et fonction du droit comparé dans l’œuvre de Raymond Saleilles”, en *L’œuvre juridique de Raymond Saleilles*, *op. cit.* 65-114, 68.

¹⁷³ *Ibidem*, 75 y 110-114.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ Marc Ancel, “La tendance universaliste dans la doctrine comparative française”, *op. cit.* 18.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Ralf Michaels, “Im Westen nichts Neues?”, *op. cit.* 101.

¹⁷⁸ *Ibidem*, 98

ciencia que supera la mera yuxtaposición o traducción de normas extranjeras¹⁷⁹.

Por su parte, Léontin-Jean Constantinesco destaca también el importante papel de Saleilles en el congreso de 1900 que tanto significó tanto para la comparatística¹⁸⁰. Destaca este jurista como el objetivo de Saleilles, según sus propias palabras, era “étudier et élucider les questions de définition et de méthode qui constitue ainsi comme le point central de tout le congrès”¹⁸¹. Y el objetivo fue cumplido si tenemos en cuenta que las aportaciones más importantes en aquel evento fueron a propósito de la definición y del método del derecho comparado y que, a partir del congreso, se comenzó a sistematizar y a discutir sobre estas cuestiones¹⁸².

El papel jugado por Saleilles en el congreso de 1900 y en la aparición del derecho comparado como disciplina autónoma no nos ha de hacer olvidar que, en la práctica, la obra de Saleilles fue punto de llegada pero también punto de partida para el derecho comparado moderno. La labor de Saleilles supuso una ruptura con el estudio de la legislación comparada que se había llevado a cabo hasta entonces. Pero esta disciplina, en su larga andadura, todavía debía desprenderse de muchas herencias de la ciencia jurídica del siglo XIX para ser del todo científica. Si la partida de nacimiento del derecho comparado la firma Saleilles en el verano de 1900, la mayoría de edad de esta ciencia no la certifica él sino, años más tarde, Edouard Lambert y Henri Lévy Ullmann. Estos dos juristas practican en las décadas posteriores al congreso una ciencia del derecho comparado despojada de los restos de iusnaturalismo que cubrían las construcciones de Raymond Saleilles.

¹⁷⁹ Así lo piensa Michaels quien critica la visión que de esta ciencia tienen Zweigert y Kötz. Ralf Michaels “In Westen nichts neues”, *op. cit.*, 99.

¹⁸⁰ Léontin-Jean Constantinesco, *Rechtsvergleichung*, *op. cit.* 161 y ss.

¹⁸¹ Raymond Saleilles, “Rapport sur l'utilité, le but et le programme du Congrès”, *Procès Verbaux des séances et documents du Congrès international de droit comparé de 1900*, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1905, 9-17, 15. Citado por Léontin-Jean Constantinesco, *Rechtsvergleichung*, *op. cit.* 161.

¹⁸² *Ibidem*, 162.

La mayoría de comparatistas coinciden al afirmar que fueron los discípulos de Saleilles y no él mismo los que practicaron una comparatística del todo diferenciada no solamente de otras ciencias sociales sino también del iusnaturalismo que salpicaba las doctrinas saleillianas. Saleilles, como explicaré más adelante, piensa en la construcción de un derecho ideal que él llama “droit commun de l’humanité civilisée” como objetivo de la nueva disciplina. Como escribía Marc Ancel, Saleilles, pese a su método y sus preocupaciones científicas, “a encore largement conçu le droit comparé comme un art visant à reconstituer un droit idéal”¹⁸³.

Los autores citados no hablan de un componente que para mí es transcendental dentro del derecho comparado de Saleilles: la función que este derecho ideal y, por lo tanto, toda la comparación, tenía en el derecho francés. Como trato de demostrar, Saleilles con sus monografías de derecho comparado, derecho alemán o suizo pretendía motivar reformas en el derecho francés tanto legal como doctrinal. Sus estudios de derecho alemán y suizo pretenden mostrar ciertas áreas de estos dos ordenamientos como más cercanas al derecho común ideal, por tanto, susceptibles de ser importadas por el derecho francés. Este tema lo mostraré al final de este capítulo.

3.- El momento Saleilles: contexto del nacimiento del derecho comparado

Los años del cambio de siglo en Francia, el “momento Saleilles”, presentaba las condiciones ambientales óptimas para el desarrollo de la comparación jurídica como ciencia. Por un lado se intensificaban las relaciones internacionales y los intercambios de todo tipo; intelectuales, comerciales y personales. Por otro lado, el proceso de industrialización que afectaba a la mayoría de países de Europa Central y Occidental presentaba en todos estos lugares problemas similares que demandaban de cada legislador soluciones también parecidas. Resultaba pues necesario que el interés de los juristas de un determinado lugar incluyese las experiencias jurídicas, fuesen

¹⁸³ Marc Ancel, La tendance universaliste dans la doctrine comparative française“, *op. cit.* 32.

científicas o legislativas, de otros países. También hubo factores intrínsecos en el estudio del derecho que afectaron el papel de la comparación horizontal en la ciencia jurídica.

A continuación analizo brevemente estos factores exógenos a la ciencia jurídica para, más adelante, centrarme en las transformaciones de esta ciencia y su influencia en la aparición de la comparatística en Francia.

3.1.- La respuesta de los juristas a la internacionalización de los intercambios

La internacionalización de los intercambios fue uno de los factores que más influyeron sobre la ciencia jurídica a finales del siglo XIX. Este fenómeno determinó el interés de los juristas hacia el derecho extranjero y hacia la comparación jurídica. La promulgación de los códigos napoleónicos y la aparición del absolutismo jurídico habían comportado un cierre de las fronteras nacionales en el ámbito científico-jurídico¹⁸⁴.

Se partía, como escribe Clavero, del supuesto de la nacionalidad del derecho que se recluía en espacios estatales: “sólo así, celebrándolo, se le contemplaba”¹⁸⁵. Los juristas franceses, como consecuencia de este paradigma jurídico-cultural, estudiaban únicamente las leyes patrias y no había interés alguno por las leyes de allende las fronteras del Hexágono.

En la segunda mitad del siglo antepasado los juristas fueron testigos de una intensificación de la internacionalización de la economía. Este proceso, impulsado sin duda por factores demográficos, tecnológicos y políticos, afectó no sólo a los intercambios económicos sino también a los personales, sociales,

¹⁸⁴ Paolo Grossi, *Absolutismo jurídico y derecho privado. Doctor honoris causa Paolo Grossi*, Bellaterra, UAB, 1991. En versión italiana, "Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX", in Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, 127-141.

¹⁸⁵ Bartolomé Clavero, "Codificación y constitución: paradigmas de un binomio", *Quaderni fiorentini*, 18 (1989), 79-145, 79.

intelectuales y científicos. El derecho positivo de los diferentes países tenía que dar respuesta a nuevas realidades y a nuevos problemas que eran similares en los países con un grado de desarrollo similar: la protección de la propiedad industrial, la dinamización de los intercambios o la regulación de las consecuencias de los accidentes provocados por máquinas.

Las reglas liberales del intercambio de bienes y servicios dentro de un mismo Estado y regido por un mismo derecho debían prever ahora las posibilidades del tráfico jurídico con agentes extranjeros y la posibilidad de que dos o más ordenamientos jurídicos pudiesen entrar en contacto. Los cambios tecnológicos en definitiva abrieron el horizonte y el ámbito de actividad de los juristas.

La progresiva transnacionalización de la economía tenía importantes efectos sobre la ciencia jurídica. Los actores económicos requerían agilizar los intercambios económicos y requerían la unificación o estandarización de instrumentos jurídicos¹⁸⁶. La práctica jurídica derivada de esta internacionalización requería también de una doctrina capaz de traducir pero también de comprender y divulgar los instrumentos jurídicos generados por los diferentes Estados. Por todo ello hacia la mitad del siglo XIX, y especialmente tras la creación en París de la *Société de législation comparée*, se comenzaron a traducir en Francia textos legales extranjeros. Interesaban especialmente las leyes de las potencias extranjeras con las que Francia tenía unas relaciones más intensas.

Este interés científico práctico se manifestó básicamente en traducciones de textos jurídicos que interesaban a los prácticos pero también en comentarios de leyes y en informes sobre instituciones jurídicas foráneas. En todo caso eran la práctica y la necesidad de agilizarla e internacionalizarla los factores que permitieron un veloz e intenso desarrollo de la traducción y de la comparación de primer orden: la limitada a los textos legales. Esta actividad

¹⁸⁶ El Nachwuchsgruppe del Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte se ha ocupado de estos temas y de los efectos de la revolución industrial en el derecho. Ver sobre este grupo <http://www.mpier.uni-frankfurt.de/vec/index.html>.

tuvo indudablemente efectos positivos al predisponer a los juristas para el estudio del derecho foráneo, lo que determinaba naturalmente que la comparación se introdujese en el estudio del derecho propio.

De hecho los juristas se veían enfrentados no solamente a una internacionalización del saber sino también a la estandarización de normas jurídicas y otras normas que los diferentes agentes económicos producían¹⁸⁷. Los juristas sufrían la competencia de ingenieros y empresas a la hora de estudiar o determinar las normas que debían regular una de las nuevas materias que la cambiante realidad económica y técnica ofrecía¹⁸⁸. Como efecto se producía una estandarización de normas técnicas que afectaba también al ámbito de lo jurídico¹⁸⁹.

Por otro lado, y pese a esta competencia de otros ámbitos científicos, los problemas de la industrialización y de la internacionalización requerían que cada Estado respondiese con soluciones que debían provenir del derecho. Al tratarse de problemas nuevos pero comunes a los países en similar grado de desarrollo industrial, frecuentemente se hacía recomendable e incluso necesaria la imitación o importación de ideas o textos jurídicos extranjeros. Juristas y políticos buscaban ejemplos a seguir en los cuerpos normativos de los países vecinos, se traducían leyes extranjeras, se producían flujos de información entre científicos y universidades, etc. Por todo ello se generó a

¹⁸⁷ Sobre el impacto de la industrialización en la producción y estandarización jurídicas véase. Milos Vec, "Technik oder Recht? Steuerungsansprüche in der Zweiten Industriellen Revolution", in: Michael Kloepfer (Hrsg.) *Kommunikation – technik – Recht. Strukturen und wechselseitige Beeinflussungen*, (Schriften zum Technikrecht 6), Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 111-138; Milos Vec / Margrit Seckelmann / Tilmann J. Röder, "Standards, Norms and the Law: The impact of the industrial Revolution", in Becker, Peter (Ed.), *Normalising Diversity -EUI Working Paper*, HEC No. 2003/5, Badia Fiesolana/San Domenico, 2003, 23-44;

¹⁸⁸ Milos Vec y otros, "Standards, Norms and the Law", *op. cit.*, 27.

¹⁸⁹ Véase sobre este aspecto también Milos Vec, "Kurze Geschichte des Technikrechts. Von den Anfängen bis zum Ersten Weltkrieg", in Martin Schulte (Hrsg.) *Handbuch des Technikrechts (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften)*, Heidelberg, Springer Verlag, 2003, 3-60, 43 y ss.

finales del siglo XIX un ambiente favorable al intercambio científico-jurídico e, incluso, a la imitación.

Estos intercambios solían estar dirigidos por o tenían su sede en las sociedades científicas dedicadas al estudio del derecho extranjero como más adelante explicaré. Estas sociedades fomentaban el interés por las experiencias jurídicas extranjeras generando a su vez lo que Marc Ancel calificaba como “climat de curiosité, d’attention et de sympathie pour les expériences étrangères”¹⁹⁰.

Este clima de simpatía, unido a la necesidad de dar agilidad a los intercambios llevó a partir de los años ochenta a iniciar los pasos de una unificación de los instrumentos jurídicos del tráfico económico. En 1886 se inaugura una fase de encuentros y conferencias oficiales que se organizaban en una ciudad o en otra del viejo continente dirigidas a unificar o armonizar algunas leyes; aquellas que regulaban los intercambios internacionales y que, al ser diferentes en cada estado, los obstaculizaban.

Uno de los efectos de esta actividad de intercambio en el ámbito práctico resultó fue la puesta en marcha de procesos de reflexión en Francia sobre el derecho foráneo. Podemos por ellos dibujar un sistema en el que los intercambios económicos alimentaban una actividad científica y práctica destinada a traducir e interpretar textos de derecho positivo extranjero. Al mismo tiempo, esta actividad retroalimentaba estos intercambios al generar a medio plazo conferencias internacionales y congresos con los que se fomentaba un mejor conocimiento de las normas extranjeras reguladoras del tráfico jurídico¹⁹¹.

¹⁹⁰ Marc Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1971, 13.

¹⁹¹ Sobre el papel de las revistas y los encuentros científicos en la creación de un derecho técnico *vid.* Lorenz Jellinghaus, Jellinghaus, Lorenz, *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur. Zum Funktionswandel von Verwaltungswissenschaften und Verwaltungsrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2006.

Precisamente era la necesidad de agilizar este tráfico internacional de bienes y servicios la que, unida al clima de "simpatía", llevó a que varios estados se planteasen, a partir de los años ochenta, la posibilidad de unificar algunos de los instrumentos jurídicos más importantes en los intercambios de naturaleza internacional. En 1886 se celebraba el primero de una serie de encuentros y conferencias que se organizaron en diversas ciudades del continente, en la Haya y en Berna principalmente, destinadas a unificar o armonizar algunas de las leyes que regulaban los intercambios. Se trataba fundamentalmente de normas, cuya diversidad complicaba las relaciones comerciales.

En 1886 tuvo lugar en Berna la conferencia internacional sobre derechos de autor; en 1890 se reúnen varios estados en la capital helvética para unificar las normas sobre transporte internacional de mercancías; en 1910 en Bruselas se decide unificar las normas sobre abordaje. Paralelamente a estas conferencias, entre 1895 y 1905 se comenzaron a realizar las célebres conferencias de la Haya, tendentes a la unificación de las normas de derecho internacional privado. Se logran dictar normas comunes sobre matrimonio, divorcio y tutela (1902-1905), sobre sucesiones y testamentos (1905).

3.2.- La apertura de la ciencia jurídica francesa: la crisis de la Exégesis

La internacionalización de los intercambios y la necesidad de unificar sus instrumentos jurídicos se cuentan entre los factores externos a la ciencia jurídica que motivaron la aparición del derecho comparado moderno. A éstos hemos de sumar factores internos, propios de la ciencia jurídica francesa. Transformaciones que dieron lugar a que de dentro de las disciplinas jurídicas se diferenciase como disciplina autónoma lo que hoy conocemos como derecho comparado. Estos factores han estado muy poco estudiados pero no por ello son menos transcendentales a la hora de estudiar el momento de aparición del derecho comparado moderno. Este momento coincide con el de la crisis de la escuela de la Exégesis y del mismo Código Napoleón.

Durante el siglo XIX el derecho francés había dormido en un largo sueño gracias a la repercusión legal, científica y política del Código de 1804. Este monumento legislativo inauguró la etapa del “assolutismo giuridico”¹⁹². El Código había cerrado el sistema de fuentes del derecho: la única fuente era la ley. Por ello el papel a jugar por el jurista era el de mero exégeta o intérprete literal de sus dictados a diferencia del papel creador del derecho que tenía el jurista del *Ius commune*. La autoridad del Código y la subordinación a él de la ciencia jurídica había traspasado las fronteras francesas en parte gracias a las campañas napoleónicas pero sobretodo debido al prestigio jurídico-político del propio código francés y a la percepción general de que éste representaba el nuevo orden burgués liberal.

Niklas Luhmann describía en 1972 las consecuencias de la era de la codificación para la ciencia jurídica y sus relaciones con otras disciplinas: “Seit dem Zusammenbruch des Naturrechts lebt die Rechtswissenschaft als Fach für sich in interdisziplinärer Isolierung, vor allem in deutlichem Abstand zu den empirischen Sozialwissenschaften und zu den wirtschaftswissenschaftliche Verfahren der Rationalisierung“.¹⁹³

Esto no significa que no hubiesen existido contactos entre disciplinas. Como afirmaba el profesor de Bielefeld, “damals [durante el siglo XIX] waren die Sozialwissenschaften theoretisch und institutionell unterentwickelt und verließen sich auf die Plausibilität kurzschlüssiger Argumentationsketten. Ihre literarische Produktion war ohne weiteres „lesbar“; sie war nach Volumen und Inhalt auch für Juristen zugänglich”¹⁹⁴. Pero a medida que las ciencias sociales fueron evolucionando, los contactos entre disciplinas no podían ya ser mediados con unos conceptos como Función, Institución, Interés. “Vielmehr sollte die Rechtswissenschaft sich fragen, ob sie für sich selbst ein überdogmatisches Steuerungssystem entwickeln und *auf dieser Ebene* jene

¹⁹² Paolo Grossi, *Absolutismo jurídico y derecho privado*, *op. cit.*

¹⁹³ Niklas Luhmann, “Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang“, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 12 (1972) 1, 201-253, 201.

¹⁹⁴ *Idem.*

Begriffsentscheidungen treffen kann, die ihre interdisziplinäre Kontaktfähigkeit sicherstellen“¹⁹⁵.

Dicho con otros términos, a medida que las ciencias sociales van adoptando un método y un objetivo y dejan de ser un ejercicio cultista sin trascendencia práctica se le plantea al jurista la cuestión de aceptar o no esos planteamientos científicos y los productos de esta actividad intelectual en su propia forma de estudiar el derecho.

A finales del siglo XIX la realidad social y económica era bien diferente de la de 1804. Eran los “temps des trublions” como los describe André Jean Arnaud¹⁹⁶. El profesor francés recordaba cómo el legislador napoleónico no había podido tener en cuenta numerosos fenómenos sociales como el asociacionismo, el desarrollo del capitalismo industrial. El viejo código no daba respuesta a estas cuestiones. Tampoco una interpretación fiel podía salvar las diferencias entre norma y realidad. Por ello una parte de la doctrina y de la jurisprudencia desarrollaron osadas interpretaciones de preceptos del código como única forma de dar respuesta a los problemas que la sociedad urbana e industrial plantaba. Un claro ejemplo lo constituye la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia más progresista da de las normas del código en materia de responsabilidad extracontractual para proteger a los obreros víctimas de accidentes de trabajo. Hasta 1898 no se promulga ley alguna sobre este candente tema y, por ello, las víctimas de accidentes quedaban desprotegidas. A partir de una sentencia judicial que apreciaba la responsabilidad objetiva y no subjetiva en un accidente de trabajo provocado por la explosión de una máquina de vapor. A partir de ese momento una parte de la doctrina representada por Saleilles pero también por Raoul la Grasserie, comenzó a aplicar a los accidentes una interpretación amplia del artículo 1899 que regulaba la responsabilidad por tenencia de una cosa¹⁹⁷.

¹⁹⁵ *Ibidem* 202.

¹⁹⁶ André Jean Arnaud, *Les juristes face à la société*, *op. cit.*

¹⁹⁷ Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, 147 y ss.

Al mismo tiempo en la década de los noventa el Parlamento, dominado por los republicanos y con una importante presencia de los socialistas (cincuenta escaños en las elecciones de 1893), emprende una serie de reformas de la legislación intentando adaptar el derecho a la nueva realidad. En 1884 se autoriza el divorcio, en 1889 se elimina definitivamente el derecho de corrección del padre sobre los hijos, en 1891 se reconocen los derechos sucesorios de la mujer viuda y de los hijos naturales. En 1898, como avanzaba, se aprueba la ley de accidentes de trabajo. Unicamente el caso Dreyfuss y sus consecuencias en las relaciones entre el Estado y la Iglesia pusieron un cierto freno a la actividad reformista del Parlamento¹⁹⁸.

En este contexto aparecieron hacia la última década del siglo XIX un grupo de “juristes inquiets”. Estos jóvenes inquietos eran conscientes del agotamiento del método exegético y del absolutismo del *Code*. Habían estudiado con maestros de la vieja escuela exegética pero conocían también las teorías alemanas de la “Interessenjurisprudenz”. Habían estudiado en las facultades derecho romano y cursos de “Code civil” pero leían estudios histórico-jurídicos y la sociología incipiente de Gabriel Tarde o de Fouillé. Estudiaban código y jurisprudencia franceses pero estaban también al corriente de las teorías y leyes en boga en otros países a través del *Bulletin de la Société de législation comparée*. Poseían por tanto elementos con los que comparar las teorías aprendidas en sus facultades. Y la comparación resultaba un tanto odiosa para el estado de la ciencia y la legislación francesas.

Estos juristas franceses veían como las teorías francesas sobre la capacidad de las personas, sobre la responsabilidad subjetiva o sobre las obligaciones contenidas en el casi centenario código napoleónico no servían para hacer frente a fenómenos como la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo, el nuevo papel de la mujer en la sociedad o la transformación del derecho de contratos con la aparición de los contratos de adhesión.

¹⁹⁸ *Ibidem*, 173.

3.3.- La Escuela histórica

Hacia mediados del siglo XIX el método exegético dominaba todavía la enseñanza y las publicaciones científicas en Francia. Las facultades de derecho post-revolucionarias enseñaban las asignaturas de Código civil a lo largo de los años que duraban los estudios. Pero, como nos recordaba recientemente Philippe Sturmel en la joven revista *Rechtsgeschichte*, el panorama científico francés no era tan homogéneo como puede parecer¹⁹⁹. Desde las primeras décadas del siglo XIX, algunos juristas mostraban inquietudes científicas influidas en parte por una forma de producción científica que se practicaba en Alemania. Las ideas y propuestas de Savigny y de la Escuela histórica habían sido recibidas en Francia y tenían algunos adeptos, como Jourdan, Klimrath, Lerminier o Laboulaye. Si bien es discutible si hubo o no una “Ecole historique française” ciertamente algunos juristas franceses vieron en los métodos de Savigny una forma de librarse del “joug de l’exégèse” y de proponer nuevas formas de estudiar el derecho, tal y como nos explica en un reciente artículo en la joven revista *Rechtsgeschichte*²⁰⁰. Este proyecto científico pretendía importar una forma de aproximarse al derecho alternativa a la *Exegèse* y se materializó en la temprana fundación de la revista *Themis* en 1819. Estos jóvenes franceses intentaron mostrar las relaciones de la ciencia jurídica con las ciencias históricas, la filosofía, la política atacando a los exégetas que se creían autorizados a comentar los textos legales sin referencia alguna a la historia o a la sociedad.

Me interesa aquí hablar de este grupo de juristas porque fueron los primeros que desarrollaron el llamado método histórico, que muchos comparatistas a finales de siglo, entre ellos Saleilles, dicen seguir al practicar la comparación jurídica. El método histórico, a grandes trazos, consistía en estudiar los textos jurídicos dentro de su contexto histórico. Esto ya era mucho en unas facultades en las que se desdeñan los estudios históricos y el derecho

¹⁹⁹ Philippe Sturmel, “L’école historique française du droit a-t-elle existé?”, in *Rechtsgeschichte*, 1 (2003), 90-122, 90.

²⁰⁰ *Idem*.

romano y se estudian las instituciones a partir de su regulación por los códigos y algunos comentarios exegéticos. Al mismo tiempo, al recuperarse el valor del pasado los juristas debían viajar y visitar otras bibliotecas, otras facultades jurídicas con lo que se configura un “réseau” de profesores que comunican entre ellos y comparan sus métodos y descubrimientos²⁰¹. En definitiva, como concluye Sturmel, estos jóvenes juristas “ont développé une méthode scientifique qui allait quelques décennies plus tard devenir la norme”²⁰². Esta forma de entender el derecho no tuvo demasiado eco en las facultades jurídicas francesas. Pero plantaron una semilla que daría su fruto a finales del siglo XIX.

Uno de estos frutos fue sin duda la creación den 1869 de la *Société de Législation comparée* por un grupo de juristas entre los que destacaba su primer presidente, un ya maduro Laboulaye. En el primer discurso de Laboulaye como Presidente de esta sociedad destacó que él era “officiellement du moins, le seul représentant de la législation comparée”²⁰³. Deja muy claro también Laboulaye el objetivo de la comparación jurídica: “nous n’allons pas simplement chercher quelques points de rapprochement plus ou moins intéressants. Nous cherchons les principes qui président à telle loi”. Estos juristas debían realizar “une étude de morale, de politique dans le sens élevé du mot, d’économie politique”²⁰⁴. Esta declaración de intenciones recuerda sin duda al método histórico que Laboulaye y otros juristas entonces jóvenes habían propuesto a sus colegas exegetas y era toda una declaración programática.

No únicamente a través de la historicista *Société de législation comparée* influyó la historia y el método histórico en la aparición del derecho comparado. Algunos juristas y juristas historiadores practicaron una comparación vertical que, en ocasiones, incluía también la comparación horizontal. El más representativo de ellos fue Ernest Glasson, conocido de

²⁰¹ Los itinerarios de estos juristas se pueden seguir a través de sus cartas, editadas por Olivier Motte, *Lettres de juristes français*, *op. cit.*

²⁰² Philippe Sturmel, “L’école historique française du droit a-t-elle existé?”, *op. cit.* 119.

²⁰³ Edouard Laboulaye, “Discours”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1 (1869-1870), 3-6, 3.

²⁰⁴ *Ibidem*, 4.

Raymond Saleilles pues fue profesor en París e incluso Decano durante algunos años. Glasson escribió dos obras de carácter histórico en las que estudió también como habían evolucionado instituciones jurídicas en diferentes lugares. La primera fue *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*, publicada en la capital francesa en 1880²⁰⁵. En esta monografía realiza, como avanzaba, un estudio de comparación vertical o histórica y también, y como consecuencia de la primera, una comparación horizontal o comparación jurídica *sensu stricto*. Pesa en este libro sobretodo el análisis histórico que lleva a su autor a clasificar diferentes reglas en familias jurídicas según su origen y su evolución. Es comprobable la influencia sobre este autor de Rudolf von Jhering. Glasson diferencia tres familias jurídicas pero no lo hace en base a criterios étnicos sino más bien en base a criterios histórico-jurídicos.

Estos criterios son también observables en otra obra suya: *Le droit de succession au moyen age*²⁰⁶. En esta obra la historia le lleva a comparar los diferentes procesos de evolución que las instituciones sucesorias habían sufrido en los diferentes países europeos.

Glasson, jurista de prestigio entre sus coetáneos, sin duda ejerció su maestría entre los jóvenes juristas que llegaron a París en el cambio de siglo. Saleilles en particular lo citaba con frecuencia y juntos participaron en diferentes aventuras científicas como el centenario del código francés. A Saleilles no le debió escapar el enfoque histórico de Glasson y su ejercicio de la doble comparación en sus obras más destacadas.

²⁰⁵ Ernest Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe. de législation comparée, préc. d'un aperçu sur les origines du droit civil moderne*, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1880.

²⁰⁶ Ernest Glasson, *Le droit de succession au moyen age*, Paris, Larose & Forcel, 1893.

3.4.- El reto planteado por las nuevas ciencias sociales

Cómo explicaré seguidamente, a finales del siglo XIX e inicios del XX se descubría un territorio científico que hasta entonces solamente había sido hollado tímida y esporádicamente por los juristas; el de las ciencias sociales. Su objeto todavía no estaba definido y el derecho comparado debía delimitar su identidad en este ambiente respecto a las nuevas disciplinas. Por un lado algunos pensadores se conformaban con la aplicación del método histórico. Al mismo tiempo Emile Durkheim intentaba establecer las bases del método sociológico. En el campo jurídico, se iban definiendo los estudios de sociología jurídica pero también los de la moderna teoría del derecho. En ese contexto también algunos juristas utilizan el método comparatístico. Pero, según mi modo de ver, en muchos casos no estaba claro si lo hacían como instrumento para estudiar el propio derecho o para acercarse a otras sociedades.

Los juristas inquietos veían en estas todavía balbucientes ciencias sociales una forma más objetiva y eficaz de observar la evolución de la sociedad sobre la que se desarrollaban las normas jurídicas. Ellos formarían lo que se ha llamado escuela francesa antiformalista o “romantisme juridique français”²⁰⁷.

Otro importante acontecimiento que tuvo un cierto peso en la crisis de la ciencia jurídica francesa fue la aparición de una nueva disciplina: las Ciencias Políticas.

Hasta los últimos años del siglo XIX las facultades jurídicas tenían el monopolio en la investigación y docencia de fenómenos sociales y también, y el tema no es baladí, en la formación de las élites políticas francesas, de los “hommes d’etat”. En 1871 se fundaba en París la *École libre des sciences politiques*, independiente de las facultades jurídicas. La aparición y el temprano desarrollo de la ciencia política contiene importantes datos que han sido excelentemente descritos por varios autores y que, por tanto, no analizaré

²⁰⁷ Esta expresión corresponde a Julián Bonnecase, *Science du Droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l’heure actuelle*, Paris, Recueil Sirey, 1928.

aquí²⁰⁸. Sin embargo sí me interesa destacar las importantes consecuencias que tuvo este acontecimiento en la doctrina jurídica y en la misma organización de las facultades de derecho en Francia.

La Escuela libre de Ciencias Políticas había roto, como ya he dicho, con el monopolio sobre las materias relacionadas con el Estado y el Derecho de los profesores juristas. La aparición de la nueva disciplina, por ello, no sentó especialmente bien en las cátedras jurídicas. Por ello hubo en términos generales una reacción defensiva dirigida a legitimar la juridicidad de los fenómenos sociales y, por tanto, su legitimación para enseñar estas materias.

Pero las cosas no podían continuar igual tras el desafío de la nueva escuela. Las facultades de derecho debían ofrecer algo más que cursos de derecho civil o derecho romano para no perder estudiantes, prestigio y peso sociales. Los estudios se debían complementar con asignaturas económicas, de ciencias de la administración o de ciencia del Estado. El Estado, interesado también en mantener el control sobre la formación jurídica y política, control que tenían en las facultades pero no en una escuela que se denominaba “libre”, intentó crear una Escuela estatal de la Administración sin éxito. Tampoco prosperó el proyecto de crear una Facultad de ciencias políticas. Por ello se decidió finalmente a introducir los estudios económicos y políticos en las facultades de derecho, tal y como pedían sus profesores, para adaptarse a la nueva situación.

Pero el conflicto entre juristas y politólogos perduró todavía algún tiempo. Y, curiosamente, en estos rifirrafes destacó el Profesor Claude Bufnoir, maestro y suegro de Saleilles. Además de prestigioso profesor, aunque no gran productor de textos científicos, Bufnoir ostentaba diversos cargos en sociedades científicas: la *Société de l'Enseignement supérieur*, el *Comité consultatif de l'Enseignement supérieur*, el *Conseil supérieur de l'instruction publique*. Eran éstos organismos asesores del Ministerio de Instrucción Pública en materia d'enseñanza universitaria. Esta posición le otorgaba a Bufnoir un cierto poder

²⁰⁸ Ver Pierre Favre, *Naissances de la science politique en France. 1870-1914*, Paris, Fayard, 1989.

político-académico (y sin duda le restaba tiempo para escribir). Según explica Pierre Favre, el suegro de Saleilles, jurista y hombre ligado al Estado, defendió fuertemente el monopolio estatal para enseñar materias relacionadas con la *Res publica*. Trató de que la ciencia política y la economía fuesen enseñadas en exclusiva en las facultades de derecho²⁰⁹. La política para Bufnoir pertenecía a la ciencia del derecho, la única con un método que remetía disciplinar aquella materia²¹⁰.

Algunos juristas como Duguit, Saleilles y Esmein promovieron la apertura de las facultades de derecho a las ciencias sociales²¹¹. Como consecuencia de este conflicto académico pero también político y de la presión de estos y otros juristas, algunos planes de estudios fueron reformados. Pero la Escuela libre de Ciencias Políticas continuó su curso. En todo caso la lección fue grande para los juristas. Expertos en ciencia política y en economía comenzaron a poblar algunas facultades. Las bibliotecas jurídicas también salieron beneficiadas al comenzar a incluir en sus estanterías libros de disciplinas no estrictamente jurídicas. Como ya he avanzado las ciencias sociales, en parte por la incitación de Herbert Spencer, habían comenzado a utilizar la comparación como parte integrante de su método.

Todos estos factores influyeron sin duda sobre los profesores de esas facultades que a partir de entonces debían estar en contacto con unas emergentes ciencias sociales que defendían la comparación científica como método de trabajo y que suponían una competencia a los juristas que hasta el

²⁰⁹ Pierre Favre cita los textos presentados por Bufnoir a estos organismos: "Rapport sur l'organisation de l'enseignement des sciences politiques et administratives", *Revue internationale de l'enseignement*, 1 (1881), 378-398; "La réforme du doctorat en droit", *Revue internationale de l'enseignement*, 26 (1893), 35-48; "Rapport au nom de la commission du Conseil supérieur de l'Instruction publique (inséré dans le rapport au Président de la République)", *Recueil Beauchamp*, 5 (1895), 466-477; "De la part à faire aux sciences politiques dans l'enseignement des universités", *Revue internationale de l'enseignement*, 31 (1896), 527-535.

²¹⁰ Claude Bufnoir, "De la part à faire aux sciences politiques dans l'enseignement des universités", *op. cit.* 528.

²¹¹ Véase H.S. Jones, *The french State in Question. Public Law and political argument in the Third Republic*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, 32 y ss.

momento habían sido los únicos autorizados para pensar la política y la relación entre Estado y sociedad.

3.5.- La legislación comparada: precedente de la comparatística

De la comparatística francesa anterior a 1900 podemos aplicar la misma conclusión que Aldo Mazzacane da sobre el derecho comparado alemán: “Nella Germania del secolo XIX il diritto comparato nasceva dunque come pratica assai prima della teoria. Il che non vuol dire che non nascesse come settore disciplinare autonomo con un suo pubblico di cultori”²¹².

Cuando Saleilles comenzó a escribir sobre derecho comparado en los años ochenta del siglo XIX el estudio de la legislación extranjera ya tenía en Francia treinta años de tradición. La *Société de législation comparée*, creada en 1869 por Laboulaye había sido fundada con la finalidad de traducir y divulgar normas jurídicas extranjeras entre abogados y jueces pero también para motivar mejoras en el derecho patrio. Esta sociedad fue la primera de las dedicadas a la legislación comparada que se crearon en Europa hacia aquellos años y fue siempre referente de la comparatística en Europa.

La *Société de législation comparée* promovía traducciones al francés y estudios de leyes extranjeras. Sus páginas fueron durante muchos años el único medio por el que el público francés conocía las novedades legislativas en Francia. A la aparición de un código o ley de cierta importancia en alguno de los países más importantes de Europa seguía la publicación de noticias, traducciones y reseñas en el *Bulletin de la Société de Législation comparée*. La *Société de législation comparée* también promovió la edición de traducciones de leyes o códigos como publicaciones aparte que pasaron a formar parte de las bibliotecas de las facultades jurídicas. Por ello esta sociedad científica fue la fuente de información principal sobre el derecho extranjero para varias

²¹² Aldo Mazzacane, "Alle origine della comparazione giuridica", *op. cit.* 16-17.

generaciones de juristas hasta que el *Comité de législation étrangère*, dependiente del Ministerio de Justicia no inició sus traducciones oficiales.

Al mismo tiempo la *Société de Législation Etrangère* era un foro de discusión y un observatorio sobre las reformas legislativas que tenían lugar en el extranjero. En sus inicios bajo la dirección de Laboulaye había mostrado una importante vocación científica, hecho que muestran los artículos y comentarios publicados en su revista. Laboulaye no en vano era un jurista interesado en las cuestiones históricas y conocía bien la Escuela histórica alemana, de la que muchos le consideraban seguidor²¹³. El proyecto con el que se funda la *Société de législation comparée* hundía sus raíces en parte en los postulados de la Escuela histórica del derecho.

A medida que se avanzaba la segunda mitad del siglo XIX el interés por el derecho comparado crecía gracias a las labores de la Sociedad de legislación comparada. También aumentaba el espacio dedicado a la legislación comparada en facultades y revistas jurídicas. A finales del siglo XIX existían en Francia siete cátedras de legislación comparada desde las que se enseñaban determinadas materias jurídicas, generalmente del derecho privado, desde un punto de vista comparado²¹⁴. Había por tanto un público y diversos foros científicos en los que se trataba la legislación comparada.

En 1875, la *Société* continuaba sus análisis y traducciones pero detectó la necesidad de traducir de forma sistemática las normas jurídicas extranjeras de más interés. Parte de esta necesidad provenía del desconocimiento de lenguas extranjeras de que hacían gala muchísimos juristas franceses. Con esta finalidad se inició la publicación del *Annuaire de législation étrangère*. Los poderes públicos no eran ajenos a los frutos que la comparación podía aportar también en el ámbito jurídico y conocían perfectamente la actividad de la *Société*. El Ministerio de Justicia, convencido del valor de las traducciones y de la internacionalización creciente de los intercambios decidió crear en el año **188X** un *Comité de législation étrangère* que, en colaboración con la *Société de*

²¹³ Olivier Motte, *Savigny et la France*, Berne, Lang, 1983.

²¹⁴ Carlos Petit, "Absolutismo jurídico y derecho comparado", *op. cit.*

législation étrangère debía llevar a cabo la traducción de una serie de textos jurídicos extranjeros que, por unas razones de política comercial o científicas, interesaban al Estado. La creación de este comité supuso un impulso más a las traducciones y estudios de derecho extranjero como más adelante mostraré.

Sin lugar a dudas la comparatística moderna en gran parte apareció gracias al camino iniciado por la legislación comparada. Esta había conseguido construir una infraestructura básica para el estudio del derecho extranjero, había dirigido el creciente interés de los juristas por los ordenamientos jurídicos extranjeros. En definitiva podemos afirmar que la Société había generado un público y un foro para el derecho extranjero en Francia. Mas la comparatística moderna no solamente resulta de una evolución de esta legislación comparada sino el resultado de un proceso evolutivo determinado que hunde sus raíces en parte en los estudios de legislación comparada pero que tomó un rumbo diferente hacia finales del siglo XIX por la confluencia de un interés creciente en algunos juristas por la sociología jurídica y la historia. El derecho comparado nace de un interés por la legislación extranjera pero al mismo tiempo de la irrupción en el campo científico de la sociología y la sociología jurídica concretamente. De la superación de los postulados de la Exégesis francesa.

La apertura a la comparación como método científico no era exclusiva a la ciencia jurídica. Como explica Marc Ancel, el derecho se benefició de una tendencia a la comparación en otras disciplinas. Las ciencias naturales ya utilizaban el método comparativo como método científico. El comparatista francés nos recuerda como Cuvier había abierto el camino con sus *Leçons d'anatomie comparée* (1800-1805)²¹⁵. Lo mismo sucedía con la literatura y las ciencias sociales que, bajo el influjo de Herbert Spencer y de su evolucionismo social también habían adoptado la comparación como método indispensable para avanzar en la investigación.

Por todos estos factores la legislación comparada de finales del siglo XIX había jugado un importantísimo papel antes de agotar sus posibilidades a finales del siglo XIX. Había despertado y cultivado el interés de los juristas franceses

²¹⁵ Marc Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, op. cit, 15.

por el derecho extranjero y había aportado a éstos un lugar desde el que observar y discutir el derecho extranjero. Gracias a las traducciones de la *Société* se conocía el derecho extranjero, también se visualizó la posibilidad de regular ciertas materias jurídicas de forma distinta a la del Código francés. Sirvió en este sentido para que, por medio de la comparación, se detectase la deficiente regulación de algunas materias del *Code Napoléon*.

Pese a los proyectos de Laboulaye y otros juristas fieles a los postulados iniciales de la *Société*, ésta fue abandonando su proyecto científico. Su composición personal tuvo bastante que ver. Proporcionalmente creció el número de miembros provenientes de la práctica jurídica. Jueces, abogados, notarios o diputados estaban interesados en conocer la producción legislativa de otros países pero no pretendían tampoco indagar en su contexto o implicaciones y menos aún en las implicaciones doctrinales de las instituciones jurídicas²¹⁶. Para muchos de estos prácticos el estudio de las leyes extranjeras constituía tan solo un elemento auxiliar a la aplicación o interpretación del derecho. Por otro lado, entre muchos profesores de derecho seguían vigentes los planteamientos de la escuela de la exégesis. Por ello tampoco interesaban demasiado las orientaciones historicistas de los fundadores de la *Société*.

El método utilizado por la mayoría de los estudiosos de la legislación comparada consistía en yuxtaponer textos jurídicos de diferente origen para mostrar sus diferencias y semejanzas. No se profundizaba en las bases doctrinales o históricas de éstas ni se pretendía contextualizar cada norma en su ambiente político, económico o científico. Si bien esta forma de aproximación a los derechos extranjeros había servido para aproximarlos a los juristas franceses y para abrir la vía a los juristas más curiosos, el método se mostraba inservible para entrar a investigar normas como las del BGB. Este código era resultado de las elaboraciones de la doctrina alemana durante años. La redacción de sus preceptos era el resultado de un proceso de elaboración científica. Por ello de poco servía una traducción literal y su yuxtaposición con

²¹⁶ Basta con mirar la lista de miembros que reproducía cada número del *Bulletin* para ver que predominaban los prácticos del derecho.

las normas francesas. No resultaba fructífera una aproximación al BGB que no tuviese en cuenta su contexto científico.

Sin duda la sociedad de legislación comparada fue determinante en la aparición de un objeto de estudio: el derecho extranjero. Y sin duda es fundamental para el nacimiento del derecho comparado como ciencia autónoma. Pese a ello los juristas inquietos como Saleilles tuvieron la necesidad más adelante de romper con los planteamientos más acientíficos y jurídico prácticos de la sociedad para seguir el camino de la comparación científica. Como escribía Edouard Lambert en su obra sobre la función del derecho comparado, en la Société se practicaba “une conception aussi simple qu’inféconde, (qui) voit dans l’initiation des jurisconsultes de chaque pays à la connaissance des législations étrangères l’unique objet du droit civil comparé”²¹⁷.

3.6.- Factores exógenos: las codificaciones extranjeras

La crisis de la exégesis y del propio código civil francés coincide con dos importantes movimientos codificadores en Europa. En Alemania estaba en proceso de elaboración el *Bürgerliches Gesetzbuch* que debía entrar en vigor en 1900. En Suiza Eugen Huber dirigía los trabajos de redacción del *Zivilgesetzbuch*. Estos dos procesos codificatorios no dejaban en absoluto indiferentes a los juristas franceses, fuesen fieles a la exégesis o no. Los nuevos códigos aportaban al derecho europeo soluciones a los problemas de la sociedad industrial del final del siglo XIX. El legislador alemán por ejemplo abordaba el problema del abuso del derecho, planteaba una teoría de las obligaciones más realista y alejada del paradigma racional-liberal y reconocía los cambios en el papel de la mujer en la sociedad. Asimismo el código suizo establecía una original regulación de las fuentes del derecho y de la pluralidad jurídica.

²¹⁷ Edouard Lambert, *La Fonction du droit comparé*, Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé, Paris, Giard & Brière, 1903.

La recepción de estos movimientos legislativos en Suiza y en el imperio Alemán coincidía con la crisis de la Escuela de la Exégesis que era, no lo olvidemos, hegemónica en la ciencia francesa. Por ello los juristas franceses mostraron un gran interés hacia esos nuevos códigos en proceso de elaboración. Algunos de ellos veían en las reformas legislativas de aquellos países un modelo a seguir. Para otros era una amenaza a la hegemonía de la ciencia francesa y “à la française” como explicaré más adelante. En todo caso los códigos extranjeros y el BGB especialmente no dejaron a los juristas franceses indiferentes. Prueba de ello son las numerosas páginas que las revistas de la época dedicaron a los proyectos y anteproyectos de los códigos alemán y suizo pero también a otros proyectos que presentaban alternativas a la rígida regulación del *Code Napoléon*. Así se explica el interés que en toda Europa pero especialmente en *la Société de Législation comparée* levantó el Código civil de Montenegro de 1898²¹⁸.

La recepción de estos códigos no provocó únicamente un interés académico por el conocimiento y divulgación de su contenido normativo. Estos procesos legislativos animaron la reflexión de los juristas franceses sobre su propio derecho, las posibilidades de su reforma y la posible influencia en ella de los códigos extranjeros. Esta última cuestión, la de la recepción de las ideas y principios que incorporaban otros códigos, fue quizás la que más problemas planteó especialmente tras la promulgación del BGB en el Imperio Alemán y la preparación del ZGB helvético, códigos con un gran prestigio y capacidad de influencia en la doctrina.

Para expresarlo con otras palabras podemos decir que la ciencia francesa como sistema recibió un “Input” proveniente de otros sistemas jurídicos. Este “input” operó una “Irritation” en la ciencia francesa. Esta irritación se expresó en diversas formas y por diferentes medios pero ayudó a la apertura de la ciencia jurídica francesa.

²¹⁸ Carlos Petit “The Code and the Goats. Western Law in less western cultures”, in *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 20 (1998), 212-224.

Esta “Irritation” o “trouble” se vio claramente durante los festejos del centenario del código civil, que coincidió con la entrada en vigor del BGB y la presentación del proyecto de ZGB. El libro que se editó en 1904 con motivo del centenario del Code Napoléon, el *Livre du Centenaire*²¹⁹, da buena prueba de ello.

Saleilles y la Société d'études législatives habían decidido dar al aniversario la celebración que se merecía. Se organizaron conferencias sobre diferentes temas y habló en París lo más granado de la Jurisprudencia francesa. Durante las celebraciones estuvo muy presente la sombra del BGB. Prácticamente todos los juristas se pronunciaron sobre la reacción que el derecho francés debía tener al respecto. Algunos se pronunciaron claramente a favor de importar algunos de los principios del nuevo código. Otros abogaron por una reforma general del Código que permitiese una reelaboración de todos sus preceptos teniendo en cuenta los avances aportados por los códigos suizo y alemán. Otros rechazaron cualquier aproximación al BGB y defendieron el viejo modelo del *Code*. Saleilles se pronunció a favor de reformas puntuales y a favor de una mayor valentía a la hora de aplicar e interpretar el código.

Todas estas posiciones se abordarán en la parte tercera de este trabajo. Ahora me interesa más destacar un importantísimo componente jurídico político o político en esta “Irritation”²²⁰. Los nuevos códigos, con su originalidad y flexibilidad en el caso suizo y su sistematicidad y solidez científica en el caso del Imperio alemán, no sólo plantaban alternativas a los juristas franceses. Además amenazaban la privilegiada posición de que había gozado en solitario y de forma incontestada el *Code Napoléon* en el mundo jurídico y político europeo y también americano a lo largo del siglo XIX.

El código francés era bastante más que un conjunto de normas de derecho privado. Contenía también una serie de principios, los de la Revolución francesa, que le hacían ser un estandarte de los movimientos

²¹⁹ *Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire, op. cit.*

²²⁰ Utilizo esta palabra alemana en el sentido luhmanniano del término. Ver Niklas Luhmann, Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts, op. cit.*

liberales decimonónicos allende las fronteras del Hexágono. La Revolución había abolido privilegios, corporaciones y establecido las “*règles du jeu de la paix bourgeoise*”, por utilizar la expresión de Jean Renoir que rescató para la historia de derecho André-Jean Arnaud²²¹. La Revolución había construido estas reglas con las Constituciones pero también mediante un Código civil que tuvo un gran papel en la constitución de nuevas relaciones económicas y sociales.

En Francia, cómo nos recuerda Bartolomé Clavero, el Código fue una norma que, en el mismo grado que la Constitución, traía causa de los Derechos²²². Como afirma el profesor sevillano, “la empresa (se refiere a la revolución burguesa liberal) es de establecimiento de todo un *droit commun* de inspiración constitucional y para su consecución sólo se cuenta con la ley: el Código²²³.” En Francia no hubo secuencia de Derechos, Constitución y luego código sino una relación directa del Código con los derechos. Esto significa, siguiendo a Clavero, que el Código, en Francia, tuvo una importante función constituyente junto con las Constituciones. De ahí su significado constituyente y político en Francia y fuera de ella.

Esto significa que el revolucionario código civil fue importado, debido entre otros factores a su contenido político, a su función reguladora de los derechos básicos en el mundo liberal como el de propiedad a su prestigio, representaba el cuerpo legal ideal para los movimientos liberales del siglo XIX. Por esta razón fue adoptado en numerosos lugares como norma jurídica positiva. Desde la Renania hasta parte de Polonia pasando por la Península Itálica, el código francés fue derecho en diferentes países. En algunos de los países en los que se producían revoluciones liberales o bien guerras de emancipación el código francés era el modelo a imitar.

El caso de la Renania es especialmente significativo ya que no sólo las autoridades mantuvieron el texto del código francés sino que además, a lo

²²¹ André Jean Arnaud, *Les juristes face à la société*, *op. cit.*

²²² Bartolomé Clavero, “Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio”, *op. cit.* 103.

²²³ *Ibidem*, 104

largo del siglo XIX se produjo allí un considerable volumen de literatura sobre el código francés.

También tuvo un gran éxito el código napoleónico en América. Muchas de las colonias que se habían emancipado de la Corona española al grito de libertad adoptaron el código francés como texto jurídico propio²²⁴. El caso latinoamericano nos muestra mejor que ningún otro que, al adoptar el código francés como propio, un Estado no sólo importaba un conjunto de normas de derecho privado sino normas de carácter constituyente. Los criollos americanos se habían levantado contra España habían utilizado gran parte de los principios políticos de la Revolución Francesa de 1789. Por ello el *Code* era también en América símbolo del nuevo orden liberal burgués. Allí dónde regía el Código regían también la libertad contractual, la propiedad privada y el respeto a la autonomía de la voluntad²²⁵. El Código tenía un enorme prestigio político e ideológico y un fuerte carácter simbólico que facilitó su importación por diversos regímenes.

Pero, además de estos principios constituyentes, con el Código se importaban también otros bienes intelectuales “Made in France” y especialmente la doctrina jurídica francesa. Los autores franceses de la exégesis, profesores que se dedicaban a interpretar literalmente los preceptos del *Code*, gozaban por ello de un gran prestigio en los medios jurídicos de aquellos países que habían importado, copiado o adaptado el código francés a su legislación. Por ello no es de extrañar que los libros de Laurent²²⁶ se tradujeran con éxito al castellano para el consumo del público jurídico español

²²⁴ Sobre el éxito del código en América y sus efectos jurídico-políticos *vid.* Bartolomé Clavero, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI Editores, 1994.

²²⁵ No entraremos ahora a comentar la discriminación que la importación del código traía anexa para las mujeres, los hombres no propietarios y los menores en Europa. En América se le unían a estas discriminaciones la de los indígenas y los negros. Bartolomé Clavero ha tratado magistralmente este tema en la obra citada en la nota anterior.

²²⁶ François Laurent (1810-1887) fue de los autores más prolíficos de la escuela de la Exégesis. Su *Cours de droit civil* y sus *Principes de droit civil* fueron publicados reeditados varias veces incluso después de su fallecimiento.

e hispanoamericano. Al mismo tiempo en Alemania se recibían también los autores franceses. Todo esto repercutía en el aumento del prestigio y proyección internacional del derecho francés y de la ciencia jurídica francesa. En muchos países la francesa era la única doctrina extranjera que se recibía y las traducciones de obras francesas las únicas que se estudiaban en las facultades jurídicas.

La elaboración y posterior promulgación de otros códigos que rompían este monopolio de la doctrina francesa no dejaban indiferentes a los juristas en Francia. Habían transcurrido muchos años ya desde la Revolución francesa y desde la promulgación del código francés. Los nuevos códigos aportaban unos principios más modernos, más sensibles a las nuevas realidades del final de siglo. El código alemán, además, era el resultado de las elaboraciones doctrinales que la Pandectística había desarrollado durante prácticamente un siglo. Nacía con un alto prestigio científico. El código alemán significaba una forma más rigurosa y científica. EL código suizo aportaba importantes innovaciones en la concepción de las fuentes del derecho y de su aplicación, uno de los puntos más criticados por la doctrina francesa.

La ciencia francesa no podía ignorar estos cambios. La elaboración de estos códigos despertó a la doctrina de su sopor y la obligó a actualizar sus métodos, su forma de aproximarse al derecho. Y para ello tenía que abrir las fronteras de la ciencia jurídica al derecho positivo pero también a la *Jurisprudenz* extranjera. El jurista francés no podía ignorar las soluciones jurídicas dadas por los legisladores alemán o suizo a problemas que también afectaban a la sociedad francesa pero que el legislador napoleónico no había podido prever como el derecho de asociación, la responsabilidad extracontractual derivada de los accidentes de trabajo o el nuevo papel desempeñado por la mujer.

Al mismo tiempo estos otros códigos trataban algunos temas como el de las fuentes de una forma que rompía con el modelo de absolutismo de la ley que había consagrado el código francés. Se trataba además de códigos que venían escoltados por una rica y prestigiosa literatura jurídica que anunciaba que su vigencia no se podía obviar tan fácilmente.

Precisamente por esto la doctrina de esos países no podía dejar de estudiarse para comprender el significado de las nuevas instituciones jurídicas. El código alemán con su alambicado lenguaje ponía en crisis el modelo de traducciones literales de leyes que hasta el momento se habían llevado a cabo. Para aproximarse al código alemán no bastaba con saber leer y traducir el alemán sino que era necesario el conocimiento de la ciencia alemana. Los defensores de un estudio del derecho alternativo que tuviese en cuenta el contexto científico social y económico de cada institución tenían ahora una oportunidad para demostrar sus argumentos.

Esta misión solamente la podía realizar un jurista formado e introducido en las discusiones científicas en Francia y en Alemania. En definitiva, solamente un comparatista “de raza” dispuesto a llevar a cabo una verdadera comparación jurídica podía aproximarse al BGB.

De todos los códigos que se promulgaron en Europa a finales del siglo XIX el más importante quizás fue el BGB alemán. En todo caso era el primer gran cuerpo de leyes civiles que no seguía el modelo del *Code*. El BGB entraba en vigor el mismo año en que se iba a celebrar el congreso de derecho comparado. Según Marc Ancel esta coincidencia temporal entre el congreso, por tanto la toma de conciencia del derecho comparado, y la entrada en vigor del BGB generó lo que en francés llama “Dualisme” o “bipartisme” del primer derecho comparado. “Des lors- escribía Marc Ancel - le thème essentiel de la comparaison va être la confrontation du vieux Code Napoléon avec le jeune BGB”²²⁷. Quizás es exagerado achacar este dualismo a la coincidencia de fechas, pues el interés por el BGB en Francia había aparecido cuando antes de que éste se comenzase a discutir en el Reichstag berlinés y, desde entonces, se había ido incrementado.

Durante los últimos años del siglo XIX los juristas franceses se interesan por la comparación del *Code* con el BGB. Especialmente interesaban en Francia las reglas que regulaban materias que el código francés no regulaba o regulaba insatisfactoriamente al haber sido superadas por las

²²⁷ Marc Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, op. cit. 21.

transformaciones económicas y sociales. Se discutían la reforma de las reglas que regulaban los derechos de los hijos naturales y los derechos de la mujer casada en el código napoleónico y en el proyecto alemán de BGB. Se dedicaron numerosas páginas de revistas y libros franceses al régimen alemán de la responsabilidad extracontractual. Aparecieron en la discusión francesa nuevos temas que eran tratados como tales en el nuevo código de Alemania como el abuso del derecho, la dimensión social del derecho privado, o las fuentes del derecho²²⁸.

Estos factores determinaron que en Francia se practicara a finales del siglo XIX y comienzos del XX un sistema dual de comparación jurídica. El código alemán era el primer código de importancia capaz de competir con el francés en prestigio y capacidad de influir en desarrollos posteriores de la ciencia. Los juristas franceses se interesaban en comparar minuciosamente el contenido de ambos códigos y en teorizar sobre las características de uno y otro. Este sistema dual se enriqueció más tarde, tal como explica Marc Ancel, gracias al proceso de elaboración del código suizo²²⁹, que inició Eugen Huber a encargo del Parlamento en 1893 y que culminaría con la entrada en vigor del ZGB en 1912. Al interés por el código suizo seguiría el que comparatistas franceses como Edouard Lambert o Lévy-Ullmann animaron hacia el sistema anglosajón, el derecho musulmán o el de los países del Este. Pero este interés constituye un rasgo de la segunda etapa del derecho comparado moderno que Saleilles no llegó a conocer.

Pero en todo caso el “bipartisme” de la comparación jurídica dio un fuerte primer impulso a la recién nacida ciencia jurídica comparada durante sus primeros años. En sus primeros balbuceos esta nueva disciplina tenía dos sistemas de prestigio, con una determinada metodología jurídica detrás, con los que la comparación era posible y motivadora. La aparición de otros códigos, el descubrimiento del derecho anglosajón y, sobre todo, la I Guerra

²²⁸ Sobre esta etapa de la ciencia jurídica francesa *vid.* Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, *op. cit.* 911 y ss y 206 y ss.

²²⁹ Marc Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, 22.

Mundial, acabaron con este dualismo y con el interés francés por el derecho alemán.

Escribía Jean Henri Robert: “Saleilles fut comparatiste parce qu’il naquît non-conformiste dans une période inventive”²³⁰. Ciertamente el interés de Saleilles por el derecho comparado viene determinado por el momento que vivía entonces la ciencia jurídica francesa y por las ansias de cambios que tenían algunos juristas inquietos. Estos eran conscientes de las limitaciones de su código y sus métodos de investigación y enseñanza del derecho. También conocían las transformaciones que sufrían las relaciones económicas por un lado y las ciencias sociales por el otro. Pero sobretodo veían como en otros países el legislador llevaba a cabo con éxito procesos de codificación del derecho privado recogiendo los avances de la dogmática jurídica del siglo XX y recogiendo reglas mejor adaptadas a la sociedad de finales del siglo XIX que ya no era la de individuos hombres, propietarios, libres que veía el legislador francés de 1804. Por ello el proceso de aparición del derecho comparado se entiende solamente si se contempla a la luz de los deseos de cambio y reforma del propio derecho que el BGB primero y el ZGB más tarde despertaron.

3.7.- Excurso: los soportes comunicativos de la comparatística anterior a 1900

Saleilles era una *rara avis* dentro de la *Société de Législation comparée*, asociación en la que predominaban los juristas prácticos y académicos interesados en una comparación superficial. Estos rechazaban sus proyectos de comparación científica. Saleilles, “contre vents et marées” como contaba a Huber en 1900, consiguió que sus ideas sobre la autonomía de la comparatística fuesen discutidas por la comunidad internacional de juristas en el congreso internacional de derecho comparado de 1900. Esto no hubiese sido posible sin el concurso de otros juristas, comparatistas, civilistas o historiadores, con los que Saleilles compartía una serie de principios sobre los

²³⁰ Jean-Henri Robert, "Saleilles et le comparatisme", *op. cit.*, 143.

fundamentos del derecho comparado. Ya he avanzado el destacado papel de Edouard Lambert en la organización del congreso al que habría que sumar Lévy Ullman, Eugen Huber así como Otto Gierke y Otto Opet.

Estos juristas intercambiaron ideas y planteamientos antes de llegar a la cita parisina. De lo contrario no habría sido posible consensuar posiciones y estrategias. Por ello este intercambio de información resulta fundamental para entender la génesis de la comparatística. Al no existir ninguna institución ni revista dedicada al derecho comparado *sensu stricto* se nos plantea un interrogante. ¿Cuáles fueron los soportes comunicativos que sustentaron este intercambio de información?

En parte fue el *Bulletin de la Société de législation comparée* en el que Saleilles y otros juristas publicaron muchos de sus escritos. Pensemos que fue el *Bulletin* la publicación en la que el borgoñón publicó sus monografías sobre el derecho alemán y sobre las fuentes de las obligaciones que servirían de base más tarde a los libros que con el mismo tema salieron al mercado editorial francés. Por tanto Saleilles, pese a tener un planteamiento minoritario con el de la mayoría de juristas, tenía un espacio en el que plasmar y difundir sus posicionamientos.

Otro importantísimo soporte lo constituyen, a mi modo de ver, los epistolarios. Mediante el intercambio de cartas se fue creando según mi modo de ver una auténtica comunidad de juristas comparatistas antes de que la comparatística apareciese oficialmente en 1900. Estos juristas intercambiaban ideas, publicaciones, inquietudes y proyectos creando un flujo de información científico polifónico que fue generando el clima de opinión sin el cuál no habría sido posible la celebración del congreso y sin el cuál la comparatística moderna probablemente no habría tomado conciencia de sí misma.

Saleilles comunicó con muchos colegas sobre el congreso. Fue él quien invitó a Eugen Huber y a Otto Opet al acontecimiento parisino. Con el profesor suizo compartía una idea sobre el papel de la historia jurídica en la ciencia jurídica. Saleilles se inspiró en algunas ideas de Huber. También se sirvió de su amistad y de su reflejo en las cartas para vestir con mayor prestigio y legitimidad sus planteamientos en el congreso parisino. Gracias a estas cartas

conocemos ideas de Saleilles que no aparecen en las monografías o en las actas del congreso de 1900, soportes éstos menos personales y menos proclives por tanto a la espontaneidad y la familiaridad. Un ejemplo de ello son los conflictos de Saleilles con otros juristas comparadores que no compartían sus planteamientos científicos:

“Non, certainement, nous n'avons pas abandonné notre Projet de Congrès de droit comparé pour le 1er Août 1900. Mais je lutte contre bien des difficultés, dont la principale est de faire entendre à beaucoup de gens, qui ne s'en doutent pas, ce qu'est que le droit comparé. Pour eux, c'est étudier une question de droit d'après la réglementation diverse qu'elle a reçue dans les différentes Législations. Cela, c'est le commencement seulement du droit comparé; c'est une juxtaposition, ce n'est pas une comparaison. C'est comme si on disait qu'on a fait du droit romain lorsqu'on a établi l'exacte version des textes. De la juxtaposition il faut tirer des résultats; du reste ces résultats se tirent d'eux mêmes, par la compénétration inconsciente des usages et des doctrines. Ihering l'a admirablement montré. Or à côté de la compénétration inconsciente il faut organiser une compénétration consciente et scientifique, et c'est cela le droit comparé”²³¹.

También conocemos gracias a las cartas la influencia que la obra de Huber pudo tener sobre la comparatística de Saleilles. Para el borgoñón el objetivo del derecho comparado, la construcción de un derecho común, había sido realizado en Suiza por Eugen Huber

“J'avais en effet l'intention de demander une communication sur votre avant-Projet Suisse étudié au point de vue de l'unification du droit civil en Suisse et de la part faite à la compénétration des droits locaux historiques dont il est la résultante. C'est en effet là un beau monument de droit comparé; car si le Droit comparé commence par l'étude et la constatation des diversités nationales c'est en vue de favoriser la formation ultérieure d'un Droit commun qui facilite les rapports entre les hommes. Vous avez réalisé la première

²³¹ Carta de Saleilles a Huber de 17 de diciembre de 1899.

fonction du droit comparé dans votre belle histoire du droit Suisse, et la seconde dans votre avant-Projet de Code civil.

Vous nous donnez là une leçon superbe de droit comparé²³².

Las relaciones personales de Saleilles expresadas en las cartas ayudaron al francés en la organización del congreso. No olvidemos que Saleilles tan sólo era secretario adjunto del comité organizador, dominado por juristas prácticos. Las cartas eran tarjetas de presentación que otorgaban prestigio a su tenedor delante de la comunidad científica.

Afortunadamente podemos consultar las cartas enviadas por Saleilles a Huber y también a von Liszt, presente en el congreso parisino. Las cartas escritas a Lambert o a Lévy-Ullmann sin duda aportarían una valiosísima información a la hora de estudiar la aparición del derecho comparado como ciencia. Desgraciadamente estos epistolarios, si todavía existen, se encuentran en paradero conocido.

4.- La doctrina comparatística de Raymond Saleilles

En las páginas precedentes he presentado algunas de las circunstancias que provocaron a finales del siglo XIX la aparición en Francia del derecho comparado como disciplina científica autónoma. No es un elenco exhaustivo pues resultaría imposible determinar todos los factores que intervinieron en este complejo proceso.

Estos factores determinan la doctrina comparatística de Raymond Saleilles, con unos logros y unos límites marcados por la época. Pese a ello Saleilles destaca por ser el primer jurista francés que toma conciencia de la autonomía de la nueva disciplina, la tematiza y lucha para lograr su reconocimiento como ciencia diferenciada de las demás parcelas del saber jurídico y de las incipientes ciencias sociales. Para Saleilles era fundamental esta diferenciación de la comparatística ya que, de continuar como estaba

²³² Carta de Saleilles a Huber de 22 de marzo de 1900.

compartiendo instituciones y revistas con unos juristas interesados en la mera traducción literaria de leyes extranjeras, corría el riesgo de no avanzar como ciencia y convertirse en una disciplina auxiliar del jurista práctico.

Esta “Ausdifferenzierung” del derecho comparado, por utilizar los términos de Niklas Luhmann²³³, fue, en mi opinión, el *Leit Motif* del la teorización saleilliana del derecho comparado al menos hasta 1905. El borgoñón apostó tempranamente por una disciplina en un momento en que, dentro de la floración general de las ciencias sociales en Francia, las fronteras entre disciplinas como la sociología, la filosofía del derecho o el estudio de la legislación comparada estaban poco definidas. Saleilles se plantea como motivo de su “Kampf um die Rechtsvergleichung” la construcción de un método diferenciado, la delimitación del objeto y de las finalidades de esta nueva disciplina.

Saleilles era consciente de la importancia de diferenciar la comparatística, no tanto de la sociología como del estudio de la legislación comparada. Saleilles consiguió marcar claramente la frontera entre derecho comparado y legislación comparada pero descuidó en cambio los *limes* del derecho comparado con otras disciplinas como la historia, y la sociología y también con el derecho natural, al centrar el método y el fin de la nueva ciencia en la búsqueda de un derecho común de la humanidad civilizada. Al mismo tiempo, la aproximación de Saleilles al derecho comparado tenía los mismos límites que su concepción del derecho: la centralidad del código y la limitación geográfica a la Europa central.

En todo caso y como ya avanzaba al comienzo, Raymond Saleilles jugó un importantísimo papel en todos los pasos por los que se desarrolló este proceso. Nuestro jurista vio antes que la mayoría la necesidad de diferenciar el derecho comparado del estudio de legislaciones extranjeras que practicaba entonces la mayoría de juristas de la *Société de législation comparée*. Saleilles se había mostrado desde su juventud muy activo en dicha sociedad desde su juventud. No en vano su maestro (y posteriormente también suegro) fue

²³³ Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, *op. cit.*

Claude Bufnoir que había sido Presidente de la citada *Société* y que supo abrirle las puertas de la institución a su discípulo y más tarde yerno Raymond Saleilles. Desde muy pronto nuestro jurista se hizo un hueco en las páginas del *Bulletin de législation comparée* haciéndose pronto conocido por sus escritos sobre el proyecto de Código alemán

Los escritos de Saleilles sobre legislación comparada pronto adquirieron un carácter diferente de los textos que escribían sus colegas de la *Société*. Debido a su formación histórica y filosófica, incidían en el contexto de las normas estudiadas alejándose de la mera traducción al francés en que consistía la mayoría de textos que ocupaban las páginas del *Bulletin*. Los juristas que en esta revista escribían tenían unas aspiraciones más prácticas y no tan científicas que las de Saleilles. No olvidemos que más de la mitad de los miembros de la *Société* eran prácticos del derecho. Estos estaban interesados en los aspectos más superficiales del derecho extranjero. El estudio de la legislación comparada era un instrumento auxiliar de la aplicación del derecho, una aplicación que cada vez más debía tener en cuenta normas extranjeras.

A Saleilles no le satisfacía esta forma de estudiar el derecho. Limitarse a una traducción y comentario de alguna norma extranjera apenas aportaba frutos al progreso del derecho. Este tipo de estudio había tenido algún interés en el pasado. Pero los progresos de las ciencias sociales, los avances de la ciencia jurídica europea y el cambio del lenguaje jurídico que operaba el código alemán hacían de la legislación comparada un instrumento del todo insuficiente para conocer mínimamente las reformas legislativas extranjeras. Saleilles veía como un simple ejercicio previo al trabajo científico la traducción o cotejo de normas de diverso origen que se practicaban en la *Société*.

En los años finales del siglo antepasado Saleilles va tomando conciencia de estos límites de la legislación comparada y de la *Société de législation comparée* para profundizar en el estudio del derecho comparado en la dirección que él deseaba, la que marcaban las incipientes ciencias sociales como la sociología del derecho. Era conocedor de la necesidad de separar el estudio científico del derecho comparado de la exégesis y traducción literal de

textos legales extranjeros. Separar ambas formas de aproximarse al derecho era la única manera de superar las limitaciones de una disciplina, la legislación extranjera, en manos de prácticos o dogmáticos del derecho.

Este fue uno de los grandes méritos de Saleilles: haber tomado conciencia de esta necesaria separación y haber intentado llevarla a la práctica. Saleilles además supo identificar los elementos que eran necesarios para que se operase la “Ausdifferenzierung” del derecho comparado: la determinación del método, del objeto y de la finalidad del derecho comparado.

Por ello Saleilles, a partir de 1899 dejó sus escritos sobre derecho alemán en los que en vano intentaba convencer a sus coetáneos sobre la necesidad de transformar la legislación comparada y dedicó gran parte de sus escritos a la determinación del método de la comparatística

El método saleilliano resultaba de la aplicación del método histórico (comparación vertical) a la comparación entre ordenamientos jurídicos (comparación horizontal). De ello se desprendía la atención que necesariamente debía prestar el comparatista a la sociedad en la que e insertaba un determinado sistema jurídico. Pero no era fácil para un jurista, de un civilista como era Saleilles, introducir la sociología en los estudios jurídicos. No olvidemos que en los tiempos en los que escribía Saleilles todavía gozaba de gran predicación la Exégesis. Saleilles salvó este inconveniente con la elaboración de un concepto externo al derecho positivo como fue el de “droit commun de l'humanité”. Este derecho común era un ideal jurídico al que debían orientarse los ordenamientos nacionales a través de los prácticos del derecho pero también de los profesores. La función de la comparatística según Saleilles era la identificación de este derecho ideal. Para ello debía tener en cuenta las reglas que regían la sociedad en el presente (sociología) así como las que la habían regulado en el pasado (historia).

La búsqueda de un derecho ideal supranacional es un rasgo característico de esta primera comparatística, pero en Saleilles adquiere una máxima expresión ya que se convierte en el elemento que permitía justificar la separación del derecho comparado de la dogmática jurídica que estudiaba el derecho positivo y de la legislación comparada que se limitaba al cotejo de

normas jurídicas francesas y extranjeras. Este derecho ideal, en el que influyó mucho el clima de optimismo de finales del siglo XIX, pretendía también justificar las necesarias reformas del derecho francés sin que fuesen consideradas como una cesión a los códigos alemán y suizo, como una “defaite” del código francés ante el BGB, como un simbólico Sedan en el ámbito del Derecho.

En mi opinión, como trataré de explicar en los epígrafes siguientes, hay una relación directa entre este proyecto reformista del derecho francés y su teorización sobre el “droit commun de l’humanité civilisée” como elemento central del derecho comparado: el derecho comparado había de ser motor de las reformas francesas al mostrar en ordenamientos extranjeros retazos del derecho común ideal hacia el que tenía que moverse el derecho francés en la legislación pero también en la doctrina y en la práctica jurídica.

El derecho comparado que Saleilles construyó todavía debía sufrir cambios hasta llegar a ser el derecho comparado libre de todo derecho natural que conocemos hoy. La idea de “droit commun” fue más tarde separada del estudio del derecho comparado. Tampoco el método pensado por Saleilles estaba del todo elaborado. Pero en todo caso es indudable que la aportación de Saleilles al nacimiento de la ciencia del derecho comparado resultó de primera magnitud.

4.1.- Saleilles y la autonomía del derecho comparado

En esta insuficiencia del viejo método de la legislación comparada centró Saleilles gran parte de sus críticas. Nuestro jurista había participado desde joven en las discusiones de la *Société de législation comparée*. Como ya avancé, Claude Bufnoir, su padre académico y también político, había presidido dicha organización entre los años 18-18. Este hecho sin duda facilitó el acceso del discípulo y yerno a la institución de los comparatistas y le dirigió hacia el estudio del derecho comparado.

Saleilles se había doctorado en 1883. En 1884 había conseguido la *agrégation* y había sido destinado a Grenoble como profesor del curso de historia del derecho. En 1885 fue destinado a Dijon. Durante esos años no produjo muchas páginas impresas. Pero seguramente dedicó muchos esfuerzos al estudio del derecho comparado, pues en 1889 aparecieron ya importantes textos suyos sobre el derecho alemán con toda seguridad bajo la guía de su suegro Bufnoir. El Boletín de ese año incluyó su “Etude sur la théorie générale des obligations d’après le projet de code civil allemand”²³⁴ y el “Etude sur les Sources de l’obligation dans le projet de Code civil pour l’empire d’Allemagne”²³⁵. Estos dos textos ampliados y fundidos fueron publicados como libro aparte con el título *Essai d’une théorie générale de l’obligation d’après le projet de code civil allemand*²³⁶, una de las obras más importantes de Saleilles.

Estos textos de Saleilles muestran ya desde un temprano momento una determinada posición respecto al estudio del derecho comparado. El borgoñón abordaba de una forma muy diferente de la de la mayoría de sus colegas en la Sociedad de Legislación comparada el derecho extranjero. El análisis literal, la yuxtaposición de textos, núcleo de la legislación comparada, es en estos textos tan sólo un primer paso en el análisis comparatístico.

Sin duda y como ya avancé en el capítulo biográfico, Saleilles utilizó los años de enseñanza en provincias para desarrollar su concepción del derecho comparado y para formarse en esta materia. Cuando el borgoñón apareció a la palestra de los comparatistas lo hizo mostrando ya su gran potencial analítico y una visión del derecho comparado muy diferente de la de la mayoría de sus colegas en la *Société de législation comparée*.

²³⁴ Raymond Saleilles, “Etude sur la théorie générale des obligations d’après le projet de code civil allemand”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 18 (1888-1889), 166-264, 492-523.

²³⁵ Raymond Saleilles, “Etude sur les Sources de l’obligation dans le projet de Code civil pour l’empire d’Allemagne”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 18 (1888-1889), 583-670.

²³⁶ Raymond Saleilles, *Essai d’une théorie générale de l’obligation d’après le projet de code civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1890.

Lo prueba el hecho de que en 1890 publicase ya uno de sus primeros textos sobre el método histórico, dedicado a analizar el potencial de esa metodología en la enseñanza del derecho, especialmente del derecho romano²³⁷. Por tanto despuntaban de forma temprana la defensa de Saleilles de un método diferente en el estudio del derecho y la reivindicación de una forma diferente de aproximarse al derecho extranjero.

Saleilles, aparte de conocer su derecho patrio y los autores de la exégesis, también se manejaba con soltura con el derecho alemán de la época. Conocía la doctrina alemana del momento y también a los autores de la Escuela histórica del derecho. Pese a no considerarse perteneciente a esta escuela creía en el método histórico como forma de estudiar el derecho y sus relaciones con la sociedad²³⁸. El método histórico juega en Saleilles un papel fundamental al permitirle superar el puro análisis textual y estudiar las normas en relación con el contexto que las genera y sobre el que se aplican. Saleilles pretendía en sus textos aplicar este mismo método al derecho extranjero. La comparación resultaba de la yuxtaposición de los resultados de la aplicación del método histórico a unas normas u ordenamientos de diferente origen.

No solamente la formación de Saleilles, sus conocimientos del ordenamiento y de la doctrina alemana determinan esta elección metodológica. Saleilles empezó a escribir sobre derecho alemán en un momento en que se estaba elaborando el BGB. Una aproximación francesa a este código mediante el análisis meramente literal resultaba del todo infructuosa. La complejidad del BGB, su alambicada redacción obligaban al jurista francés a entender las construcciones doctrinales sobre las que se fundamentaba.

²³⁷ Raymond Saleilles, "Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit", *Revue internationale de l'enseignement*, 19 (1890), 482-503.

²³⁸ Raymond Saleilles, "Le Code civil et la méthode historique", in: *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, 97-129; también "Méthode historique et codification", in: *Atti del congresso internazionale di scienze storiche*, IV, Roma, Tipografia della Reale Accademia dei Lincei, 1904, 3-22; "Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit", *Revue internationale de l'enseignement*, 19 (1890), 482-503.

Para ello el derecho comparado debía librarse de las limitaciones doctrinales que “los estudiosos de la legislación comparada imponían en las discusiones de la *Société*. Saleilles vio en la celebración del congreso internacional de derecho comparado una oportunidad para que la práctica científica de la comparatística, apoyada con los profesores alemanes, suizos o británicos que estaban en la misma labor, pudiesen proclamar la existencia de una disciplina autónoma con un método propio.

Pero la crítica saleilliana al estudio de las legislaciones extranjeras venía de mucho antes. En 1891, todavía lejano el congreso parisino, escribía Saleilles en una reseña a una importante obra de Sraffa: “je ne vois pas en effet quel grand profit nous avons tiré jusqu’ici de notre façon de présenter à part le contraste des législations étrangères, sous forme de résumés plus ou moins superficiels à la suite de chaque question de notre droit national”²³⁹. Para el borgoñón el estudio de la legislación extranjera se limitaba a un contraste o “juxtaposition” como gustará escribir más adelante, entre los textos escritos de normas jurídicas de distinto origen. El tono de estas críticas, inhabitual en el tranquilo jurista borgoñón, muestra su gran empeño en cambiar el *statu quo* científico.

4.2.- Derecho comparado y legislación comparada

Saleilles, educado en una cultura jurídica en la que el latín y el derecho romano eran piezas centrales, compara el estudio de la legislación extranjera con el del derecho romano para mostrar la acientificidad del primero. Según él, en la investigación comparatística o romanística era preceptivo determinar los textos jurídicos, clásicos en un caso, extranjeros en el otro, a estudiar. En ambos casos esta actividad consistía tan sólo un primer paso de la investigación. Pero los estudiosos de las legislaciones comparadas se

²³⁹.Raymond Saleilles, “Contribution à l’étude des méthodes juridiques. À propos d’un livre de M.A. Sraffa”, *Annales de droit commercial français, étranger et international*, 5 (1891), 217-227, 219.

contentaban con la determinación de los textos jurídicos extranjeros y eventualmente con su traducción. Para muchos juristas con los que Saleilles tenía que discutir en la *Société de législation comparée* la comparación se limitaba a esta yuxtaposición de textos jurídicos, cosa lógica si pensamos que muchos de ellos habían sido educados con los argumentos de la escuela de la exégesis.

Saleilles, conocedor del método histórico y lector de los primeros sociólogos, considera esta actividad poco fructífera. El estudio de los textos sin tener en cuenta el contexto social, histórico y científico que los había generado no aportaba instrumento alguno para la comprensión de la realidad. La ciencia, en cambio, había de estudiar la vida; el derecho en el contexto en el que desarrollaba su potencial y en el que evolucionaba.

El estudio de la legislación que proponían los exegetas tampoco servía a finales del siglo XIX a una práctica comercial cada vez más desarrollada. La práctica huía, según Saleilles, de la legislación y acudía a unos cada vez -más desarrollados usos que eran útiles instrumentos del intercambio “qu'elle que soit leur nationalité”²⁴⁰. El estudio de las legislaciones extranjeras en Francia ignoraba esta fuente del derecho al no estar escrita como la ley. De esta forma, práctica jurídica y legislación comparada se iban alejando progresivamente.

Para evitar este riesgo la comparación jurídica científica debía partir del estudio de los hechos. Saleilles no ignoraba los avances de la *Freirechtsschule* y de la *Rechtssoziologie* en Alemania ni tampoco los textos de Gabriel Tarde en Francia. “La science – escribe Saleilles - doit suivre les progrès de la vie partout où elle se produit”²⁴¹. Saleilles se refería con esta afirmación a la vida jurídica y a la vida social. La vida jurídica no se manifestaba exclusivamente en las leyes emanadas por el legislador. También formaban parte de esta vida la práctica jurídica, las elaboraciones doctrinales e incluso las manifestaciones de la costumbre. La comparatística científica, a diferencia de la legislación

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ Raymond Saleilles, “Contribution à l'étude des méthodes juridiques”, *op. cit.* 219.

comparada, debía estudiar todas estas manifestaciones y no solamente la legislación que, por otra parte, no podía ser estudiada de la forma como lo hacían muchos de los colegas de Saleilles en la *Société de Législation comparée*.

Al fin y al cabo para Saleilles el derecho comparado consistía en “de l’histoire réduite à un point dans le temps”²⁴². No era pues dogmática jurídica ni una ciencia auxiliar de la dogmática jurídica. Se debía determinar cuáles eran “son propre objet, ses lois et sa méthode”²⁴³.

Durante los años que rodean la organización y celebración del congreso internacional de derecho comparado Saleilles intentó difundir esta idea fundamental para él en aquel momento en que la comparatística dependía de los estudios de legislación comparada. El congreso internacional es para él la ocasión más adecuada para asentar esta idea y fundar formalmente una ciencia autónoma del derecho comparado. Realizar esto implicaba criticar la práctica tradicional de la legislación comparada. Saleilles debía por tanto atacar a sus propios colegas de la *Société* que tenían una visión muy diferente no sólo del derecho comparado sino también de los objetivos que debía tener el congreso. Este hecho lo muestra perfectamente una de las cartas escritas por Saleilles a Huber. En diciembre de 1899 le cuenta a su colega suizo:

“Non, certainement, nous n’avons pas abandonné notre Projet de Congrès de droit comparé pour le 1er Août 1900. Mais je lutte contre bien des difficultés, dont la principale est de faire entendre à beaucoup de gens, qui ne s’en doutent pas, ce qu’est que le droit comparé. Pour eux, c’est étudier une question de droit d’après la réglementation diverse qu’elle a reçue dans les différentes Législations. Cela c’est le commencement seulement du droit comparé; c’est une juxtaposition, ce n’est pas une comparaison (...) De la juxtaposition il faut tirer des résultats; du reste ces résultats se tirent d’eux mêmes, par la compénétration inconsciente des usages et des doctrines. Ihering l’admirablement montré. Or à coté de la compénétration inconsciente il faut

²⁴² *Ibidem*, 219.

²⁴³ *Idem*.

organiser une compénétration consciente et scientifique, et c'est cela le droit comparé"²⁴⁴.

Aquí expresaba Saleilles de nuevo sus ideas básicas. Sin una reflexión derivada de la yuxtaposición de normas jurídicas no podía haber una ciencia. Y, al mismo tiempo, no podía darse una reflexión sin un método que articulase de forma consciente la compenetración entre normas jurídicas de diferentes orígenes.

La idea de que la comparatística debía pasar su Rubicón abandonando la práctica de una simple yuxtaposición de normas la repetirá Saleilles una y otra vez explicándose esta insistencia por la resistencia de sus colegas aferrados a la comodidad de la falta de método comparatístico. En su informe de 1899 sobre el congreso a celebrar escribía que, en el estudio de las legislaciones extranjeras, “[o]n se contente d'une juxtaposition de textes empruntés à des législations de pays différents, sans qu'aucune méthode, ni critique ni rationnelle, préside à cette sorte de nomenclature"²⁴⁵.

Esta yuxtaposición de textos jurídicos no aportaba en opinión de Saleilles ningún fruto científico. Pero tampoco aportaba una gran ayuda a los prácticos del derecho. Mediante la práctica de esta comparación acientífica se presentan textos totalmente descontextualizados y que, por tanto, podrían obstaculizar el estudio de la realidad jurídica de un país. “Ce que l'on fournit ainsi, - escribía en 1900 - ce sont des documents, et de mauvais documents; car il s'agit d'institutions exposées d'après les textes qui les régissent, c est à dire d'après l'ossature inerte qui leur sert de charpente, et non d'après le fonctionnement pratique et la façon dont elles agissent et dont elles vivent”²⁴⁶.

El valor de estos textos era muy relativo para Saleilles pues configuraban únicamente el esqueleto del derecho, pero no el derecho en sí.

²⁴⁴ Carta de Saleilles a Huber de 17 de diciembre de 1899.

²⁴⁵ Raymond Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé. Rapport présenté au congrès international de droit comparé”, *Bulletin de la Société de législation comparé* 29 (1899-1900), 383-405, 383.

²⁴⁶ *Idem*.

El esqueleto inerte no representaba la vida jurídica. Ésta era inoculada por la doctrina, la práctica jurídica y la jurisprudencia. De bien poco servía estudiar los textos de las leyes sin entender su contexto científico y jurisprudencial. La comparatística debía estudiar el texto legal con la doctrina y la jurisprudencia y “suivre les progrès de la vie partout où elle se produit”²⁴⁷.

Este estudio de los textos legales foráneos debía dejar paso a un estudio metódico, profundo, científico del derecho comparado. El estudio de la legislación comparada o extranjera debía dejar paso al derecho comparado. La diferenciación de éste respecto a aquél constituye el gran caballo de batalla de Saleilles al menos hasta 1900. Una vez pasado el congreso el objetivo estaba conseguido. Sobretudo cuando en 1902 se crea una cátedra de derecho civil comparado cuyo primer titular sería, cómo no, Raymond Saleilles. Pero hasta ese momento la lucha por “une science indépendante, ayant son propre objet, ses lois et sa méthode” no podía parar sin el riesgo de que el derecho comparado quedase subsumido en la legislación comparada como ciencia auxiliar de las otras disciplinas jurídicas²⁴⁸.

Los postulados de Saleilles chocaban con las prácticas de sus colegas de la *Société*. La mayoría de ellos eran juristas prácticos interesados en traducciones literales de textos extranjeros y a los que Saleilles no lograba convencer de la necesidad de dar un carácter científico y racional a la comparatística. Estas diferencias se mostraron claramente durante la organización del congreso de derecho comparado pero también encontramos muestras de ellas con anterioridad. Especialmente ilustradoras resultan las discusiones entorno a la traducción del BGB que el *Comité de legislation étrangère* emprendió en 18XX y en la que Saleilles participó de forma destacada.

El Ministerio de la Justicia había encargado a este Comité, organismo dependiente del Ministerio de Justicia pero integrado por profesores, una

²⁴⁷ Raymond Saleilles, “Contribution à l’étude des méthodes juridiques”, *op. cit.* 219.

²⁴⁸ *Idem.*

traducción del código civil alemán, todavía en periodo de *vacatio legis*²⁴⁹. En un primer momento dirigió el proyecto Claude Bufnoir. Tras la muerte de éste fue su discípulo y al mismo tiempo nuero, Raymond Saleilles, quien continuó con la dirección. Además, el borgoñón fue el encargado de traducir la parte general del BGB y los artículos dedicados al derecho de obligaciones²⁵⁰.

No era la primera traducción al francés del BGB. Raoul de la Grasserie había publicado su propia traducción en 1897²⁵¹. O de Meulenaere también había traducido el código alemán ese mismo año²⁵². Estas traducciones consistían hasta entonces en transposiciones del texto legal al francés que incluían alguna nota aclaratoria en aquellos casos en que eran necesarias para la comprensión del lector. Las traducciones en ningún caso eran acompañadas de aparato científico o ensayo doctrinal alguno. Se trataba, por tanto, de traducciones en las que se presentaba, según la opinión de Saleilles, “une ossature dépouillée de ce qui en fait la vie, un mécanisme au repos”²⁵³.

Si bien una traducción de este tipo tenía cierto sentido con otros textos, en el caso del BGB resultaba ciertamente absurdo presentar una traducción literal, ya que el jurista francés no podría entender el tecnicismo y perfección del código alemán y, en consecuencia, no obtendría una visión correcta del

²⁴⁹ *Code civil allemand. Promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900*, Paris, Imprimerie Nationale, 1904. Saleilles tradujo la introducción, el léxico, la parte general (artículos 1 a 240) y las secciones I a VI del Libro II (artículos 241 a 432).

²⁵⁰ *Code Civil allemand promulgué le 18 août 1896 entré en vigueur le 1er janvier 1900*, Paris, Imprimerie Nationale, 1904.

²⁵¹ Raoul de la Grasserie, *Code civil allemand et Loi d'introduction, suivis de la loi sur les livres fonciers et de celle sur la vente et l'administration forcées*, Paris, Pedone, 1897. Sobre estas dos traducciones ver Werner Schubert, “Das BGB im Urteil französischer Juristen bis zum Ersten Weltkrieg“ in, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (germanistische Abteilung)*, 114 (1997), 128-181.

²⁵² O. de Meulenaere, *Code civil allemand et Loi d'introduction*, Paris, Chevalier-Marescq, 1897

²⁵³ Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand à propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère*, Paris, Pichon, 1904, 3-4.

nuevo derecho privado del Imperio alemán. Otros juristas franceses habían hecho una adaptación al idioma francés del código alemán pero sin explicar el trasfondo científico del articulado del código alemán. El lector francés se debía enfrentar por tanto a un texto con un lenguaje del todo diferente al del código francés. Si bien estas traducciones daban un instrumento para aproximarse al BGB, era del todo insuficiente dado el grado de alambicación del código alemán. Saleilles, en cambio, pretendía que la traducción de la *Société* superara esta concepción simple de las traducciones y configurase una verdadera obra científica que explicase las bases doctrinales y jurisprudenciales del nuevo código.

Por todo ello Saleilles propuso al comité de traducción que el texto francés del BGB fuese acompañado de un comentario sobre las doctrinas que sustentaban los preceptos del nuevo código. Según Gaudemet²⁵⁴, el proyecto de comentario propuesto por Saleilles estaba inspirado por el comentario del BGB que en 18YY el jurista alemán Gottlieb Planck había publicado en Alemania²⁵⁵. Para Saleilles se trataba de algo imprescindible en la traducción del BGB: “Il faut évoquer le milieu scientifique, doctrinal et pratique, qui en conditionne le fonctionnement”²⁵⁶. Pero ni Saleilles era Planck ni los juristas franceses eran los alemanes y el Comité de legislación extranjera rechazó la idea de que la traducción francesa del BGB fuese acompañada de un comentario. Al menos sí que accedió a la propuesta de Saleilles de que el texto de la traducción fuese acompañado de un importante aparato de notas, algo considerado por el borgoñón “comme vraiment indispensable, à raison de l'importance et des difficultés spéciales du monument législatif qu'il s'agissait de traduire”²⁵⁷.

²⁵⁴ Eugène Gaudemet, “Raymond Saleilles et le Code civil allemand”, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, *op. cit.*, 115-151, 132.

²⁵⁵ Gottlieb Planck, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Berlin, Guttentag, 1902

²⁵⁶ Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, *op. cit.*, 3.

²⁵⁷ *Ibidem*, 1.

Estas diferencias a la hora de diseñar la traducción al francés del BGB las explica Saleilles, aunque muy elegantemente y alabando el resultado final de la traducción, en el primer capítulo de su *Introduction à l'Etude du droit civil allemand* titulado precisamente "La traduction du Code civil allemand publiée par le Comité de législation étrangère"²⁵⁸. Estas páginas, saludan con alabanzas el trabajo del Comité de legislación extranjera pero reprochan a los colegas de Saleilles la insuficiencia de la traducción simple sin aparato científico: "[I]l était indispensable, si le nouveau texte doit servir d'instrument de travail pour l'étude de la pensée juridique allemande, que l'on cherchât à élucider certaines questions générales qui dominent toute l'application du droit civil allemand, et dont cependant il ne paraît pas que l'on doive trouver trace dans la traduction du Comité"²⁵⁹.

En todo caso el Comité no aceptó la idea de Saleilles de incluir en la edición francesa del BGB un comentario científico y el borgoñón se tuvo que conformar con un BGB en francés que incluía "l'appareil considéré comme indispensable". Este capítulo expresa a la perfección las diferencias de intereses y sensibilidades que existían en la comunidad de juristas que se interesaban por el derecho extranjero.

Al no ver realizado su proyecto Saleilles decidió emprender él solo su proyecto de realizar un estudio científico del BGB con la finalidad de aproximar al público francés las elaboraciones doctrinales alemanas. Esto se materializó en su obra *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, redactada al parecer como revancha a la negativa de publicar una traducción acompañada de ensayos científicos²⁶⁰. En ella Saleilles recogió las reflexiones históricas y doctrinales que Saleilles habría querido ver en la edición francesa del BGB. En todo caso esta obra responde totalmente a la idea de comparación jurídica que Saleilles defendía, como más adelante mostraré.

²⁵⁸ Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, op. cit. 1-5.

²⁵⁹ *Ibidem*, 2.

²⁶⁰ Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, op. cit.

En las primeras páginas de la obra, tras saludar con alabanzas el trabajo del *Comité* encargado de la traducción, reprocha a sus colegas de forma velada la insuficiencia de la traducción: Insuficiencia que vendría a suplir el libro de Saleilles según éste. Saleilles había propuesto dotar el libro con un fuerte aparato de notas y con un estudio preliminar que permitiese al jurista francés entender el fondo de una construcción dogmática tan elaborada. “Il était indispensable – escribía Saleilles – si le nouveau texte doit servir d’instrument de travail pour l’étude de la pensée juridique allemande, que l’on cherchât à élucider certaines questions générales qui dominant toute l’application du droit civil allemand”²⁶¹. Para el borgoñón era imposible entender un cuerpo legal como el BGB sin conocer mínimamente la doctrina alemana y limitándose a leer el contenido literal de sus preceptos. Escribe Saleilles: “[I]l était indispensable, si le nouveau texte doit servir d’instrument de travail pour l’étude de la pensée juridique allemande, que l’on cherchât à élucider certaines questions générales qui dominant toute l’application du droit civil allemand, et dont cependant il ne paraît pas que l’on doive trouver trace dans la traduction du Comité”²⁶².

El *Comité*, como avanzaba, no aceptó su idea de publicar junto la traducción un comentario. Se publicó un aparato de notas mucho menos fuerte que el propuesto por nuestro jurista, quien lo califica “comme vraiment indispensable, à raison de l’importance et des difficultés spéciales du monument législatif qu’il s’agissait de traduire”²⁶³. Por ello esta edición francesa del BGB, a juicio de Saleilles, “peut être utile, par conséquent, pour tous ceux qui auront à étudier le Code allemand, de leur fournir un exposé rapide des quelques idées directrice dont il suppose l’existence, plus encore qu’il ne la consacre”²⁶⁴. Seguramente la mayoría de miembros del *Comité*, órgano estatal dependiente del Ministerio de Justicia, no lo olvidemos,

²⁶¹ *Ibidem*, 2.

²⁶² *Idem*.

²⁶³ *Ibidem*, 1.

²⁶⁴ *Idem*.

preferían una traducción que pusiese a disposición de los prácticos del derecho el texto francés del nuevo código alemán.

Aunque Saleilles, gracias a la negativa del *Comité* que publicó la traducción, pudo sacar a la luz su obra *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, este capítulo, y el sentido tono de la presentación de esta obra nos indican ya las diferencias que el borgoñón tenía con sus colegas de la *Société de législation comparée*. En todo caso el estudio de Saleilles constituye un caso paradigmático del derecho comparado “comme il faut” que defendía Saleilles. Pese a su brevedad, Saleilles realiza una aproximación al derecho alemán a través de la historia, de la doctrina y del contexto social.

Hemos de señalar aquí que Saleilles, en estas primeras páginas de su *Introduction* dedicadas a la traducción oficial del BGB, otorgaba traspasa a Claude Bufnoir el mérito de haber ideado una edición francesa del BGB profusamente anotada. Gaudemet, en cambio, no cita a Bufnoir cuando escribe sobre este hecho en su texto homenaje a Saleilles de 1914: “C'est à lui surtout [a Saleilles], en effet, que revient l'honneur d'avoir fait prévaloir, dans l'ordonnance générale et dans les détails de l'oeuvre, deux idées, dont l'heureuse réalisation assure à la traduction française du Code une valeur scientifique tout à fait exceptionnelle”²⁶⁵. Como ya expliqué, la devoción de Saleilles hacia Bufnoir, su maestro y suegro, en ocasiones le lleva a sobrevalorar sus actos y escritos.

Si la diferenciación del derecho comparado respecto al estudio de la legislación extranjera fue uno de los temas más importantes en la obra de Saleilles hasta 1900, el congreso internacional de derecho comparado suponía para el borgoñón la oportunidad de que este y otras cuestiones de la comparatística fueran tematizados por la comunidad internacional. Y, gracias al concurso de Lambert y “contre vents et marées”, Saleilles consiguió esto al aceptarse su propuesta de que la sección primera del congreso se dedicase a la cuestión de la definición, fines y método del derecho comparado.

²⁶⁵ Eugène Gaudemet, “Raymond Saleilles et le code civil allemand”, *op. cit.* 130.

La autonomía del derecho comparado con relación al resto de disciplinas jurídicas y sociales en general pero en especial de la legislación comparado constituyó la preocupación principal de Raymond Saleilles durante los años que rodearon el cambio de siglo. Saleilles repitió la misma idea, las mismas expresiones en diversos textos. Para él la legislación comparada que se practicaba no era una ciencia sino una simple "juxtaposition des lois". La creación de una ciencia del derecho comparado era sencillamente indispensable para avanzar en el estudio del derecho comparado. Y la creación de la comparatística pasaba por el establecimiento de un método, de un objeto y de la finalidad del derecho comparado.

Saleilles reiteró estas ideas no sólo en los diferentes textos que escribió sino también dentro de los mismos textos, que en ocasiones giran alrededor de esta importante y necesaria autonomía que el derecho comparado debía conseguir de los estudios de legislación comparada. Esta reiteración en la expresión de estas ideas muestra que en ellas basaba Saleilles la supervivencia no solamente de una comparatística científica sino también de un método jurídico científico. Saleilles intentaba transmitir una cierta urgencia en la construcción de la ciencia del derecho comparado que podría explicarse por los avances que las legislaciones de otros estados habían realizado y que podían relegar a la vieja escuela francesa a un papel marginal dentro del panorama científico jurídico europeo.

Para estudiar los elementos fundamentales de la comparatística de Saleilles es muy ilustrativo el "Rapport" que presentó en la nombrada sección primera del programa Saleilles mostró en él sus ideas sobre la ciencia comparatística: método, objetivos y definición. Pero destaca en el texto su lucha por la diferenciación del derecho comparado, por su emancipación de la legislación comparada.

Insistía Saleilles en su crítica a lo que él llamaba juxtaposición de leyes y que configuraba el estudio de la legislación comparada entonces. Saleilles criticaba a los juristas que "se contente[nt] d'une juxtaposition de textes empruntés à des législations de pays différents, sans qu'aucune méthode, ni

critique, ni rationnelle, préside à cette sorte de nomenclature”²⁶⁶. La ausencia de método condenaba al estudio del derecho comparado a la condición de ciencia auxiliar, de disciplina técnica y no científica que se dedicaría a facilitar textos jurídicos traducidos literalmente al jurista práctico.

También ponía de nuevo el acento el “Rapport” de Saleilles en la repercusión negativa que tenía esta comparación acientífica sobre la práctica jurídica. Como había escrito algunos años antes, Saleilles insiste en 1900 en el hecho de que la legislación comparada lo único que hacía era “fournir (...) des documents, et de mauvais documents”. Para Saleilles era central la idea de que los textos legales solamente aportaban “l’ossature inerte” o la “charpente” de las normas y nada decían sobre su verdadero funcionamiento. Para estudiar el funcionamiento del derecho se debía realizar un análisis crítico de las normas, de la jurisprudencia y de la doctrina. Se trataba pues de estudiar los textos “d’après leur fonctionnement pratique et la façon dont elles agissent et dont elles vivent”²⁶⁷ y “en tenant compte de l’état social auquel elles s’appliquent”²⁶⁸.

Resulta coherente la atención de Saleilles a la función que debía tener el derecho comparado en la práctica jurídica. Recordemos como la vida jurídica para el borgoñón incluía no sólo la ley y la doctrina sino también la jurisprudencia y la práctica de los actores jurídicos. Pero en este caso esta referencia se explica por el público de la *Société de législation comparée*. Los juristas que se interesaban por el derecho extranjero eran en su mayoría prácticos: jueces, abogados, notarios, etc. Y contra los prácticos precisamente tuvo que enfrentarse Saleilles repetidamente: al diseñar la traducción del BGB, al organizar el congreso internacional de 1900. A ellos debía convencer Saleilles de que una comparatística científica beneficiaría precisamente a una práctica jurídica cada vez más internacional y, por tanto, más necesitada de comprender, y no solamente recibir, las normas jurídicas nuevas que otros

²⁶⁶ Raymond Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé”, *op. cit.*, 383.

²⁶⁷ *Idem*.

²⁶⁸ *Ibidem*, 384.

estados producían. Un ejemplo claro lo constituía el BGB. Ningún jurista podía entender y utilizar una transcripción al francés de muchos de sus preceptos. Eran necesarios estudios científicos para aproximar al público francés las nuevas doctrinas y el nuevo enfoque que representaba este “monument législatif”.

Sailleilles consideraba además que cuando se trataba de aplicar o interpretar un precepto de un ordenamiento extranjero, y el borgoñón tenía en mente especialmente al código alemán, no era suficiente con la lectura de las normas escritas y su interpretación “a la francesa”. Es decir, como si se tratase de preceptos del código napoleónico. Era necesaria una labor científica de interpretación que tuviese en cuenta el contexto de ese cuerpo legal. Un tribunal francés que aplicase literalmente una norma traducida de otra lengua podría incurrir fácilmente en un error dada la divergencia entre el sentido de la norma y su expresión literal: “les divergences auxquelles devrait fatalement conduire la seule interprétation du texte par le texte sont de celles qui constitueraient presque toujours une violation manifeste de la loi”²⁶⁹. Sailleilles venía a decir que la aplicación literal de una norma de derecho extranjero sin tener en cuenta su significado real y su contexto político y jurídico podría provocar una aplicación ilegal del derecho.

Por supuesto la vieja legislación comparada limitada a la transcripción de textos al francés resultaba incapaz de realizar esta labor científica de estudio del derecho comparado. Y con este argumento justificaba Sailleilles la necesidad de construir una ciencia “à l'état indépendant, avec son objet propre, ses lois et ses méthodes”²⁷⁰.

Vemos en este subcapítulo que Sailleilles defendía la autonomía del derecho comparado con cierto ímpetu. Tenía quizás, como ha afirmado Marc Ancel, “l'ardeur un peu désordonnée et avec certe sorte d'exclusivisme qui marque trop souvent les néophytes”²⁷¹.

²⁶⁹ Raymond Sailleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, *op. cit.* 4.

²⁷⁰ *Ibidem*, 384.

²⁷¹ Marc Ancel, “La tendance universaliste dans la doctrine comparative française”, *op. cit.* 19.

4.3.- Derecho comparado e historia del derecho

La historia del derecho y el derecho comparado siempre han mantenido estrechas relaciones. Aún hoy los paralelismos, diferencias y complementariedad de ambas disciplinas suscitan el interés de comparatistas e historiadores, como demostró el *Deutsche Rechtshistorikertag* de 1998 que se celebró en Regensburg y las monografías que en esas jornadas se presentaron²⁷².

La comparatística moderna apareció en estrecho contacto con la legislación comparada y también con la historia. Para Saleilles el derecho comparado era una consecuencia lógica de la aplicación del método histórico, por tanto de la historia como ciencia. De hecho éste método defendido siempre por Saleilles se resolvía en un ejercicio de doble comparación: una comparación vertical (histórica) y otra horizontal (derecho comparado). El estudio de éste “venait de soi” para los juristas que creían en la historia como componente de método jurídico. Como escribía Saleilles en 1904 en ocasión del centenario del *Code civil*, “Le droit comparé n’est que le prolongement dans ce présent de ce qui constitue l’histoire dans le passé; c’est de l’histoire qui se réalise”²⁷³. Por esta razón el método comparatístico partía, para Saleilles, del método histórico.

Al hablar de historia o de método histórico Saleilles no hablaba de historiografía o el método histórico que podamos conocer hoy. En aquel momento y aplicado a las ciencias sociales el método histórico constituía el único existente contrapuesto al exegético. Así lo entendía Saleilles quien en 1904 escribía:

²⁷² Sobre este tema véanse Mathias Reimann, “Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 7 (1999) 496-512; Axel Flessner, “Die Rechtsvergleichung als Kundin der Rechtsgeschichte”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 7 (1999), 513-520; Klaus Luig, “Was kann die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung bieten”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 7 (1999) 521-530.

²⁷³ Saleilles, “Le Code civil et la méthode historique”, en *Code civil. Livre du centenaire*, I, op. cit. 97-127, 99.

“La méthode historique est la méthode scientifique par excellence. Dégagée de tout élément subjectif, elle s'en tient aux faits et aux réalités, elle les classe et en déduit les lois générales qu'ils comportent. Appliquée au droit, elle n'a d'autre objectif que de mettre le droit en conformité avec la vie”²⁷⁴.

Aplicado al derecho, el método histórico no acercaba únicamente el derecho positivo a su pasado sino a la vida, a la realidad social actual. Por tanto el método histórico era una herramienta más sociológica que historicista. En contraste, el método jurídico tradicional o exegético contra el que se situaba Saleilles relacionaba la ley con sus principios racionales abstractos alejándole de la realidad.

El derecho era para Saleilles una materia viva en continua evolución. Y qué mejor método para estudiar esta evolución que la historia, la comparación vertical de una institución con sus antecedentes y con su contexto histórico actual. El método histórico le permitía a Saleilles determinar las normas que regían la evolución del derecho no solamente en el pasado sino también en el presente. Saleilles creía en la “identité des lois qui président à l'évolution sociale et l'influence des courants d'assimilation entre peuples voisins”²⁷⁵ con las leyes que regían la evolución jurídica. Esto implicaba que el estudio del derecho debía tener en cuenta el contexto social de las reglas jurídicas.

Para Saleilles el derecho comparado como ciencia debía intervenir en esta evolución jurídica. El método histórico debía asistir al jurista para determinar la evolución de la sociedad y su relación con las leyes. El derecho comparado “représente la part d'initiative rationnelle qui doit intervenir dans la genèse et le développement du droit, en tant qu'elle prend pour objectif, non pas l'évolution d'une législation particulière, mais le courant général qui se dégage de l'ensemble des législations aux pays à formation sociale sensiblement similaire”.²⁷⁶

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ Raymond Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé”, *op. cit.* 385.

²⁷⁶ *Ibidem*, 389-390.

Por tanto el derecho comparado, a diferencia de la historia que se limitaba a observar las reglas de la evolución jurídica en los diferentes países, debía determinar, a través del estudio de las legislaciones, la corriente general de la evolución de la legislación. Debía encontrar las reglas que regían esta evolución del derecho en Francia y en los países de su entorno.

El método histórico debía servir para adaptar las normas existentes en un ordenamiento jurídico a la realidad social e histórica de cada momento. El agente mejor preparado para realizar esta función era, según el juicio de Saleilles, la jurisprudencia que aplicaría siempre el método histórico en su actuación. Precisamente el gran reproche que el borgoñón hacía a la Escuela histórica del derecho era no haber valorado el papel de los Tribunales en la evolución del derecho²⁷⁷. Los jueces, en aplicación del método histórico, podían ser los mejores aplicadores del método histórico y, además, servir de contrapeso al absolutismo jurídico y al estatalismo que tanto criticaba la Escuela histórica del derecho.

4.4.- El método comparatístico: entre la sociología y el “droit commun de l’humanité”

En la época de Raymond Saleilles método histórico y sociología iban sin duda de la mano. Y por ello la comparatística lindaba con el derecho comparado y método comparatístico con método sociológico. Gabriel Tarde afirmaba durante su principal parlamento en el Congreso de derecho comparado de 1900 que era “imposible ocuparse del derecho comparado sin hacer al mismo tiempo, de forma consciente o inconsciente, sociología”²⁷⁸. Efectivamente a finales del siglo XIX y comienzos del XX los puntos de contacto entre ambas disciplinas son numerosos, como demuestra el hecho de

²⁷⁷ Raymond Saleilles, "Le Code civil et la méthode historique", *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, 763-777. 771 y ss.

²⁷⁸ Gabriel Tarde, "Sociologie du droit et droit comparé", in *Congrès international de droit comparé. Procès verbaux I*, Paris, 1905, 437-445, 438.

que diversos cultivadores de la incipiente sociología participasen activamente en el congreso parisino.

Ambas disciplinas, la iussociológica y la iuscomparatística, se habían desarrollado de forma paralela hacia finales del siglo XIX. El derecho comparado, al menos la versión que de él defendía Raymond Saleilles, aplicaba el método histórico para encontrar las reglas que en cada sociedad regían la evolución del derecho. La sociología jurídica, por su parte y tal y como la entendían entonces los franceses, investigaba las reglas de la evolución de la sociedad. Por ello resultaba natural cierta confusión en el objeto de ambas ciencias.

Derecho comparado y sociología jurídica eran resultantes de una reacción académica contra la exégesis y la dogmática jurídica del siglo XIX. El sociólogo y el comparatista pretendían superar una forma de estudiar el derecho basada en las elaboraciones teóricas cuando no en la interpretación exegética de los preceptos de los códigos. Superar esta caduca forma de estudiar jurisprudencia exigía introducir en los estudios jurídicos un nuevo método científico que investigase la relación entre normas, sociedad e historia, que acercase las normas jurídicas a la realidad sobre la que actuaban y de la que procedían.

Pero para introducir este método se debía revisar la misma concepción del derecho. Si se concebía el ámbito de lo jurídico como un producto de la razón, de la voluntad del hombre aplicada a la regulación de la comunidad tal y como pensaban los iusnaturalistas del siglo XVIII y buena parte del XIX no había motivo alguno para abordarlo desde el método sociológico u histórico: bastaba con la aplicación de la lógica y de la interpretación exegética de los textos. Pero el derecho, según estos atrevidos juristas de finales del XIX entre los que se encontraba Saleilles, era algo diferente al producto racional del pacto social que creían los racionalistas.

El derecho, según Saleilles, era uno de los resultados de la vida social. "Toute la résultante de la vie collective organisée, ce que nous appelons la vie

sociale, est une résultante juridique”²⁷⁹. Además de resultado era fundamento del derecho : Si “le droit est à la fois le fondement et la résultante de la vie sociale”²⁸⁰. Es más; “c’est dans le droit que s’incarnent et par lui que se manifestent les relations sociales, les courants sociaux, tout ce qui compose la vie sociale”²⁸¹.

Saïlles hablaba de producto social o resultado de la evolución social para definir el derecho. En ocasiones concretaba esta fórmula y afirmaba sin ambages que el derecho evolucionaba debido a los intereses egoístas de las sociedades: “Quoi qu’il en soit, au fond de tout changement d’orientation dans la marche du progrès juridique, il y a des éléments auxquels tout le reste peut se ramener, l’un de caractère purement égoïstique, l’autre de caractère purement idéal: le premier vient des intérêts des collectivités lésées”²⁸². ¿Qué diferencia entonces estos intereses egoístas del derecho? Según Saïlles una norma jurídica consistiría en una pretensión o interés sociales que hubiese adoptado la forma de un ideal de justicia. Los factores sociológicos que influían sobre el desarrollo del derecho podían variar y causar que la ley actual fuese contra este ideal de justicia.

El jurista debía tener como objeto de su estudio no sólo la norma jurídica plasmada sobre el papel de las leyes sino que debía estudiar las normas jurídicas como materialización del interés social. En este sentido se aproximaba Saïlles a la Jurisprudencia de intereses que concebía el derecho como un interés social amparado por la comunidad. Para realizar esta interpretación resultaba imprescindible la superación de la exégesis o la jurisprudencia de conceptos y se debía dejar paso a la aplicación del método de observación. Se debía aplicar un método, llamémosle sociológico u histórico, que permitiese estudiar la evolución del derecho y su génesis social.

²⁷⁹ Raymond Saïlles, “Les Rapports du droit et de la sociologie”, *Revue internationale de l’enseignement supérieur*, 48 (1904), 420-432, 422.

²⁸⁰ Raymond Saïlles “Conception et objet de la science du droit comparé”, *op. cit.* 386.

²⁸¹ *Idem.*

²⁸² *Ibidem* 428.

Este cambio de método también se mostraba necesario en la aplicación del derecho. El ritmo de evolución de la sociedad era más veloz que la posibilidad de cambio que tenían las normas escritas. Para superar esta distancia entre texto y realidad existían varias alternativas. Una era proveída mediante la aplicación de las reglas de la equidad o de la razón como el “Bon Juge Magnaud” hacía para escándalo o admiración de muchos juristas en Francia y en el extranjero. Saleilles no citaba directamente a este conocido juez pero hacía referencia a él para criticarlo. “Nous voyons de plus en plus recommander et préconiser, principalement dans les milieux socialistes, la conception du "Bon Juge", celui qui, se mettant au dessus de la loi, lorsque la loi a vieilli, tranche dans le vif, et juge d'après l'équité et d'après sa conscience, en tant qu'elle est représentative”²⁸³. Según el borgoñón este método suponía un retorno a la escuela del derecho natural y a su ideal de justicia universal, con su ineludible carga de arbitrariedad: “A ces essais purements individualistes et un peu archaïques d'une justice d'équité, nous voulons substituer les bases objectives, donc scientifiques et sociologiques, d'une justice vraiment sociale et progressive”²⁸⁴. Proponía Saleilles la elaboración de un método científico y objetivo en la aplicación del derecho a la realidad.

Saleilles proponía el método histórico y evolutivo (es decir; el método sociológico) a la hora de aplicar e interpretar el derecho. El Juez, según esta nueva premisa, había de aplicar, no su criterio individual sino buscar el criterio de la conciencia colectiva de la masa. Para ello había de adoptar criterios científicos y objetivos: “Ce sont des bases scientifiques d'interprétation évolutive qu'il nous appartient aujourd'hui de rechercher et de fixer. Et il faut que nous la fixions (...) d'une manière scientifique, c'est à dire après des éléments purements objectifs, pris en dehors des conceptions subjectives du juge; sinon

²⁸³ Raymond Saleilles, “Le droit romain et la démocratie”, in: *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, Milano, Ulrico Hoepli, 1905, 712-730, 721.

²⁸⁴ Raymond Saleilles, “Rapports du droit et de la sociologie”, *op. cit.* 431.

ce sont tous les inconvénients de l'ancienne école du droit naturel qui se reproduiraient"²⁸⁵.

He aquí la tarea no exenta de dificultades de la nueva ciencia del derecho que postulaba entre otros Saleilles: la búsqueda de estos criterios por los que evolucionaba el derecho en una sociedad determinada y la determinación del método de búsqueda: "En d'autres termes, ce que nous demandons (...) c'est que tous les facteurs qui concourent à l'évolution du droit, facteurs moraux, facteurs économiques, facteurs sociologiques, soient pris en considération par le juge, comme bases objectives et scientifiques de son interprétation, mais à un condition, à la condition de les mettre en harmonie avec l'ensemble de la loi et du droit du pays; sinon on risque de sacrifier à un progrès imaginaire la liberté, l'ordre et le sentiment même de la légalité"²⁸⁶.

En definitiva y como escribiría Saleilles en 1905, "cette adaptation de la loi à la vie, est l'objet propre de la science du droit". Y para ello se debía estudiar la vida social mediante las herramientas de la sociología. Una vez determinadas las reglas de funcionamiento y de la evolución de la sociedad el comparatista aplicaría el método comparativo.

La propuesta jurídico científica de Saleilles consistía en el cambio del paradigma racionalista y iusnaturalista que había imperado en la ciencia durante el siglo XIX por un paradigma histórico sociológico. Este método sociológico implicaba también realizar una comparación jurídica. Saleilles tenía claro que el método comparatístico tenía que ser el método del comparatista independientemente de que éste utilizase el producto de la investigación sociológica: "Le droit comparé, en tant que science principale (...) a pour but, en premier lieu, l'étude des diverses législations envisagées par leur côté social; en second lieu, le rapprochement sous forme de groupes constitués par leurs similitudes organiques, des constructions juridiques et pratiques révélées par l'étude séparée des législations"²⁸⁷

²⁸⁵ *Ibidem* 430.

²⁸⁶ *Ibidem*, 731

²⁸⁷ Raymond Saleilles, "Conception et objet de la science du droit comparé", *op. cit.* 397.

Pero este planteamiento de Saleilles aportaba una nueva dificultad: la casi identidad de método y objeto de la sociología y el derecho comparado. Esta fusión de las dos disciplinas no era deseada por Saleilles pese a que en muchas de sus páginas resulta difícil diferenciar entre ambas.

Esta identidad de métodos y objeto entre estas dos ramas del saber se daba a finales del siglo XIX, cuando la comparatística se empieza a diferenciar de la legislación comparada, es solamente parcial. Mientras la comparación jurídica se había limitado a la yuxtaposición de textos legislativos, las fronteras con la incipiente sociología habían estado bien definidas: la legislación comparada estudiaba textos jurídicos aplicando el método exegético y la sociología estudiaba las reglas de la evolución social aplicando un método llamado sociológico. En el momento en que juristas como Saleilles habían re-dirigido su interés como juristas a la relación entre derecho y sociedad, cuando comenzaron a tener en cuenta la historia y el contexto social, entonces aparecieron espacios fronterizos difusos entre las dos disciplinas, efecto no deseado expresamente ni por juristas comparatistas ni por sociólogos.

Desde entonces la relación entre sociología jurídica y derecho comparado ha ocupado con frecuencia a comparatistas y sociólogos. El sociólogo Manfred Rehbinder escribía en 1977 que los sociólogos habían mirado siempre con muy buenos ojos a la comparatística y que éstos, a su vez, habían utilizado frecuentemente los métodos de la sociología²⁸⁸. Esto muestra como la frontera entre ambas ciencias ha sido siempre muy poco clara. La mayoría de autores ha recurrido al criterio de la normatividad para diferenciar una ciencia jurídica, la comparatística, de una ciencia empírica, la sociología. Jean Carbonnier escribía en 1972 que la comparatística tenía en común con la sociología jurídica el estudio de sistemas jurídicos en los que no participaban. Pero, a diferencia de la sociología, la comparatística contiene, según el Decano Carbonnier, pensamiento, ideas dogmático-jurídicas²⁸⁹. Esto determina diferentes objetos

²⁸⁸ Manfred Rehbinder "Einleitung" in Manfred Rehbinder/ Ulrich Drobnig (Hrsg), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977..

²⁸⁹ Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972. Utilizo aquí la versión alemana: *Rechtssoziologie*, Berlin, Duncker Humblot, 1974, 22.

para ambas disciplinas, pues, así como la sociología estudiaría “Tatsachen”, pertenecientes al dominio del “Sein”, el derecho comparado, en cambio, tendría como objeto normas, enunciados prescriptivos jurídicos que marcarían un “Sollen”.

Las relaciones de la comparatística con la sociología en general y la sociología jurídica en particular, ocuparon también la atención de los asistentes al congreso de 1900, acta de nacimiento, no lo olvidemos, del derecho comparado como ciencia. Si la comparatística había de marcar en aquel acontecimiento sus fronteras con las otras disciplinas adyacentes como la historia y el estudio de la legislación comparada, también había de diferenciarse de una ciencia, la incipiente sociología, con la que frecuentemente se solapaba en método y objeto.

Raymond Saleilles llegó a 1900 con las ideas claras sobre cuál era la línea divisoria a trazar entre ambas ciencias. No estaba sólo en esta labor; Raoul de la Grasserie, civilista que se había destacado con su traducción del BGB, anterior a la del *Comité de législation comparée*, también era consciente de la necesidad de separar claramente ambas disciplinas. Saleilles y de la Grasserie, se pronunciaron, aunque cada uno de forma distinta, por una clara determinación del método y sobretodo del objeto de las dos disciplinas como forma de diferenciar estas dos ciencias²⁹⁰. Así lo hizo también el jurista y sociólogo Gabriel Tarde²⁹¹. En cambio un entonces joven Edouard Lambert que se había destacado en la defensa de una comparatística autónoma y científica, expresó en París su idea sobre la identidad entre ambas disciplinas²⁹².

Aunque Saleilles remarcaba con frecuencia la separación entre sociología y comparatística, en realidad construyó un sistema en el que el derecho comparado no podía prescindir de la sociología para determinar las reglas de la

²⁹⁰ *Procès verbaux* 172 y ss; Raoul de la Grasserie, 208 (= *Jahrbuch für vergleichende Rechtswissenschaft* 6 (1904), 337).

²⁹¹ Gabriel Tarde, “Sociologie juridique et droit comparé” in *Congrès international de droit comparé*, op. Cit. 437-445.

²⁹² *Congrès international de droit comparé. Procès verbaux* I, 535.

realidad social sobre las que debía incidir el derecho. De hecho, Saleilles otorgaba a la sociología un papel determinante en el proceso científico de la comparación jurídica. La comparatística saleilliana, pese a su aparente y frecuentemente tematizada autonomía, dependía del saber sociológico para poder llevar a cabo su función.

El criterio de la normatividad o de la prescriptividad positiva no le servía a Saleilles para determinar las diferencias de la sociología del derecho respecto al derecho comparado, pues éste último estudiaba a partir del derecho existente el derecho ideal: “Le droit étudie la loi existante, le droit comparé cherche à déduire la loi qui doit être”²⁹³. “Il cherche à l’établir, non pas sous la forme exacte qui serait susceptible de s’adapter au droit national, mais sous la forme d’un type générique qui doive servir de conception commune pour les réformes législatives à opérer dans les différents pays”²⁹⁴.

Mas este *Sollen* en el que pensaba Raymond Saleilles cuando hablaba del objeto de la comparatística no era el que contenían las normas jurídicas positivas de Francia o del extranjero. El objeto del derecho comparado de Saleilles era un derecho ideal, no existente; el “droit commun de l’humanité civilisée”. Los diferentes ordenamientos debían tender hacia un *Sollen*, a un derecho ideal no existente en la realidad. Los comparatistas debían pues estudiar la forma en que se debía construir ese derecho común de la humanidad civilizada. Escribía Saleilles en 1900:

“La sociologie étudie la part qui doit revenir au droit comparé dans l’évolution réciproque des législations, ou plutôt les éléments naturels et forcés qui expliquent cette pénétration internationale des phénomènes juridiques et qui en démontrent la nécessité”²⁹⁵.

Este planteamiento determina claramente la diferencia entre sociología jurídica y comparatística. Para Saleilles “la sociologie représente l’absolu de la science; le droit comparé n’est que l’idéal relatif résultant de la comparaison des

²⁹³ *Ibidem* 395.

²⁹⁴ *Idem*.

²⁹⁵ *Idem*

législations”²⁹⁶. En esta frase el borgoñón establecía de forma clara cuáles eran los objetos de una y otra ciencia. La sociología era una ciencia empírica que lanzaba y comprobaba hipótesis a partir de “Tatsache”, de hechos. Su objetivo consistía en la determinación de las leyes que regían el desarrollo social²⁹⁷. La finalidad de la sociología no sería otra que la de establecer estas reglas a partir del método empírico científico.

El derecho comparado, en cambio, estaba encargado según el esquema saleilliano, de la reconstrucción de un derecho ideal a partir de la comparación de normas jurídicas de diverso origen: “le droit comparé cherche à définir le type d’idéal tout relatif qui se dégage de la comparaison des législations, de leur fonctionnement et de leurs résultats, pour une institution déterminée”²⁹⁸. La comparatística, por tanto, tenía un objeto pero también un “Thellos” diferentes de los de la sociología.

A partir de esta concepción del derecho comparado y de la sociología Saleilles determinaba la relación ideal que debía darse entre ambas disciplinas y que es muy caracterizadora de la idea de comparatística que defendía: “La sociologie se sert de l’histoire, qui est l’instrument d’observation par excellence, pour rechercher et étudier les lois qui président à la constitution, au développement, et, d’une façon générale, à la vie organique des sociétés”²⁹⁹. La sociología debía por tanto sacar a la luz las reglas que, derivadas de la naturaleza de las cosas, determinaban la evolución de la sociedad. “[E]lle [la sociología] peut indiquer ce que l’on pourrait appeler le devenir social, elle ne suffit pas à révéler le devoir social, c’est-à-dire ce qui, à un moment de l’histoire de l’humanité, et dans des conditions économiques et sociales déterminées, se présente comme la solution la plus adéquate aux nécessités présentes. Ce devoir social doit tenir compte, sans doute, des résultats et des conséquences

²⁹⁶ Ibidem, 389.

²⁹⁷ Ibidem 390.

²⁹⁸ Ibidem, 389.

²⁹⁹ Raymond Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé.”, *op. cit.*, 386.

de la sociologie, mais il doit s'adapter également aux conceptions dominantes en matière de justice, il doit s'inspirer enfin des nécessités économiques"³⁰⁰.

El derecho comparado pertenecía a las ciencias jurídicas pero necesitaba de la sociología para determinar las reglas de la evolución social, puesto que "Le droit est à la fois le fondement et la résultante de la vie sociale"³⁰¹. El comparatista debía estudiar las instituciones "d'après leur fonctionnement et leurs résultats, et en tenant compte de l'état social auquel elles s'appliquent"³⁰². Pero en todo caso le correspondía al comparatista y no al sociólogo buscar en los ideales de justicia y en el ordenamiento jurídico las reglas que se adaptaban mejor a las necesidades sociales.

La sociología, por tanto, debía responder la pregunta sobre cuáles eran las leyes sociales de creación y desarrollo de la sociedad y del derecho pero no podía determinar las reglas jurídicas ideales que debían acompañar el desarrollo social: "elle [la sociología] ne suffit pas à révéler le devoir social". Deber social que se definía como "ce qui, à un moment de l'histoire de l'humanité, et dans des conditions économiques et sociales déterminées, se présente comme la solution la plus adéquate aux nécessités présentes"³⁰³. Este deber social no se desprendía únicamente de las conclusiones que la sociología podía marcar sino que debía adaptarse. La sociología, leemos en Saleilles, "ne suffit pas à révéler le devoir social, c'est-à-dire ce qui, à un moment de l'histoire de l'humanité, et dans des conditions économiques et sociales déterminées, se présente comme la solution la plus adéquate aux nécessités présentes. Ce devoir social doit tenir compte, sans doute, des résultats et des conséquences de la sociologie; mais il doit s'adapter également aux conceptions dominantes en matière de justice; il doit s'inspirer enfin des nécessités économiques"³⁰⁴.

³⁰⁰ *Ibidem*, 387-388.

³⁰¹ *Idem*.

³⁰² *Ibidem* 384.

³⁰³ *Ibidem* 386

³⁰⁴ *Ibidem.*, 387-388.

Más adelante abunda Saleilles en la misma idea al afirmar: “Le droit comparé cherche à définir le type d’idéal tout relatif qui se dégage de la comparaison des législations, de leur fonctionnement et de leurs résultats, pour une institution déterminée (...) Il représente la part d’initiative rationnelle qui doit intervenir dans la genèse et le développement du droit, en tant qu’elle prend pour objectif, non pas l’évolution d’une législation particulière, mais le courant général qui se dégage de l’ensemble des législations aux pays à formation sociale sensiblement similaire”³⁰⁵.

Vemos que la comparatística según Raymond Saleilles debía basarse en la sociología pero para extraer datos sensibles sobre la sociedad con los cuáles construir el ideal derecho común: “La sociologie étudie la part qui doit revenir au droit comparé dans l’évolution réciproque des législations, ou plutôt les éléments naturels et forcés qui expliquent cette pénétration internationale des phénomènes juridiques et qui en démontrent la nécessité”³⁰⁶. El sociólogo tenía la función de mostrar al comparatista la dirección que las normas sociales seguían.

A partir de este material, es decir de las conclusiones derivadas del estudio de las diferentes regulaciones jurídicas de una materia, el comparatista debía determinar el derecho ideal a construir siguiendo también los criterios de justicia que se derivasen de estas construcciones. De este esquema se desprende una relación de dependencia de la comparatística respecto de la sociología consecuencia del carácter iusnaturalístico del derecho comparado.

Por tanto, pese a la reiterativa tematización de la diferenciación de la comparatística que realiza Saleilles, el método y objeto del derecho comparado saleilliano, de forma inconsciente, se solapaba con los de la sociología jurídica. La comparatística no era del todo autónoma de la sociología como tampoco le era del derecho natural, como a continuación explicaré.

³⁰⁵ *Ibidem*, 389-390

³⁰⁶ *Ibidem*, 387.

4.5.- La función del “droit commun de l’humanité civilisée”

Ya hemos avanzado el lugar tan importante que Saleilles reservaba al “droit commun de l’humanité civilisée” en su doctrina comparatística. El derecho común, según mi modo de ver, es el eje de la construcción saleilliana y, a partir de él, se articulan su método y su objeto. No es este elemento, como se ha pensado en más de una ocasión, un exotismo superfluo resultante del *naïf* idealismo cristiano de Saleilles.

La idea de un derecho común como “Thellos” que debía seguir la práctica comparatística es un elemento fundamental en la construcción de un derecho comparado como ciencia. La legislación comparada, que tenía como finalidad hacer conocer en Francia textos legales de otros países, se limitaba a una comparación textual de leyes de orígenes diversos. El elemento teleológico que introdujo Saleilles en la comparatística le permitía introducir el estudio de la historia y de la sociología en la investigación jurídica. Esto no es baladí pues permitía alejar el derecho del conceptualismo exegético y acercarlo a la realidad social en una época en la que los planteamientos exegéticos y los recelos hacia el papel de la doctrina y de la jurisprudencia todavía eran muy fuertes.

No era por tanto el “droit commun de l’humanité civilisée” un elemento decorativo en la comparatística sino motor que fijaba método y objeto de la nueva ciencia. Además, el derecho ideal será también el fin al que los se orientaban los anhelos reformistas de los juristas franceses. Es más; el derecho común de hecho no tenía un contenido concreto sino que servía como método de aproximación al derecho comparado y al derecho propio. Era un elemento que permitía la defensa de reformas jurídicas en el propio país blindándolas del nacionalismo jurídico o del positivismo.

Todo el derecho comparado saleiliano está iluminado por una fe en el progreso y por el objetivo de una ideal unificación jurídica. El “droit commun de l’humanité” encaja a la perfección dentro del marco de la primera comparatística que nació entre una fe en el progreso y las influencias de

Rudolf von Jhering y su idea de fin (*Zweck*³⁰⁷). Esta comparatística tenía una importante carga de idealismo. Los primeros comparatistas hacen gala de una fe en el progreso y en la unificación jurídica. Es lo que Marc Ancel llama “universalismo”³⁰⁸. Este consistía en la idea, compartida por prácticamente todos los comparatistas de que la finalidad última del derecho comparado era la búsqueda de un derecho ideal, resultado de la comparación de las diferentes legislaciones y que había de guiar a los Estados en sus reformas jurídicas. Este derecho ideal lo llamaba Saleilles, cómo ya he avanzado, “Droit commun de l’humanité civilisée”. Edouard Lambert también elaboró la idea de un derecho común, aunque menos idealista, al que bautizó con el nombre de “droit commun législatif”. Henri Lévy Ullmann, por su parte, escribió sobre la idea de un “droit mondial du 20^{ème} siècle”.

Marc Ancel nos recuerda como “[L]a conception comparative de 1900 s’épanouit, en quelque sorte, dans l’euphorie”³⁰⁹. Según este jurista, concurren básicamente tres factores en la formación de este especial ambiente. En primer lugar la fe en el progreso propia de los intelectuales de una época que vivía confiada en los grandes avances científicos y tecnológicos y en la ausencia de graves conflictos armados en Europa. Este optimismo venía además alimentado por un periodo de pujanza económica basada en la tecnología y en la explotación de las colonias. En los años del cambio de siglo parecía que nada podía turbar este progreso. Las contradicciones de este progreso y sus consecuencias sociales no son tenidas en cuenta. De hecho las exposiciones universales, especialmente la de París, transmiten este espíritu de innovación, confianza y optimismo.

Marc Ancel nombra en segundo lugar como factor de la euforia comparatística el “clima de la Haya”. Con esta expresión no se refería Ancel a la alta pluviosidad de la ciudad neerlandesa sino al ambiente generado por diversas conferencias que allí se habían celebrado y que promovían la

³⁰⁷ Rudolf Jhering, *Der Zweck im Rechts*, *op. cit.*

³⁰⁸ Marc Ancel, “La tendance universaliste dans la doctrine comparative française”, *op. cit.*

³⁰⁹ Marc Ancel, *Utilité et méthodes*, *op. cit.* 21.

unificación normativa de amplios sectores del derecho privado. Cómo ya avancé en el inicio de este capítulo, desde los años ochenta se venían celebrando conferencias en la Haya y otras ciudades con el fin de unificar las normas más necesarias para el intercambio económico. Un tercer factor que alimentó el universalismo del primer derecho comparado fue la presencia a finales de siglo de dos códigos civiles importantes y prestigiosos política y científicamente y que motivaban por su riqueza de contenido su comparación: el *Code civil* francés y el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán. No solamente eran estos códigos susceptibles de ser comparados a nivel científico sino que estaban destinados a influirse mutuamente de forma beneficiosa³¹⁰.

Esta euforia universalista estuvo muy presente en el congreso de derecho comparado del verano de 1900. Así lo ha visto Ralf Michaels, quien acertadamente a mi juicio extrae de esta fe en el universalismo unas consecuencias prácticas importantes para el desarrollo de este primer derecho comparado³¹¹. De esta visión idealista, dice Michaels, se derivaban efectos normativos en el propio ordenamiento jurídico “sofern man nachweisen konnte, dass das fremde Recht diesem Universalrecht schon näher war als das eigene. Gleichzeitig ließ die Rechtsvergleichung sich auch dazu nutzen, die besten Lösungen zu finden, die zu diesem Universalrecht beitragen konnten”³¹². Es decir: una unificación ideal de los diferentes ordenamientos no era una lejana utopía.

El derecho ideal que los comparatistas debían identificar debía guiar a la ciencia y a la legislación de cada país. Los Estados, de esta forma, imitarían de forma inconsciente aquellos puntos de las legislaciones extranjeras más cercanos al derecho ideal que la normativa propia. Lo mismo sucedía con la jurisprudencia y la doctrina, que debían también abrirse a las construcciones y métodos de los otros países si estos eran mejores que los propios. De esta forma inconsciente, mediante este trasvase de instituciones jurídicas y

³¹⁰ *Idem*.

³¹¹ Ralf Michaels, "Im Westen nichts Neues?", *op. cit.* 100.

³¹² *Ibidem*, 101.

métodos de unos países a otros, se iría produciendo una unificación de las leyes, de la doctrina y la jurisprudencia.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, la construcción de este derecho ideal no debía realizarse mediante la redacción de normas comunes entre los Estados aunque en algunas materias (transporte, compraventa internacional...) sí fuese conveniente una unificación de las leyes. No se habla en ningún momento de la construcción de un derecho supraestatal. Los comparatistas hablaban más bien de un derecho científico común, de un “droit théorique international” a construir por los científicos del derecho³¹³.

Dentro de este esquema científico los comparatistas tenían la especial misión de mostrar a los legisladores nacionales, a los jueces y al resto de la doctrina cuál era el derecho común y qué normas o qué métodos de cada ordenamiento se le acercaban más y, por tanto, eran susceptibles de ser importadas. El objetivo pues era la creación de un derecho científico que serviría de base al derecho positivo legislado o jurisprudencial. El lugar de los científicos era en consecuencia de privilegio.

Esta idea tenía un fuerte trasfondo elitista que se entiende solamente en el contexto de crítica al parlamentarismo y al Estado legal de la III República³¹⁴. No sólo los comparatistas se otorgaban a sí mismos el papel de guiar al legislador. La doctrina privatística y publicística mayoritarias criticaban la radicalidad de los republicanos y el poder tremendo otorgado al Parlamento que supuso una inflación legislativa a finales del siglo XIX por la idea de que la Ley producida en el Parlamento era la máxima expresión de la soberanía popular. Los profesores reivindicaban corregir estos excesos con su ayuda técnica. Las críticas a la “*démocratie excessive qui nous envahit*” son constantes en juristas como Saleilles³¹⁵. Se criticaba el predominante papel del

³¹³ Marc Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.* 19.

³¹⁴ Ver Marie Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, *op. cit.*

³¹⁵ Raymond Saleilles, “Le droit Romain et la démocratie”, *op. cit.*; “La représentation proportionnelle”, *op. cit.*; también Recensión de N. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle, étude historique, juridique et politique*, Paris, Rousseau, 1899, in *Nouvelle Revue d'histoire du droit*, 23 (1899), 591-604.

concepto de soberanía nacional que permitía que el Parlamento, depositario de ésta, pudiese emitir leyes sin ningún criterio científico o de oportunidad política. El Parlamento francés además, estaba muy desprestigiado por los constantes. La doctrina rechazaba este absolutismo legislativo de la III República y proponía un papel mayor de la doctrina y de la jurisprudencia para compensar el excesivo peso del parlamento y de la ley.

Dentro de este contexto se enmarca la apuesta de Saleilles por un derecho común de la humanidad civilizada de base doctrinal. Digo que destaca porque este derecho ideal juega un papel central en la construcción teórica del derecho comparado saleilliano. Cómo ya avanzaba, no se entiende ni la autonomía, ni la función práctica o teórica de la comparatística en Saleilles sin este "droit commun de l'humanité" que tenía una función práctica como más adelante veremos.

Este derecho común era uno de los elementos fundamentales del concepto y objeto del derecho comparado. Esta ciencia tenía en realidad dos elementos según el borgoñón: "La première, ce sont les conclusions à tirer de cette étude parallèle des législations ; et la seconde, ce serait l'application qu'il pourrait y avoir lieu d'en faire aux institutions d'un pays"³¹⁶.

Pero Saleilles deja claro que el derecho comparado no consistía en ir a la compra de la mejor ley dentro del mercado internacional. Esto habría sido sustituir un dogmatismo francés por otro alemán: Se trataba de otra cosa: "Il faut chercher, pour une institution déterminée, non pas quelle est la meilleure loi en soi, ce qui était le propre du droit naturel, quel qu'on le comprenait jadis ; ni même quelle serait, de toutes les lois qui la régissent à l'étranger, la meilleure par ses résultats". Lo que debía buscarse era, "dans quel sens doit se faire, d'après la comparaison du droit étranger, l'orientation juridique pour un état social donné"³¹⁷.

Esto obligaba a acercarse al derecho a la realidad. Se trata de una propuesta de reforma de la ciencia jurídica en general.

³¹⁶ Raymond Saleilles, "Conception et objet de la science du droit comparé", *op. cit.*, 383.

³¹⁷ *Ibidem*, 384.

Por supuesto él mismo no habla de derecho ideal ni considera idealista o utópico su planteamiento. Para Saleilles el derecho común era una construcción que el comparatista debía realizar desde la observación de la realidad y en aplicación de un método científico. Resultaba de la observación de aquellos principios jurídicos que eran comunes a los diferentes ordenamientos del entorno jurídico cultural francés: “La première loi de toute création juridique est donc l’observation des faits, et, comme dit Ihering, la considération du but à atteindre”³¹⁸. Se trataba pues de identificar las reglas que regían el progreso social en Francia y en el resto de países vecinos y, a partir de ellas, determinar las normas jurídicas que le serían adecuadas. Mas esta observación ya estaba mediatizada por la idea de finalidad o “Zweck” de Jhering.

Pero, ¿Existía realmente un derecho común? En otras palabras, ¿Se podía construir un derecho a partir de los principios compartidos por los diferentes ordenamientos? Pese a la defensa de su existencia empírica, pese a la creencia en la capacidad de los juristas de identificar las reglas de la vida social, este derecho no dejaba de ser un ideal, un derecho natural de contenido variable “à la Stammler”. Toda la construcción saleilliana de una ciencia del derecho comparado, de su método está determinado por este derecho ideal y por la fe en la “identité des lois qui président à l’évolution sociale et l’influence des courants d’assimilation entre peuples voisins. Dans la mesure où il s’agit de définir et d’expliquer ces lois du développement juridique et social, l’histoire comparative touche à la sociologie proprement dite ; mais en tant qu’elle se restreint à l’ace qui est son domaine propre, c’est-à-dire à une question de méthode historique, il est bien clair qu’elle se borne à des constatations de fait, qui peuvent être également nécessaires, sans doute, à la science du droit comparé, mais qui, pour reprendre un rapprochement déjà présenté, sont au droit comparé ce que seraient au droit romain les textes qui lui servent de base”³¹⁹.

³¹⁸ Raymond Saleilles, “Contribution”, *op. cit.* 221.

³¹⁹ Raymond Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé”, *op. cit.* 385.

Saleilles establecía en el párrafo anterior un paralelismo entre el derecho comparado y el derecho romano. Otro paralelismo de su gusto era el que relacionaba la comparatística que debía construir el derecho común de las naciones civilizadas y la obra científica y legislativa de Eugen Huber en Suiza. En 1900 escribe a su amigo en una carta:

“(…) si le droit comparé commence par l'étude et la constatation des diversités nationales c'est en vue de favoriser la formation ultérieure d'un Droit commun qui facilite les rapports entre les hommes. Vous avez fait la première fonction du droit comparé dans votre belle histoire du droit Suisse, et la seconde dans votre avant-Projet de Code civil”³²⁰.

Según el borgoñón, Eugen Huber se había guiado por el ideal de un “droit commun de l'humanité helvétique” a la hora de escribir su *System und Geschichte de Schweizerisches Privatrecht* y de configurar su proyecto de *Zivilgesetzbuch*. Saleilles es poco realista en su análisis. Incluso en alguna ocasión habla de “idéal de justice et d'équité”³²¹. Por ello pierde de vista que los casos en que la doctrina la jurisprudencia o la legislación de algunos estados decidían aproximarse al derecho de otros países, o realizar una unificación de cuerpos jurídicos como en Suiza, se hacía aplicando criterios de oportunidad e interés y se actuaba siguiendo compromisos. No buscando un ideal superior.

En este sentido es acertada la afilada crítica que Rabel vertía en 1925 contra la idea saleilliana de unificación jurídica: “Ob Noterbrecht wie im Code civil oder Pflichtteilsforderung wie im BGB, oder ein Gemisch daraus wie im ZGB, oder ein bloßes Privileg der bedürftigen Noterben, ein Gedanke des letzten bürgerlichen russischen Entwurfs, oder gar keine *portio debita* wie in England, oder nur ein Unterhaltungsanspruch der nächsten Angehörigen – das

³²⁰ Carta de Saleilles a Huber de 22 de marzo de 1900.

³²¹ Raymond Saleilles, “L'enseignement du droit comparé en Italie”, in *Bulletin de la Société d'Études législatives* 2 (1903) 271-273, 272.

ist eine Frage der Kompromisse und der subjektiven Ermessens, nicht aber einer objektiv feststehenden Zweckmäßigkeit”³²².

Cómo ya he avanzado, la observación de la realidad, base del derecho comparado de Saleilles y teóricamente neutra, se ve mediatizada por la búsqueda de un fin, de un ideal. Pero en este derecho ideal no debemos buscar un contenido determinado determinado. Tampoco una determinada filosofía. El derecho común le servía a Saleilles como metodología para desarrollar un estudio del derecho comparado tendente a la reforma del derecho positivo en este caso francés. Por esta razón el derecho común de la humanidad civilizada tenía tan poca concreción en los estudios de Saleilles más allá de una referencia a un derecho que debían buscar los juristas a partir de la realidad social. El derecho común se convertía así en un motor de la evolución del derecho.

Saleilles intentaba fundamentar científicamente este derecho común y le reservaba un destacado papel en la aplicación judicial del derecho nacional. Era en la aplicación del derecho dónde la comparatística podía jugar un importante papel en la construcción del derecho común. Esta construcción debía darse de forma inconsciente en los Estados mas bajo la dirección de los juristas. Pero los juristas, teóricos y prácticos, debían ser los que la guiasen. Debían determinar el desarrollo que el derecho nacional debía adoptar: “ils doivent étudier tout ce qui forme le fonds commun de la civilisation générale de l’humanité”³²³.

El derecho común también servía para justificar un papel el desarrollo de un “droit théorique”, un derecho de elaboración doctrinal, frente al absolutismo del derecho legislativo que imperaba en la III República. Para Saleilles este derecho común teórico servía en el momento presente para la corrección de los excesos de un legalismo acientífico, abstracto y justificado únicamente por la soberanía parlamentaria. Saleilles consideraba que los

³²² Ernst Rabel, "Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung", *Münchener juristische Vorträge*, München, Verlag der Hochschulbuchhandlung Max Hueber, 1925, 6.

³²³ Raymond Saleilles, "Conception et objet de la science du droit comparé", *op. cit.* 396.

nuevos problemas de la industrialización podían solucionarse mediante el desarrollo doctrinal de las leyes existentes y no mediante la promulgación de leyes especiales:

“Pour croire que, si la réglementation de ces rapports juridiques est incomplète ou défectueuse, il faudra subir ces défauts et ces injustices, jusqu’à ce qu’une loi d’ensemble ait tout renouvelé, il faut vraiment ne rien connaître, ni des exigences de justice individuelle, ni des exigences sociales”³²⁴.

Mas en la época de Saleilles, la del republicanismo el Estado legal, en el que la soberanía parlamentaria era absoluta, se respondía a cualquier demanda social con la promulgación de una ley. Este fenómeno iba en detrimento naturalmente de la labor de los juristas. Era la consecuencia de lo que Saleilles calificaba “la démocratie qui nos envahit” y cuyos efectos en el ámbito jurídico tanto criticaba nuestro jurista. Para Saleilles la solución no venía dada por la promulgación de leyes generales para cada problema (por ejemplo los accidentes de trabajo) sino en la aplicación e interpretación de las ya existentes mediante criterios científicos basados en la historia:

“Plus s’accentuera le mouvement démocratique, plus se manifesterá la nécessité d’un organe intermédiaire qui prépare les solutions législatives par la réalisation partielle et continue du progrès juridique. Cet organe sera forcément la jurisprudence et la jurisprudence ne réalise le progrès que par application d’une bonne méthode scientifique”³²⁵.

El progreso debía dirigirse, según Saleilles, hacia el derecho ideal, el derecho común de la humanidad civilizada. Y este derecho lo debía construir la doctrina y al jurisprudencia y no el parlamento en aquel momento viciado por los excesos del principio democrático y que se movía por intereses electorales y no por los elevados intereses del progreso jurídico marcados por la ciencia del derecho.

³²⁴ Raymond Saleilles, “Le droit Romain et la démocratie”, *op. cit.* 722.

³²⁵ *Ibidem*, 724.

4.6.- “Droit commun de l’humanité” y Jurisprudencia de intereses

El “droit commun de l’humanité” cierra el sistema de derecho comparado construido por Saleilles. La nueva ciencia debía determinar según el esquema de Saleilles, la tendencia que debía seguir el derecho nacional para acercarse al derecho ideal. Este derecho ideal que los comparatistas habían de mostrar a partir de las reglas de la historia y de la sociología era el fin a alcanzar marcado por resulta de la historia y de las reglas sociales. El derecho comparado saleilliano se fundamentaba por tanto en una base de tipo teleológico. El “Sollen” que debían estudiar los comparatistas no era el marcado por las reglas jurídicas positivas sino por las ideales normas del “droit commun de l’humanité civilisée”.

Este razonamiento recuerda en algunos puntos al pensamiento del jurista alemán Rudolf von Jhering. Como había avanzado, Saleilles tomó algunos elementos del friso a la hora de teorizar sobre el derecho comparado. Saleilles no cita a Jhering pero utiliza elementos que bien podrían provenir de él. Si buscamos en las cartas de Saleilles a Huber aclaraciones sobre estas coincidencias encontraremos varias referencias al “esprit génial” de Jhering. Son todas ellas bastante indicativas de la admiración del borgoñón por el friso. Cuando Saleilles comunicaba a su amigo suizo su nombramiento como profesor en París y por tanto su cambio de disciplina del derecho penal al privado escribía:

“Je me mettrai alors définitivement au droit civil pour lequel en effet je crois qu’il y a à faire l’expérience de méthodes singulièrement rajeunies, inspirées surtout en l’œuvre colossale d’Jhering”.³²⁶

También nombra Saleilles a Jhering en las cartas a Huber al hablar del derecho comparado. Precisamente hace referencia al alemán al esbozar una definición del derecho comparado:

“[J]e lutte contre bien des difficultés, dont la principale est de faire entendre à beaucoup de gens, qui ne s’en doutent pas, ce qu’est que le droit comparé. Pour eux, c’est étudier une question de droit d’après la

³²⁶ Carta de Saleilles a Huber de 13 de septiembre de 1898

réglementation diverse qu'elle a reçue dans les différentes Législations. Cela, c'est le commencement seulement du droit comparé; c'est une juxtaposition, ce n'est pas une comparaison. C'est comme si on disait qu'on a fait du droit romain lorsqu'on a établi l'exacte version des textes. De la juxtaposition il faut tirer des résultats; du reste ces résultats se tirent d'eux mêmes, par la compénétration inconsciente des usages et des doctrines. Ihering l'a admirablement montré. Or à côté de la compénétration inconsciente il faut organiser une compénétration consciente et scientifique, et c'est cela le droit comparé³²⁷.

El llamado “segundo Jhering”, el de la jurisprudencia de intereses que se alejó de la *Begriffsjurisprudenz* dirigiendo su atención a los intereses sociales, pudo tener cierta influencia en la comparatística de Raymond Saleilles³²⁸. Wieacker negaba esta influencia y la limitaba a la historia y al derecho nacional pero no a ordenamientos extranjeros.³²⁹ Juristas como François Gény y Edouard Lambert reconocían esta influencia abiertamente³³⁰. Según mi modo de ver la influencia en Saleilles también fue determinante.

Los paralelismos entre ambos autores son varios. Ambos pretendían superar con la comparación jurídica el conceptualismo de la doctrina jurídica y acercar ésta a la realidad. La jurisprudencia de intereses, al introducir elementos extrapositivos como es la noción de “finalidad”, permitía tender puentes con la realidad social, coetánea o histórica. El concepto de derecho común que Saleilles introdujo en su teoría del derecho comparado también constituye un elemento extra positivo que obliga a recurrir a las herramientas de la sociología para investigar la realidad social.

³²⁷ Carta de Saleilles a Huber de 17 de diciembre de 1899.

³²⁸ Konrad Zweigert, “Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode”, in Franz Wieacker und Christian Vollschläger (Hrsg.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstag von Rudolph von Jhering*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1970, 240-251.

³²⁹ *Ibidem*, 247

³³⁰ *Ibidem*, 248 y ss.

Ambos autores llevaron a la práctica estos planteamientos. Jhering proponía la construcción de una “vergleichende Jurisprudenz”, una doctrina jurídica internacional. Saleilles, igualmente, proponía un derecho común de la humanidad civilizada que en algunas ocasiones denominaba “droit théorique international”: el derecho común no era tanto legislativo sino doctrinal y jurisprudencial. La doctrina comparatística era la que debía guiar la práctica jurídica y legislativa hacia el ideal derecho común.

Jhering concebía el derecho como un ente en continua evolución que se movía a partir de la lucha entre diferentes intereses sociales³³¹. Esta era también la visión de Saleilles del derecho comparado. El borgoñón buscaba provocar cambios en la forma de pensar el derecho en Francia y también animar al legislador a introducir reformas en los códigos. Estos cambios debían ser mínimos y dejar un amplio margen a la doctrina y a la jurisprudencia para adaptar estas normas escritas a la realidad teniendo siempre en cuenta los intereses sociales amparables jurídicamente y que en el día a día podían entrar en conflicto. El motor de esta actividad era el mismo que el que impulsaba la evolución que el derecho debía seguir: el “droit commun de l’humanité civilisée”.

¿Qué encontraremos en Saleilles de probable procedencia de Jhering? Sin duda el concepto de derecho común está inspirado en el autor alemán y lo sitúa Saleilles como fin, o “Zweck” de la ciencia del derecho comparado. Este derecho común le permitía a Saleilles por un lado introducir elementos extradogmáticos en sus investigaciones pero también defender reformas del derecho propio como necesarias para aproximarlos a la finalidad que todo ordenamiento debía tener: aproximarse al “droit commun de l’humanité civilisée”.

Este derecho común, como ya avancé, no tenía un contenido ideal. Constituía la metodología que el jurista debía utilizar para desarrollar el estudio del derecho comparado y el estudio del derecho propio.

³³¹ Rudolf von Jhering, *Der Kampf um's Recht*, Wien, Manz, 1872,

4.7.- El droit commun en acción: derecho comparado y evolucionismo jurídico

Al defender una comparatística autónoma Saleilles defendía para ésta una posición diferente de la que había tenido la legislación comparada. Esta, al ser una disciplina técnica constituía una ciencia auxiliar a la práctica jurídica o a las otras disciplinas jurídicas. Para Saleilles la posición del derecho comparado en el conjunto de disciplinas jurídicas es totalmente diferente. Para él la ciencia comparatística constituye *per se* una ciencia.

La comparatística saleilliana también era susceptible de auxiliar a otras disciplinas. Pero a juicio de Saleilles de una forma totalmente diferente a cómo lo hacía la legislación comparada. Si ésta sencillamente facilitaba al jurista textos jurídicos de otros estados, la comparatística debía aportar los resultados de un proceso científico. El jurista no comparatista debía entonces “adapter les résultats ainsi fournis par la science du droit comparé (...) à une législation donnée”³³². Esta adaptación era encomendada en este esquema a la doctrina y a la jurisprudencia. Esto suponía un importante cambio en tanto que la doctrina y la práctica jurídica debían de aplicar unos preceptos interpretados por el comparatista de acuerdo a su contexto jurídico-nacional.

En esta puesta en la práctica del derecho común juega un papel determinante el derecho común teorizado por Saleilles. Esto se desprende de su visión dinámica del derecho como fenómeno social que, al igual que la sociedad misma, era susceptible de evolucionar. Los diferentes ordenamientos jurídicos tendían hacia el ideal del derecho común y los juristas de cada estado debían determinar como podían acercarse a él.

Esta concepción del derecho comparado y del derecho común ideal a construir tenía repercusiones en la concepción del derecho interno. El derecho estatal debía evolucionar hacia el “droit commun” y, en consecuencia, era susceptible de las reformas legislativas, jurisprudenciales y doctrinales que le acercasen a él. Esta conclusión es fundamental para entender la práctica de la comparatística que llevó a cabo Raymond Saleilles y que, de forma directa o indirecta, iba dirigida a provocar cambios en la legislación francesa. Sus

³³² *Idem.*

escritos, sus monografías sobre derecho propio y extranjero pretendían que el anquilosado derecho civil francés importase fórmulas del derecho extranjero, alemán y suizo fundamentalmente, que él creía más próximas al derecho común de los países civilizados.

Por tanto podemos contemplar el planteamiento saleilliano desde dos puntos de vista, el del derecho comparado y el del derecho interno, que confluyen en el proyecto ideal de construir un derecho ideal compartido por todos los países que compartiesen el “fonds commun de la civilisation générale de l’humanité”³³³. Desde el punto de vista de la comparatística la creencia en un ideal de justicia llamado derecho común motivaba la búsqueda de sus elementos en los ordenamientos jurídicos extranjeros. Desde el punto de vista del derecho interno, francés en el caso de Saleilles, el jurista debía determinar las reformas a operar para acercar el ordenamiento propio al derecho común. Estos dos aspectos de la obra de Saleilles, el comparatista-universalista y el positivista reformista, están presentes en toda su obra.

Esta visión “del derecho como un organismo en una constante evolución guiada por un ideal de justicia asemeja en algunos elementos a los conceptos teleológicos de la doctrina del profesor alemán admirado pro Saleilles Rudolf von Jhering. También en la doctrina de Saleilles existe un “Zweck” y un “Sollen”. La finalidad o “Zweck” está configurado por este “droit commun de l’humanité civilisée”

Saleilles no solamente abordó el tema del derecho común en sus textos sobre derecho comparado. En la mayoría de sus monografías en las que aplicó su método comparatístico tematizó la cuestión. Al tratar el tema de la persona jurídica, problema que llevó a Saleilles a implicarse al máximo, el borgoñón plantea nuevamente el fin del derecho comparado. En primer lugar, tenía una función de técnica legislativa: el legislador francés debía tener en cuenta las soluciones aportadas por la legislación y la experiencia de otros países para mejor afrontar la regulación (o la reforma) de una materia determinada.

³³³ Raymond Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé”, *op. cit.* 396.

Pero el derecho comparado tenía una misión más de una importancia superior: “Ce serait de préparer ce que l'on pourrait appeler une communauté de droit, en quelque sorte internationale, en matière de droit privé”³³⁴.

“Rien n'est plus dangereux pour un pays – continua el borgoñón – que de se tenir, sur un point important de son droit privé, à l'écart des progrès législatifs qui se font ailleurs”. Esta comunidad de derecho, en cierta medida, vendría por sí sola pues, con el estado de las comunicaciones de la época de Saleilles “il se fait un nivellement progressif des états de civilisation et de culture juridique”. Saleilles llega a hablar de los riesgos de quedar fuera de la corriente internacional del derecho común: “Un peuple qui, sur un point important de sa législation, resterait étranger à ce mouvement de civilisation qui l'entoure verrait donc son influence diminuer; sa force morale, intellectuelle et civilisatrice, en serait atteinte”.

No es casual según mi parecer el uso de la palabra “civilizadora”. La función del código civil francés a lo largo del siglo XIX había sido precisamente la de “civilizar”, la de transmitir unos determinados principios políticos y jurídicos en países de Europa y de América. Saleilles era consciente de la pérdida de influencia que, tras la entrada en vigor del BGB y del ZGB, podía sufrir el derecho francés. La solución a este aislamiento francés era precisamente actualizar doctrinas, reformar artículos siguiendo la corriente internacional que se daba en aquellos momentos. Los códigos alemán y suizo iban a inspirar, en la opinión de Saleilles, los progresos jurídicos. El código francés, en cambio, como las legislaciones atrasadas o viejas, “voient leur influence mondiale diminuer. Tel est le fait”³³⁵

La construcción de este derecho común o corriente jurídica internacional debía hacerse a través de una ciencia objetiva que evitase el empirismo de una inspiración única.³³⁶ Como escribía en 1911 “Elle doit tenir compte de tous les résultats juridiques et sociaux que l'expérience peut fournir, les juger à la

³³⁴ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, op. cit. 36.

³³⁵ *Ibidem*, 37

³³⁶ *Ibidem*, 38

mesure des grands courants modernes et saisir dans l'orientation juridique, telle qu'elle dérive des lois de la sociologie, les motifs de préférence qui doivent amener la fusion d'éléments divers empruntés un peu partout"³³⁷

De esta comparación científica que defendía Saleilles resultarían unos puntos fundamentales de este derecho común que representarían “la structure organique tendant à s'imposer aux diverses législations nationales et surtout à l'orientation des jurisprudences qui s'y réfèrent, au sujet d'une même institution fondamentale”³³⁸

La unificación jurídica no debía afectar a todas las parcelas del ordenamiento. Saleilles consideraba que aquellos temas relacionados con los derechos subjetivos del individuo debían conservar sus particularidades y evolucionar de acuerdo a sus propias reglas. Saleilles nombra concretamente el derecho de familia y el derecho de sucesiones como temas que debían ser regulados de acuerdo con los principios y reglas – la tradición diríamos hoy – de cada país. De hecho, al abordar la sucesión campesina suiza Saleilles no hablaba de importar sus reglas mas de buscar las reglas sucesorias tradicionales de cada región francesa siguiendo el ejemplo de lo que Eugen Huber había hecho en Suiza

El resto de temas que afectarían a la sociedad sí serían sensibles a subirse al tren del derecho común. “Le droit qui les concerne ne touche pas seulement au problème de la liberté individuelle, il se dégage à coup sûr du cercle purement familial, pour rentrer, dans le cerce du droit public ou plutôt du droit social”³³⁹

³³⁷ *Idem.*

³³⁸ *Ibidem*, 39

³³⁹ *Ibidem*, 40.

4.8.- La construcción internacional del derecho común

Saleilles, como mostraba, no se limitó a teorizar sobre el derecho ideal sino que se pone manos a la obra en su construcción mediante el estudio de los aspectos del derecho alemán y del suizo que se aproximaban más al “Droit commun” y también mediante propuestas de reforma del derecho francés que le aproximasen más a aquél.

Dentro de los diferentes ordenamientos existentes en el mundo conocido Saleilles proponía construir un derecho común a los pueblos civilizados. Y dentro de éstos reservaba un papel importante a los ordenamientos alemán y francés. Lo que Saleilles llamaba “corrientes jurídicas” alemán y francés debían configurar la base del derecho común de la humanidad. Se trataba de dos corrientes jurídicas “qui cherch[ai]ent à se pénétrer”³⁴⁰ y por ello su aproximación debía resultar especialmente provechosa para la construcción del derecho ideal. Por esta razón el francés Saleilles dedicó muchas páginas al derecho del país vecino pero siempre con el objetivo de generar reformas legislativas y en la forma de concebir algunas áreas del derecho por la doctrina francesa.

Saleilles escribía en 1904 en su *Introduction à l'étude du droit civil allemand* sobre los resultados que debían derivarse de esta compenetración entre los dos ordenamientos³⁴¹. El derecho alemán había cumplido una función muy importante en la evolución del derecho común y los demás países civilizados, lejos de sentirse superados por este derecho alemán debían aprovecharse de sus aspectos más innovadores. En realidad y siempre según el planteamiento de Saleilles, “[I]ls arrivent à temps” al punto de partida del proceso de construcción del derecho común. Saleilles proponía pues a estos países permitir que los avances del derecho alemán penetrasen sus propios ordenamientos en lugar de presentar resistencias o temores³⁴².

³⁴⁰ Raymond Saleilles, “L’enseignement du droit comparé en Italie”, *op. cit.* 272.

³⁴¹ Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, *op. cit.* 123.

³⁴² *Ibidem*, 123.

Esta especie de consejo que Saleilles hizo público en 1904 los dirigía también a la doctrina y al legislador de su país. Francia debía abrirse a los avances positivos del derecho alemán. Sería en cambio “une grande erreur” oponer el modelo francés al alemán. “Il y a des progrès universel – escribía Saleilles - il y a des résultats scientifiques dont aucun pays n’a le monopole”. Esta regla era aplicable a los progresos jurídicos alemanes y franceses que debían dejarse influir por los avances de sus vecinos. La resultante sería, en palabras de Saleilles, el progreso jurídico universal: “qui sait si ce qu’il y a vraiment d’universel et de définitivement acquis dans le nouveau droit allemand, en passant par nos méthodes françaises, en s’adaptant à notre clarté française, ne prendra pas une tournure et une technique différentes, d’une intelligence plus aisée et d’une extension plus assurée”³⁴³. En todo caso, para determinar los elementos de universalidad del derecho alemán estaba la ciencia del derecho comparado.

No olvidemos que, al defender el derecho franco-alemán como base del derecho ideal hacia el que debían tender las reformas de todos los ordenamientos europeos, el jurista francés estaba realizando una propuesta a la ciencia jurídica francesa para que estudiase el derecho alemán. En ese momento los juristas galos veían como el código civil perdía su posición de único cuerpo legal de prestigio. La reacción que la doctrina francesa debía adoptar no debía basarse en la defensa sino en la mutua penetración. LO que para muchos era motivo de desconfianza, la promulgación del BGB, para Saleilles era motor de progreso y renovación del derecho francés no necesariamente desde una idea alemana del derecho. Lo demuestra el texto siguiente escrito por Saleilles en 1904:

“C’est à travers le droit français et les formules françaises que les peuples en quête de réformes juridiques pourront être tentés de venir emprunter les conceptions et les progrès du droit allemand. Il y aura tout profit pour la double influence des deux pays et le rapprochement de leurs méthodes juridiques. Sur le terrain du droit et de la science, l’union se sera faite, sans

³⁴³ *Ibidem*, 124.

sacrifice d'aucun côté; et ce sera l'humanité, dans son ensemble, qui en retirera le profit pour l'avenir"³⁴⁴.

Por supuesto este texto y tantos otros referidos a la construcción del derecho común ideal están empapados de un idealismo que lo acerca al iusnaturalismo. Llama la atención especialmente el uso de la palabra "Service" en la comparatística saleilliana. En la construcción del derecho común cada país parecía tener una misión concreta. En este sentido Suiza había rendido un gran servicio a las naciones europeas como expresaba Saleilles en una de sus cartas:

"(...) ce qui me frappe surtout c'est la mission que semble avoir reçue votre pays de faire, à l'avant garde des autres, et pour les autres les expériences qui, dans de grands Etats centralisés, coûteraient quelque fois des révolutions. La forme fédérative, celle de l'avenir, me semble faite pour cette marche par étapes, avec tentatives localisées, qui se propagent ensuite, lorsqu'elles réussissent jusqu'à parvenir à l'unification pour tous les pays. Je suis très frappé des services que, sous ce rapport, et dans tous les domaines, droit civil, droit pénal, législation économique et sociale, la Suisse rend à l'Europe. Pendant que les grands pays ne songent qu'aux moyens de se défendre ou de s'espionner, vous ne songez qu'aux moyens d'apporter un peu de paix, un peu de progrès et un peu plus de bonheur dans la vie de l'humanité; et, peu à peu, vous y réussissez!"³⁴⁵

En este proceso Francia tenía otra función. Según escribía en 1911 "Il en est du droit français comme de la langue française. Il est fait pour donner droit de cité aux idées qui ont une valeur universelle; elles ne prennent cette valeur d'universalité que lorsqu'il les a marquées au coin de ses formules claires, précises, dégagées de toute théorie inutile, orientées vers le pur côté pratique des choses. Or, il s'agit de savoir aujourd'hui si, en face de certaines idées vers lesquelles toutes les législations paraissent s'orienter, le droit français saura

³⁴⁴ Raymond Saleilles, *Introduction à l'Étude du droit civil allemand*, op. cit. 124

³⁴⁵ Carta de Saleilles a Huber de 22 de abril de 1899.

garder son rôle à la tête du progrès juridique universel, ou s'il passera l'hégémonie à d'autres"³⁴⁶.

Italia también había prestado a Francia “des services éminents”³⁴⁷. Estas palabras nos indican que en este proyecto de interpenetración y consiguiente unificación de derechos de los países civilizados cada nación tenía aparentemente una función determinada. Pareciera que el derecho común de la humanidad pensado por Saleilles estuviese en su cabeza mucho más diseñado y construido de lo que nos permitió conocer en sus escritos.

Los ordenamientos suizo y alemán eran los que más interesaron a nuestro jurista. En su pensamiento estos dos países debían jugar, junto al derecho francés, un papel destacado en la evolución hacia el “droit commun de l'humanité civilisée”. Sin duda hubo una serie de factores, políticos, jurídico-científicos pero también personales, que influyeron en ello. Por esta razón considero interesante abordar la relación que tuvo Saleilles con el derecho alemán y con el derecho suizo, su origen y el papel que jugaron ambos ordenamientos en el esquema científico elaborado por el jurista borgoñón.

4.9- Saleilles y el derecho alemán

“Saleilles a toujours passé pour celui des nôtres qui est le plus entré dans la science allemande, dans le génie allemand, dans la facture d'expression allemande...”³⁴⁸

”Il a écrit un certain nombre de pages à l'allemande. Il a importé en France des théories allemandes, en quoi il a rendu un inappréciable service. Mais c'est le perfectionnement du droit français, par des procédés français, qu'il

³⁴⁶ Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, IX.

³⁴⁷ Raymond Saleilles, “L'enseignement du droit comparé en Italie”, *op. cit.* 272.

³⁴⁸ Edmond Thaller, “Avant-Propos”, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, *op. cit.*, 5-38, 31.

a poursuivi, sans prendre sur ce terrain-là ses moyens d'action en Allemagne”³⁴⁹.

“Saleilles, ihr Hauptanhänger [der Revision des Code civil] ist zwar ein Verehrer des deutschen Gesetzbuches, aber dabei ein guter Patriot. Er fühlt sich vom Kopf bis zur Zehe als Franzose”³⁵⁰.

Las primeras son palabras de Edmond Thaller, a la sazón Decano de la Facultad de Derecho de París, en la introducción a la obra homenaje a Saleilles. El texto en alemán es ocho años anterior y lo escribió el privatista Rudolf Leonhard, traductor y admirador de nuestro jurista.

Saleilles, en efecto, dedicó gran parte de su vida al estudio del derecho del otro lado del Rin. Sus obras sobre derecho alemán ayudaron a los juristas de su país a conocer las leyes, la doctrina y el espíritu del derecho alemán. Sus estudios entraban de forma tan profunda en la forma de pensar jurídica alemana que incluso una obra suya, la *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, fue traducida al alemán y se convirtió en Alemania en una monografía más, si bien exótica por el origen y la lengua original, sobre el nuevo derecho privado que se había implantado con la promulgación del BGB.

Los estudios de Saleilles sobre derecho alemán muestran el uso dado por este autor al estudio del derecho extranjero y comparado. Saleilles, con sus traducciones, artículos y contactos personales con juristas del otro lado de la frontera, intentaba provocar cambios en el viejo derecho francés. El derecho alemán ofrecía un código más moderno, más adaptado a la nueva realidad social y una doctrina más creativa, en parte heredera de la escuela histórica del derecho de la que tanto aprendió nuestro jurista. Ambas cosas, el código y la

³⁴⁹ Edmond Thaller, "Avant-propos" in: *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, op. cit. 5-38. En el mismo sentido ver también, en el mismo libro homenaje, François Gény, "La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'oeuvre de Raymond Saleilles", 1-63, 49; Henri Capitant, "Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles", in : *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, 65-114, 75.

³⁵⁰ Rudolf Leonhard, "Französische Stimmen über das Deutsche bürgerliche Gesetzbuch als Vorbild für Civilrechtsreformen", in: *Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft*, Breslau, Verlag von M. & M. Marcus, 1906, 78-104, 83.

doctrina, servían a Saleilles como modelo que el legislador y la ciencia jurídica en Francia debían, en muchos puntos del ordenamiento, tomar como modelo.

Al mismo tiempo el derecho alemán estudiado por Saleilles jugaba un determinado papel en su esquema científico. El borgoñón estudió sobretodo aquellas partes del derecho alemán que consideraba importables en Francia por ser más próximas que las normas francesas al derecho común de la humanidad. En cambio Saleilles no estudió aquellas parcelas del derecho alemán que no entendía o que no se ajustaban a su visión del derecho o que se alejaban del derecho común de la humanidad. En especial menospreció Saleilles las leyes especiales que el legislador del Imperio desarrollaba para regular, al margen del código, nuevos fenómenos sociales como los accidentes de trabajo. Saleilles, apegado a la centralidad del código, apenas dedica alguna línea a estas normas, creyendo que el código bastaba para regular estos temas. De hecho Saleilles trasladó en sus estudios el papel central que el código civil tenía en el ordenamiento jurídico francés a Alemania, creyendo también que el BGB jugaba un papel equivalente al del *Code*.

Estos estudios de Saleilles se enmarcan en un momento en que la relación de los juristas franceses con el derecho alemán gozaba de una gran intensidad. Se daban intercambios académicos, se recibían las obras de autores alemanes, se analizaban los proyectos legislativos de aquel país. Después de la primera Guerra mundial este panorama cambió radicalmente. El interés se tornó desconfianza, los contactos se redujeron. Alemania perdió definitivamente la *vis* atractiva que para los juristas franceses había tenido hasta entonces. Pero no es esta la época que aquí me interesa.

Las relaciones científicas franco-alemanas anteriores a 1914 han recibido recientemente el interés de los juristas e historiadores. Las opiniones sobre este tema son diversas dependiendo del autor. Filippo Ranieri opina que, aunque hubo estudios de juristas franceses sobre el tema, el interés galo por la ciencia jurídica germana fue la excepción personificada de Raymond

Saleilles³⁵¹. No considero que esta afirmación sea del todo cierta. El interés por Alemania en las facultades francesas había sido enorme. Se escribieron numerosas monografías sobre el derecho alemán, dato demostrable en los catálogos de las bibliotecas jurídicas francesas. Pero además, el BGB estaba muy presente en los estudios y las discusiones científicas de forma expresa o implícita. De forma expresa porque se hablaba del código alemán en facultades y encuentros científicos. De forma implícita porque fue a partir de la elaboración del proyecto alemán cuando los juristas franceses empezaron a realizar críticas a su propio código: al ser el código alemán el acontecimiento jurídico más importante de la época, atrajo la atención, cuando no la admiración o temor, de la mayoría de los juristas franceses. Las referencias al BGB fueron frecuentes aunque no siempre fueron positivas.

En todo caso Saleilles no fue el único o el primer jurista francés interesado por el derecho alemán. A lo largo del siglo XIX la intensidad de contactos entre franceses y alemanes varía. Pero nunca dejó de ser importante. Las obras y las ideas de la escuela histórica alemana del derecho habían sido recibidas en Francia, si bien de una forma un tanto especial y, en ocasiones, contra el espíritu de su matriz alemana. Olivier Motte ya dedicó alguna monografía sobre el tema en los años noventa³⁵². Motte negaba la existencia de una escuela histórica francesa del derecho, aunque demuestra que las influencias en Francia de Savigny y sus seguidores fueron importantes³⁵³

Recientemente Philippe Sturmel escribió en la joven revista *Rechtsgeschichte* un artículo sobre esta escuela histórica francesa haciendo un interesante repaso a los estudios que sobre ella se habían escrito hasta el momento e ilustrando sus ideas con fragmentos de cartas de juristas franceses

³⁵¹ Filippo Ranieri, "Französisches Recht und französische Rechtskultur in der deutschen Zivilrechtswissenschaft heute: Eine unwiderrufliche Entfremdung?", in Volkmar Heyen/Olivier Beaud (Hrsg.) *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft: Erträge und Perspektiven eines unterentwickelten Kulturaustausches*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, 183-196.

³⁵² Olivier Motte, *Savigny et la France*, op. cit.

³⁵³ *Ibidem*, 13.

a colegas alemanes.³⁵⁴ Pues bien; según Sturmel, aunque se podría discutir la existencia o no de una escuela histórica francesa como tal, la influencia de la escuela histórica alemana en Francia es claramente apreciable. Las obras de Savigny habrían desencadenado “l’enthousiasme d’une génération de jeunes juristes” en Francia. Estos veían en las obras del alemán un medio para librarse del “joug de l’exégèse et d’imposer les nouvelles méthodes”³⁵⁵. Sturmel recuerda también como la creación de la revista *Themis* supuso un intento de importación de esos métodos germánicos y de difusión de las obras jurídicas del país vecino³⁵⁶.

Este interés de los juristas franceses por la ciencia jurídica alemana no desapareció con la *Themis*. Los recientes estudios llevados a cabo en el Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte sobre las relaciones epistolares de Karl Josef Mittermaier muestran como el siglo XIX fue testigo de una fuerte internacionalización de la ciencia jurídica y de intensos contactos entre juristas franceses y alemanes³⁵⁷. También la obra de Olivier Motte y las cartas que edita muestra como los juristas franceses recurrían con frecuencia a sus colegas alemanes e intercambian ideas con ellos³⁵⁸.

A finales del siglo XIX se intensificó este tráfico de información como consecuencia de los trabajos de elaboración del BGB. Francia no era indiferente, como trataré de mostrar, al proceso de elaboración del código alemán. La *Société de législation comparée* siguió de cerca los avances del legislador alemán y fueron varios los artículos que se escribieron en su boletín

³⁵⁴ Philippe Sturmel, "L'école historique française du droit a-t-elle existé?", *Rechtsgeschichte*, 1 (2002), 90-121.

³⁵⁵ *Ibidem*, 90.

³⁵⁶ *Ibidem*, 99.

³⁵⁷ Los Profesores Aldo Mazzacane y Barbara Dölemeyer dirigen el proyecto de edición de epistolarios de Karl Josef Anton Mittermaier en el Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte. Ver Aldo Mazzacane, "Epistolari giuridici del secolo XIX. Progetto di edizione. Lettere a Carl Joseph Anton Mittermaier", *Rechtshistorisches Journal* 14 (1995), 437-443.

³⁵⁸ Olivier Motte, *Lettres inédites de juristes français du XIXème siècle*, *op. cit.*

sobre el proyecto alemán. Una vez aprobado el código, fue traducido y comentado por los franceses. Una de las traducciones tuvo el concurso de Raymond Saleilles, como ya he explicado. En 1904, durante las fiestas del centenario, el código francés compartió espacio con un incómodo ser que no había sido invitado: el código del país vecino al que se admiraba y se temía, como comentaré más adelante³⁵⁹.

Pero antes de tratar estos temas con más detalle quisiera tratar un aspecto de los textos francés y alemán que encabezaban este apartado: el “Mais” y el “aber”. No se trata de un prurito intelectual sino que nos indica un aspecto que seguramente debió perturbar a nuestro jurista: el estado de las relaciones políticas entre Francia y Alemania a finales del siglo XIX. La influencia de estas relaciones en los intercambios científicos constituye un tema sobre el que se ha discutido mucho y que, en ocasiones, se ha exagerado demasiado.

Ciertamente las relaciones políticas entre ambos países empañaron la calidad e intensidad de estos intercambios científicos. Pero, en mi opinión, solo hasta cierto punto la política determinó los intercambios académicos. Ranieri niega acertadamente que el desarrollo de las relaciones científicas entre ambos países fuese paralelo al desarrollo de las relaciones políticas³⁶⁰. En todo caso a partir de 1914 cambia radicalmente el panorama y acaba este intenso trabajo conjunto de juristas de ambos lados de la frontera. Esto explica la redacción de frases como la arriba citada de Edmond Thaller refiriéndose al volumen de páginas que Saleilles escribió sobre el derecho alemán “mais”, y siempre se utiliza un pero al describir esta germanofilia saleilliana después de su muerte, buscando el perfeccionamiento del derecho francés. Lo mismo sucede con el texto de Rudolf Leonhard: define a Saleilles como un gran admirador y

³⁵⁹ Valérie Lasserre-Kiesow también ha destacado la importancia del código alemán durante las celebraciones del centenario del código, Valérie Lasserre-Kiesow/ Didier Luzeaux, “Le droit civil allemand dans la science juridique française. Pladoyer pour une meilleure connaissance”, in Olivier Béaud/Erk Volkmar Heyen (ed.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft*, *op. cit.*, 163-182, 172.

³⁶⁰ Filippo Ranieri, “Französisches Recht und französische Rechtskultur“ *op. cit.*, 186.

estudioso del derecho alemán “aber dabei” un buen francés y un buen patriota de la cabeza a los pies.

Como vemos con estas frases y sus “mais” y “aber”, el BGB no dejaba a ningún jurista francés indiferente y mucho menos el hecho de que un jurista francés se interesase tanto por el nuevo código alemán e incluso hiciese propuestas de importación en Francia de instituciones germanas. Saleilles intentó cambiar este estado de cosas con sus estudios de derecho alemán. Pero también se ocupó de que las relaciones personales entre juristas de ambos lados de la frontera no se vieran perjudicadas. Como ejemplo puedo reproducir una de las cartas que Saleilles escribió a Huber al respecto. El borgoón no podía acudir al congreso de ciencias históricas de Berlín y temía que Gierke malinterpretase su ausencia:

“Dans l'état actuel des relations entre la France et l'Allemagne, j'ai peur, et beaucoup de mes collègues s'abstiennent, qu'on y voit un parti pris de mauvaise volonté. C'est contre de pareilles méprises que j'aurais surtout voulu protester par ma présence.

Il y a là, vous le comprenez, un motif très délicat, que je ne puis donner dans ces termes, en écrivant à Mr. le Professeur Gierke. Mais si vous pourriez le lui laisser entendre de ma part, je vous en serai vivement reconnaissant.

Nos relations scientifiques, non seulement ne doivent pas dépendre de la tension des rapports de nos gouvernements Mais, si elles pourraient, en créant une atmosphère de paix et de haute sincérité, contribuer à faire que celle-ci s'atténue et peut-être disparaisse, et serait là plus qu'un service scientifique que nous aurions rendu à notre pays. Dans ma très faible mesure j'aurais voulu y contribuer”³⁶¹.

La ciencia jurídica refleja solamente de forma indirecta este enfrentamiento político que llegó a su cima en la Gran Guerra. Pero el velo de desconfianza e indiferencia se extendió, según mi modo de ver, a los años anteriores a esta contienda. Pocos autores posteriormente han hablado de estas intensas relaciones, estas mutuas influencias anteriores al año del

³⁶¹ Carta de Saleilles a Huber de 23 de julio de 1908.

atentado de Sarajevo. Como he adelantado, en ocasiones se considera a Saleilles como el único jurista que estudió intensamente el derecho alemán. Esto nos muestra el olvido de estas relaciones franco-alemanas, olvido que han abordado en sus trabajos autores como Werner Schubert³⁶² o su discípula Birte Gast³⁶³.

Cómo exponía en la introducción, la celebración del centenario del *Code Napoléon* y el nacimiento de los movimientos anti-formalistas en Francia coincidió con dos importantes acontecimientos en Alemania: la promulgación del BGB y la aparición de las primeras voces de un movimiento antiformalista que se bautizaría con el nombre de *Freirechtsschule* o *Freirechtsbewegung*. Estos hechos tendrían una gran trascendencia en Francia.

La promulgación del prestigioso BGB, el acontecimiento jurídico del final de siglo como ya he dicho, influyó en las discusiones francesas y supuso un toque de gracia a las tendencias más exegéticas que habían sido hegemónicas durante casi cien años. La ciencia jurídica francesa, dominada por la escuela de la exégesis, había gozado de casi un siglo de una situación de poder y prestigio que las situaron en la posición de modelo a seguir para muchos países europeos y americanos que en aquellos momentos pretendían dotarse de un código de leyes para regular un sistema económico liberal.

El modelo francés, con sus formas y también con sus ideales, había sido adoptado, como ya avancé, por muchos otros países. El *Code Napoléon* había sido adoptado incluso en territorios de lengua alemana como la Renania. En definitiva, el *Code Napoléon*, como afirman Kötz y Zweigert, gozaba de un gran prestigio y brillaba casi sin igual en el firmamento jurídico europeo y latinoamericano.

³⁶² Werner Schubert, "Das BGB im Urteil französischer Juristen bis zum Ersten Weltkrieg" *op. cit.*

³⁶³ Birte Gast, *Der Allgemeine Teil und das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Urteil von Raymond Saleilles (1855-1912)*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000. Recensión de Alfons Aragoneses, *Ius Commune* 28 (2001), 502-504.

Este panorama de dominio francés en el mundo del derecho llegó a su fin con la promulgación de un código de un gran prestigio y calidad como era el BGB. No sólo los cambios sociales, la industrialización o la internacionalización de las relaciones económicas hicieron entrar en crisis al viejo código francés. Su falta de adaptación no se había tematizado hasta que la discusión científica en Alemania y el proceso de elaboración del BGB no hicieron que los juristas franceses despertasen del conformismo y de la pasividad a los que habían sido condenados por el absolutismo jurídico³⁶⁴.

El *Code* tenía ya un competidor en prestigio y capacidad de influencia. La ciencia francesa podía ser superada en prestigio e influencia por la “Jurisprudenz” alemana perdiendo así su hegemonía. Los juristas y el legislador franceses no podían quedar indiferentes ante tamaño reto. El guante lo recogieron gustosos algunos juristas como Raymond Saleilles. En 1904 escribía: “Maintenant que l’Allemagne a fait son oeuvre, et qu’elle l’a si bien faite, à la France de faire la sienne!”³⁶⁵. Esta frase resume bastante bien el programa científico y legislativo que un grupo de juristas franceses adoptó ante los nuevos retos que el siglo XX traía consigo: reformar el código civil para situarlo a la altura del BGB. En definitiva el BGB supuso un “coup de fouet” para la dormida doctrina francesa, aunque, como trataré de mostrar, no había unidad a la hora de determinar el grado de influencia que el BGB podía o debía ejercer sobre el *Code*.

Como ya he avanzado, los contactos científicos entre ambos lados de la frontera, se habían intensificado con motivo de la internacionalización de los intercambios sociales y económicos y del proceso de elaboración del BGB. Los juristas de ambos lados de la frontera se escribían, se enviaban paquetes con libros, organizaban congresos internacionales. Motte, lo he citado ya, ilustra este extremo con su edición de cartas de juristas franceses en bibliotecas francesas³⁶⁶. Todos estos mecanismos de comunicación facilitaban el

³⁶⁴ Ver Paolo Grossi, *Absolutismo jurídico y derecho privado*, op. cit.

³⁶⁵ Raymond Saleilles, *Intorduction à l’étude du droit civil allemand*, op. cit., 124.

³⁶⁶ Olivier Motte, *Lettres inédites de juristes français*, op. cit.

conocimiento en Francia de todos los detalles de la discusión sobre el proyecto de código civil alemán. Los juristas franceses que fuesen mínimamente “inquiets” sabían lo que suponía el BGB y las teorías e ideas que incorporaba.

Desde 1889 se empezó a discutir en el seno de la *Société de Législation comparée* sobre los proyectos de código civil alemán. Regularmente hay informes sobre el tema y se realiza dentro de la sociedad una división en el trabajo de análisis del nuevo derecho germano. Así, Saleilles se ocupaba del derecho de obligaciones, Bufnoir del de familia, Chalamel de los derechos reales. Existía un gran interés que llevaba a estos juristas a discutir al detalle las diferentes cuestiones debatidas en el *Reichstag*. Discutían sus caracteres técnicos, también sus consecuencias socio-políticas y comparaban este proyecto con las reglas del para algunos caduco *Code civil*.

Werner Schubert ha estudiado estas relaciones franco-alemanas del tiempo anterior a guerra mundial. Schubert destaca esta voluntad de los juristas franceses de analizar al detalle el proceso de elaboración del código alemán, dato poco estudiado según él por los historiadores del derecho alemanes³⁶⁷. Destaca también como los franceses eran, en ocasiones, más benévolos con el BGB que los propios alemanes³⁶⁸, extremo éste provocado quizás por la crítica mirada de aquellos inquietos juristas sobre su propio *Code civil* y por sus ansias de reforma.

Al aprobarse el BGB el interés francés por el derecho alemán se incrementó. Pero cambió cualitativamente. El grado de implicación que muestran los juristas al manifestarse sobre esa obra legislativa es mayor. Prácticamente todos ellos se expresan en un sentido positivo u negativo respecto al BGB. Con el código alemán ya elaborado se diluían las posibilidades de que la ciencia francesa influyese en su redacción. Al mismo tiempo se abría una nueva etapa en la ciencia jurídica alemana al tener que posicionarse la doctrina sobre el papel que debía jugar a partir de entonces.

³⁶⁷ Werner Schubert, “Das BGB im Urteil französischer Juristen, *op. cit.* 129.

³⁶⁸ *Ibidem*, 171.

Este era el momento del centenario del código francés. La cercanía de este acontecimiento multiplicaba las voces de los partidarios de la reforma del *Code*. Y los dos temas, el de la reforma del viejo código francés y entrada en vigor del BGB, eran difícilmente separables en las discusiones y en las mentes de los juristas. El BGB estaba allí, en las bibliotecas, en las aulas, visible para todos los juristas: para los partidarios de la reforma y para los que a ella se oponían; para los admiradores de la obra científica y legislativa alemana y detractores. Todo ello obligaba a los juristas pronunciarse sobre ambos temas: reforma y BGB. Y el centenario del código francés no iba a ser una excepción.

Muchos juristas franceses valoraban como antaño los ideales que representaba el código napoleónico como el respeto absoluto a la autonomía de la voluntad individual o al derecho de propiedad. Rechazaban la reforma del *Code*. Otros sí querían reformar el derecho privado francés pero veían en la apertura de las reformas un riesgo: temían que una reforma del *Code* significase una apertura peligrosa a las influencias alemanas que harían perder al *Code* francés su singularidad, su prestigio. Otros juristas, de forma más o menos abierta, se mostraban abiertos a estas influencias.

4.9.1.- El BGB: un invitado incómodo en el centenario del *Code*

La celebración del centenario del Código civil francés, en la que tanto tuvo que ver Raymond Saleilles, refleja de forma clara como la promulgación del BGB provocó la discusión en Francia sobre la reforma. Todas las voces favorables y contrarias a la reforma, abiertas o cerradas a la influencia alemana presentes en la arena jurídica francesa, se expresaron durante la fiesta del centenario del *Code Napoléon*. Allí se pronuncian prácticamente todos los juristas asistentes en uno u otro sentido.

Es significativo que una de las secciones del *Livre du Centenaire* estuviese dedicada a “la Question de la Révision”. En ella varios autores escribieron sobre este tema en ocasiones con la vista puesta en el país vecino.

Larnaude comienza su contribución al *Livre du Centenaire* con la siguiente pregunta “Faut-il reviser le code civil?” Él mismo responde “Oui, sans hésiter, et j’ajoute: Faisons cette révision au plus tôt.”³⁶⁹ Fundamenta esta respuesta en el desajuste entre un código obra de la Revolución con la realidad del siglo XX. Este fenómeno no era para él nuevo: desde el momento de la promulgación del código se había ido acentuando esta diferencia entre el código y la realidad. Según Larnaude, se había materializado la necesidad de la reforma con la promulgación del código alemán: “Il est naturel que la codification d’une législation civile importante fasse jeter les yeux sur la nôtre”³⁷⁰. Por tanto, el BGB motivaba la comparación con el código francés.

El texto de Larnaude no niega que el derecho civil francés hubiese evolucionado desde 1804. Pero consideraba que lo había hecho al margen del código. Por ello, para determinar las normas que regían las relaciones privadas en 1904 el jurista debía acudir a la costumbre, a leyes especiales o a la jurisprudencia, instancias que esquivaban las reglas envejecidas del código y adaptaban el derecho a la realidad. Con ello, el código había perdido su papel de organizador sistemático de las normas en una materia, su papel de Constitución del derecho privado. Además, la dispersión normativa entre código, costumbre, jurisprudencia y leyes especiales había hecho crecer la inseguridad jurídica. Por todo ello propone Larnaude la revisión general, para devolver al código su papel central, constitutivo y organizador del derecho privado. Para que el código francés pudiese mantener su supremacía frente a un código técnico, joven y de prometedor futuro como el alemán.

En el caso de Larnaude podemos ver claramente el papel que juega la promulgación del BGB en las discusiones francesas. También el efecto “coup de fouet” para la dormida doctrina francesa que teme perder su papel predominante. Larnaude concluye su texto con la siguiente frase: “le bon renom

³⁶⁹ Ferdinand Larnaude, “Le Code civil et la nécessité de sa révision”, en : *Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire, op. cit.*, 899-931, 901.

³⁷⁰ *Idem*, 907.

juridique de la France, son passé glorieux de nation codificatrice, réclament cette révision impérieusement³⁷¹.

Eustache Pilon apuesta también por una revisión general del código. También este autor pensaba que el código no se había adaptado a la realidad aunque si lo hubiese hecho la jurisprudencia y otras leyes.³⁷² Según él, había básicamente tres campos necesitados de reforma; la autoridad paternal, la filiación natural, las relaciones entre los cónyuges y la propiedad y las personas jurídicas. La reforma había de hacerse con calma y dignidad y con el objetivo de que un nuevo código devuelva a Francia el primer puesto entre las legislaciones³⁷³.

Marcel Planiol se opone a una revisión del código. Según él, la jurisprudencia y la legislación especial habían cubierto las lagunas o jurídicas y habían adaptado el derecho a la realidad. Según él, la revisión general ya se había hecho y se actualizaba constantemente³⁷⁴. Desconfiaba y rechazaba una revisión general que pudiese llevar a cabo el desprestigiado parlamento "au goût du jour"³⁷⁵.

Tampoco obviaba Planiol el acontecimiento legislativo del momento. Pero este jurista rechaza el modelo alemán por ser abstracto, detallista y alaba la "souplesse" del código francés. Advierte además sobre la corta vida que esperaba al código alemán, al que acusa de ser un compendio de ideas "démodées". "Il [el BGB] se fanera comme les livres de polémique dont il est le reflet, comme sont déjà arriérés et démodés les ouvrages de science juridique écrits en Allemagne même, il y a vingt ou trente ans"³⁷⁶.

³⁷¹ *Ibidem* 931.

³⁷² *Ibidem*, 937 y ss.

³⁷³ Eustache Pilon, "Réforme du code civil par voie de révision générale", en: *Code civil. (1804-1904). Livre du Centenaire, op. cit.*, 933-951, 951.

³⁷⁴ Marcel Planiol, "Inutilité d'une révision générale du Code civil", en : *Code civil. (1804-1904). Livre du Centenaire, op. cit.*, 953-963, 958.

³⁷⁵ *Ibidem*, 960.

³⁷⁶ *Ibidem*, 960.

Gaudemet, en su intervención, compara las codificaciones suiza y alemana con el código francés³⁷⁷. Se concentra sobre todo en la “socialisation du droit” en los casos francés, alemán y suizo. Resalta lo que autores como Mengue opinaban sobre el BGB: su insensibilidad social del BGB. Alaba en cambio el código suizo, el cual “tout en s’inspirant de la science allemande, il est resté d’une technique très simple”³⁷⁸. Esta simplicidad había hecho posible el ideal de legislación democrática. En todo caso el discípulo de Saleilles no defiende una revisión general sino parcial. Defiende que la doctrina y la jurisprudencia lleven a cabo la adaptación de las normas del código a la realidad.

Critica la construcción lógica y científica del código alemán. Incluso utiliza una expresión de Saleilles al decir que esta construcción “risque d’arrêter (...) l’essor futur du développement pratique ou doctrinal”³⁷⁹. No en vano cita Gaudemet frecuentemente en esta monografía a su profesor. Y como él propone el modelo de “souplesse” y sencillez del proyecto suizo. Propone reformas que profundicen la socialización del derecho en Francia. Pero sin abandonar los principios del código francés³⁸⁰.

El texto de François Gény en el libro del centenario me parece especialmente interesante. Gény sin entrar explícitamente en el tema de la revisión indica como el código francés no seguía los criterios de “l’art législatif actuel” como lo hacían el BGB y el proyecto suizo. Advierte de que una eventual revisión debería tener en cuenta la técnica legislativa moderna. Esto significaba abandonar el plan “peu rationnel” del Código Napoleón para adoptar

³⁷⁷ Eugène Gaudemet, "Les codifications récentes et la révision du Code civil", en : *Code civil. (1804-1904). Livre du Centenaire, op, cit.*, 967-986.

³⁷⁸ *Ibidem*, 969.

³⁷⁹ *Ibidem*, 972.

³⁸⁰ *Ibidem*, 976.

una clasificación más relacionada con el sistema orgánico del derecho civil, como hacían los códigos suizo y alemán³⁸¹.

Del código alemán destaca el esfuerzo por realizar una obra legislativa moderna por parte del legislador. Y lo había hecho mediante la fijación con términos técnicos, rigurosos. Con el uso de un lenguaje homogéneo, lógico y riguroso el BGB producía una impresión de método, que “ne laisse pas de séduire fortement l’esprit”³⁸². Gény contrasta este lenguaje con la del proyecto suizo, que usa expresiones “larges et souples” y se conforma con trazar “la direction fondamentale, que le législateur entend assigner aux institutions juridiques privées”³⁸³.

¿Cuál es en definitiva la propuesta de Gény? ¿Qué lugar deja a la influencia alemana? El que con los años sería decano de Nancy se pronuncia a favor de un modelo que tomase elementos alemanes y suizos. Aboga por una técnica legislativa que conjugue la flexibilidad y “souplesse” del código suizo junto a la precisión del BGB: “en maintenant comme substratum les cadres aisés et souples des Projets suisses mais à condition d’affirmer et de préciser leur contenu au moyen des procédés poussés si loin par le législateur allemand”³⁸⁴.

Saleilles participó en el libro del centenario con un interesante texto sobre la codificación y el método histórico. Interesantemente en este texto Saleilles alaba el centenario código. Rechaza por un lado las leyes especiales y evita pronunciarse a favor de una reforma general. Expone los valores de los principios del código y afirma que en éstos estaba la solución a la mayoría de problemas. Según Saleilles el código era un texto lo suficientemente flexible para dar un amplio juego a la jurisprudencia. Lo fundamenta en las reglas del libro preliminar del código, y en la existencia de reglas indeterminadas como la

³⁸¹ François Gény, "La technique législative moderne (à propos du centenaire du Code civil)", en: *Code civil. (1804-1904). Livre du Centenaire, op, cit.*, II, 989-1038, 1018.

³⁸² *Ibidem*, 1027.

³⁸³ *Ibidem*, 1029.

³⁸⁴ *Ibidem*, 1036

del artículo 2279 (“en fait de meubles, la possession vaut titre”) o la del 1382 (“Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”).

Saleilles compara esta libertad del juez francés y la flexibilidad de las reglas francesas con la “réglementation minutieuse des mêmes institutions” por el nuevo código alemán³⁸⁵.

¿Qué debemos sacar de la lectura de este libro? El foro del centenario no era quizás el más adecuado para manifestarse crítico con el código y a favor del código alemán. No olvidemos la importancia no sólo jurídica sino también histórica y política de este acto. Saleilles no podía mostrarse demasiado crítico con el derecho del código delante de diputados, jueces y profesores. Pese a ello las voces críticas fueron numerosas y más o menos explícitas.

Podemos sacar otra conclusión más atrevida. Saleilles no incurre en una gran incoherencia, si excluimos sus afirmaciones sobre lo innecesario de una reforma general. Lo que hace en este artículo es alabar los aspectos del código que según todos sus textos, debían conservarse al ser los valores máximos del código alemán; la flexibilidad y la claridad del lenguaje. Por tanto Saleilles no se expresa tanto contra una reforma sino a favor de los valores que debía conservar el código se hiciese o no la reforma.

Este texto lo debemos leer cotejándolo con otro publicado el mismo año: su *Introduction à l'Etude du droit civil allemand*. Este punto lo analizo en el epígrafe siguiente.

Los juristas alemanes siguieron con interés estas discusiones francesas sobre el BGB. Especialmente las que se manifestaron durante el centenario del código. Da cuenta de ello Rudolf Leonhard, profesor en Breslau y entusiasta traductor de la obra de Saleilles³⁸⁶. Al ver traducido el BGB al francés, al leer la introducción al estudio del derecho civil de Saleilles y las discusiones sobre el BGB durante el centenario del *Code* francés, muchos en Alemania pudieron

³⁸⁵ Raymond Saleilles, "Le code civil et la méthode historique", *op. cit.*, 103.

³⁸⁶ Rudolf Leonhard, "Französische Stimmen über das Deutsche bürgerliche Gesetzbuch", *op. cit.*

creer que la doctrina y el legislador franceses dirigirían su mirada hacia el código alemán: En el centro de esta atención alemana hacia Francia estaba el jurista que aquí estudiamos, de quien esperaban fuera el acicate de las reformas en Francia: “Durch genaue Kenntnis des deutschen Rechts durfte R. Saleilles von vornherein als Vorkämpfer einer Nachahmung unseres Gesetzgebungswereks gelten und wir erwarteten, daß er für dieses Ziel in Paris eintreten werde”³⁸⁷.

Pero, como sabemos, estas reformas del derecho francés no se produjeron. Según Leonhard, quien debía creer en la capacidad del BGB de encantar a propios y extraños, fracasan: “Statt dessen [el éxito de las propuestas reformistas de Saleilles] kamen dort vornehmlich die sogenannten Antirevisionisten zum Worte. R. Saleilles dagegen wurde durch eine Erkrankung, die man mit seinen übergroßen geistigen Anstrengungen in Zusammenhang bringt, leider daran verhindert in die Verhandlungen einzugreifen, die er mit so großem Eifer vorbereitet hatte”³⁸⁸. Ignora Leonhard la creación de una comisión sobre la reforma del código. O quizás ve con disgusto que el BGB no es tenido en cuenta por esta comisión como modelo a seguir en la revisión.

4.9.2.- Saleilles y el BGB en los “temps des trublions”

Saleilles dedicó gran parte de su vida al estudio del BGB. Por interés científico. Por su voluntad de provocar cambios en Francia. Por su preocupación por el destino de la ciencia francesa. Todo lo que el BGB provocaba en Francia lo podemos observar con los ojos de este jurista que tantas páginas dedicó al derecho del país vecino y que tantas amistades cultivó allí.

³⁸⁷ *Ibidem*, 81.

³⁸⁸ *Ibidem*, 81.

Su interés por el BGB se materializa por vez primera en 1889, con una monografía publicada en el *Bulletin de la Société de Législation comparée* que serviría de base a importante obra *Essai d'une théorie générale de l'obligation* publicado un año más tarde. Pocos años más tarde Saleilles realizó la traducción de varios artículos del BGB, entre ellos la parte general, dentro del proyecto de traducción dirigido por su suegro Bufnoir. La traducción aparece publicada en 1904.

Ese mismo año publica otra interesantísima obra que gozaría de gran difusión: *Introduction à l'étude du droit civil allemand*. Esta monografía sirvió para divulgar el derecho alemán en francia. En esta obra Saleilles se aparta del análisis doctrinal y de legislación que lleva a cabo en sus otras dos monografías y muestra las líneas generales de la ciencia jurídica y de la legislación alemanas, con un interés divulgativo y con guiños constantes al legislador francés, intentando provocar en él y en la doctrina gala una reflexión necesaria sobre la reforma que había de experimentar el viejo código civil.

En 1901, con el BGB ya en vigor, aparece el ensayo de Saleilles sobre la declaración de voluntad y otro sobre la teoría general de la obligación, reedición del de 1890. Aparte de estas obras escribe ensayos menos extensos sobre las personas jurídicas en 1901, sobre la condición de la mujer en 1901 y 1903, sobre el testamento ológrafo el mismo año 1903 y sobre la posesión en 1903 y 1906. Después de este año, Saleilles comienza a dirigir su atención a otro gran proyecto legislativo, el código civil suizo, y se aleja de la legislación y la ciencia alemanas.

En 1904 escribe en la presentación a su introducción al estudio del derecho civil alemán, la idea que le guía en su interés por el BGB: "Le Code civil allemand aura été l'œuvre juridique la plus considérable du siècle qui vient de finir. Non seulement il résume à lui seul tout le mouvement scientifique du XIXe siècle, mais il paraît destiné à servir de point de départ à une nouvelle évolution générale du droit, comparable, toutes proportions gardées, à ce qu'avait été le développement scientifique issu de l'apparition du Code civil français à l'aube du XIXe siècle". Más adelante escribe "il importe donc, pour le juger, et ne serait-ce que pour apprécier dans quelle mesure il y a lieu de céder

ou de résister à cette influence qui va devenir décisive, de le connaître à fond, et non seulement en surface”³⁸⁹. Saleilles, jurista inquieto, ve en el BGB un monumento legislativo que puede dar el golpe definitivo al inicio de las reformas en la ley francesa. Saleilles invita a conocer el derecho alemán, describe y alaba la importancia de la doctrina en ese país y el gran fruto que ésta ha producido: el código civil.

Destacan dos obras entre las que escribió Saleilles para divulgar el Derecho del BGB en Francia: su *Introduction à l'étude du droit civil allemand* y su participación en la traducción del Código alemán. Su *Introduction* fue publicada en 1904 y “à propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère” como reza el subtítulo. Por tanto, traducción e *Introduction*, deben ser estudiadas en relación la una con la otra.

La *Introduction à l'étude du droit civil* tuvo una gran acogida en Francia según nos cuenta Gaudemet en su obra homenaje a Saleilles³⁹⁰. Pero fue esta la obra de Saleilles que más resonancia tuvo en la doctrina alemana, según nos cuenta Birte Gast³⁹¹. Tal fue el interés despertado entre los privatistas alemanes que en 1905 aparecía su traducción al alemán³⁹², hecha por Rudolf Leonhard. Leonhard seguía muy de cerca las evoluciones de la doctrina francesa en su análisis del BGB y tenía admiraba a Saleilles por sus excelentes estudios sobre el derecho alemán³⁹³.

³⁸⁹ Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, op. cit., 3.

³⁹⁰ Eugène Gaudemet, "Raymond Saleilles et le Code civil allemand", in : *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, op. cit., 117-151, 136.

³⁹¹ Birte Gast, *Der Allgemeine Teil und das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, op. cit., 33.

³⁹² Raymond Saleilles, *Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts*, in *Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts*, Breslau, Verlag von M.&M. Marcus, 1905.

³⁹³ Rudolf Leonhard, "Französische Stimmen über das Deutsche bürgerliche Gesetzbuch", op. cit.

Este interés de Saleilles por provocar la reforma del derecho francés mediante el estudio del derecho alemán se deja ver en todos sus escritos. Al final de su *Introduction à l'Étude du droit civil allemand* escribe retando al legislador francés: "Maintenant que l'Allemagne a fait son oeuvre, et qu'elle l'a si bien faite, à la France de faire la sienne!"³⁹⁴

También es perfectamente visible en Saleilles la preocupación por la pérdida de influencia francesa en el mundo. Estos temores los expresa muy bien en las conclusiones a su *Introduction à l'étude du droit civil allemand*: "Peut-être , nous semblera-t-il, à nous Français, que notre influence juridique est désormais menacée: Est-il donc vrai, comme on a paru le dire, que le nouveau droit allemand soit destiné à faire son tour du monde et à inspirer les différents États en travail de codification? Est-il vrai que, vers lui, vont s'orienter désormais les jurisprudences qui se fondent sur d'anciens Codes aujourd'hui quelque peu vieillis?"³⁹⁵

Naturalmente el diagnóstico de Saleilles es distinto al de la mayoría de sus colegas. Y también la solución. Saleilles cree que Francia sí puede perder su influencia manteniendo un viejo código sin cambios, esclerotizado. Él reconoce el avance alemán en la ciencia jurídica. Por ello no pretende defender una ciencia francesa anticuada en muchos aspectos sino su reforma y un valor del derecho francés que no tenía el BGB: su lengua, clara y simple y accesible a todos. Creía que ésta debía ser la gran aportación francesa al progreso jurídico de otros pueblos: "C'est à travers le droit français et les formules françaises que les peuples en quête de réformes juridiques pourront être tentés de venir emprunter les conceptions et le progrès du droit allemand. (...) Sur le terrain du droit l'union se sera faite, sans sacrifice d'aucun côté; et ce sera l'humanité, dans son ensemble, qui en retirera le profit pour l'avenir"³⁹⁶.

Saleilles, como trataré de mostrar, intentaba convencer a sus coetáneos de que la solución era que Francia aceptase el reto y profundizase en las

³⁹⁴ *Ibidem*, 124.

³⁹⁵ Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, *op. cit.*, 122.

³⁹⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, 124.

reformas del derecho social, en las reformas de derecho de obligaciones y del derecho sucesorio el código siguiendo el modelo alemán y, en mayor medida el suizo. Como podemos imaginar, las propuestas de Saleilles no provocaron la reacción del legislador.

Merece atención a parte el papel que Raymond Saleilles juega en la traducción del BGB. En 18XX el *Comité de Législation étrangère* encarga a un grupo de juristas la traducción al francés del BGB, el código civil alemán, todavía en periodo de *vacatio legis*. El *Comité* encarga la dirección de los trabajos al Profesor Bufnoir, suegro entonces de nuestro jurista y miembro destacado de la *Société de Législation comparée*.

Al fallecer Bufnoir Saleilles le sucedió en la cátedra y también en la dirección de los trabajos de traducción. Saleilles tradujo las partes más importantes del nuevo código alemán; la parte general, la parte dedicada a las obligaciones, a los contratos en especial y a la responsabilidad delictual. El profesor borgoñón tenía sobrados méritos para llevar a cabo esta importante tarea. Ya se había destacado en la *Société de Législation comparée* como buen conocedor del derecho privado alemán.

Cómo nos indica Gaudemet en su contribución al homenaje a Saleilles, hasta entonces las traducciones de textos legales se limitaban a un mero texto traducido y las notas indispensables para su comprensión. En el código alemán traducido, Saleilles pretendía incluir, por primera vez, un desarrollado aparato de notas. Esto indica también su intención: no quería transcribir un texto en alemán sino transmitir su contenido (es decir, la doctrina alemana sobre estas normas) a los lectores franceses.

En 1904 escribe Saleilles: "Il est impossible de se rendre compte de la portée d'une législation par le seul contenu de son texte. La concision des formules juridiques implique, plus encore que le texte ne les expose, certains principes de doctrine qui sont l'explication des solutions concrètes admises dans la loi, et qui doivent être le point de départ de toute une série de développements et d'applications que le texte ne saurait laisser prévoir". Para Saleilles la doctrina es la savia del código, "ce qui doit la faire vivre, ce qui en expliquera et en contiendra toute la portée scientifique et pratique". Sin la

doctrina el código es una norma estática, un esqueleto, como más adelante explico.

Para Saleilles es fundamental divulgar los planteamientos de la ciencia alemana consciente de que, el articulado del BGB sin su doctrina no se entendería y sería, en consecuencia, recibido como un armatoste técnico, cerrado y hermético: “Un texte législatif, pris à lui seul, n’est qu’une ossature dépouillée de ce qui en fait la vie, un mécanisme au repos; pour lui restituer la vie et le mouvement, il faut évoquer tout le milieu scientifique, doctrinal et pratique , qui en conditionne le fonctionnement”³⁹⁷.

Vemos pues, la intención manifiesta de Saleilles de divulgar la doctrina alemana entre sus colegas franceses. Era ésta la única forma de hacerles entender el valor de la regulación alemana, la verdadera intención del legislador. De aquí la insistencia en dotar a la traducción de un elaborado aparato de notas.

Pero esto no le debía interesar al *Comité de Législation étrangère*, pues el aparato doctrinal se quedó, en la versión definitiva de la traducción, en un amplio aparato de notas que marcaba, no obstante, una diferencia con las traducciones anteriores. Y por ello se debió decidir Saleilles a escribir su “Introducción al estudio del derecho civil alemán”.

En la introducción a *La déclaration de volonté* detecto también esta intención de Saleilles de no limitarse a la simple transcripción de un texto legislativo sino de divulgar la teoría que lo sustenta. Escribía Saleilles “Il ne s’agit seulement d’une étude de la volonté, et des vices de la volonté, correspondant à la théorie analogue, élaborée par le droit français, en ce qui touche le consentement et les vices du consentement. Il s’agit d’une thèse scientifique, qui domine toute la conception de l’acte juridique et tout le domaine des transactions d’ordre économique”³⁹⁸.

³⁹⁷ *Ibidem*, 4.

³⁹⁸ Raymond Saleilles, *De la Déclaration de volonté*, *op. cit.* VII.

Esta cita es sólo una muestra del objetivo que tienen los textos de Saleilles sobre el derecho alemán: el incitar al legislador francés a tomar el desafío del BGB iniciando también reformas en su legislación civil. Como ya había avanzado, Saleilles centra sus estudios del derecho alemán al BGB. Su interés se refleja en estudios sobre las instituciones más problemáticas del momento. Saleilles analiza el tema de las fuentes del derecho, el derecho de obligaciones y el tema de la responsabilidad por los accidentes de trabajo. En los “epígrafes siguientes analizo los estudios de Saleilles sobre estos temas.

4.9.3.- Conclusión: luces y sombras del BGB según Saleilles

Saleilles ha pasado a la historia como estudioso y divulgador del derecho privado alemán en Francia. No fue el único, como afirman algunos³⁹⁹, que se interesó por código que en el país vecino se acababa de estrenar. Pero en él vemos de forma más clara que en otros este uso del prestigioso BGB en su afán de provocar el cambio de la doctrina y las reformas de legislación francesa.

Saleilles no ignora que, si bien el texto alemán propone soluciones al tema del abuso del derecho y una alternativa a la obsoleta regulación napoleónica de la autonomía de la voluntad, también supone el fin de una etapa en la que la doctrina iba construyendo el derecho a partir de unas instituciones romanas filtradas a través de los siglos por los alambiques científico-jurídicos alemanes.

A juicio de Saleilles el código alemán había avanzado demasiado tímidamente en el campo de la cuestión social. Además de censurar la descodificación de materias como los accidentes de trabajo y la responsabilidad objetiva, Saleilles critica que, delante de la gran oportunidad del legislador alemán, no se hubiese ido más allá en la regulación de los derechos y deberes de la mujer. El BGB, en su opinión.

³⁹⁹ Filippo Ranieri, “Französisches Recht und französische Rechtskultur, *op. cit.*

Otra de las críticas de Saleilles al código era el papel que éste dejaba a la ciencia jurídica, a la doctrina. A partir de ahora los juristas se han de mover en el armazón que marcan los artículos del código. La fértil ciencia germánica llega al final de una etapa y se abre otra. Aparecen movimientos que propugnan ir más allá en la investigación jurídica, que abrirán el derecho a la sociología y otras ciencias sociales.

Estas limitaciones del código las ve Saleilles de forma muy clara. Y así se lo expresa claramente por carta a su amigo Eugen Huber justo tras la aprobación del texto definitivo del BGB:

“Un code doit servir surtout à faire le partage entre ce qui doit être, en matière civile, de réglementation légale - ce sont alors les points nécessaires à l'unité sociale, je dis sociale plutôt que politique, et c'est la différence avec le domaine pénal - et ce qui doit être laissé à l'exercice de la liberté; c'est la part de Révolution particulière du droit. Il faut ici une large décentralisation et il ne faut pas surtout dans un Etat fédératif qu'un Code pour la minutie de ses détails étouffe l'essor du Progrès juridique.

(C'est) le défaut du Code civil allemand, oeuvre de jurisconsultes de premier ordre qui, emportés par leur logique et leur esprit d'analyse, ont songé surtout à faire une grande et imposante construction doctrinale.

L'ossature en est trop serrée et laissera peu de place aux floraisons particulières résultant des tendances locales là où la loi doit faire place à la coutume et par suite à ce qu'on appelle faussement la liberté et qui n'est que l'évolution naturelle des lois sociales et organiques en matière juridique⁴⁰⁰.

No es casual que fuese a Huber a quien le escribiese estas decepciones. Una vez aprobada el BGB y habiendo entrado en funcionamiento su maquinaria dogmática, Saleilles desviará su interés y su pasión hacia el código del país alpino que, con sus reglas “souples” dejaba un campo más amplio al desarrollo del derecho jurisprudencial y doctrinal. El código suizo, que solamente era un proyecto mientras Saleilles vivía, cumplía en una mayor medida los deseos de reforma de Saleilles que el código alemán. Aunque es

⁴⁰⁰ Carta de Saleilles a Huber número. 7, de 14 de diciembre de 1896.

evidente el papel que éste jugó en las propuestas del jurista borgoñón. Saleilles nunca llegó a elaborar con tanta maestría y detalle las teorías e instituciones suizas como había hecho con las del derecho privado alemán. Pero sí es cierto que el Saleilles que estudió el derecho suizo estaba más implicado personal y emocionalmente.

4.10.- Saleilles y el Derecho suizo

Al derecho suizo dedicó Saleilles sus últimos años de vida. La entrada en vigor del BGB coincidió con los últimos años del proceso de elaboración de un código civil para Suiza y también, o como consecuencia de lo primero, con la intensificación de la relación profesional y personal de Raymond Saleilles con Eugen Huber. A partir de ese momento de su vida, nuestro jurista dirigió su atención y su energía, hasta entonces centrada en el código alemán, hacia el proyecto de *Zivilgesetzbuch* de la Confederación Helvética. Él fue el principal receptor en Francia de los trabajos codificatorios del país alpino. En el código suizo encontró Saleilles un modelo que podía iluminar las reformas legislativas en su país sin levantar los recelos que el código del Imperio alemán producía. Saleilles contribuyó especialmente a convertir el proyecto de ZGB en “Propagandamittel des Reforms des Code civil”⁴⁰¹.

Saleilles, lo hemos visto en los párrafos anteriores, dedicó a lo largo de su vida muchas páginas al código alemán. En cambio las monografías dedicadas al derecho suizo son más bien escasas. Este hecho no debe llevarnos a engaño: el borgoñón no solamente dedicó los últimos años de trabajo, sus últimas energías (falleció mientras acababa un artículo sobre el derecho sucesorio suizo). Además, Saleilles muestra, al escribir sobre Suiza, una implicación, una pasión ausentes en sus páginas sobre el BGB.

⁴⁰¹ Tomo la expresión prestada de Giovanna Canepa, Sabine Ullman, "Eugen Huber als international bekannter Privatrechtler": Frankreich und Italien, in: *Eugen Huber (1849-1923) Akten des im Sommersemester 1992 durchgeführten Seminars*, Bern 1993, 260-326, 274.

El código alemán era una maravilla técnica y científica. El código suizo, no el real sino el que Saleilles tiene en su mente, además de recoger los últimos avances científicos de la ciencia jurídica occidental - francesa y alemana – se inspiraba en el respeto a una pluralidad social y jurídica que había desaparecido del Hexágono pero parecía pervivir en Suiza.

La relación de Saleilles con el código suizo era, además, mucho más próxima que la entablada con el BGB. Saleilles viajó muy frecuentemente a Suiza. En cambio nunca pisó suelo alemán. Fue únicamente espectador del proceso codificador alemán. En cambio sirvió de puente entre los científicos franceses y el director de los trabajos de redacción en Suiza: Eugen Huber. El hecho de que éste fuese un científico profesor en Berna, sin duda facilitaba estos intercambios. La relación que con él mantuvo Saleilles, en todo caso, fue mucho más estrecha y personal que las que pudo tener con los privatistas alemanes.

4.10.1.- El viaje nostálgico de Saleilles a Suiza

Como avancé ya al hablar de la enfermedad de Saleilles, nuestro jurista se vio obligado a viajar frecuentemente a los Alpes en busca de una curación a sus males. Estuvo en Berna pero también en Bérisal y en Saas Fee, célebre y por la época concurrido balneario en el que ambientó una novela el hijo de uno de los profesores de Raymond Saleilles⁴⁰². También estuvo en Ginebra y en diversos lugares del Valais suizo y del valle del Ain en Francia. En sus estancias se dedicaba a descansar entre baños (en las cartas a Huber menciona sus sesiones de “Hydrothérapie”), a las terapias dirigidas por el Doctor Dubois y también a las “randonées”, a los paseos por las montañas. Según nos informan las cartas a Huber, el jurista emprendía excursiones de

⁴⁰² André Gide, hijo del maestro de Saleilles Charles Gide, retrató fielmente en su novela *Les Faux-Monnayeurs* (Paris, 1925) esta cultura de los balnearios en la Francia de comienzos de siglo. André Gide, *Les Faux-Monnayeurs*, Paris, Gallimard, 1997.

considerable dureza que no siempre podía concluir y que en ocasiones desembocaban en un empeoramiento de su salud⁴⁰³.

La visita a un balneario suponía “un viaje, un contacto con una realidad geográfica, cultural y social percibida como “otra” respecto a la propia”⁴⁰⁴. Para Saleilles estos viajes suponían un contacto con las formas de vida tradicionales de la montaña suiza. Debió encontrar en estos viajes sin duda unas formas de vida campesinas ya extinguidas en Francia y que deslumbraron al católico y nostálgico jurista. Sin duda este hecho determinó su fascinación por el código suizo que, según creía, respetaba las costumbres campesinas, privilegiaba a éstos con contratos bancarios especiales o con un régimen sucesorio propio y diferenciado del urbano y que daba a los cantones un gran poder normativo.

Saleilles, mediante sus loas a estas normas suizas, expresaba una gran nostalgia por un tipo de sociedad tradicional, campesina, que había desaparecido en París y en la mayoría de regiones francesas pero que a duras penas sobrevivía, pese al código según él, en algunas regiones montañosas.

Si el país alpino era entonces un polo de atracción para las clases pudientes de la Europa más industrializada era por las bellezas naturales no contaminadas que guardaba y también por la existencia de formas de vida tradicionales. Suiza era una suerte de Balcanes, más cercanos y menos incómodos, en los que era posible observar formas de organización social y costumbres que en un pasado habían existido también en Francia. Esta búsqueda de “lo puro” en Suiza - donde la pureza iba referida a la tierra pero también a las costumbres - se daba ya desde el siglo XVIII según nos recuerda Giuseppe Olmi⁴⁰⁵. Además, estas zonas eran visitadas tan sólo por una élite,

⁴⁰³ Leemos en una carta de 20 de agosto de 1897 “. C’est un peu avant de partir que j’ai reçu votre lettre si aimable et si intéressante à tous les points de vue. J’avais attendu pour y répondre d’avoir pris ici mes quartiers d’été, espérant, en touriste amateur que je suis à mes heures, prendre mon sac et mon bâton et aller vous surprendre à Andermatt par la Furka”.

⁴⁰⁴ Son las palabras de Gian Paolo Marchi, “Culture a confronto nelle terme e nei luoghi di cura” en Paolo Prodi - Adam Wandruszka (ed.), *Il luogo di cura nel tramonto della monarchia d’Asburgo*, Bologna, Il Mulino, 1996, 69-104, 96 y ss.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, 72.

quedando inaccesibles para la gran mayoría de la población que sí comenzaba a hacer turismo en la costa francesa o en parajes cercanos a las grandes ciudades industriales como París, Lyon o Lille.

Aquí encontramos material de reflexión para el jurista. La melancolía, tal como la entiende Pier-Angelo Schiera, era una forma de ver el pasado que inspiraba los proyectos, utópicos en ocasiones, de algunos juristas⁴⁰⁶. El jurista melancólico es un jurista peligroso por lo que tiene de creativo y de subversivo. En Saleilles encontramos cierta nostalgia por los modos de organización de las comunidades campesinas de montaña. Esta nostalgia se traduce en su defensa de una forma de propiedad alternativa, de unas reglas de sucesión alternativas que, según él, habían sido recogidas por el autor del proyecto de código civil suizo. Este, a su vez, se había limitado a respetar los modos de vida de las comunidades campesinas alpinas.

Se puede objetar que esta melancolía de Saleilles se dirigía al campo en general y no exclusivamente a los campesinos suizos. Esto es cierto y de hecho Saleilles mismo había nacido y se había criado en un pequeño pueblo de la campiña borgoñona cercano a Beaune, entre viñas y bosques. Pero Suiza, ya lo he indicado, seguía generando cierta admiración entre los intelectuales de las grandes ciudades europeas de finales del siglo XIX. Y esta admiración contagiaba también a Saleilles.

4.10.2.- La relación Saleilles-Huber

Al estudiar la recepción del Derecho privado suizo es obligado tener en cuenta la relación profesional y de amistad que unió a nuestro jurista con el director de los trabajos de redacción del Código civil de aquel país: Eugen Huber, nacido en 1849 y fallecido en 1923. Esta relación se inició en 1888 y se fue estrechando a lo largo de los años. Esta relación le otorgaba a Saleilles un

⁴⁰⁶ Pierangelo Schiera, "Melancolía y derecho", in Carlos Petit (ed.), *Las pasiones del jurista*, op. cit. 115-145, 139.

lugar privilegiado como receptor de los progresos de los trabajos codificatorios del país vecino y, al mismo tiempo, le permitía hacer de puente en la recepción del derecho francés en Suiza. Saleilles conoció a Huber en 1894 y, desde entonces y hasta su muerte en 1912 ambos cultivaron un epistolario formado por 105 cartas y tarjetas que ya presenté en capítulos anteriores. Desgraciadamente sólo contamos con las cartas que Huber recibió y conservó y que actualmente se encuentran en el Archivo Federal de Berna para ilustrar este puente intelectual entre las jurisprudencias francesa y suiza personificado en las relaciones entre los dos juristas.

El epistolario canalizaba muchísima información científica en ambos sentidos: Saleilles enviaba sus textos y los de sus colegas franceses a Huber. Este tenía informado al francés de todos los avatares del proceso de codificación. Saleilles pronto descubrió las virtudes y el prestigio del código helvético y cómo éste podía ayudar a provocar al legislador francés a introducir reformas en el viejo código. A medida que avanzaban los años las peticiones de informaciones y documentos que le hacía Saleilles a Huber se fueron incrementando. También crecieron las referencias a Huber y la lectura de sus textos en las sesiones de la *Société d'Etudes législatives*.

Esta información, como ya he dicho, circulaba también en sentido contrario. Huber, al redactar los proyectos para el futuro código civil, contó con aportes científicos de los juristas alemanes y de los franceses. En Saleilles tenía Huber un amigo e informador de lo que sucedía en Francia. Huber se interesaba por cuanto producía la “versión francesa” del movimiento de Derecho libre. Estaba atento a toda novedad editorial o legislativa y, a invitación de Saleilles se hace miembro de la *Société d'Etudes législatives*⁴⁰⁷.

Saleilles envió también documentos a Huber y le presentó a colegas franceses. Por ejemplo, en una de sus primeras cartas (10 de septiembre de 1897) Saleilles anunciaba a Huber que no podía asistir al Congreso de juristas suizos en Zermatt. Advertía sin embargo que su colega Massigli tenía interés en ir y que “il se ferait, dans ce cas, un plaisir d'entrer en relations avec vous et

⁴⁰⁷ Carta de Saleilles a Huber de 21 de julio de 1902.

je me permets ainsi, quelque éventuelle qu'elle soit, de vous annoncer sa visite"⁴⁰⁸. Las "miserias de salud" de Huber le impidieron ir a Zermatt⁴⁰⁹, pero la carta nos muestra el importante papel de contacto que Saleilles podía jugar para sus compatriotas.

Gracias al epistolario conocemos también que fue Saleilles quien presentó a Gény al jurista suizo. Y que fue Saleilles quien le hizo llegar su *Méthode* alabando esta obra que había de suponer un "coup de fouet" para la doctrina francesa.

4.10.3.- El ZGB: "Propagandamittel der Reform des *Code civil*" para Saleilles

El año 1896 se promulgaba en Berlín el código civil alemán aunque no entraría en vigor hasta cuatro años más tarde. Para muchos juristas este momento suponía un punto de inflexión: Agotadas las posibilidades de la dogmática se abría el paso para las interpretaciones más sociologizantes del derecho. Para Saleilles ese año marcó también un antes y un después en su trayectoria científica. Agotaba una etapa que le había llevado a escribir numerosísimas páginas sobre el BGB y a analizar diferentes instituciones necesitadas de reforma en Francia a la luz del código alemán. Se abría, en cambio, una nueva etapa en la que concentraría sus esfuerzos en estudiar lo que el codificador suizo podía al derecho doctrinal internacional y, por tanto, a la reforma del código civil francés.

Durante los años de estudio del proyecto de BGB Saleilles había estudiado su cercanía a la realidad social y sobre su perfección técnica. Los temas de sus monografías así lo indican: la declaración de voluntad, el derecho de las obligaciones y la teoría de riesgo profesional. A partir de 1896 los temas son diferentes y responden al contenido de código suizo: la cuestión de las

⁴⁰⁸ Carta de Saleilles a Huber 10 de septiembre de 1897.

⁴⁰⁹ Carta de Saleilles a Huber 28 de septiembre de 1897.

fuentes, esbozada solamente al estudiar el BGB, el derecho sucesorio y, concretamente, lo que llama “sucesión campesina.

Pero lo que Saleilles alaba sobretodo del código suizo es su “souplesse”, su respeto a la pluralidad social y jurídica del país alpino, su visión “fédérative” del derecho como escribe en una carta. Este era el camino a seguir por el derecho común. Era también el camino para salvar la pluralidad social que en Francia era sistemática y homogéneamente aplastada por el Code civil y sus exegetas. Esta “souplesse” del código no la había encontrado Saleilles en el elaborado BGB:

“Un code doit servir surtout à faire le partage entre ce qui doit être, en matière civile, de réglementation légale - ce sont alors les points nécessaires à l'unité sociale, je dis sociale plutôt que politique, et c'est la différence avec le domaine pénal - et ce qui doit être laissé à l'exercice de la liberté; c'est la part de Révolution particulière du droit. Il faut ici une large décentralisation et il ne faut pas surtout dans un Etat fédératif qu'un Code pour la minutie de ses détails étouffe l'essor du Progrès juridique.

(C'est) le défaut du Code civil allemand, oeuvre de jurisconsultes de premier ordre qui, emportés par leur logique et leur esprit d'analyse, ont songé surtout à faire une grande et imposante construction doctrinale.

L'ossature en est trop serrée et laissera peu de place aux floraisons particulières résultant des tendances locales là où la loi doit faire place à la coutume et par suite à ce qu'on appelle faussement la liberté et qui n'est que l'évolution naturelle des lois sociales et organiques en matière juridique⁴¹⁰.

No es éste el único texto en el que Saleilles alaba el código suizo. Estos elogios son una constante en el epistolario con Huber. En una carta de 1899 habla Saleilles de las ventajas del federalismo suizo y su carácter modélico para el resto de Europa:

“Pardonnez-moi d'avoir mis si longtemps à vous remercier de votre double et gracieux envoi de la savante et si pénétrante étude que vous venez

⁴¹⁰ Carta de Saleilles a Huber de 14 de diciembre de 1896.

de publier sur la situation de la femme dans votre Code civil. Il y a là une question de tout premier ordre que vous avez traité avec un sens des nécessités actuelles en harmonie avec les traditions cependant les plus respectables, qui me frappe beaucoup. Et ce qui me frappe surtout c'est la mission que semble avoir reçue votre pays de faire, à l'avant garde des autres, et pour les autres les expériences qui, dans des grands Etats centralisés, coûteraient quelques fois des révolutions. La forme fédérative, celle de l'avenir, me semble faite pour cette marche par étapes, avec tentatives localisés qui se propagent ensuite (...). Je suis frappé des services que (...) la Suisse rend à l'Europe"⁴¹¹.

El final de esta carta parece un canto a la helvetitud:

“Pendant que les grands pays ne songent qu'aux moyens de se défendre ou de s'espionner, vous ne songez qu'aux moyens d'apporter un peu de paix, un peu de progrès et un peu plus de bonheur dans la vie de l'humanité; et, peu à peu, vous y réussissez!”⁴¹².

Esta inmensa admiración por Suiza y su codificación la encontramos de nuevo expresada en 1902: “je souhaite qu'à ce moment là [el año 1903] votre Projet soit devenu définitivement le Code fédéral de la Suisse. Il y aura là pour votre pays, et par contre coup pour l'Europe civilisée, un projet social d'un prix infini”⁴¹³.

Aparte de estos elogios al código suizo, Saleilles le otorgó una importancia capital. Muchas de las peticiones y consultas que dirige al colega suizo las hace para preparar sus clases, para difundir entre sus estudiantes y colegas los principios básicos del nuevo código o para escribir sus monografías sobre Derecho suizo:

⁴¹¹ Carta de Saleilles a Huber de 22 de abril de 1899.

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ Carta de Saleilles a Huber de 21 de julio de 1902.

“Je ne sais encore assez vous dire combien je m’appuie sur votre oeuvre vraiment admirable, pour essayer d’obtenir enfin que nous parvenions à sortir de nos routines et de nos vieilles formules”.⁴¹⁴

Son varias las materias del código suizo que interesan a Saleilles. Empezando por el tema de las fuentes, ya nombrado, pasando por el Derecho de sucesiones, la regulación de las asociaciones y las fundaciones o del abuso del Derecho. Lo que hace atractivo el código suizo a ojos de Saleilles es la originalidad que presenta en el panorama del derecho privado en Europa. El código francés estaba anquilosado en la vieja idea del monopolio que sobre el sistema de fuentes tenía el legislador. Asimismo la concepción del individuo pertenecía al preterito tiempo de la Revolución en la que los “Citoyens” eran unos pocos propietarios ilustrados.

El código alemán, pese a su perfección técnica y su mayor sensibilidad frente a los nuevos problemas que presentaba el final de siglo, no planteaba soluciones muy diferentes de las del código francés en el tema de las fuentes y en el del papel del juez y la doctrina. Por tanto poco servía para la consecución del derecho teórico, doctrinal en el que pensaba Saleilles: el profesor y el juez tenían un papel similar. El código suizo, en cambio, era el primer código relevante que plantea atrevidas soluciones. Y digo relevante porque no habían faltado experiencias innovadoras sin una gran incidencia en el derecho legislado⁴¹⁵. Esta originalidad respondía sobretodo a la particularidad de la historia jurídica helvética, que poseía, y posee, elementos bien distintos de los de la tradición alemana, francesa o italiana.

⁴¹⁴ Carta de Saleilles a Huber de 11 de febrero de 1905.

⁴¹⁵ He dicho que este era el primer código relevante pero no era el primero en Europa. Unos años antes, se publica el código civil de Montenegro. Montenegro, un pequeño y joven país de los Balcanes, despierta, como muestra el Profesor Petit, el interés de los juristas inquietos, desde Madrid hasta Berlín, pasando por París y Roma. Si bien este código generó un amplio debate doctrinal, su corta vigencia y las características del país que lo había generado hizo que no se le tomase como modelo legislativo a seguir. Sobre el tema *vid.* Carlos Petit, “The Code and the Goats. Western Law in less Western realities”, *op. cit.*

Eugen Huber, al redactar el proyecto de código civil, había querido preservar ciertas características del Derecho suizo anterior; en particular la autonomía de los individuos y de las comunidades campesinas, y con ella el derecho consuetudinario, así como el especial papel de los jueces en la construcción del derecho. En definitiva, Huber, al elaborar el proyecto de código civil, se guió por el respeto a la pluralidad social y jurídica que existía en su país antes de la codificación. Respeto, por otro lado, que venía obligado por las propias características del país alpino. Esto es lo que admiraba Saleilles del código suizo; el respeto por la costumbre, el papel que juegan los ciudadanos y las familias a la hora de modular el derecho: en definitiva, el respeto por la historia jurídica y la realidad social de Suiza, el rechazo al corte que a esta evolución suponía la redacción de fórmulas abstractas y generales para todos. ¿No era éste el mejor ejemplo de lo que la evolución jurídica había de ser?

Nuestro jurista llevó a las sesiones de la *Société d'Etudes législatives* numerosas veces el código helvético como ejemplo a seguir en las reformas legislativas francesas⁴¹⁶. El ZGB y su redactor eran utilizados por Saleilles como medio de promoción de reformas legislativas y la autoridad de Huber era traída con frecuencia a colación en los intentos de Saleilles de convencer a su auditorio de la *Société*. Con mayor o menor éxito según los casos, Saleilles se convirtió en predicador de unas ideas y propuestas que el código alpino había traducido en norma de derecho vigente.

Saleilles utiliza las ideas de Huber en las discusiones que tienen lugar en Francia sobre la persona jurídica y sobre el abuso del derecho. Especialmente en uno de los temas que más interesan al borgoñón y en los que más pone su empeño: la reforma de las normas que regulaban las fundaciones. Saleilles presenta datos de fundaciones en Suiza, material de la comisión suiza de

⁴¹⁶ Son un buen ejemplo de ello las cartas de Huber que Saleilles hace publicar en el *Bulletin de la Société d'études législatives*: "Lettre de M. Eugen Huber à M. Saleilles du 28 février 1902", *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1 (1902), 84-86; "Lettre de M. le professeur Huber, de Berne, à M. Saleilles du 10, janvier 1908", *Bulletin de la Société d'études législatives*, 7 (1908), 104-105; "Lettre de M. Eugène Huber à M. Saleilles du 29 octobre 1911", *Bulletin de la Société d'études législatives*, 10 (1911), 36-37.

redacción del código, cartas de Huber. En una carta agradeciéndole estos materiales le cuenta al suizo: “(...) les renseignements personnels que vous nous donnez suffisent amplement à faire la démonstration dont j’avais besoin; c’est que dans les pays de libre initiative individuelle, comme la Suisse, on ne peut donner satisfaction à toutes les bonnes volontés avec les deux seuls cadres de l’association et l’établissement public.

Ce sont les seuls que nous avons en France; et on prétend qu’ils devraient nous suffire. O allait jusqu’à dire qu’en Suisse la pratique s’en serait contentée et que c’étaient des purs théoriciens qui avaient voulu, sans aucun motif légitime, introduire et créer le monde de la fondation privée”⁴¹⁷.

Saleilles usaba no sólo los escritos de Huber o los artículos del proyecto suizo sino el prestigio que ambos tenían en Francia. De esta forma trataba de influir en sus colegas profesores pero especialmente en los legisladores, hasta el momento bastante ciegos ante las propuestas de reforma legislativa que había planteado a partir del modelo alemán. El derecho suizo se veía más próximo. Existía una traducción oficial en lengua francesa, elaborada entre otros por Virgile Rossel⁴¹⁸. La construcción del código no era tan técnica como la del BGB y su lenguaje era más simple, más próximo por tanto al derecho civil que conocía el jurista francés. Además el código suizo no tenía la carga política negativa que en Francia podía tener el código del Imperio alemán que en 1871 había nacido con la rendición francesa en Versalles.

4.10.4.- La “Méthode” alcanza los Alpes

En las cartas también podemos observar la importancia de la ciencia jurídica francesa para Eugen Huber y los juristas suizos. Por su fecha de promulgación (1912) el código suizo estaba más cercano al alemán que al Code Napoléon (1804). Huber, además, había estudiado en Alemania y

⁴¹⁷ Carta de Saleilles a Huber de 25 de enero de 1907.

⁴¹⁸ *Avant-Projet de Code civil suisse* (Édition bilingue dirigée par Virgile Rossel), Berne 1907.

conocía perfectamente la doctrina de aquel país. Pero también tuvo un intenso intercambio con juristas de otros países, especialmente con los franceses y los italianos⁴¹⁹. En el Archivo Huber en Berna se cuentan cartas de 22 italianos y de más de 10 franceses⁴²⁰. Huber se interesaba por la versión francesa del *Freirechtsbewegung*. De hecho estuvo en dos ocasiones en París, ambas a iniciativa de Saleilles: durante el congreso de 1900 y en una discusión de la *Société d'Etudes législatives* en 1902.⁴²¹

Pero existe un episodio concreto en la vida de Saleilles que muestra a la perfección el papel de puente que Saleilles juega entre Huber y la ciencia francesa. Saleilles presenta a Gény a Eugen Huber y le hace llegar un ejemplar de la *Méthode* que pudo tener una cierta influencia sobre el suizo. Como ya había avanzado, Saleilles conoce a François Gény en Dijon en 1897⁴²². La relación personal y profesional de ambos fue intensa hasta la muerte de Saleilles. Gény dedicó la segunda edición de su *Science et Technique en droit privé positif* a Saleilles⁴²³. Saleilles, a su vez, había escrito el prefacio de la *Méthode* de Gény.

En 1898 Saleilles y Eugen Huber se encuentran en la Pierre à Voir, en Suiza, a propósito de un encuentro de juristas que trató las traducciones del futuro ZGB. Allí hablaron sobre François Gény y la importante publicación que aparecería al cabo de poco: *Méthode et sources en droit privé positif*.⁴²⁴ El francés le invitó a leer y difundir a Gény:

⁴¹⁹ Ver al respecto, Giovanna Canepa, Sabine Ullmann, "Eugen Huber als bekannter international Privatrechtler", *op. cit.*

⁴²⁰ *Idem.*

⁴²¹ Carta de Saleilles a Huber de 21 de julio de 1902.

⁴²² Pierre Kayser, "La vie et l'œuvre de François Gény", *op. cit.* 55.

⁴²³ François Gény, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris 1913. Está dedicada esta obra "Al recuerdo del célebre y apreciado Raymond Saleilles". A la dedicatoria sigue una cita de *La Divina commedia* de Dante en la que éste se refiere a Virgilio: "Or va, ché un sol volero e d'ambedue tu duca, tu signore e tu maestro".

⁴²⁴ François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, *op. cit.*

“[J]e vous avais parlé lors de nôtre rencontre à la Pierre à Voir d'un livre que préparait un de mes amis, Professeur à la Faculté de Dijon, Mr. Géný, sur les Méthodes d'interprétation juridique, et qui devait avoir une importance de Premier ordre.

Il vient de paraître, et je crois qu'il est de nature à faire quelque bruit et à nous donner le coup de fouet dont nous avons besoin, au moins en France, pour sortir de nos routines et élargir nos méthodes.

Je serais très désireux qu'il fût connu et étudié à l'étranger; je crois qu'il y aurait tout profit à susciter sur tous ces points une série d'études parallèles de provenance diverse”.⁴²⁵

Si pensamos en el efecto que esta obra pudo tener en la redacción del título preliminar del código suizo podremos inferir la importancia del borgoñón en la transmisión de las doctrinas jurídicas francesas en Suiza.

4.10.4.- Conclusión; el derecho suizo de Raymond Saleilles; entre ideal y realidad

No podemos olvidar que Saleilles se aproximó al derecho suizo de forma a la vez nostálgica e interesada. Nostálgica porque veía positivas todas aquellas reglas del código que tendían a conservar las formas tradicionales de vida en el campo creyendo que un código por sí sólo podía mantenerlas. Su visión tenía al mismo tiempo una finalidad clara: Saleilles trataba que el legislador francés adoptase soluciones parecidas a las tomadas por Huber, especialmente en lo relativo a la sucesión y a los poderes del juez.

Saleilles en todo caso se preocupó por destacar la originalidad del código suizo defendiéndolo contra los que acusaban a Huber de haberse limitado a importar concepciones y normas alemanas:

⁴²⁵ Carta de Saleilles a Huber de 21 de febrero de 1899.

“Ce sont les conceptions fondamentales, les principes, les solutions positives prises en elles-mêmes, qui sont aussi indépendantes que possible, dans le nouveau Code civil suisse, des solutions correspondantes du Code civil allemand. (...) Ces solutions, ainsi que les conceptions qui les inspirent, ne sont ni allemandes, ni françaises, elles sont suisses. Elles sont empruntées aux traditions historiques et, par conséquent, au droit national de la Confédération suisse”⁴²⁶

Saleilles, en su fascinación por el código suizo, ignoraba que el papel de éste en el desarrollo social y económico de la Confederación sería bien diferente al papel jugado en su día por el código Napoleón. Las fórmulas “souples” del código en ocasiones, como en el caso del crédito agrario, no se aplicarían por falta de concreción.

En el tema de las fuentes pasaría algo parecido: pese a la fabulosa formulación del artículo 1.3 del código que daba al Juez el poder de crear una norma en caso de laguna sería prácticamente inaplicable como bien demostró Jaro Mayda⁴²⁷. Por tanto el mito de la creación judicial del derecho suizo ha resultado eso: un mito.

Algo similar sucedía con la sucesión llamada campesina. Saleilles creía que el código civil suizo y sus especiales regulaciones sobre la materia lograrían conservar unas formas de vivir y de testas del todo prohibidas en Francia. En realidad, la propia dinámica económica y social impuesta por la progresiva industrialización suiza impondría una lógica bien diferente pese a los preceptos del código suizo⁴²⁸.

Por todo ello podemos afirmar que la imagen del derecho suizo que cultivaba Saleilles era una combinación de realidad y de su propia proyección. Esta visión idealizada del derecho suizo resulta en cierta manera un reflejo de la elaboración romántica de Suiza por parte de franceses y alemanes a lo largo

⁴²⁶ Raymond Saleilles, "La responsabilité de l'héritier dans le Code civil suisse", *Bulletin de la Société d'études législatives*, 10 (1911), 476-512, 476.

⁴²⁷ Jaro Mayda, *François Gény and Modern Jurisprudence*, *op. cit.*, 235.

⁴²⁸ Sobre este punto véase Pio Caroni, "Eugen Huber. Il mito svelato", *op. cit.*

del siglo XIX. Los “hommes de monde” europeos que acudían a los balnearios europeos hasta 1914 cultivaban una imagen de Suiza limpia, natural, pura y no contaminada por la industrialización y proletarización de las ciudades francesas o alemanas. Esta visión la tenía también el viajero Saleilles y la proyectaba sobre un proyecto de código que no era ni tan puro ni tan amigo de los campesinos como él creía.

VI.- El desarrollo de la comparatística saleilliana

Hasta aquí he tratado de explicar la idea que del derecho comparado tenía Raymond Saleilles. He intentado diseccionar su teoría del derecho comparado y el contexto en el que esta se construyó. En el presente capítulo pretendo abordar una serie de materias que Saleilles estudió en aplicación de su visión del derecho comparado. Presento los temas que interesaron a Saleilles por responder a la tendencia del “droit commun de l’humanité civilisée”. Trato en primer lugar el tema de las fuentes del derecho. Abordo la cuestión de la responsabilidad objetiva en relación a los accidentes de trabajo. A continuación trato la teoría de la personalidad jurídica y, en concreto, la de la fundación y concluyo con el estudio del derecho de obligaciones y el de sucesiones.

1.- La cuestión de las fuentes

Las fuentes del derecho constituyen un tema de enorme importancia en la obra de Raymond Saleilles. Detrás de este tema se encontraba el problema del método jurídico y también la cuestión del papel del Estado y el de la sociedad en la creación de reglas jurídicas. El sistema jurídico saleilliano se fundamentaba en una crítica radical al legicentrismo del Derecho francés de su época; un sistema que no dejaba apenas lugar a la costumbre o a la jurisprudencia. Saleilles proponía la apertura del sistema de fuentes a estas dos fuentes el sistema de fuentes instaurado por el código. Saleilles criticaba el llamado “Absolutismo jurídico”⁴²⁹. El poder político revolucionario había atribuido el monopolio de las fuentes jurídicas al Estado despojando a juristas y tribunales de su papel creador del derecho. De esta forma, “la esfera de lo jurídico se anquilosaba en la esfera de lo legal”⁴³⁰ limitándose el papel del

⁴²⁹ Paolo Grossi, *Absolutismo jurídico y derecho privado op. cit.*

⁴³⁰ *Ibidem*, 14.

jurista, en contraposición con el del jurista del *ius commune*, al de mero exegeta y aplicador de la ley escrita.

Estas palabras ya nos muestran lo que estaba en juego al discutirse el sistema de fuentes: el monopolio del Estado para regular y modificar la realidad y el papel de los juristas y de la sociedad en la configuración de esta realidad. El absolutismo jurídico no solamente relegaba a la doctrina científica de la creación del derecho sino que excluía de esta tarea a la sociedad en su conjunto al ahogar el desarrollo de un derecho consuetudinario. A finales del siglo XIX se levantaron muchas voces reclamando un papel más desatacado para la costumbre y para la doctrina dentro del sistema jurídico. Por ello coincido con Grossi cuando afirma que “Sin fronteras, lo más vivo de este complejo siglo XIX es la discusión sobre las fuentes: se abre con un discurso vivo y punzante que da lugar a la polémica entre Thibaut y Savigny a propósito de la Codificación y se cierra con esa meditada y vivísima reflexión sobre las fuentes que es la *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* publicado por vez primera justamente en 1899”⁴³¹.

Como ya avancé en el capítulo primero, el jurista de Beaune, a grandes rasgos, proponía en sus textos un modelo de fuentes que, pese a estar centralizado a un código flexible y reducido en su contenido a lo fundamental para el funcionamiento de la sociedad, debía dejar amplio margen a la costumbre y sobretodo a la jurisprudencia. Esta debía ser la encargada de individualizar el derecho escrito y de determinar en qué ocasiones era aplicable la costumbre. Saleilles pensaba en un sistema que iba más allá del código civil pero siempre dentro del código civil. Para favorecer el progreso del derecho el código debía limitarse a regular aquellas materias que requiriesen una regulación unitaria. El resto era materia para desarrollo consuetudinario, doctrinal y jurisprudencial. Y, evidentemente, el derecho comparado había de jugar un papel fundamental en el desarrollo de este derecho doctrinal. Saleilles, en su afán de provocar reformas en el sistema francés de fuentes del derecho,

⁴³¹ *Ibidem*, 17.

buscó en el derecho comparado modelos que el legislador galo pudiese imitar o adaptar.

Pero al hablar de fuentes Saleilles hablaba de la aplicación y la interpretación del derecho, cuestión más trascendente si cabe pues comprometía el papel del jurista y el método científico que éste debía utilizar al aproximarse a las normas jurídicas. Las fuentes no son únicamente origen de normas escritas sino elementos básicos de la actividad intelectual llamada interpretación. El tema de las fuentes, por lo tanto, constituye en la obra de Saleilles un punto de fuerza que implica su concepción sobre el derecho comparado y sobre la ciencia del derecho en general.

Esta preocupación de Saleilles por las fuentes la reflejó ya durante su etapa "alemana". Naturalmente Saleilles estuvo atento de la regulación que hacía el proyecto de BGB sobre la materia. Puedo afirmar que Saleilles esperaba mucho más de este código en esta materia ya que el tema había sido muy importante en la doctrina alemana del XIX desde la obra de Savigny. Por ello no es de extrañar que Saleilles resultase decepcionado – si se me permite la expresión - con la posición que la versión definitiva del BGB otorgaba a la costumbre en el sistema de fuentes. Pese a ello el jurista borgoñón veía que, también en esta materia, el BGB resultaba mucho más avanzado respecto al código francés. Por ello proponía que la ciencia francesa observase con atención el ejemplo de país de más allá de Rin.

Saleilles trató la cuestión de las fuentes del derecho en el BGB básicamente en su obra *Introduction à l'étude du droit civil allemand*. En esta monografía dedicó tres capítulos al tema. En una obra de un centenar de páginas tres capítulos suponen un volumen importante. En éstos Saleilles aborda por un lado el tema del derecho particular de los Estados (*Länder*) vigente tras la promulgación del BGB como ley general para todo el *Reich*. Por otro lado trata de las competencias legislativas que todavía tenían los diferentes Estados del Imperio en derecho privado. Finalmente estudia el borgoñón uno de los temas que más privilegió; el derecho consuetudinario.

El tema de la descentralización legislativa y administrativa interesó a Saleilles como trataré de mostrar. Sobre este tema se pronunció, tanto para el

caso alemán como para el suizo. Sus ideas sobre el derecho de los Estados y sobre la costumbre tenían detrás un determinado proyecto de Estado y de sistema jurídico en el que el parlamento estatal cedía poder a los ciudadanos y a las comunidades en el caso de la costumbre y a las instituciones regionales en el caso del derecho particular de los Estados. No hemos de perder de vista que Saleilles mantenía una posición crítica con el Estado y con el sistema parlamentario de la III República.

El Parlamento francés, según Saleilles y sus coetáneos profesores de derecho privado o público, era un centro de intrigas políticas e intereses particulares que no reflejaban las sensibilidades de las diferentes comunidades y de los ciudadanos. El principio de la soberanía nacional llevada al extremo y la extensión del sufragio universal por la III República llevó al sistema parlamentario francés a una lógica en la que cada mayoría parlamentaria modificaba las leyes de la mayoría anterior sin tener en cuenta la Constitución. El sistema parlamentario del momento respondía a unos ideales rousseauianos y revolucionarios que, por abstractos y ciegos, no respetaban una realidad mucho más plural y compleja que la sociedad de individuos racionales e iguales delante de la ley que tenían en mente los parlamentarios⁴³².

Por todo ello proponía Saleilles un sistema descentralizado como el federal en el que los centros productores de normas estuviesen más cerca de la realidad social sobre la que estas normas debían incidir. Además, Saleilles creía en un sistema en el que la costumbre, como derecho creado por la comunidad, tuviese un mayor papel.

Saleilles juzga positivamente el lugar que el BGB deja al derecho de los Estados y al derecho consuetudinario, si bien no se le escapaba el cierre del sistema de fuentes que hace el legislador alemán⁴³³. De todos modos, según el francés el cierre no es tan acentuado como el del código napoleónico. Saleilles

⁴³² Marie Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, op. cit.

⁴³³ Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit privé allemand*, op. cit

tampoco estaba seguro de que el cierre del sistema de fuentes fuese a determinar la rigidez del derecho alemán.

1.1.- La crítica al absolutismo jurídico. Saleilles y el “Estado legal”

Saleilles, como ya lo avancé, pertenece a un grupo de juristas franceses críticos con el absolutismo jurídico y con el “Etat légal” instaurado por la III República francesa⁴³⁴. Este estado legal o de las leyes había instaurado un sistema político-jurídico en el que la soberanía popular justificaba que el Parlamento, como máxima expresión de esta soberanía, emitiese leyes regulando cualquier materia e incluso vulnerando en ocasiones la Constitución. En palabras de Duguit el sufragio universal justificaba que el legislador siguiese siempre las pasiones de la masa y desprotegía al individuo del despotismo estatal⁴³⁵. Saleilles y sus coetáneos ponían en duda el papel del parlamento también por los numerosos casos de corrupción que le afectaban y pretendían acabar con la preeminencia del parlamento dentro del Estado⁴³⁶.

La élite de los juristas proponía un papel más importante de la doctrina y en la creación del derecho y una limitación de los poderes del Parlamento véase de la extensión del sufragio. Estas ideas las exponía diáfananamente Adhémar Esmein, colega de Saleilles: “Ce qu’il nous faut à nos démocraties modernes, le seul levain qui puisse les faire fermenter et les préserver de la corruption, c’est une élite intellectuelle, pourvue d’une haute culture, vraiment et solidement scientifique”⁴³⁷.

⁴³⁴ Sobre este tema ver la obra de Marie-Joëlle Redor, *De l’Etat légal à l’Etat de droit*, op. cit.

⁴³⁵ Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, 30.

⁴³⁶ *Ibidem*, 90.

⁴³⁷ Citado por Charles-André Weiss, *Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein. Lue dans la séance du 10 février 1917. Institut de France, Académie des sciences morales et politiques*, Paris, Paris, Imprimerie de Firmin-Didot, 1917, 48

También Saleilles criticaba las consecuencias nefastas del sufragio universal. La abstención era muy alta, muchos votos se perdían y, al final, el derecho de sufragio, como el de propiedad, era acaparado por unos pocos. Saleilles llegó a plantear como alternativa un sistema de representación proporcional⁴³⁸.

Los coetáneos de Saleilles, como consecuencia de su crítica al parlamentarismo y al sufragio universal, atacaban también el papel de la ley. La ley residía en la mayoría electoral y, en consecuencia podía tener lagunas técnicas pero también de legitimidad. La ley, por su abstracción y generalidad, estaba basada en una ficción que comportaba situaciones de inequidad. Colaboró a este desprestigio de la ley el abuso de la delegación legislativa durante la III República⁴³⁹.

De todo esto se desprende que los juristas practicaban una separación, entre derecho y ley. El derecho lo configuraban la ley pero también la doctrina y la jurisprudencia y estaba por encima de la ley. Para solucionar esta dicotomía Duguit diferencia las reglas normativas de las constructivas. Las reglas normativas constituían el derecho, eran "l'expression d'un double sentiment: le sentiment de la socialité et le sentiment de la justice"⁴⁴⁰. Estas reglas normativas equivalían a lo que Géný llamaría "donnée" por oposición a lo "construit" y a lo que Bonnetcase llamaría "sources réelles" diferenciándolas de las "sources formelles" del derecho⁴⁴¹. En definitiva el papel de la ley del para la doctrina en los tiempos del "Estado legal" era bastante relativo.

Esta crítica al legalismo la llevó Saleilles a su máxima expresión en el derecho privado. El borgoñón huía del recurso a la ley del legislador

⁴³⁸ Raymond Saleilles, "La représentation proportionnelle", *Revue de droit public*, 9 (1898) 215-234, 385-413.

⁴³⁹ Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, *op. cit.*, 159.

⁴⁴⁰ Lo explica Julien Bonnetcase, "La science juridique française. Quelques aspects fondamentaux de l'œuvre de Léon Duguit", [edición a parte de] *Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger*, 1929, 12.

⁴⁴¹ *Ibidem*, 11.

republicano. Consideraba que la ley debía regular tan solo los puntos básicos necesarios para la convivencia social. El resto de materias debía dejarse al juez y al desarrollo natural consuetudinario del derecho. Por ello frecuentemente atacó Saleilles el recurso a las leyes especiales. Esta práctica, cada vez más frecuente, era para el borgoñón un mecanismo equivocado y condenado a desaparecer. Saleilles no supo ver que vivía el inicio de un proceso de descodificación que no tendría marcha atrás⁴⁴².

Ateniéndonos a esta posición central del código en el pensamiento de Saleilles ¿Cómo se entiende pues su postura revolucionaria respecto a los planteamientos de la escuela de la exégesis? Tal y como explicaré en su momento, el sistema de fuentes en el que creía el jurista borgoñón, si bien tenía un punto de partida en el código civil, desplegaba su potencial con una jurisprudencia con amplios poderes que, mediante la aplicación del método histórico individualizaría las reglas del código y eventualmente la costumbre.

El derecho comparado y la idea de derecho común tuvieron en este punto un papel muy importante. En este caso Saleilles no consideraba que el modelo de código alemán fuese el que había de seguir el derecho francés. En este punto Saleilles utilizó el ejemplo del código civil suizo como modelo de código poco codificado. Siguió con la máxima atención el proceso de elaboración. Este código deja

El lema que Saleilles defendía en el prefacio a la obra de Géný resume a la percepción el papel que otorgaba al código civil en el sistema de fuentes: "Au-delà du Code civil, mais par le Code civil!"⁴⁴³ Pero Saleilles, a diferencia de otros juristas más jóvenes, defendía la necesidad de que este Código fuese menos código, que regulase menos materias y que dejase a los tribunales más posibilidades a la hora de aplicar e interpretar las normas escritas para que pudiesen aplicarlas a cada caso concreto. Para ello era necesario que los jueces y tribunales tuviesen un mayor conocimiento del derecho comparado

⁴⁴² Pio Caroni, *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996, 40 y ss.

⁴⁴³ Raymond Saleilles, "Préface", François Géný, *Méthode d'interprétation*, op. cit. XXV.

para que pudiesen llevar a cabo su tarea mediante el método histórico o comparativo.

Naturalmente esto requería un código escrito diferente del que existía en Francia desde 1804. Saleilles defendía un código reducido a la mínima expresión y que regulase solamente aquellas materias necesarias para la unidad política y social de un país. El borgoñón pretendía “un Code très peu codifié, si j'ose ainsi dire, qui se contente des points fondamentaux et qui laisse une place considérable au développement des usages particuliers. Un code doit servir surtout à faire le partage entre ce qui doit être, en matière civile, de réglementation légale - ce sont alors les points nécessaires à l'unité sociale, je dis sociale plutôt que politique, et c'est la différence avec le domaine pénal - et ce qui doit être laissé à l'exercice de la liberté; c'est la part de Révolution particulière du droit. Il faut ici une large décentralisation et il ne faut pas surtout dans un Etat fédératif [se refiere a Suiza] qu'un Code pour la minutie de ses détails étouffe l'essor du Progrès juridique“Un code doit servir surtout à faire le partage entre ce qui doit être, en matière civile, de réglementation légale - ce sont alors les points nécessaires à l'unité sociale, je dis sociale plutôt que politique, et c'est la différence avec le domaine pénal - et ce qui doit être laissé à l'exercice de la liberté; c'est la part de Révolution particulière du droit”⁴⁴⁴.

Revolución ésta particular del derecho debían llevarla a cabo la costumbre pero sobretudo la jurisprudencia.

Por un lado defendía Saleilles un código poco codificado y por otro lado rechazaba la eclosión de la legislación especial: la “manía” del legislador de aquellos años de regular cualquiera de los nuevos problemas que traía consigo la sociedad industrializada y globalizada a golpe de leyes especiales abstractas y generales. Las leyes especiales, según Saleilles, eran ciegas y brutales y con su pretensión de igualitarismo acababan teniendo efectos sociales y económicos indeseados y no permitían una aplicación individualizada y concreta de las leyes.

⁴⁴⁴ Carta de Saleilles a Huber de 14 de diciembre de 1896.

Sobre estas dos ideas fundamentales, el rechazo de la legislación especial y una propuesta de reforma del código que diese a la jurisprudencia un importante papel en la creación y aplicación del derecho, no dedicó Saleilles ninguna monografía en especial. Pero estas ideas impregnan toda su obra. Saleilles sí que dedicó al tema de las fuentes un capítulo de su Introducción al estudio del derecho alemán. Allí trató el papel que el legislador alemán había dejado a la legislación de los estados y a la costumbre⁴⁴⁵. Para el estudio del resto de temas hemos de acudir a las monografías dedicadas al derecho sucesorio, al derecho de obligaciones o al derecho comparado.

Saleilles, al defender su postura sobre el papel del código y de la ley, hizo uso, como no podía ser de otra manera, del derecho comparado. El modelo de código alemán no le servía a Saleilles para defender y divulgar su idea de lo que debía ser una ley civil. El BGB había cerrado el sistema de fuentes y había regulado con gran tecnicismo y detallismo todas las materias del derecho civil. En 1896 escribía el borgoñón a su amigo y colega Eugen Huber:

“[I]l ne faut pas surtout dans un Etat fédératif [se refería a Suiza] qu'un Code pour la minutie de ses détails étouffe l'essor du Progrès juridique.

Je crains que ce ne soit là le défaut du Code civil allemand, œuvre de jurisconsultes de premier ordre qui, emportés par leur logique et leur esprit d'analyse, ont songé surtout à faire une grande et imposante construction doctrinale.

L'ossature en est trop serrée et laissera peu de place aux floraisons particulières résultant des tendances locales là où la loi doit faire place à la coutume et par suite à ce qu'on appelle faussement la liberté et qui n'est que l'évolution naturelle des lois sociales et organiques en matière juridique⁴⁴⁶.

Si el código debía ser poco codificado, si debía ser solamente la osamenta del derecho que después la jurisprudencia se encargaría de mover el

⁴⁴⁵ Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, op. cit., 54 y ss.

⁴⁴⁶ Carta de Saleilles a Huber de 14 de diciembre de 1896.

modelo de ley civil que representaba el BGB alemán no era el que Saleilles consideraba más cercano al “droit commun de l’humanité civilisée”. En cambio el anteproyecto de código suizo que había presentado en 1900 Eugen Huber sí que se acercaba al código flexible, general y “souple” que Saleilles consideraba como modelo a seguir. Por ello no es de extrañar que a partir de 1900, fecha de entrada en vigor del BGB y de publicación del anteproyecto del ZGB, la atención del comparatista Saleilles y su búsqueda de un modelo de código para su derecho común de la humanidad se dirigiese al país suizo.

1.2.- La cuestión federal: el derecho de los *Länder* y el BGB

En la época de Saleilles fueron varios los publicistas franceses que trataron la cuestión del federalismo. La crisis del modelo de soberanía nacional en Francia marcaba esta discusión y lo hacía también el federalismo alemán y suizo que, en opinión de Duguit suponía un ejemplo de debilitación de la soberanía⁴⁴⁷.

El tema del federalismo interesó indirectamente a Raymond Saleilles. Al borgoñón le atraía la idea de un derecho y un estado descentralizados que diesen respuestas más concretas y no tan abstractas a las demandas sociales que las leyes estatales. Pero tampoco le dedicó gran atención y en muchos casos hablaba en base a una idea preconcebida del federalismo. Al derecho particular de los Estados lo estudia Saleilles en el capítulo XX de su *Introduction à l’étude du droit civil allemand*. En general juzga positivamente la regulación que de la materia hace el BGB y la Ley de Introducción. El artículo 55 de esta norma derogaba todas las leyes de los Estados que regulaban materias de derecho privado excepto aquellas en las que el BGB o la Ley de Introducción hubiesen emitido una reserva. Esta norma no derogaba pues todo el derecho de los Estados y abría la puerta a una división de competencias en materia de legislación civil. La Ley de Introducción, además, enumeraba una

⁴⁴⁷ Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, op. cit. 20 y ss.

serie de materias relativas al derecho público, sobre las que seguía rigiendo el derecho de los Estados. Se trata de materias que no nos interesan aquí.

Saleilles valoraba positivamente la presencia del derecho de los Estados en el ordenamiento jurídico alemán posterior a la promulgación del BGB. El hecho de que el Estado dejase algún resquicio a la producción legislativa de otras instancias territoriales suponía un gran avance en relación con el derecho francés. No solo por lo que decía al respecto la Ley de Introducción sino también por el papel que el derecho particular de los estados había tenido durante la elaboración del BGB. La especial estructura política descentralizada del Imperio alemán, el proceso de formación del Estado y del derecho, tan diferentes del francés, habían tenido como consecuencia que el legislador del Imperio tuviese en cuenta unos derechos vigentes en los territorios durante siglos en ocasiones y apoyados por una gran tradición jurídica.

Otra cuestión que abordó Saleilles aunque de forma breve y en relación con la del derecho particular de los Estados fue la del nuevo papel del derecho romano. Este, además de servir como instrumento científico para los juristas alemanes que habían preparado el camino al código, constituía un cuerpo jurídico directamente aplicable en algunos de los territorios del Imperio. El derecho romano era derecho positivo en no pocos estados y en otros era derecho supletorio. En algunos territorios del Imperio el derecho privado venía a ser una suerte de derecho romano adaptado a las necesidades del siglo XIX. Estas normas de derecho romano fueron naturalmente derogadas por el que a partir de 1900 sería el nuevo derecho común; el BGB. Así lo determinaba el artículo 4 de la Ley de Introducción.

Pero este mismo precepto contenía una excepción a esta regla derogatoria: en el caso en que las reglas de derecho romano regulasen materias del derecho territorial reservado expresamente a los Estados el derecho romano continuaría, lógicamente, en vigor. Por tanto, allí continuaría siendo derecho supletorio el viejo *Ius commune* romano. Este extremo lo reconoce de forma positiva Raymond Saleilles⁴⁴⁸. Según él, el código reconocía

⁴⁴⁸ Raymond Saleilles, *Introduction, op. cit.*, 54.

en este tema una realidad jurídica anterior y respetaba su vigencia en la medida de lo posible.

Para Raymond Saleilles la regulación alemana sobre el derecho de los Estados suponía un modelo de equilibrio entre el centro y la periferia: entre el Imperio y los distintos *Länder*. “on a fait remarquer avec raison que cette sorte de compromis entre l’unité et la diversité de sources juridiques constituait l’une des caractéristiques les plus remarquables du Code civil allemand”⁴⁴⁹.

Ciertamente las normas de la Ley de Introducción introducían cambios importantes, pues retiraban la competencia para legislar sobre derecho privado a los Estados a partir del momento de promulgación del BGB. Pero sobre este punto Saleilles no se pronunció. Y no lo hizo, en mi opinión, por la indefinición de sus propias ideas sobre cómo se debía articular esta relación entre el derecho central y los derechos particulares en un Estado. Saleilles veía que los derechos territoriales habían estado presentes durante las discusiones de las comisiones y tenían todavía una cierta presencia después de la entrada en vigencia del BGB y contemplaba esta realidad de forma positiva. En comparación con el caso francés el modelo alemán era un modelo de descentralización. Pero el borgoñón, por desconocimiento del federalismo o por no ver más trascendencia en un tema tan ajeno a la realidad francesa, no se pronunciaba.

Considero que Saleilles no escribió más sobre el tema de la descentralización de poder legislativo porque, si bien estaba en general a favor de un modelo federal – consideraba de hecho la forma federal como la del futuro⁴⁵⁰ - veía esta forma como algo futuro, como un proyecto sobre el que no escribió. Simplemente se pronunció a favor sin saber muy bien las consecuencias prácticas que un sistema tal debía conllevar.

Este juicio de Saleilles está condicionado, como ya he avanzado, por su apuesta utópica y vaga por la “forme fédérative” del Estado, que según le escribía a Huber en 1896 era “celle de l’avenir”. Su simpatía por este modelo

⁴⁴⁹ *Idem*.

⁴⁵⁰ Carta de Saleilles a Huber de 14 de diciembre de 1896.

federal es consecuencia de su creencia en el pluralismo jurídico dentro del Estado. Creía que la existencia de una norma superior y común a todos los territorios de un país, el código civil, era compatible con el respeto a la pluralidad normativa de un país. Saleilles consideraba que el Estado debía dejar cierto espacio a las regiones para regular algunas materias de derecho privado. Era este el modelo que el legislador suizo había adoptado y que, en menor medida, se daba en los territorios alemanes.

Saleilles, al estudiar el sistema alemán de distribución del poder legislativo, realizaba una crítica al legislador francés que repetirá al analizar el derecho suizo. Saleilles califica de “moderno” el respeto a la pluralidad jurídica de un país que llevaba a cabo Alemania y que no existía en Francia: “(...) il est dans la nature du droit privé d’un grand État de faire une part suffisamment large, à côté de l’unité foncière de vie juridique sur tous les points essentiels et en tout ce qui constitue les grandes lignes du développement du droit, aux initiatives locales et à la variété des besoins particularistes”⁴⁵¹.

Es natural por tanto que repugnase a Saleilles la idea de un Estado centralista con un único parlamento que dictase normas iguales para todos los rincones de un país. Esta centralidad estaba basada en la abstracción de la Nación como conjunto de individuos iguales. Saleilles, lo he dicho ya, es partidario de la forma federativa del estado y de la división de competencias legislativas entre el centro y la periferia. Si bien este respeto a la diversidad normativa es realizable en un Estado federal, Saleilles cree que no es ésta la única fórmula que lo posibilita. Un estado centralizado debe también particular mecanismos de reconocimiento de esta diversidad.

En conclusión puedo afirmar que Saleilles nunca desarrolló su idea de descentralización y distribución del poder de legislar. El modelo alemán tampoco le daba mucho material para desarrollar una posible propuesta sobre este tema. Mucho más descentralizado se presentaba a los ojos de Saleilles el modelo suizo, al que Saleilles se acercó, como veremos, en los últimos años de su vida: Quizás por ello no tuvo tiempo para dedicarse al estudio del tema. O

⁴⁵¹ Raymond Saleilles, *Introduction, op. cit.* 54.

quizás le interesase más el derecho consuetudinario y jurisprudencial. En todo caso Saleilles, elaboró con más detalle sus propuestas de ampliación de los poderes de los tribunales y de respeto al derecho consuetudinario⁴⁵².

1.3.- Saleilles y la costumbre

Pero dentro del tema de las fuentes, el que más interesaba a Saleilles era el del papel de la costumbre. “Il n’y a pas de problème plus urgent, mais peut-être aussi n’y en a t’il pas de plus difficile”⁴⁵³. Al escribir sobre el derecho alemán afirmaba Saleilles que el tema de la cuestión constituía la cuestión clave de la evolución del derecho, pues de ella dependía saber “si le droit codifié sera condamné ou non à l’immobilisation”⁴⁵⁴. Esta afirmación no era exagerada. Dentro de la teoría de Saleilles “[l]e problème du droit coutumier est aujourd’hui nettement posé; il se relie à la question plus générale des méthodes d’interprétation du droit”⁴⁵⁵.

Saleilles negaba el carácter individual del derecho. Este tenía su origen en la colectividad. En este punto coincidía el borgoñón con las ideas de los juristas de la escuela histórica del derecho. Si el derecho debía su valor a la colectividad, la pregunta a hacerse por todo jurista era si la ley era la única expresión del estado jurídico o sentir jurídico de la colectividad. Para Saleilles la respuesta era clara: la costumbre, en tanto que norma de carácter colectivo, era una forma válida de expresión jurídica y, en consecuencia, se le debía reconocer no sólo su validez sino su potencial para coadyuvar en la evolución del derecho⁴⁵⁶.

⁴⁵² *Idem*.

⁴⁵³ *Ibidem*, 67.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, 66.

⁴⁵⁵ *Idem*.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, 83.

Pero esta costumbre no servía como regla por sí sola. De la existencia de una costumbre no se podía deducir la adhesión de aquella persona que la observaba, entendida como facultad de opción del sujeto. La costumbre era una regla objetiva que se observaba porque se imponía. Pero para determinar la validez y eficacia de una costumbre era necesario que la jurisprudencia valorase si una determinada regla podía ser observada por la comunidad o no⁴⁵⁷.

El derecho codificado debía pues dejar espacio a la costumbre para no quedar anquilosado, estático, para no impedir, en definitiva, la evolución del derecho. Ciertamente no se trataba de una cuestión secundaria sino que estaba ligada también a la evolución de la ciencia jurídica: “[l]e problème du droit coutumier est aujourd’hui nettement posé; il se relie à la question plus générale des méthodes d’interprétation du droit”⁴⁵⁸.

La importancia que Saleilles otorgaba a la costumbre encaja perfectamente a la crítica al absolutismo legalista que acabo de mostrar en el apartado anterior. La ley era una construcción abstracta salida de un parlamento en crisis que legislaba basándose en las ficciones de Rousseau y los ilustrados. La costumbre, en cambio, tenía un origen directo en la colectividad. Saleilles, que partía en su análisis de la negación del carácter individual del derecho, veía en la costumbre una fuente mucho más cercana a la realidad social. En este punto coincidía el borgoñón con las ideas de los juristas de la escuela histórica del derecho.

La cuestión del origen colectivo del derecho ocupaba a no pocos juristas. Y para Saleilles la ley no podía ser la única expresión del estado jurídico o sentir jurídico de la colectividad: la costumbre, en tanto que norma de carácter colectivo, era una forma válida de expresión jurídica y, en consecuencia, se le debía reconocer no sólo su validez sino su potencial para coadyuvar en la evolución del derecho⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, 70 yss.

⁴⁵⁸ *Idem*.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, 83.

Para Saleilles, si bien la costumbre estaba basada en la adhesión de la colectividad, no podía considerarse como expresión de la adhesión de los individuos que formasen esa colectividad⁴⁶⁰. Saleilles consideraba la costumbre como regla objetiva de obligado cumplimiento, no porque los individuos tuviesen conciencia de haberla creado sino por la conciencia de que se trata de una regla impuesta, exactamente como la ley, de cumplimiento general por la conciencia de su fuerza constrictiva.

Con esta idea Saleilles parecía adoptar en parte la posición de aquellos juristas alemanes, Zitelmann entre ellos⁴⁶¹, críticos con las exageraciones de la escuela histórica del derecho y que aceptaban la costumbre como una regla válida en tanto que hecho: “Sans doute, c’est un fait qui correspond, dans la masse, au sentiment du droit, en ce sens que les intéressés le conçoivent comme obligatoire et exigeant une sanction positive; mais ce sentiment n’a de valeur juridique qu’autant qu’il s’incarne dans un fait d’application générale et usuelle”⁴⁶². A diferencia de Zitelmann, Saleilles acepta que la costumbre era expresión de una “conscience juridique collective”, pero no le otorgaba a esta conciencia el papel legitimador de la validez jurídica de la costumbre. Saleilles negaba que el fundamento filosófico e histórico del derecho consuetudinario fuese la conciencia jurídica colectiva de la comunidad⁴⁶³. Esto significaría reconocer la validez de cualquier costumbre por injusta que fuese por el solo hecho de haber sido creada por la colectividad.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, 70.

⁴⁶¹ Saleilles cita el artículo de Ernst Zitelmann: “Gewohnheitsrecht und Irrtum”, *Archiv für civilistische Praxis*, 1883, Raymond Saleilles, *Introduction, op. cit.*, 70.

⁴⁶² *Ibidem*, 69.

⁴⁶³ *Idem*. Saleilles destaca como esta posición científica contrastaba con el papel prácticamente nulo cedido a la costumbre por parte de los diferentes códigos elaborados en los territorios Ni en el *Landrecht* prusiano ni en el código austriaco de 1811 reconocían la validez de la costumbre como fuente del derecho. Estos cuerpos de leyes, al estar fundamentados en los principios ilustrados del siglo XVIII de soberanía popular y de abstracción y generalidad de las normas, habían cortado toda posibilidad de evolución de ese derecho vivo que era la costumbre para reconocerlo solamente en el caso de costumbres locales.

Para Saleilles esta conciencia colectiva se manifestaba no en el origen de la costumbre sino en el momento en que la comunidad aceptaba una regla consuetudinaria como de obligado cumplimiento:

“Rien ne se fait collectivement; tout se crée par voie d’initiative individuelle et se propage ensuite, soit par voie d’autorité, ou d’influence, soit par voie d’imitation. Le premier acte d’initiative reste inconnu; ses ondes d’extension ont également passé inaperçues. La conscience générale de la collectivité n’entre en scène, pour créer une perception qui soit identique dans chacune des consciences individuelles, que lorsque l’œuvre d’unification est achevée, que lorsque le fait est devenu un élément de la vie sociale de la communauté”⁴⁶⁴.

El papel de la costumbre como fuente del derecho quedaba pues relativizado en la teoría de Raymond Saleilles. El hecho de no reconocerle la legitimidad de su origen en la conciencia jurídica colectiva impedía asimismo aceptar cualquier costumbre como derecho objetivo. Saleilles defendía la ley como marco de las demás manifestaciones jurídicas, incluida la costumbre: De otra manera se impondrían la creaciones espontáneas como la costumbre y “ce serait l’arbitraire, l’incertitude des relations privées, et tout un procédé inorganique et par trop primitif d’adaptation juridique”⁴⁶⁵.

Esto nos significaba que la costumbre fuese reconocida solamente cuando la ley hiciese una remisión a ella. La ley y la costumbre debían integrarse mutuamente. La costumbre encontraría su fuerza en la ley la ley se debería aplicar respetando las costumbres. Esto se conseguía gracias al papel integrador de éstas que el borgoñón otorgaba a la jurisprudencia. Era la jurisprudencia la que debía determinar las costumbres válidas como normas de derecho positivo y las que no lo eran.

La jurisprudencia permitía la articulación entre la ley, abstracta por naturaleza, y la “reconnaissance aveugle et brutale de la coutume”. La costumbre sería fuente del derecho en tanto elemento de la interpretación

⁴⁶⁴ *Idem*.

⁴⁶⁵ Raymond Saleilles, “Préface”, François Génay, *Méthode d’interprétation*, op. Cit, XX.

jurídica: concretamente sería un elemento de “l’interprétation évolutive de la loi”⁴⁶⁶.

Evidentemente Saleilles pensaba en una interpretación jurisprudencial que aplicase el método histórico. El juez ideal de Saleilles, “d’après la méthode historique d’interprétation des lois, a mission de tenir compte de la coutume, pour lui adapter la loi et la mettre elle-même en harmonie avec la loi”⁴⁶⁷. La costumbre debía servir por tanto para que la interpretación de la ley respetase la realidad, en ocasiones expresada a través de una costumbre. Esta interpretación era necesaria incluso para respetar el espíritu de la ley: una interpretación de la ley no podía contradecir la conciencia colectiva que se encontraba en el fundamento de toda costumbre.

La cuestión de la costumbre no era sencilla en el caso alemán. La costumbre había sido objeto de atención de los juristas a lo largo del siglo XIX, gozando de un lugar privilegiado en los estudios de la escuela histórica del derecho. Como recuerda Saleilles, se había llegado al extremo de reconocer la conciencia jurídica colectiva de la comunidad como fundamento filosófico e histórico del derecho⁴⁶⁸. Pero esta posición no se reflejaba siempre en las normas jurídicas positivas. La costumbre no estaba presente en los diferentes códigos que a lo largo del siglo XIX se habían ido elaborando en los territorios alemanes. Por ejemplo el *Allgemeines Landrecht* prusiano. Este cuerpo de leyes, al estar fundamentado en los principios ilustrados del siglo XVIII de soberanía popular y de abstracción y generalidad de las normas, había cortado toda posibilidad de evolución de ese derecho vivo que era la costumbre para reconocerlo solamente en el caso de costumbres locales.

Saleilles analiza también la cuestión de la jerarquía normativa entre normas locales consuetudinarias y leyes imperiales y viceversa: entre normas consuetudinarias imperiales y leyes escritas locales. La doctrina siempre se había manifestado a favor de la ley escrita: una costumbre local o imperial no

⁴⁶⁶ *Idem*.

⁴⁶⁷ *Idem*.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, 67.

podía contradecir una ley fuese local o imperial. En el caso de la costumbre local, la cuestión se había planteado con motivo de la aprobación de la Constitución del Reich en 1871. Su artículo 2 imponía la supremacía de las leyes del Imperio por encima de las leyes locales⁴⁶⁹.

Saleilles habla de voces críticas con este sistema y favorables a una interpretación del precepto constitucional que incluyese tan sólo las leyes de los Estados y que permitiese, en consecuencia, la existencia de costumbres locales *contra legem* del Imperio. Estas interpretaciones citadas por Saleilles se fundamentaban en la distinta naturaleza del derecho escrito y del derecho consuetudinario. Pero hemos de considerarlas como marginales dentro de la corriente general partidaria de la supremacía absoluta de la ley⁴⁷⁰.

En el momento de elaboración del BGB la costumbre era un tema muy discutido por la doctrina, que mayoritariamente reaccionaba contra las exageraciones de la escuela histórica del derecho. El legislador alemán dudó durante las discusiones del proceso de redacción del BGB entre dos posibles modelos de reconocimiento del derecho consuetudinario. En el primer proyecto, el párrafo segundo restringía la aplicación de la costumbre hasta prácticamente anularla. Según el artículo segundo del proyecto de código civil la costumbre, fuese general o territorial, no podía ni derogar, ni modificar ni completar la ley. Sólo en el caso en que la ley se remitiese a la costumbre podía ésta ser aplicada. Se seguía, por tanto, la teoría del reconocimiento legal o *Gestattungstheorie*. Según Saleilles en este punto el nuevo código alemán, como todo cuerpo normativo, había tratado de eliminar cualquier posible resistencia a su entrada en vigor por parte de normas anteriores escritas o no escritas⁴⁷¹.

La segunda posición reconocía a la costumbre imperial un valor propio independiente de la ley y poder derogatorio, modificatorio o complementivo respecto la ley siempre que la ley escrita no se pronunciase en contra. La

⁴⁶⁹ *Ibidem*, 73.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, 75.

⁴⁷¹ *Ibidem*, 76.

solución final del Código alemán tampoco dio una solución muy original. En el proyecto que finalmente entró en vigor sencillamente se reconocían los usos del comercio y se aceptaba la costumbre como fuente suplementaria de la voluntad de las partes. El código nada decía a la hora de definir la costumbre y tampoco establecía las características que debía tener para ser aceptada en derecho aunque, según Saleilles, el BGB reconocía solamente la costumbre de ámbito territorial imperial⁴⁷². Saleilles defendía para estas costumbres el mismo valor que podía tener una *lex posterior*: poder para derogar, modificar o completar la ley escrita aunque reconocía la existencia de voces contrarias a que la costumbre pudiese modificar o derogar la ley⁴⁷³.

Uno de los temas que Saleilles analizó con cierto detalle fue el de la jerarquía normativa entre normas consuetudinarias locales y leyes imperiales y viceversa: entre normas consuetudinarias de alcance general (imperial) y leyes escritas locales. La doctrina siempre se había manifestado a favor de la ley escrita: una costumbre local o imperial no podía contradecir una ley fuese local o imperial. En el caso de la costumbre local, la cuestión se había planteado con motivo de la aprobación de la Constitución del Reich en 1871. Su artículo 2 imponía la supremacía de las leyes del Imperio por encima de las leyes locales⁴⁷⁴.

Saleilles habla de las voces científicas críticas con este sistema y favorables a una interpretación del precepto constitucional que incluyese tan sólo las leyes de los Estados y que permitiese, en consecuencia, la existencia de costumbres locales *contra legem* del Imperio. Estas interpretaciones citadas por Saleilles se fundamentaban en la distinta naturaleza del derecho escrito y

⁴⁷² *Ibidem*, 78.

⁴⁷³ Saleilles cita en este punto concretamente al profesor alemán Friedrich Endemann cuya posición era sin embargo minoritaria dentro de la doctrina civilística alemana. Véase Raymond Saleilles, *Introduction, op. cit.*, 78.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, 73.

del derecho consuetudinario. Pero hemos de considerarlas como marginales dentro de la corriente general partidaria de la supremacía absoluta de la ley⁴⁷⁵.

¿Qué sucedía con la costumbre de alcance local? Según Saleilles, ésta tan solo podía completar a la ley. En consecuencia “le droit coutumier local ne peut se former valablement dans l’avenir en contradiction avec une disposition du Code civil”. Además, todas las viejas costumbres en materia de derecho privado serían derogadas incluso en el caso de materias no reguladas por el código civil. Así se derivaría del artículo 55 de la Ley de Introducción⁴⁷⁶. Saleilles defiende la vigencia del derecho consuetudinario en un caso: “Le maintien des coutumes locales ne subsiste que dans les matières réservées au droit particulariste ; mais relativement à ces dernières toute nouvelle matière qui naîtrait ultérieurement vaudrait également comme droit de l’Etat, puisque, sur tous ces points, les Etats peuvent se constituer un droit particulier”⁴⁷⁷. Se salvaba así, por tanto, la posibilidad de que los Estados reconociesen la costumbre en las materias de su competencia normativa.

Esta es, según Saleilles, la regulación que establecía el BGB de las relaciones entre costumbre y ley. Pero el borgoñón va más allá y se pregunta por las relaciones reales que cabía esperar entre una ley que se impondría a partir de 1900 y unas costumbres que, en ocasiones, tenían siglos de existencia. Saleilles apoya aquí la posición de Cosack según la cuál ésta sería una cuestión de hecho y no de derecho⁴⁷⁸. Esta posición concuerda con la interpretación sociológica que hace Saleilles de las normas jurídicas. Tanto el derecho escrito como el no escrito respondían según el borgoñón a fuerzas sociales: eran hechos palpables en la realidad. Por tanto el derecho escrito podía encontrarse en la práctica con resistencias por parte de la costumbre.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, 75.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, 79.

⁴⁷⁷ *Idem*.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, 80.

Saleilles introduce a favor de la costumbre el argumento de la eficacia frente al de la validez⁴⁷⁹.

La posibilidad de que una costumbre se impusiese de facto a una norma del código la defiende Saleilles como posible y legítima. Con ello relativiza el poder de las normas del BGB y el de la doctrina y sitúa esta cuestión en el plano de la realidad, por tanto el de la sociología del derecho: “Sans doute, la loi ne peut tarir en fait une source juridique, elle ne peut déclarer par avance qu'elle sera toujours assez forte pour s'opposer aux résistances coutumières”⁴⁸⁰. A continuación dice Saleilles que la ley tiene el derecho de exigir a sus representantes “et des tribunaux en particulier” romper estas resistencias. Con esta frase Saleilles introduce el tema del derecho jurisprudencial.

Se trata de una estrategia hábil. Saleilles habla en primer lugar de las normas y de la jerarquía de fuentes que de ella y de su interpretación por la doctrina se desprende. A continuación previene sobre posibles resistencias consuetudinarias que darían al traste con los proyectos del legislador. El punto de equilibrio entre estas dos fuerzas, la de la ley y la de la costumbre, se encontraba necesariamente en la jurisprudencia. Son los tribunales los que, según el esquema saleilliano, deberían implementar las normas escritas y no escritas según las enseñanzas de la doctrina. Con este argumento Saleilles entra dentro de una cuestión clave cual es la de la interpretación del derecho. La jurisprudencia permite la articulación entre la ley abstracta y la “reconnaissance aveugle et brutale de la coutume”. Según este esquema la costumbre ya no aparecería como fuente directa del derecho sino como elemento de la interpretación jurídica: concretamente sería un elemento de “l'interprétation évolutive de la loi”⁴⁸¹.

Evidentemente Saleilles no piensa en el común de los jueces sino en un juez ideal que “d'après la méthode historique d'interprétation des lois, a mission

⁴⁷⁹ *Idem.*

⁴⁸⁰ *Ibidem*, 81.

⁴⁸¹ *Idem.*

de tenir compte de la coutume, pour lui adapter la loi et la mettre elle-même en harmonie avec la loi”⁴⁸². La costumbre debía servir por tanto para que la interpretación de la ley respetase la realidad e incluso el espíritu de la ley: una interpretación de la ley no podía contradecir la conciencia colectiva que se encontraba en el fundamento de toda costumbre. El órgano representativo de esta conciencia debía de ser “l’ensemble de l’opinion des juristes, mais certainement l’unanimité de la jurisprudence”⁴⁸³.

Pero esta posibilidad constituía tan sólo un *desideratum* del jurista Saleilles. En el sistema establecido por el BGB la costumbre se aceptaba tan sólo la costumbre imperial que completase la ley en las ocasiones en que la ley se remitiese a ella. Pero nuestro jurista no era del todo pesimista y creía que la doctrina científica podía llegar a desarrollar un derecho consuetudinario a partir del texto del BGB. La doctrina no podía cambiar la jerarquía de fuentes pero la práctica judicial reiterada sí que podía provocar el reconocimiento de la costumbre como norma positiva.

De todos modos esta posibilidad no dejaba de ser bastante lejana y dependía de la doctrina y de los tribunales que, en todo caso, tampoco podían subvertir el sistema de aplicación e interpretación del derecho previsto por el código. El mismo Saleilles, en una carta a Huber reconoce que el BGB resultaba un corsé demasiado estrecho que podría inmovilizar la evolución del derecho precisamente por no dejar suficiente espacio a la costumbre: “L’ossature en est trop serrée et laissera peu de place aux floraisons particulières résultant des tendances locales là où la loi doit faire place à la coutume et par suite à ce qu’on appelle faussement la liberté et qui n’est que l’évolution naturelle des lois sociales et organiques en matière juridique”⁴⁸⁴.

La costumbre podía tener otro papel en la articulación del sistema de fuentes: podía influir sobre la ley modificar la interpretación originaria o primitiva de las fuentes legales “en les fécondant d’une vie réflexe, qui crée entre elles

⁴⁸² *Idem*.

⁴⁸³ *Ibidem*, 84.

⁴⁸⁴ Carta de Saleilles a Huber número. 7, de 14 de diciembre de 1896.

une harmonie nouvelle⁴⁸⁵. De esta forma la costumbre coadyuvaba a la evolución del derecho, mediante el intercambio de acciones y reacciones. La jurisprudencia tenía un papel clave para adaptar la ley a las necesidades sociales expresadas en numerosas ocasiones por costumbres viejas o nuevas, de alcance general o territorial.

Si el propio Saleilles desconfiaba de la supervivencia de la costumbre en el derecho alemán, ¿Qué motiva la visión optimista que expresa el capítulo de su *Introduction* dedicado a ésta, sobretodo en sus últimas páginas? Sin duda Saleilles esta indicando el camino que el derecho alemán debía seguir en este punto para llegar al modelo de fuentes del derecho que Saleilles pretendía.

La orientación a seguir por el derecho francés no era la marcada por el BGB sino la que indicaba el proyecto de código suizo. El artículo 1.2 de dicho cuerpo normativo establecía que, en caso de laguna legal, el juez debería aplicar el derecho consuetudinario. Ese derecho consuetudinario era mucho más amplio y tenía más fuerza en el momento de elaborarse el código suizo que en la actualidad⁴⁸⁶.

Eugen Huber, al redactar esta parte de su código civil suizo, había sido conciliador: ni había cedido del todo a las influencias de la escuela histórica ni tampoco al absolutismo jurídico. Reconocía el papel de la costumbre pero dentro del marco legal: “Wo aber das gesetzte Recht mangelt, da darf im Rahmen der staatlichen Gesetzgebungshoheit, also im Rechtsgebiet des gesetzten Rechts, das tatsächlich geübte Recht nicht ignoriert werden⁴⁸⁷. La frase está escrita con toda la prudencia posible aunque deja margen a la costumbre.

El proyecto de código suizo reconocía pues la costumbre *intra legem* al igual que el BGB. Pero también reconocía la costumbre mediante la

⁴⁸⁵ *Ibidem*, XX.

⁴⁸⁶ Así lo cree Pio Caroni, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing, und Lichtenhahn Verlag AG, 1996, 121.

⁴⁸⁷ Eugen Huber, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- u. Polizeidepartements*, I, Bern, 1902, Büchler, 37, citado por Pio Caroni, *op. cit.* 122.

formulación del artículo 1.º la costumbre *praeter legem*. ¿Qué hacía el proyecto suizo con la costumbre *contra legem*? En principio, por la aplicación del artículo 1.º que establecía la obligada aplicación de la ley a cualquier caso jurídico la costumbre contraria a la ley venía derogada automáticamente. Pero, curiosamente, la actitud de parte de la doctrina suiza, y también la de Eugen Huber, relativizaba bastante la importancia de estas costumbres a diferencia de otros países en los que la costumbre *contra legem* era considerada un ataque frontal al sistema legal establecido por los códigos. Muchos de estos códigos hacían por ello referencia explícita a la posibilidad de que una costumbre contradijese un precepto legal. No así el código suizo. Así lo justificaba Eugen Huber:

“Freilich kommt hierzu dann die weitere Frage, inwieweit gesetztes Recht. Durch Nichtübung beseitigt und durch Gewohnheitsrecht ersetzt werden könne. Allein auch darüber braucht die Gesetzgebung nichts zu bestimmen. Sollte eine solche Beseitigung tatsächlich und ohne die Grundlage irgend einer gesetzlichen Sanktion einmal eintreten, so würde das Geschehnis mit seiner Verwirklichung auch seine Anerkennung gefunden haben, so dass eine Berücksichtigung dieses Falles im Gesetze durchaus nicht nötig ist“⁴⁸⁸.

Saleilles quedó prendado por esta forma de tratar la costumbre dentro del sistema de fuentes. Se reconocía todo el potencial del derecho consuetudinario dentro del marco legal y dejando una amplia libertad al juez para aplicarla.

1.4.- Las fuentes en el código suizo

El tema de las fuentes en el código suizo fue de los que más ocuparon a nuestro jurista. Eugen Huber había dado un gran paso a favor del reconocimiento de un sistema de fuentes plural que incluía, no solamente la costumbre y el derecho cantonal sino que introducía decididamente, o al menos

⁴⁸⁸ *Idem*, citado por Pio Caroni, *cit. supra* 130.

así lo creyeron muchos juristas franceses, el principio de creación judicial del Derecho.

El absolutismo jurídico había sido aceptado por los juristas franceses convertidos en meros exegetas. Pero desde finales del siglo XIX la conciencia de muchos juristas se revelaba contra esta esclavitud de la ley escrita. En Francia se discutía sobre el principio de la “libre recherche scientifique” propuesto por Géný en su obra de 1899⁴⁸⁹. Esta libre búsqueda o investigación del derecho planteaba un reto de primer orden a los juristas del momento acostumbrados a un método exegético que no se planteaba más dudas sobre la ley que las derivadas de su lectura y aplicación.

La recepción de esta “libre recherche scientifique” del derecho tuvo bastante que ver con Raymond Saleilles. Como ya avancé, en 1898 Saleilles se encuentra con Eugen Huber en la Pierre-à-Voir, Suiza. Sin duda hablaron de François Géný, quien, lo sabemos, suscita admiración en Saleilles. Prueba de esta conversación en la que se debió citar a Géný es la carta que más tarde le escribió Saleilles a Huber un año después anunciándole la publicación del libro de Géný y con ruegos de máxima difusión en Suiza:

“[J]e vous avais parlé lors de notre rencontre à la Pierre à Voir d'un livre que préparait un de mes amis, Professeur à la Faculté de Dijon, Mr. Géný, sur les Méthodes d'interprétation juridique, et qui devait avoir une importance de Premier ordre.

Il vient de paraître, et je crois qu'il est de nature à faire quelque bruit et à nous donner le coup de fouet dont nous avons besoin, au moins en France, pour sortir de nos routines et élargir nos méthodes.

Je serais très désireux qu'il fût connu et étudié à l'étranger; je crois qu'il y aurait tout profit à susciter sur tous ces points une série d'études parallèles de provenance diverse.

Je me permets donc de vous le faire envoyer. Peut-être pourriez-vous même, en parler dans votre Revue Suisse, ou trouver quelqu'un qui en parlât.

⁴⁸⁹ François Géný, *Méthode d'interprétation.*, *op. cit.*

Je serais très désireux qu'il fût connu et étudié à l'étranger; je crois qu'il y aurait tout profit à susciter sur tous ces points une série d'études parallèles de provenance diverse".⁴⁹⁰

Huber leyó el trabajo de Gény y escribió a Saleilles diciendo que el libro le había ayudado mucho a adquirir claridad sobre algunas ideas. Así lo demuestra una carta de Huber a su colega y amigo Max Rümelin al respecto escrita días después de haber acabado la lectura de Gény:

“Vielleicht kann ich für die Einleitungsparagraphen zum Gesetzbuch einiges daraus [del libro de Gény] brauchen“⁴⁹¹.

Saleilles estaba muy interesado en la difusión de estas ideas de Gény aunque, de hecho, las suyas propias diferían algo de aquellas.

Cuando en 1904 se dio a conocer el anteproyecto de código civil suizo, el precepto que regulaba las fuentes del derecho provocó una gran discusión en Francia pues, según muchos, entre ellos Saleilles, el artículo primero del proyecto de ZGB daba forma legal a la teoría de Gény. Este artículo decía y dice todavía así:

“1.1 Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

1.2. Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewöhnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

1.3 Er folgt dabei bewährte Lehre und Überlieferung.”⁴⁹²

⁴⁹⁰ Carta de Saleilles a Huber de 21 de febrero de 1899.

⁴⁹¹ Citado en Oscar Gauye, “François Gény est-il le père de l'article 1er alinéa 2e du code civil suisse?”, *op. cit.*, 278. Sobre este tema ver también Ferdinand Elsener, “Die Anfänge des Schweizerischen Zivilgesetzbuches nach dem Briefwechsel zwischen Eugen Huber und Max Rümelin“, en Autores Varios, *Festschrift Karl Siegfried Bader*, Zürich, Schulthess Böhlau, 1965, 101-114.

⁴⁹² La ley se aplicará en todos los caso siguiendo su literalidad y significado. Si la ley no fuese aplicable el juez aplicará la costumbre. Si ésta faltase el juez aplicará la norma que hubiese creado de haber sido legislador. Para ello se guiará por la jurisprudencia y la doctrina.

Esta fórmula que otorgaba al Juez el poder de buscar la ley que habría creado como legislador en caso de laguna suponía toda una revolución en la ciencia jurídica europea. Todos los movimientos del derecho libre veían en esta norma la encarnación de sus postulados. Especialmente en Francia dónde Géný había formulado con tanto éxito su idea de libre búsqueda del derecho.

El origen de esta norma ha dado lugar a ríos de tinta. Muchos juristas han discutido sobre las fuentes de inspiración de Huber a la hora de redactar esta norma. Y se ha afirmado frecuentemente que el suizo estaba traduciendo a norma legal la *libre recherche du droit* de François Géný. Jaro Mayda, uno de los autores que más han estudiado esta posible influencia del francés sobre el código suizo, repasa en una monografía los diferentes estudios sobre el origen de esta disposición legislativa⁴⁹³. En su opinión, Huber era un neokantiano que podía fácilmente haber extraído la fórmula de la libre búsqueda de la filosofía del derecho de Aristóteles a través del pensamiento del filósofo Adolf von Vangerow. Mayda cita a otros juristas como Heck y Rümelin que vieron en la fórmula del artículo primero del código suizo la plasmación legislativa de los postulados de la *Interessenjurisprudenz* alemana que había desarrollado Rudolf von Jhering y sus seguidores. Pero, siempre según el profesor checo-puertorriqueño, también los seguidores de Rudolf Stammler se atribuían la paternidad del artículo primero del Código suizo y veían en él una expresión legislativa de su idea de derecho natural de contenido variable.

Oscar Gauye, jurista e historiador suizo y antiguo Director del Archivo Federal, ha estudiado el tema a partir de las cartas entre Géný y Huber y entre éste y Rümelin. Llega a la conclusión de que resulta exagerado atribuir a Géný u a otro "jurista o filósofo la paternidad de artículo 1.3 del ZGB. Gauye entiende que "le rédacteur du Code civil avait réfléchi sur les besoins nouveaux du droit avant la parution de l'ouvrage de Géný"⁴⁹⁴. De hecho, como demuestra Gauye, Huber escribe a Géný diciéndole que "der schweizerische Richterstand befindet

⁴⁹³ Jaro Mayda, *François Géný and Modern Jurisprudence*, *op. cit.*, 34.

⁴⁹⁴ Oscar Gauye; "François Géný est-il le père de l'article 1er alinéa 2e du code civil suisse?"; *op. cit.*, 278.

sich sowohl zu dem deutschen als dem französischen in den meisten Kantonen in einem großen Gegensatz in Folge der weit größeren Freiheit, die er dem Gesetze gegenüber behauptet“.⁴⁹⁵

Sin duda Eugen Huber, que había ejercido la docencia en Alemania y que estaba al día de las novedades científicas en Italia y Francia gracias entre otros a sus correspondientes, conocía todas estas teorías ius-filosóficas. Cuestión aparte es si Eugen Huber tuvo las manos libres para plasmar planteamientos científicos en su código o si Huber bebió de otras fuentes, históricas por ejemplo a la hora de decidirse por una formulación u otra. En este punto me adhiero a la interpretación que da el profesor Pio Caroni sobre este hecho. En opinión del profesor del Ticino, si bien Huber pudo apoyarse en las elaboraciones científicas de Géný y en su *libre recherche scientifique* a la hora de redactar dicho artículo, lo que el suizo estaba haciendo era plasmar en una norma de derecho positivo una tradición secular suiza⁴⁹⁶.

La opinión de Caroni responde en parte al estudio de las tradiciones jurídicas suizas pero también a una lectura de los propios textos de Eugen Huber contextualizada. El redactor del proyecto suizo partía de la idea de que no podían existir lagunas del derecho pues el ordenamiento jurídico daba suficientes elementos para regular cualquier materia:

“Wenn auf Grund älterer Theorien die Auffassung entwickelt wird, die Kodifikation schaffe lückenloses Rect. Und enthalte für alles die notwendigen Bestimmungen nach ihrem Sinn und Geist, so ist die Kodifikation mit der Rechtsordnung überhaupt verwechselt worden. (...) Allein die Kodifikation kann sehr wohl Lücken, wird solche sogar regelmässig in grosser Zahl aufweisen. Wer diesen Unterschied beachtet, kann darüber nicht zweifelhaft bleiben, dass

⁴⁹⁵ "Carta de Eugen Huber a François Géný de 27 de diciembre de 1899" (BA, J I, 132) : Citada por Oscar Gauye, "François Géný est-il le père de l'article 1er alinéa 2e du code civil suisse?", *op. cit.*, 276.

⁴⁹⁶ Pio Caroni, "Eugen Huber. Il mito svelato", *op. cit.*

neben dem kodifizierten Recht noch andere Rechtsquellen Bestand nicht nur haben können, sondern eigentlich haben müssen“⁴⁹⁷.

También recuerda Pio Caroni que esta fórmula del artículo 1 del ZGB “würde genau der Übung entsprechen, wie sie bisher vielfach unbewusst beachtet worden war“.⁴⁹⁸ Caroni cita un texto de Eugen Huber que poyaría esta interpretación: “Wenn wir betrachten, wie bishin bei der Lückenhaftigkeit der kantonalen Gesetze die richterliche Tätigkeit entfaltet hat, so dürfen wir wohl sagen, dass diese Regel, auf welche das ZGB nun verweist, nichts Neues bringe (...). Was uns als neu entgegentritt, ist nur der bewusste Ausdruck für das, was bishin vielfach unbewusst geübt worden ist“.⁴⁹⁹

Efectivamente el código suizo se inscribía en una cultura jurídica en la que de forma natural concurrían costumbre y jurisprudencia en la formación del derecho por la sencilla razón de que los jueces, a diferencia de los franceses, gozaban de un gran prestigio político y social.

El origen mismo de código suizo no debe entenderse como un subproducto del código francés, del código alemán o un injerto entre ambos. El proceso codificadorio en el país helvético El código suizo había sido elaborado en una estructura estatal democrática y republicana. Esto tenía dos consecuencias directas. En primer lugar las leyes “son hechas por el pueblo para el pueblo”⁵⁰⁰. En segundo lugar “también los jueces son populares y no togados”⁵⁰¹. “Se explican de esta manera” -continúa el profesor de Berna- “la renuncia a una parte general (...) el deseo de evitar al juez largas y complejas deducciones, poniendo a su disposición un texto directamente aplicable; la

⁴⁹⁷ Eugen Huber, *Erläuterungen*, I/36, 39. Citado por Pio Caroni, *Die Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel y Frankfurt am Main, Helbing und Lichtenhahn, 1991, 63.

⁴⁹⁸ Pio Caroni, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, *op. cit.*, 160.

⁴⁹⁹ Eugen Huber – Paul Mutzner, *System und Geschichte des schweizersiches Zivilrechts*, 2 Auflage, S. 188, citado por Pio Caroni, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, *op. cit.*, 160.

⁵⁰⁰ Pio Caroni, *Lecciones Catalanas sobre historia de la codificación*, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, 1996, 94.

⁵⁰¹ *Ibidem*, 95 y ss.

tendencia a no condicionar, o no ligar demasiado al juez en su trabajo, tendencia que documenta mejor que otros detalles la confianza puesta en el juez por el legislador”⁵⁰²

Efectivamente en el país helvético los jueces habían tenido desde siempre un alto prestigio y de una gran confianza por parte de la población. Desde siempre los jueces habían tenido una gran libertad para aplicar el derecho y habían gozado del respeto de los ciudadanos, a diferencia de lo que sucedía en Francia. La redacción del código suizo no podía obviar este hecho: Huber plasmó en el artículo 1.2 del código suizo este papel histórico del juez suizo y de la creación judicial del Derecho.

Saleilles creía erróneamente que había sido Huber quien había otorgado al juez suizo estos poderes “il fallait, avant tout, créer un organe toujours vivant d’individualisation du droit”, escribía en 1904. Pero este órgano de individualización estaba ya creado, como acabo de mostrar. Saleilles parecía desconocer este extremo. O quizás lo conocía pero no le interesaba divulgarlo. Saleilles había leído, y reseñado, la obra de Huber *System und Geschichte*. Conocía el derecho suizo y su historia. Saleilles pretendía que el juez francés tuviese un poder similar. Saleilles no podía decir que, en realidad, en Suiza se había respetado un papel histórico del juez suizo que el francés no tenía

En 1904 escribe el texto ya comentado sobre el método histórico y la codificación. En él intenta justificar históricamente que las facultades del juez francés son similares a las del suizo.

En todo caso, los juristas europeos mitificaron este artículo. Encontraron en él una revolución jurídica cuando en realidad no sólo no suponía un cambio extraordinario en el papel del juez, como nos cuenta Pio Caroni, sino que tampoco fue una norma muy aplicada.

Para probar esta mitificación por parte de franceses y alemanes del dichoso artículo 1.3 conviene visitar la práctica jurídica suiza al respecto. Jaro Mayda hace un elenco de casos en que se aplicó esta norma y su tratamiento por parte de la Corte constitucional de justicia. Jaro Mayda hace un análisis de

⁵⁰² *Idem.*

la Jurisprudencia del Tribunal Supremo suizo durante los veinte años posteriores a la entrada en vigor del código civil y demuestra que la creación judicial del derecho prevista en el citado párrafo tercero del artículo primero supone una *rara avis*. Esta previsión del código no se ha aplicado más que una decena de veces. Por tanto se trata de una norma que tuvo una trascendencia más doctrinal que práctica. Y me atrevo a decir que tuvo mucha más importancia fuera de Suiza que en el país helvético, acostumbrado a una cierta flexibilidad de sus jueces.

No olvidemos que la Confederación Helvética era y es un país con un grado de democracia mucho más profundo que sus vecinos. Esta democracia se manifestaba en la extendidísima consulta popular, en la autonomía de los Cantones cuyas asambleas eran, mayoritariamente, elegidas por sufragio universal masculino ya en los tiempos de Huber. Esto permitía una cierta cercanía de los ciudadanos con sus instituciones, incluidas las judiciales, en consecuencia, un mayor grado de confianza en ellas.

En Francia, en cambio, la aceptación del artículo primero del ZGB sí suponía una revolución que muchos miraban con envidia. Por ello no es de extrañar el revuelo organizado a su alrededor y también la discusión sobre el papel jugado por François Géný en su gestación. La carta citada de Huber a Rümelin naturalmente alimentaba estas especulaciones francesas. Estas discusiones, injustamente, no han incluido a Saleilles, que fomentó la recepción de la *Méthode* por Huber y que la presentaba como la obra que los juristas franceses esperaban para iniciar una nueva etapa en la concepción metodológica y de las fuentes del derecho. Al frente de este proyecto estaba Géný pero también Saleilles que, de hecho, iba más lejos que el lorenés en la concepción de las fuentes del derecho. Saleilles, como explica en su prefacio a la obra de Géný, defendía la centralidad del código civil. Pero defendía un código flexible y abierto que permitiese que el Juez pudiese integrar la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia en la aplicación del derecho⁵⁰³.

⁵⁰³ Raymond Saleilles, "Préface" in François Géný, *Méthode d'interprétation et sources*, op. cit., III.

Saleilles expresaba estas ideas, diferentes de las de Géný, en el prólogo a la obra del lorenés. En este texto es dónde acuñó su célebre frase "par le Code civil, mais au-delà du code civil" que contrastaba con la defensa que del código civil hacía Géný. La posición del lorenés era la de "el código mediante el código y dentro del código, con el código y por el código"⁵⁰⁴. Géný, al hablar de aplicación y de libre búsqueda, hacía un planteamiento muy atrevido pero no se alejaba de lo que para él eran las fronteras de lo admisible. No salía de la interpretación de los preceptos del código.

Evidentemente la posición de Saleilles no podía sobrevivir mucho tiempo más. La época de la descodificación se aceleraba. Y frente a estas leyes especiales no había costumbre o método histórico que valiesen. Géný, más moderado, le sobreviviría pues planteaba un método de interpretación de la ley y por la ley que sí podía aplicarse a las nuevas leyes especiales.

Esta limitación de Saleilles se advierte claramente en la discusión sobre los accidentes de trabajo que más adelante abordaré. Saleilles analizó en su *Introduction à l'étude du droit civil allemand* el tema de la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo. La regulación alemana era más claramente favorable a la responsabilidad objetiva que la del código civil francés, anclado en la responsabilidad subjetiva o por culpa⁵⁰⁵. De todos modos, Saleilles consideraba que bastaba con una interpretación valiente por parte de los jueces de los artículos 1382 y 1384 del código civil francés para dar respuesta a un problema tan actual⁵⁰⁶. Lo que Saleilles no explica es que Alemania había apostado claramente por un sistema dual de responsabilidad civil por daños. El código civil reconocía en parte la responsabilidad objetiva pero el tema de los accidentes de trabajo se dejaba a una ley especial aprobada diez años antes.

⁵⁰⁴ Utilizo la expresión de Bartolomé Clavero, "El método entre infieles o el código en España", in, *François Géný e la scienza giuridica del novecento, Quaderni Fiorentini*, 20 (1991), 271-317, 305.

⁵⁰⁵ Raymond Saleilles, *Introduction, op. cit.*

⁵⁰⁶ Raymond Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Paris, A. Rousseau.

Saleilles rechazaba en éste y en otros temas lo que Halpérin llama “essor de la législation spéciale”⁵⁰⁷ y defendía la suficiencia del código y del método histórico, que incluía costumbre y jurisprudencia, para hacer frente a los retos de la nueva sociedad industrial. Saleilles no supo ver que estas leyes especiales no eran la excepción sino el inicio de lo que Caroni llama la “era de la descodificación”⁵⁰⁸.

1.5.- La jurisprudencia y el espejismo suizo

Saleilles mantenía que el código civil debía continuar siendo el centro del ordenamiento jurídico aunque, como ya expliqué, pretendía ir, a través del código, más allá de éste. Pero Saleilles defendía un código mínimo, flexible que fuese adaptado a cada caso particular mediante la actividad de los tribunales. En realidad el código ocupaba el centro del ordenamiento pero éste era desplegado, ejecutado por la jurisprudencia. Sin unos tribunales con amplios poderes y amplios conocimientos para adaptar la ley al caso concreto no podía llevarse a cabo el proyecto de reforma que el borgoñón pretendía.

Esta defensa que hacía Saleilles del papel del juez se encuadra perfectamente en la crítica general por parte de los juristas al legalismo. Perdida la confianza en el legislador y en la ley, los juristas buscaban en un tercero un mecanismo de control de estas leyes imperfectas. Como defiende Redor “Dans la mesure ou la doctrine croit trouver dans les mécanismes juridictionnels l’efficacité perdue par le législateur pour la protection des libertés et la conservation de l’ordre, le juge est logiquement amené à occuper une place centrale dans cette conception de l’Etat de droit et des garanties données aux administrés contre les abus du pouvoir (...). Le juge est donc seul

⁵⁰⁷ Jean Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français, op. cit.*, 235.

⁵⁰⁸ Pio Caroni, *Lecciones catalanas, op. cit.*

à pouvoir assumer ce rôle, et plus encore peut-être le juriste censé de l'inspirer"⁵⁰⁹.

Este recurso al juez como moderador del poder judicial le hizo ganar prestigio e hizo que la doctrina perdiese poco a poco el miedo a la arbitrariedad judicial tan enraizado en la cultura jurídica francesa desde el tiempo de la Revolución francesa. Saleilles fue en este tema uno de los más radicales defensores del papel del juez. Eso sí: el juez debía seguir un método en el desarrollo de sus funciones y no seguir su propio criterio moral en la aplicación de principios de equidad que llevaban necesariamente a soluciones injustas: En este sentido Saleilles criticó duramente en varias ocasiones al buen juez Magnaud y sus sentencias basadas presumiblemente en la equidad.

Para defender su modelo de juez y de jurisprudencia Saleilles no acudió a lo que hoy llamaríamos "jueces estrella" y que entonces representaba el "buen Magnaud". Acudió al modelo que se estaba desarrollando en la Confederación Helvética. En su defensa de un juez con amplios poderes para la individualización del derecho el borgoñón se apoyaba en parte en algunas parcelas del derecho privado alemán. Pero fue el derecho del título introductorio del código civil suizo el que más le convenció por no decir que le fascinó.

Si Saleilles pudo tan solo proyectar unos deseos sobre el papel de la costumbre en Alemania, la regulación que hacía de la materia el código suizo le satisfacía plenamente. El tema de las fuentes en el código suizo fue el que más interesó a nuestro jurista. Eugen Huber había dado un gran paso a favor del reconocimiento de un sistema de fuentes plural que incluía, no solamente la costumbre y el derecho cantonal sino que introducía decididamente, o al menos así lo creyeron muchos juristas franceses, el principio de creación judicial del Derecho.

El absolutismo jurídico había sido aceptado por los juristas franceses convertidos en meros exegetas. Pero desde finales del siglo XIX la conciencia de muchos juristas se revelaba contra esta esclavitud de la ley escrita En

⁵⁰⁹ Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, op. cit., 259.

Francia se discutía sobre el principio de la “libre recherche scientifique” propuesto por François Géný en su obra de 1899 que Saleilles admiraba⁵¹⁰. Esta libre búsqueda o investigación del derecho planteaba un reto de primer orden a los juristas del momento acostumbrados a un método exegético que no se planteaba más dudas sobre la ley que las derivadas de su lectura y aplicación.

La recepción de esta “libre recherche scientifique” del derecho tuvo bastante que ver con Raymond Saleilles. Como ya avancé, en 1898 Saleilles se encuentra con Eugen Huber en la Pierre-à-Voir, Suiza. Sin duda hablaron de François Géný, quien, lo sabemos, suscita admiración en Saleilles. Prueba de esta conversación en la que se debió citar a Géný es la carta que más tarde le escribió Saleilles a Huber un año después anunciándole la publicación del libro de Géný y con ruegos de máxima difusión en Suiza:

“[J]e vous avais parlé lors de nôtre rencontre à la Pierre à Voir d'un livre que préparait un de mes amis, Professeur à la Faculté de Dijon, Mr. Géný, sur les Méthodes d'interprétation juridique, et qui devait avoir une importance de Premier ordre.

Il vient de paraître, et je crois qu'il est de nature à faire quelque bruit et à nous donner le coup de fouet dont nous avons besoin, au moins en France, pour sortir de nos routines et élargir nos méthodes.

Je serais très désireux qu'il fût connu et étudié à l'étranger; je crois qu'il y aurait tout profit à susciter sur tous ces points une série d'études parallèles de provenance diverse.

Je me permets donc de vous le faire envoyer. Peut-être pourriez-vous même, en parler dans votre Revue Suisse, ou trouver quelqu'un qui en parlât.

Je serais très désireux qu'il fût connu et étudié à l'étranger; je crois qu'il y aurait tout profit à susciter sur tous ces points une série d'études parallèles de provenance diverse”.⁵¹¹

⁵¹⁰ François Géný, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*

⁵¹¹ Carta de Saleilles a Huber de 21 de febrero de 1899.

Huber leyó el trabajo de Gény y escribió a Saleilles diciendo que el libro le había ayudado mucho a adquirir claridad sobre algunas ideas. Así lo demuestra una carta de Huber a su colega y amigo Max Rümelin al respecto escrita días después de haber acabado la lectura de Gény:

“Vielleicht kann ich für die Einleitungsparagraphen zum Gesetzbuch einiges daraus [del libro de Gény] brauchen“⁵¹².

Saleilles estaba muy interesado en la difusión de estas ideas de Gény aunque, de hecho, las suyas propias diferían algo de aquellas.

Cuando en 1904 se dio a conocer el anteproyecto de código civil suizo, el precepto que regulaba las fuentes del derecho provocó una gran discusión en Francia pues, según muchos, entre ellos Saleilles, el artículo primero del proyecto de ZGB daba forma legal a la teoría de Gény. Este artículo decía y dice todavía así:

“1.1 Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

1.2. Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewöhnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

1.3 Er folgt dabei bewährte Lehre und Überlieferung.”

Esta fórmula que otorgaba al Juez el poder de buscar la ley que habría creado como legislador en caso de laguna suponía toda una revolución en la ciencia jurídica europea. Todos los movimientos del derecho libre veían en esta norma la encarnación de sus postulados. Especialmente en Francia dónde Gény había formulado con tanto éxito su idea de libre búsqueda del derecho.

El origen de esta norma ha dado lugar a ríos de tinta. Muchos juristas han discutido sobre las fuentes de inspiración de Huber a la hora de redactar esta norma. Y se ha afirmado frecuentemente que el suizo estaba traduciendo a norma legal la *libre recherche du droit* de François Gény. Jaro Mayda, uno de

⁵¹² Citado en Oscar Gauye, “François Gény est-il le père de l'article 1er alinéa 2e du code civil suisse?”, *op. cit.*, 278.

los autores que más han estudiado esta posible influencia del francés sobre el código suizo, repasa en una monografía los diferentes estudios sobre el origen de esta disposición legislativa⁵¹³. En su opinión, Huber era un neokantiano que podía fácilmente haber extraído la fórmula de la libre búsqueda de la filosofía del derecho de Aristóteles a través del pensamiento del filósofo Adolf von Vangerow. Mayda cita a otros juristas como Heck y Rümelin que vieron en la fórmula del artículo primero del código suizo la plasmación legislativa de los postulados de la *Interessenjurisprudenz* alemana que había desarrollado Rudolf von Jhering y sus seguidores. Pero, siempre según el profesor checo-puertorriqueño, también los seguidores de Rudolf Stammler se atribuían la paternidad del artículo primero del Código suizo y veían en él una expresión legislativa de su idea de derecho natural de contenido variable.

Oscar Gauye, jurista e historiador suizo y Director del Archivo Federal, ha estudiado el tema a partir de las cartas entre Génys y Huber y entre éste y Rümelin. Llega a la conclusión de que resulta exagerado atribuir a Génys u a otro “jurista o filósofo la paternidad de artículo 1.3 del ZGB. Gauye entiende que “le rédacteur du Code civil avait réfléchi sur les besoins nouveaux du droit avant la parution de l’ouvrage de Génys”⁵¹⁴. De hecho, como demuestra Gauye, Huber escribe a Génys diciéndole que “der schweizerische Richterstand befindet sich sowohl zu dem deutschen als dem französischen in den meisten Kantonen in einem großen Gegensatz in Folge der weit größeren Freiheit, die er dem Gesetze gegenüber behauptet”.⁵¹⁵

Sin duda Eugen Huber, que había ejercido la docencia en Alemania y que estaba al día de las novedades científicas en Italia y Francia gracias entre otros a sus correspondientes, conocía todas estas teorías ius-filosóficas. Cuestión aparte es si Eugen Huber tuvo las manos libres para plasmar

⁵¹³ Jaro Mayda, *François Génys and Modern Jurisprudence*, *op. cit.*, 34.

⁵¹⁴ Oscar Gauye; “François Génys est-il le père de l’article 1er alinéa 2e du code civil suisse?”; *op. cit.*, 278.

⁵¹⁵ Carta de Eugen Huber a François Génys de 27 de diciembre de 1899 (BA, J I, 132) in: Oscar Gauye, “François Génys”, *op. cit.* 276.

planteamientos científicos en su código o si Huber bebió de otras fuentes, históricas por ejemplo a la hora de decidirse por una formulación u otra. En este punto me adhiero a la interpretación que da el profesor Pio Caroni sobre este hecho. En opinión del profesor del Ticino, si bien Huber pudo apoyarse en las elaboraciones científicas de Génys y en su *libre recherche scientifique* a la hora de redactar dicho artículo, lo que el suizo estaba haciendo era plasmar en una norma de derecho positivo una tradición secular suiza⁵¹⁶.

La opinión de Caroni responde en parte al estudio de las tradiciones jurídicas suizas pero también a una lectura contextualizada de los propios textos de Eugen Huber. El redactor del proyecto suizo partía de la idea de que no podían existir lagunas del derecho pues el ordenamiento jurídico daba suficientes elementos para regular cualquier materia:

“Wenn auf Grund älterer Theorien die Auffassung entwickelt wird, die Kodifikation schaffe lückenloses Rect. Und enthalte für alles die notwendigen Bestimmungen nach ihrem Sinn und Geist, so ist die Kodifikation mit der Rechtsordnung überhaupt verwechselt worden. (...) Allein die Kodifikation kann sehr wohl Lücken, wird solche sogar regelmässig in grosser Zahl aufweisen. Wer diesen Unterschied beachtet, kann darüber nicht zweifelhaft bleiben, dass neben dem kodifizierten Recht noch andere Rechtsquellen Bestand nicht nur haben können, sondern eigentlich haben müssen“⁵¹⁷.

También recuerda Pio Caroni que esta fórmula del artículo 1 del ZGB “würde genau der Übung entsprechen, wie sie bisher vielfach unbewusst beachtet worden war”.⁵¹⁸ Caroni cita un texto de Eugen Huber que apoyaría esta interpretación: “Wenn wir betrachten, wie bishin bei der Lückenhaftigkeit der kantonalen Gesetze die richterliche Tätigkeit entfaltet hat, so dürfen wir wohl sagen, dass diese Regel, auf welche das ZGB nun verweist, nichts Neues

⁵¹⁶ Pio Caroni, “Eugen Huber. Il mito svelato”, *op. cit.*

⁵¹⁷ Eugen Huber, *Erläuterungen*, I/36, 39. Citado por Pio Caroni, *Die Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel / Frankfurt am Main, Helbing und Lichtenhahn, 1991, 63.

⁵¹⁸ Pio Caroni, *Die Einleitungstitel*, *op. cit.*, 160.

bringe (...). Was uns als neu entgegentritt, ist nur der bewusste Ausdruck für das, was bishin vielfach unbewusst geübt worden ist“.⁵¹⁹

Efectivamente el código suizo se inscribía en una cultura jurídica en la que de forma natural concurrían costumbre y jurisprudencia en la formación del derecho por la sencilla razón de que los jueces, a diferencia de los franceses, gozaban de un gran prestigio político y social.

El origen mismo de código suizo no debe entenderse como un subproducto del código francés, del código alemán o un injerto entre ambos. El proceso codificador en el país helvético El código suizo había sido elaborado en una estructura estatal democrática y republicana. Esto tenía dos consecuencias directas. En primer lugar las leyes “son hechas por el pueblo para el pueblo”⁵²⁰. En segundo lugar “también los jueces son populares y no togados”⁵²¹. “Se explican de esta manera” -continúa el profesor de Berna- “la renuncia a una parte general (...) el deseo de evitar al juez largas y complejas deducciones, poniendo a su disposición un texto directamente aplicable; la tendencia a no condicionar, o no ligar demasiado al juez en su trabajo, tendencia que documenta mejor que otros detalles la confianza puesta en el juez por el legislador”⁵²²

Efectivamente en el país helvético los jueces gozaban históricamente de un alto prestigio y de una gran confianza por parte de la población. Desde siempre los jueces habían tenido una gran libertad para aplicar el derecho y habían gozado del respeto de los ciudadanos, a diferencia de lo que sucedía en Francia. La redacción del código suizo no podía obviar este hecho: Huber plasmó en el artículo 1.2 del código suizo este papel histórico del juez suizo y de la creación judicial del Derecho.

⁵¹⁹ Eugen Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, 2 vollst. neu bearb. Aufl. von Paul Mutzner, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1935, 188, in: Pio Caroni *Einleitungstitel*, 160.

⁵²⁰ Pio Caroni, *Lecciones Catalanas*, *op. cit.*, 94.

⁵²¹ *Idem.*

⁵²² *Idem.*

Saleilles creía erróneamente que había sido Huber quien había otorgado al juez suizo estos poderes “il fallait, avant tout, créer un organe toujours vivant d’individualisation du droit”, escribía en 1904. Pero este órgano de individualización estaba ya creado, como acabo de mostrar. Saleilles parecía desconocer este extremo. O quizás lo conocía pero no le interesaba divulgarlo. Saleilles había leído, y reseñado, la obra de Huber *System und Geschichte*. Conocía el derecho suizo y su historia. Saleilles pretendía que el juez francés tuviese un poder similar. Saleilles no podía decir que, en realidad, en Suiza se había respetado un papel histórico del juez suizo que el francés no tenía

En 1904 escribe el texto ya comentado sobre el método histórico y la codificación. En él intenta justificar históricamente que las facultades del juez francés son similares a las del suizo.

En todo caso, los juristas europeos mitificaron este artículo. Encontraron en él una revolución jurídica cuando en realidad no sólo no suponía un cambio extraordinario en el papel del juez, como nos cuenta Pio Caroni, sino que tampoco fue una norma muy aplicada.

Para probar esta mitificación por parte de franceses y alemanes del dichoso artículo 1.3 conviene visitar la práctica jurídica suiza al respecto. Jaro Mayda hace un elenco de casos en que se aplicó esta norma y su tratamiento por parte de la Corte constitucional de justicia. Jaro Mayda hace un análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo suizo durante los veinte años posteriores a la entrada en vigor del código civil y demuestra que la creación judicial del derecho prevista en el citado párrafo tercero del artículo primero supone una *rara avis*. Esta previsión del código no se ha aplicado más que una decena de veces. Por tanto se trata de una norma que tuvo una trascendencia más doctrinal que práctica. Y me atrevo a decir que tuvo mucha más importancia fuera de Suiza que en el país helvético, acostumbrado a una cierta flexibilidad de sus jueces.

No olvidemos que la Confederación Helvética era y es un país con un grado de democracia mucho más profundo que sus vecinos. Esta democracia se manifestaba en la extendidísima consulta popular, en la autonomía de los Cantones cuyas asambleas eran, mayoritariamente, elegidas por sufragio

universal masculino ya en los tiempos de Huber. Esto permitía una cierta cercanía de los ciudadanos con sus instituciones, incluidas las judiciales, en consecuencia, un mayor grado de confianza en ellas.

En Francia, en cambio, la aceptación del artículo primero del ZGB sí suponía una revolución que muchos juristas admiraban. Por ello no es de extrañar el revuelo organizado a su alrededor y también la discusión sobre el papel jugado por François Géný en su gestación. La carta citada de Huber a Rümelin naturalmente alimentaba estas especulaciones francesas. Estas discusiones, injustamente, no han incluido a Saleilles, que fomentó la recepción de la *Méthode* por Huber y que la presentaba como la obra que los juristas franceses esperaban para iniciar una nueva etapa en la concepción metodológica y de las fuentes del derecho. Al frente de este proyecto estaba Géný pero también Saleilles que, de hecho, iba más lejos que el lorenés en la concepción de las fuentes del derecho. Saleilles, como explica en su prefacio a la obra de Géný, defendía la centralidad del código civil. Pero defendía un código flexible y abierto que permitiese que el Juez pudiese integrar la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia en la aplicación del derecho⁵²³.

Este objetivo de Saleilles solamente se podía conseguir mediante unos tribunales que tuviesen amplios poderes y también una formación suficiente como para individualizar el derecho del código a cada caso concreto mediante la aplicación del método histórico. Esta forma científica de aplicar los preceptos legales a cada situación permitía acercar el derecho a la realidad social. En otras palabras, los Tribunales debían marcar la orientación del ordenamiento en cada momento mediante su individualización del derecho. Esto equivaldría a una construcción jurisprudencial del “droit commun de l’humanité”. En esta búsqueda del derecho común el punto de partida era el código pero se iba mucho más allá del código.

Saleilles expresaba estas ideas, diferentes de las de Géný, en el prólogo a la obra del lorenés. En este texto es dónde acuñó su célebre frase “par le Code civil, mais au-delà du code civil” que contrastaba con la defensa que del

⁵²³ Raymond Saleilles, “Préface” in François Géný, *Méthode d’interprétation*, op. cit, III.

código civil hacía Gény. La posición del lorenés era la de “el código mediante el código y dentro del código, con el código y por el código”⁵²⁴. Gény, al hablar de aplicación y de libre búsqueda, hacía un planteamiento muy atrevido pero no se alejaba de lo que para él eran las fronteras de lo admisible. No salía de la interpretación de los preceptos del código.

1.6.- Conclusión: Saleilles en la era de la descodificación

Evidentemente la posición de Saleilles no podía sobrevivir mucho tiempo más. La época de la descodificación se aceleraba. Y frente a estas leyes especiales no había costumbre o método histórico que valiesen. Gény, más moderado, le sobreviviría pues planteaba un método de interpretación de la ley y por la ley que sí podía aplicarse a las nuevas leyes especiales.

Esta limitación de Saleilles se advierte claramente en la discusión sobre los accidentes de trabajo que más adelante abordaré. Saleilles analizó en su *Introduction à l'étude du droit civil allemand* y en un par de monografías el tema de la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo. La regulación alemana era más claramente favorable a la responsabilidad objetiva que la del código civil francés, anclado en la responsabilidad subjetiva o por culpa⁵²⁵. De todos modos, Saleilles consideraba que bastaba con una interpretación valiente por parte de los jueces de los artículos 1382 y 1384 del código civil francés para dar respuesta a un problema tan actual⁵²⁶. Lo que Saleilles no explica es que Alemania había apostado claramente por un sistema dual de responsabilidad civil por daños. El código civil reconocía en parte la responsabilidad objetiva pero el tema de los accidentes de trabajo se dejaba a una ley especial aprobada diez años antes.

⁵²⁴ Utilizo la expresión de Bartolomé Clavero, “El método entre infieles o el código en España”, in, *François Gény e la scienza giuridica del novecento, Quaderni Fiorentini*, 20 (1991), 271-317, 305.

⁵²⁵ Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand, op. cit.*

⁵²⁶ Raymond Saleilles, *Les accidents de travail, op. cit.*

Saleilles rechazaba en éste y en otros temas el llamado “essor de la législation spéciale”⁵²⁷ y defendía la suficiencia del código y del método histórico, que incluía costumbre y jurisprudencia, para hacer frente a los retos de la nueva sociedad industrial. Saleilles no supo ver que estas leyes especiales no constituían una excepción sino que marcaban el inicio de una época que Caroni llama “la edad de la descodificación”⁵²⁸. La realidad social y económica evolucionaba hacia una cada vez mayor especialización y compleja diferenciación de funciones. Para hacer frente a esta realidad no bastaba con una jurisprudencia que individualizase en cada ocasión los preceptos del código. Eran necesarias reglas concretas y generales que permitiesen al Estado intervenir en los desequilibrios que el desarrollo económico y tecnológico estaba produciendo. El código se estaba quedando demasiado pequeño para estos tiempos modernos del siglo XX.

⁵²⁷ Jean Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français, op. cit.*, 235.

⁵²⁸ Pio Caroni, *Lecciones catalanas, op. cit.* 101 y ss.

2.- La “question sociale” y los juristas: los accidentes de trabajo

Sin lugar de dudas la llamada “question sociale” ocupa un lugar destacado en las discusiones de los juristas franceses a finales del siglo XIX. Estos “temps des trublions”⁵²⁹ estuvieron marcados por los problemas derivados de la rápida industrialización y la consiguiente urbanización de la población en Francia. Aparecía el proletariado como nueva clase social y el contrato de trabajo como nueva forma contractual. La mujer adoptaba un papel diferente al que tenía hasta entonces. La producción fabril ocasionaba accidentes de trabajo. Todos estos problemas preocupaban a los juristas, y no únicamente a los socialistas: era imposible evadirse de los problemas sociales y jurídicos derivados de estas situaciones.

El viejo código napoleónico de 1804 era el cuerpo legal vigente en Francia y por tanto era la norma aplicable a los problemas derivados de los accidentes de trabajo o de los contratos laborales. Pero este *Code* había sido pensado para regir una sociedad burguesa muy diferente de la que vivían los juristas de finales de siglo. El código civil comportaba una concepción de la sociedad compuesta de individuos burgueses, varones, comerciantes con plena capacidad de obrar y con total libertad e igualdad para contratar con sus iguales. Las mujeres, los obreros y los grupos de individuos no contaban para el legislador napoleónico. Por ello el código, casi cien años después de su promulgación, no podía dar respuesta a los grandes problemas planteados al jurista.

La adaptación o reforma de los preceptos del código referentes a estas cuestiones se resultaba urgente. No solamente la situación de desamparo de los obreros enfermos o la cuestión del sindicalismo empujaban a la doctrina o al legislador. La amenaza del socialismo y del anarquismo estaba demasiado presente como para que los juristas, en su mayoría provenientes de familias burguesas, pudiesen permitirse ignorarla.

⁵²⁹ Utilizo nuevamente la expresión de André-Jean Arnaud que tan bien ha estudiado éste periodo de la historia jurídica francesa del XIX. André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société. Du XIXe. siècle à nos jours*, Paris PUF, 1975, 75-125

En las facultades de derecho francesas hubo algún profesor que abrazó este socialismo e intentó interpretar el código burgués a la luz de los postulados de Karl Marx. Pero la escuela socialista fue prácticamente insignificante, quizás por la propia composición social del profesorado.⁵³⁰

También desde el catolicismo hubo intentos de reformar el funcionamiento de la sociedad y del derecho para ayudar a los grupos perjudicados por la creciente industrialización. No en vano en 1891 se había promulgado la Encíclica *In Rerum Novarum* que denunciaba la situación de las clases obreras. Raymond Saleilles, católico convencido y con sensibilidad social escogió este camino, el de la caridad y amor cristianos, para abordar los problemas de la nueva era industrial que le tocaba vivir.

Estos problemas, los accidentes de trabajo, los hijos naturales, el papel de la mujer en la sociedad, planteaban al jurista francés importantes problemas a diferentes niveles. En primer lugar la irrupción de estos problemas en la discusión jurídica planteaban de forma inaplazable la cuestión de la necesidad o no de reformar las leyes civiles para adaptarlas a la nueva realidad social y económica. No faltaban los que, satisfechos con las ficciones del código civil, veían suficientes las “*règles du jeu de la paix bourgeoise*” de 1804 para regular la turbulenta sociedad francesa de 1900. Otros juristas apostaban por reformas parciales en el código civil, básicamente en las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual, para hacer frente a estas nuevas realidades que el legislador napoleónico no había podido prever pero que ahora aparecían reclamando un tratamiento especial por parte del derecho.

Un tercer grupo de juristas veía necesario realizar reformas legislativas de fondo pero al margen del código civil. Según ellos, el *Code* no podía dar respuesta a unos problemas que excedían de su campo de acción. Los nuevos problemas no solo se solucionaban con una reforma de las reglas sobre el intercambio de bienes y servicios, sobre los derechos de propiedad o con el establecimiento de excepciones en las reglas de la responsabilidad objetiva.

⁵³⁰ Ver sobre este punto André-Jean Arnaud, "Le socialisme juridique à la belle époque" *Quaderni fiorentini*, veure any.

Hacía falta una decidida intervención del Estado en las relaciones familiares y contractuales.

Estos juristas apostaban por descodificar estas nuevas materias aparecidas con la industrialización y la aparición de nuevas formas de vida. Esto significaba expropiar al código la regulación de estas cuestiones y trasladarla a la legislación especial. Estas materias se mostraban demasiado complejas para ser reguladas a partir del articulado del centenario código. Por ellos algunos juristas pretendían regular esta materia mediante leyes especiales, descodificando este tema. Esto suponía quitarle al código la centralidad jurídica de la que había gozado durante un siglo.

2.1.- La crisis de la responsabilidad subjetiva

Una de las cuestiones más importantes para la ciencia jurídica era el de la responsabilidad jurídica que se derivaba de los accidentes de trabajo. El problema jurídico podría resumirse de la siguiente forma: Francia, al igual que otros países de su entorno, había experimentado un fuerte proceso de industrialización. Este proceso se basaba en la mecanización cada vez mayor de los procesos de producción. Esta mecanización introducía cambios en las formas de trabajar y en las relaciones laborales. En esta forma de producción mecanizada el obrero había dejado de ser el artesano que trabajaba en el taller de antaño y se había convertido en ocasiones en mero accionador o controlador de los resortes de unas máquinas movidas por vapor en un primer momento y por la electricidad más tarde.

El uso de estas máquinas, muchas de ellas de grandes dimensiones que requerían una potente fuente de energía, entrañaba una serie de riesgos. Las calderas de estas máquinas podían explotar⁵³¹, caer de sus soportes o

⁵³¹ Sobre la repercusión en el ámbito jurídico de los accidentes causados por calderas de vapor vid. la tesis doctoral de Ina vom Feld, *Kontrollirete Staatsentlastung im Technikrecht. Dampfkesselgesetzgebung und Dampfkesselüberwachung in Preussen 1831-1914*, Frankfurt am Main (en prensa). También su escrito "Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser?"

desarmarse. Los obreros, en ocasiones meros apéndices de estas máquinas, eran las víctimas de este tipo de accidentes y frecuentemente resultaban lesionados e incluso fallecían como consecuencia de sus heridas.

El obrero que fallecía o que quedaba herido como consecuencia de un accidente quedaba del todo desamparado desde el punto de vista jurídico por la aplicación de las reglas de la responsabilidad por daños del código civil, única normativa aplicable entonces. Estas estaban contenidas en el Capítulo II del Título IV del código civil cuyos artículos a continuación reproduzco:

“1382. Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

1383. Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

1384. On est responsable non-seulement du dommage que l’on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l’on a sous sa garde

Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux;

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu’ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans ne prouvent qu’ils n’ont pu empêcher le fait qui a donné lieu à cette responsabilité”.

Estos preceptos estaban fundamentados en la idea de responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva. Una persona era responsable de un daño en tanto en cuanto lo hubiese causado con dolo o negligencia. Si estos dos elementos subjetivos no se daban, tampoco existía responsabilidad. Al no

Dampfkesselüberwachung in Preussen zwischen Fremdsteuerung und Selbststeuerung 1870-1914", en Josef Pauser (y otros) *Ad fontes, op. cit.*, 121-140.

haber en este tipo de accidentes ningún elemento de culpa tampoco existía responsabilidad y, por consiguiente, no aparecía ninguna obligación de reparar daño ninguno. Si la máquina había sido instalada correctamente, si el accidente no era atribuible a una falta del ingeniero o del propietario, entonces éstos no eran responsables del accidente y el trabajador, habiendo sido víctima de una máquina que generaba beneficios para otro, quedaba sin posibilidad alguna de reclamar una indemnización o una pensión.

La búsqueda del beneficio y la cada vez mayor competitividad entre empresas obligaba a una innovación y a una estandarización constante de la tecnología de las fábricas. Las máquinas eran cada vez más complicadas de manejar y el obrero iba perdiendo más y más control sobre ellas, cosa que repercutía contra él en el momento de producirse un accidente.

Este tema preocupaba a la opinión pública, a los partidos políticos y a los sindicatos. Pero también era motivo de discusión para la comunidad de los juristas. La cuestión social no interesaba únicamente a los juristas con tendencias socialistas o republicanas. En círculos católicos y conservadores también se debatían intensamente estos problemas que tanto afectaban a la salud social. Desde los medios católicos se consideraba inmoral que el obrero, la persona que arriesgaba su físico y su vida manipulando unas máquinas peligrosas en beneficio ajeno, sufriese las consecuencias negativas de esta mecanización. Era inmoral que, de la aplicación de las reglas de la responsabilidad subjetiva del código, en caso de accidente el obrero no pudiese optar a una indemnización, quedando él y su familia desamparados económica y moralmente⁵³².

Por todo ello uno de los temas clave de la ciencia jurídica a finales del XIX era el de la responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de trabajo con resultado de daños⁵³³. Hasta 1899 las únicas normas que regulaban en Francia este tema eran los ya citados artículos del código francés

⁵³² Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français, op. cit.* 192.

⁵³³ Giovanni Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991.

que contenían el principio de responsabilidad por culpa. Desde los años ochenta este principio se encontraba en una profunda crisis que tenía “il volto della difficile ricomprensione dei mutamenti sociali nelle formule civilistiche esegetiche”⁵³⁴.

Pese a la existencia de un intenso debate doctrinal sobre la materia desde los años ochenta del siglo XIX, el derecho positivo francés tardó algunos años en dar respuesta al problema de los accidentes de trabajo. Y no lo hizo de la mano del legislador sino de la jurisprudencia. Hacia los años noventa los tribunales comenzaron a introducir criterios nuevos por los cuales se hacía responsable de los daños causados por una cosa al propietario⁵³⁵. Asimismo los tribunales administrativos reconocían la responsabilidad del Estado por daños causados por sus agentes⁵³⁶.

El 16 de junio de 1896 la *Cour de Cassation* emitía una sentencia a propósito de un accidente laboral. Un tubo de una máquina de vapor había explotado, el vapor se había escapado y había herido al mecánico que falleció⁵³⁷. El alto tribunal francés decidió el caso, no en base al artículo 1382 ni en la existencia de alguna cláusula tácita de garantía contenida en el contrato de trabajo. Lo hizo basándose en una innovadora interpretación del artículo 1384 que daba entrada a la teoría de la responsabilidad objetiva por vicios de la construcción de la máquina. En la máquina había un defecto de soldadura y, por ello, el juez hizo cargar sobre el empresario la responsabilidad del accidente por ser éste el propietario de las máquinas defectuosas causantes de la desgracia⁵³⁸.

Los argumentos de esta sentencia, como recuerda Jean-Louis Halpérin, fueron rebatidos por una decisión relativa a la explosión de una máquina de

⁵³⁴ *Idem*, 14.

⁵³⁵ Sentencia "Grenoble, 10 février 1892". Citada por Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, 192.

⁵³⁶ "CE 21 juin 1895". Citado por Jean-Louis Halpérin, *Ibidem*, 192.

⁵³⁷ "Civ. 16 juin 1896".

⁵³⁸ Raymond Saleilles, *Les accidents de travail, op. cit.*, 3.

vapor (Req. 30 mars 1897⁵³⁹). Pero este punto no resultaba importante para muchos de los juristas que buscaban una solución jurídica a este grave problema y que creían haberla encontrado en el *Arrêt Teffaine*. En su opinión esta sentencia iniciaba el camino del reconocimiento del principio del riesgo profesional. Para muchos otros esta solución jurisprudencial no era suficiente y abogaban por la promulgación de leyes especiales que regulasen el tema de los accidentes al margen del código civil como había comenzado a hacer el legislador alemán.

Efectivamente los juristas franceses no podían obviar los avances del derecho alemán positivo y sobre todo del derecho científico en este campo. En 1871, como ya he dicho, se había aprobado en Alemania una ley sobre accidentes en compañías ferroviarias y en fábricas que introducía, para estos ámbitos, el principio de responsabilidad objetiva o *Gefährdungshaftung*⁵⁴⁰. Es decir; no había de demostrarse culpa para atribuir la responsabilidad por daños al propietario del ingenio en cuestión. Durante la discusión del BGB se discutió sobre el modelo a adoptar en él sobre responsabilidad y se eligió el de responsabilidad subjetiva, consagrándose así un sistema calificado por muchos juristas como “duals Schuldrecht”⁵⁴¹. La responsabilidad subjetiva o por culpa regía para las relaciones de derecho privado, pero en aquellas actividades industriales o laborales con un riesgo implícito se aplicaba el principio de responsabilidad objetiva recogida por la legislación especial que el Parlamento iba elaborando.

⁵³⁹ Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, 192.

⁵⁴⁰ *Gesetz betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersatze für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen (RhaftpflG)* de 7 de junio de 1871. Vid sobre el tema de la responsabilidad civil en Alemania Alessandro Somma “Le tecniche di imputazione del danno extra-contrattuale tra codice civile e legislazione speciale:l’essercizio di attività pericolose nel diritto tedesco”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1-2/3-4 (1995), 277-297.

⁵⁴¹ Alessandro Somma, “Le tecniche di imputazione del danno”, *op. cit.* 279 y ss.

2.2.- Raymond Saleilles: la cuestión social dentro del código

Saleilles, lo he avanzado ya, fue especialmente sensible a estas cuestiones sociales o “problèmes de haute portée morale et sociale” como él las llamaba. Era un jurista católico cercano a las corrientes sociales de la Iglesia y con una gran sensibilidad hacia los grandes problemas sociales, muy presentes en sus propuestas de reforma. Los años de docencia en París los dedicó a trabajar las cuestiones que afectaban a los grupos desfavorecidos por la industrialización y la modernización de la sociedad francesa. Además se pronunció frecuentemente y con fuerza a favor de las clases desfavorecidas, trabajadores, hijos naturales, campesinos, y contra los problemas que había generado la industrialización desde un catolicismo social no exento de paternalismo y caridad.

Saleilles se preocupó por los llamados hijos naturales o hijos nacidos fuera del matrimonio que, según la regulación del código, quedaban del todo desamparados especialmente en materia sucesoria⁵⁴². Dedicó su trabajo al tema de los enajenados⁵⁴³. También escribió el “borgoñón sobre los derechos

⁵⁴² Raymond Saleilles, “La protection et la tutelle des enfants naturels” (intervenciones en las sesiones de la Société d’études législatives), *Bulletin de la Société d’études législatives*, 2 (1903), 104-120, 122, 126, 153-154, 157, 162-164, 165-179, 183-184, 187-189; “La réforme des actes de l’état civil des enfants naturels” (intervenciones en las sesiones de la Société d’études législatives), *Bulletin de la Société d’études législatives*, 3 (1904), 229, 231-238, 241.

⁵⁴³ Raymond Saleilles, “Rapport sur la question de la protection des biens et de la capacité civile des aliénés”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 3 (1904), 318-331, 410-428; “Annexe sur la question de la protection des biens et de la capacité civile des aliénés”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 3 (1904), 349-361; “Rapport préliminaire sur les questions relatives à la gestion des biens et à la capacité civile des aliénés”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 3 (1904), 262-305; “Annexe sur la question de la protection des biens et de la capacité civile des aliénés”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 3 (1904), 349-361; “Projet accepté par la Commission sur les questions relatives à la gestion des biens et à la capacité civile des aliénés”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 3 (1904), 306-314; 4 (1905), 135-177.

de la mujer en la nueva sociedad de finales del siglo XIX⁵⁴⁴. El BGB y el proyecto suizo de código civil rompían con el papel jurídico otorgado por el código francés a la mujer. Saleilles no lo ignoraba. Otra de las cuestiones abordadas por el jurista borgoñón y que más adelante trataré fue la de las personas jurídicas, relacionada directamente con los problemas sociales de momento.

Pero entre las monografías de Saleilles sobre la llamada cuestión social destacan los textos dedicados al candente problema de los accidentes de trabajo y sus consecuencias jurídicas. Escribió en 1897 un librito sobre los accidentes de trabajo a partir de la sentencia del caso Teffaine: *Les accidents de travail et la responsabilité civile*⁵⁴⁵, “une brochure qui fit sensation” según el jurista Bettremieux⁵⁴⁶. Poco antes había escrito Saleilles un texto sobre el mismo tema dirigido al público más amplio y no siempre jurista de *Réforme sociale*⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Raymond Saleilles, *L'initiative de la femme dans le domaine du droit (conférence chez la baronne Piérard)*. Paris 1901; “La condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand”, *La Réforme sociale*, 42 (1901), 90-91, 717-744; “Les modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits du travail et de l'industrie et projet de loi à la suite” (participación en las discusiones de la *Société d'études législatives*, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1 (1901-1902), 25, 56, 105-107, 115, 131-148, 205-206; “Préface” (V-XXXIII), in: Léon Lyon-Caen, *La femme mariée allemande. Ses droits, ses intérêts pécuniaires*, Paris 1903; “Le principe du libre salaire de la femme mariée érigé en règle d'ordre public”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 6 (1907), 563-595; “La situation de la femme mariée en Suisse”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 38 (1908-1909), 151-161.

⁵⁴⁵ Raymond Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité*, Paris, Arthur Rousseau, 1897.

⁵⁴⁶ Pierre Bettremieux, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, Lille, Robbe, 1921, 19. Citado por Giovanni Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, op. cit. 375

⁵⁴⁷ Raymond Saleilles, “Le risque professionnel dans le code civil”, *Réforme sociale* 35 (1898), 634-665.

En esta cuestión un Saleilles todavía joven, tenía cuarenta años, abordó el tema estudiando la doctrina francesa, la doctrina alemana y tratando la legislación alemana sobre el tema de una forma muy llamativa como más adelante mostraré. Abordaré esta cuestión por su interés dentro de la doctrina general sobre la responsabilidad delictual y por ser sintomática de la forma de estudiar el código civil de Raymond Saleilles. El trato dado al tema de los accidentes de trabajo nos permite mostrar perfectamente la aplicación de la comparatística expuesta en el capítulo segundo y, especialmente, los límites del modo saleilliano de aproximarse al derecho comparado.

Saleilles era conocedor de los graves problemas que planteaba esta cuestión y de las diferentes posturas doctrinales que se daban en Francia. Pero también conocía las discusiones que sobre este tema tenían lugar al otro lado de la frontera renana. En Alemania estos nuevos problemas sociales habían recibido una doble respuesta por parte del legislador. Por un lado el BGB había introducido cambios importantes en la situación de la mujer, en el de los hijos “naturales. Pero por otro lado el legislador del Imperio había regulado materias como el riesgo profesional y los accidentes de trabajo mediante leyes especiales que protegían a los obreros al establecer una teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva que no existía en el código civil. En una fecha tan temprana como 1871 el legislador alemán había regulado el tema de los accidentes derivados de la circulación de ferrocarriles y del funcionamiento de las minas⁵⁴⁸.

El análisis que en su monografía de 1897 aplica Saleilles a estas cuestiones y el uso que hace de la comparación jurídica ilustran claramente el método comparatístico del borgoñón. Saleilles hacía uso del derecho comparado para abordar unas cuestiones que eran comunes a los diferentes países industrializados de Europa, en este caso el de los accidentes de trabajo. Pero, si Saleilles no tenía ningún problema en acudir a la legislación y la doctrina extranjeras, sí tenía dificultades para ir más allá del código, para

⁵⁴⁸ *Gesetz betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersätze für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen (RhaftpflG)* de 7 de junio de 1871.

estudiar la emergente legislación especial. Para Saleilles todo cabía en un código aplicado de forma “souple” por un juez con amplios poderes para ello. Por ello el nuestro jurista propugnaba reformas jurídicas pero siempre dentro del código y desconfiaba de la intervención del legislador mediante leyes especiales.

Para nuestro jurista la cuestión de los accidentes de trabajo fue muy importante y a ella le dedicó varios trabajos. Saleilles conocía el problema, sus consecuencias sociales y estaba al corriente de los avances legislativos que tenían lugar sobre la materia en Alemania. En su monografía *Les accidents de travail* intentaba aportar una solución muy à la Saleilles al problema de la responsabilidad derivada de los accidentes laborales.

Saleilles escribió otra monografía sobre el tema del riesgo profesional en el código civil a partir de una conferencia que pronunció en la *Société d’Economie sociale* que congregaba a los discípulos y seguidores del pensador Frédéric Le Play⁵⁴⁹. Este texto reitera bastantes de los argumentos presentes en el librito de 1897 haciéndolos más accesibles a los no juristas. A continuación analizo las ideas de Saleilles a partir de ambas obras.

Saleilles empieza su monografía reflexionando sobre la actividad que generaba este tipo de accidentes. Se trataba, según sus palabras, de una actividad propia de su tiempo y que llevaba consigo de forma inevitable los accidentes. Según Saleilles la industria comportaba “chances malheureuses et tout un imprévu d’accidents inévitables, auquel il est presque impossible d’échapper”⁵⁵⁰. Según él, el hombre “n’est plus la force dirigeante de l’outil; c’est l’outil qui l’asservit à son fonctionnement mécanique et brutal”. Saleilles resignadamente calificaba estas desgracias como “la rançon de l’activité

⁵⁴⁹ El artículo “Le risque professionnel dans le code civil” tiene su origen en una conferencia que no pudo pronunciar Saleilles al fallecer su padre poco antes del día previsto para su lectura.

⁵⁵⁰ Raymond Saleilles, “Le risque professionnel”, *op. cit.*, 636.

moderne"⁵⁵¹; un tributo que resignadamente debían pagar los hombres por los beneficios de la modernización.

Esta inevitabilidad de los accidentes que reconocía Saleilles obligaba al jurista a dar respuesta a ellos de forma que, si bien los accidentes continuarían produciéndose, se podría solucionar la situación de desamparo económico y jurídico que sufría el trabajador que resultaba víctima de accidentes de trabajo y su familia. El derecho debía cambiar para dar una respuesta a esta nueva realidad social; la de la sociedad del riesgo.

Saleilles dedica páginas del librito sobre los accidentes de trabajo a analizar históricamente el concepto de responsabilidad en el derecho civil, la presentación de las diferentes teorías sobre el tema: Al final, Saleilles presenta sus ideas pronunciándose moderadamente a favor de la teoría de una responsabilidad objetiva que la jurisprudencia tenía que desarrollar. Al mismo tiempo, Saleilles se pronuncia tímidamente contra la legislación especial que no podría dar respuesta satisfactoria a todos los casos.

Tradicionalmente se habían relacionado los accidentes de trabajo con el artículo 1382 del código civil. Delante de un accidente se debía buscar la culpa, fuese ésta del trabajador o del empresario. El obrero debía probar que había una relación de causalidad directa entre el accidente y una imprudencia. Esto suponía, en la práctica, grandes injusticias pues en la mayoría de casos, por no decir en todos, la prueba de la imprudencia del empresario era imposible. Por ello la jurisprudencia buscó una falta exterior pero implicada en el accidente⁵⁵². Esta falta se buscó primero en la no observancia de reglamentos fabriles. Pero estos reglamentos solían estar estandarizados y el obrero no podía en absoluto incidir en ellos. Además, su publicación en algún tablón de anuncios o en una pared no garantizaba su conocimiento por parte de los obreros⁵⁵³. La

⁵⁵¹ *Idem*, 637.

⁵⁵² Raymond Saleilles, *Les accidents de travail*, *op. cit.*, 9.

⁵⁵³ Sobre la estandarización de estos reglamentos vid Claudia Hohmeister, *Die Standardisierung von Fabril und Arbeitsordnungen*, Frankfurt am Main (en prensa). Hohmeister

sentencia del caso Teffaine buscó la fuente de responsabilidad en defectos de la máquina prescindiendo de lo establecido en estos reglamentos o de cláusulas contractuales.

Para Raymond Saleilles el principio de responsabilidad objetiva estaba contenido en los artículos 1384 Y 1386 del código civil. Por consiguiente no era necesario establecerla mediante ley especial ninguna. Para extraer este principio era suficiente la aplicación del método científico durante la aplicación de los preceptos del código civil a cada caso concreto⁵⁵⁴.

Según el borgoñón la responsabilidad regulada por el artículo 1382 se fundamentaba en el deber de guarda diligente de una cosa: una persona propietaria de un objeto peligroso estaba, según este precepto, obligada a procurar por su diligente guarda de forma que no causase daño alguno a nadie. Esto no debía implicar que el patrón fuese responsable de cualquier daño causado por objetos de su propiedad. Esto eximiría al obrero de cualquier tipo de responsabilidad, efecto no buscado por Saleilles. Pero el borgoñón sí consideraba en cambio que, cuando el trabajador no tenía la dirección completa de su instrumento, “là il sera comme un rouage dans un machinisme compliqué et organisé en dehors de lui, il y aura lieu de reporter la responsabilité au compte de celui qui a la direction générale, qui a installé l'usine et la fait fonctionner. Celui qui a la propriété d'une chose doit subir les risques des accidents que cette chose a pu produire”⁵⁵⁵.

Para Saleilles tanto el artículo 1384 como el 1386 superaban la idea de falta y contenían la idea de riesgo: riesgo de la propiedad, riesgo de utilización de cosas de otro, riesgo provocado por niños... El borgoñón defendía un sistema de reparación de los daños en función de la fuente de responsabilidad. Para ello acude a los artículos 1382 y 1383 pero diferencia sus contenidos del del artículo 1384. Los artículos 1382 y 1383 hablan de responsabilidad por

destaca como el contenido de estos reglamentos fabriles era impuesto a los trabajadores como si de normas leales se tratase.

⁵⁵⁴ Raymond Saleilles, *Les accidents de travail, op. cit.*, 9.

⁵⁵⁵ Raymond Saleilles, “Le risque professionnel”, *op. cit.*, 643.

falta. El artículo 1383 recogía concretamente la idea de daño indirecta que necesitaba la prueba de la imprudencia. Los artículos 1384 y 1386 hablan de la obligación de reparar por un hecho material, objetivo: un daño causado.

Saleilles era de la opinión que el casi-delito o delito civil en el caso de los accidentes de trabajo se podía determinar sin necesidad de probar la culpa, de forma que se podía llegar a la idea de que el delito civil era un hecho de riesgo. Es decir; consecuencia de un riesgo una actividad humana genera y que es aceptada por sus creadores: “le délit civil, c’est en effet un pur risque professionnel; c’est le risque de la vie moderne, avec son débordement d’activité, avec tout ce qu’elle exige d’initiatives et souvent aussi d’initiatives aventureuses et risquées”⁵⁵⁶.

Uno de los grandes méritos de Saleilles fue el de cambiar el concepto de “pena” por el de “riesgo”. No se trataba de buscar un culpable sino de determinar quien soportará un daño. Saleilles, a partir de la decisión judicial ya citada, defiende la idea de falta objetiva como pretexto para hacer recaer el riesgo sobre una de las partes.

La solución a la situación de desamparo de los obreros que eran víctimas de accidentes estaba en una interpretación amplia del artículo 1384, más allá de la del 1382. Si el propietario obtenía el beneficio del trabajo de un obrero. Si este trabajo se limitaba a una extensión de unas máquinas de por sí peligrosas, entonces, el propietario debía cargar con la responsabilidad por accidentes provocados por unas máquinas que escapaban al control del trabajador.

Esta era la única solución para evitar una situación que Saleilles calificaba de inmoral y que implicaba en definitiva que “les risques soient pour celui qui subit le contrecoup de l’activité des autres et non pour celui qui déploie son activité et qui devait en retirer profit”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, 646.

⁵⁵⁷ *Idem*.

Saleilles por tanto eliminaba la culpa y consecuentemente la pena y la sustituía por la idea de riesgo como fundamento de la obligación de resarcir los daños del accidente. Se establecía una relación de casualidad ligada a la falta objetiva y no a la falta subjetiva⁵⁵⁸. Y esta relación se fundamentaba en una extensión del concepto de guardia contenido en el artículo 1384. El responsable de la guardia de la máquina era el beneficiario de la actividad que producía el riesgo. Por tanto debía asumir este riesgo y ser responsable en caso de accidente laboral de alguno de sus trabajadores. Había un daño causado por una actividad querida por un sujeto y, en consecuencia, este individuo aún no siendo culpable era el responsable jurídico del accidente.

Según Saleilles el derecho se debía desprender de la idea de falta como fundamento absoluto de la responsabilidad. El borgoñón afirmaba que en el redactado del artículo 1382 no era la culpa sino el daño lo principal. Se nombraba en primer lugar el hecho dañoso y no la culpa del sujeto⁵⁵⁹. Esto le permitía defender la idea del daño, elemento objetivo, como elemento principal a la hora de construir el concepto de responsabilidad. Era ésta una interpretación muy atrevida. Pero Saleilles defendía que la indeterminación de los conceptos del código civil suponían una remisión indirecta a la evolución doctrinal: “le Code civil n’a donné que es solutions précises et concrètes; quant à la construction juridique et à la systématisation de la matière, il s’en est remis au développement des conceptions doctrinales. Il a entendu que les traditions coutumières, commencées par la lente évolution de l’ancien droit, pussent s’élargir et se transformer au contact des besoins de la pratique et des constatations que pourrait faire la jurisprudence”⁵⁶⁰. El papel de la doctrina era pues buscar la idea exacta del delito civil a partir de la jurisprudencia y de la práctica jurídica.

Como consecuencia práctica esto implicaba que no debía buscarse la culpa en un tipo de personas, las personas jurídicas, para las que no estaba

⁵⁵⁸ Raymond Saleilles, *Les accidents de travail, op. cit.*, 36.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, 43.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, 47.

clara la posibilidad de actuar culposamente. Con la nueva teoría del riesgo profesional siempre se podía presumir la falta objetiva y no se debía buscar la culpa⁵⁶¹

De esta forma también se evitaba la necesaria cláusula contractual sobre responsabilidad en caso de accidentes de trabajo que muchos juristas utilizaban para justificar la responsabilidad objetiva⁵⁶². Saleilles reconocía que era necesario que esta idea se consagrara como principio de orden público para evitar excusas de la responsabilidad⁵⁶³. Pero tampoco establece como se podía elevar este principio a regla de orden público, por lo que tenemos que pensar que en el proyecto de Saleilles era la jurisprudencia la que debía establecer este nuevo principio.

Saleilles había elaborado la doctrina del riesgo profesional mediante el análisis del contenido de los preceptos del código civil. A partir de los artículos 1384 y siguientes se podía aplicar la teoría del riesgo profesional a cada caso concreto. Evidentemente para que esto se pudiese llevar a cabo era necesaria la existencia de unos tribunales que tuviesen poderes suficientemente amplios para aplicar, mediante el método histórico, estas teorías del riesgo profesional a partir de los preceptos contenidos en la ley civil. Este planteamiento lo defendió también en 1904: En su contribución al libro del centenario del código Napoleón, Saleilles hacía una defensa del modelo del código que contrasta con las críticas que en otros espacios brindaba al código.

Se preguntaba el borgoñón: “comment ne pas s’apercevoir des larges pouvoirs laissés au juge, devant des formules si vagues et si imprécises qui règlent, par exemple, toute la matière des droits de famille, des rapports personnels entre époux, ou ceux qui existent entre parents et enfants; devant un texte comme celui de l’art 2279 (...); ou celui de l’article 1382 (...)?”⁵⁶⁴. La existencia de reglas indeterminadas regulando la responsabilidad o el derecho

⁵⁶¹ *Ibidem*, 37

⁵⁶² *Idem*.

⁵⁶³ *Ibidem*, 37

⁵⁶⁴ Raymond Saleilles, "Le code civil et la méthode historique", *op. cit.*, 102

de propiedad o las relaciones entre esposo suponía para Saleilles una licencia para que jurisprudencia y doctrina pudiesen concretar la solución en cada caso. Por ello es legítima la interpretación que Saleilles defiende del artículo 1382.

Esta interpretación la fundamentaba Saleilles en la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* a partir del ya citado *Arrêt Teffaine*: “L’avantage de cette interprétation jurisprudentielle, c’est qu’elle est très souple et très élastique, et que si elle va trop loin, elle peut se corriger elle-même”⁵⁶⁵. Parece que Saleilles tenía miedo de que una ley de accidentes de trabajo, que pocos meses más tarde entraría en vigor en Francia, fuese demasiado lejos. Saleilles está en contra de que una ley especial establezca un mismo régimen de responsabilidad a todo patrón sin tenerse en cuenta las especificidades de su industria y simplemente aplicando le texte dans sa brutalité” sin tener en cuenta los detalles de cada caso. Para Saleilles la solución al problema de la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo se encontraba en “le code lui-même”. Saleilles se declaraba abiertamente como “partisan très convaincu du risque professionnel dans le Code civil”⁵⁶⁶.

Pero si no existía dolo no culpa, ¿Cómo se graduaría la responsabilidad y la correspondiente indemnización? Saleilles defendía también para este punto un mayor poder del juez. La jurisprudencia debía ser la encargada de determinar la cuantía de la indemnización a partir de varios criterios. El juez sería el encargado de determinar en qué grado el propietario o empresario se beneficiaba de la actividad del obrero, en qué grado el obrero había actuado correctamente y en qué grado había resultado perjudicado. Según Saleilles la determinación legal de esta indemnización era del todo imposible. Saleilles consideraba no realizable la determinación del coste de las lesiones, del daño moral de la víctima o de sus familiares⁵⁶⁷.

Para ello había que destruir el dogma de un modo único de reparación y también el de la causa única de responsabilidad. No siempre había una sola

⁵⁶⁵ *Idem*.

⁵⁶⁶ Raymond Saleilles, “Le risque professionnel”, *op. cit.*, 638.

⁵⁶⁷ Raymond Saleilles, *Les accidents de travail*, *op. cit.*, 38.

causa de responsabilidad y tampoco la reparación integral solucionaba todos los casos. Para determinar la cuantía de la indemnización se debía partir de las reglas sobre inexecución de las obligaciones pero yendo más allá⁵⁶⁸. La solución para ampliar la indemnización podía venir a través de los intereses por incumplimiento. Estos tenían el problema de que eran de creación convencional y la indemnización por un accidente de trabajo no podía dejarse al arbitrio de las partes. Según Saleilles los principios que regían los intereses y la indemnización por incumplimiento de una obligación eran de carácter universal y por tanto podían ser utilizados en casos de responsabilidad por delito civil. En todo caso Saleilles defendía que la culpa no fuese el único argumento a la hora de determinar la cuantía⁵⁶⁹. El perjuicio había de tenerse en cuenta y también la relación entre las partes y su situación de desigualdad⁵⁷⁰.

Con estos argumentos Saleilles construía todo un sistema que preveía prácticamente todos los aspectos e intereses en juego en materia de accidentes de trabajo. Finalmente Saleilles defendía la idea de riesgo derivada de los artículos de código. Eliminaba toda referencia a la culpa del empresario evitando así que su responsabilidad personal entrase en el sistema de reparación. El borgoñón construyó finalmente un esquema teórico de cálculo de la indemnización. Saleilles había ido más allá de código civil pero por el código civil.

Todos los esfuerzos de Saleilles iban dirigidos a construir una teoría del riesgo profesional dentro de este código desarrollada por la jurisprudencia y, en consecuencia, alejada de las soluciones que podían aportar las leyes especiales. A Saleilles le repugnaba esta posibilidad. Para él las leyes no evitaban que “La réglementation ne soit trop étroite et qu’elle ne devienne pas tyrannique”⁵⁷¹. Dentro de la crítica que Saleilles hacía a las leyes especiales

⁵⁶⁸ *Ibidem*, 40 y 80.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, 80.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, 81.

⁵⁷¹ Raymond Saleilles, “Le risque professionnel”, *op. cit.*, 637.

estaba contenida la crítica al absolutismo jurídico tan frecuente en la obra de nuestro jurista. Según él un legislador no podía prever todas las situaciones posibles y contenerlas en un texto legal y, en consecuencia, redactar leyes abstractas y generales que debían ser posteriormente aplicadas a realidades muy diversas sin posibilidad de poder individualizar la norma a cada situación. La consecuencia de ello era la inadaptación de la norma al problema concreto con la consiguiente injusticia. Por ello Saleilles proponía “découvrir dans le Code civil lui même, non seulement le principe, mais l’application même du risque industriel”⁵⁷². En el código estaba contenida la solución a este problema, a la falta de una regla sobre accidentes de trabajo.

2.3.- El derecho alemán: Incluir la doctrina e ignorar la legislación especial

Las reglas del código serían adaptadas a cada caso por la jurisprudencia. Como en otros temas, el borgoñón defendía una regulación mínima por parte del código y unos tribunales con grandes poderes para adaptar la norma a la realidad concreta. En este sentido Saleilles no ahorra elogios hacia el papel desarrollado por la jurisprudencia francesa de la época: “il y a longtemps déjà que la jurisprudence, avec une conscience des besoins pratiques et des nécessités également de la justice sociale qu’on ne saurait trop admirer, paraît chercher une ligne de direction et comme une orientation définitive”⁵⁷³.

Saleilles apoyaba sus ideas en el conocimiento que tenía del tratamiento germano de esta cuestión. Algunos de sus argumentos habían aparecido en la discusión que tenía lugar en Alemania sobre el tema de los accidentes de trabajo. En la Alemania de finales del siglo XIX la “soziale Frage” centraba las discusiones jurídicas, especialmente las de los privatistas. También en Alemania existían partidarios de delimitar el derecho privado desde fuera con

⁵⁷² *Idem.*

⁵⁷³ Raymond Saleilles“, *Les accidents de travail, op. cit. 2.*

un derecho social y partidarios de un derecho privado social⁵⁷⁴. Otto Gierke, profesor admirado por Saleilles, se contaba entre estos últimos y había dedicado a la cuestión social una monografía en 18XX en la que afirmaba “unser Privatrecht wird sozialer sein oder es wird nicht sein”⁵⁷⁵ aunque en otro trabajo reconocía la falta de determinación de lo que era social: “Was heißt denn sozial? Man versteht oft das allerverschiedenste darunter. Es nennt eigentlich jeder das sozial, was ihm in dem Augenblick als erwünscht erscheint”⁵⁷⁶

Pero la discusión en Alemania tenía connotaciones muy diferentes a las que tenía en Francia. Por dos razones. En primer lugar en Alemania los diferentes gobiernos de Bismarck habían promulgado leyes relativas a las condiciones de trabajo. A la ya comentada ley sobre accidentes de trabajo hay que añadir la ley promulgada en 1883 sobre seguro de enfermedad⁵⁷⁷. En 1884 se aprobaba la ley sobre seguro laboral de accidentes⁵⁷⁸. En 1889 se sancionaba la ley sobre seguro de invalidez y de jubilación⁵⁷⁹.

Pero debajo de la cuestión sobre el carácter social del derecho privado se encontraba la ya larga disputa entre germanistas y romanistas. Los romanistas defendían el carácter individualista del derecho privado mientras los germanistas defendían una visión social de éste: “Unlösbar verknüpft war die

⁵⁷⁴ Tilman Reppen, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001

⁵⁷⁵ Otto von Gierke, *Soziale Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, (1889), in Otto Gierke, *Aufsätze und kleinere Monographien*, Hildesheim u. a., 2001, 605-642, 610.

⁵⁷⁶ Otto Gierke “Diskussionsbeitrag beim Evangelisch-sozialen Kongreß zum Thema: die sittliche und soziale Bedeutung des modernen Bildungsstrebens” in, AAVV, *Die Verhandlungen des 13. Evangelisch-sozialen Kongresses, abgehalten in Dortmund vom 21 bis 23 Mai 1902*, Göttingen 1902, 29-33, 32.

⁵⁷⁷ Krankenversicherung. Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883, RGBl. 73-103.

⁵⁷⁸ Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884, RGBl 69-111.

⁵⁷⁹ Invaliditäts- und Altersversicherung Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22 Juni 1889, RGBl. 97-144

Diskussion über die soziale Frage mit dem Widerstreit römischen und deutschen oder germanischen Rechtsdenkens im 19. Jahrhundert. Die enge Verbindung beider Themenkreise ging schließlich in einer Verschmelzung beider zu einer festen Einheit auf. Wer nach 1888 von einer römischen Rechtsregel sprach, meinte fast immer zugleich eine Regel, die einer individualrechtlichen Lösung verpflichtet war im Unterschied zum deutschen Recht, das meistens mit sozialem Recht identifiziert wurde⁵⁸⁰. De hecho en la discusión que tuvo lugar delante de la segunda comisión redactora del BGB, entraban en juego argumentos romanistas contra argumentos germanistas sobre la responsabilidad⁵⁸¹.

Por todo ello Saleilles debía adoptar ciertas prudencias a la hora de importar conceptos, ideas y propuestas germanas a la discusión francesa, cosa que, como más adelante mostraré, no siempre hizo. En su libro sobre los accidentes de trabajo, Saleilles hace referencia a un artículo del suizo Eugen Huber sobre esta cuestión⁵⁸² y al artículo del profesor Sjögren en la revista de Jhering⁵⁸³ en que exponía un principio adoptado por la doctrina alemana del momento según el cual “le vrai fondement de la responsabilité civile, c’est la causalité de la volonté”.⁵⁸⁴ La voluntad del empresario generaba una actividad que a su vez generaba un riesgo para el trabajador. Esto justificaba el hecho de que la responsabilidad civil generada por el accidente recayese sobre el empresario.

Saleilles adoptó algunos postulados de Gierke sobre la protección a los débiles que el código debía prestar. Se trata de un planteamiento coherente

⁵⁸⁰ Tilman Reppen, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 35.

⁵⁸¹ Raymond Saleilles, *Les accidents de travail*, 7.

⁵⁸² Eugen Huber, “Deutsches Privatrecht”, *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, 20 (1898), 93-163.

⁵⁸³ Wilhem Sjoegren, “Zur Lehre von Formen des Unrechts und den Thatbestaenden (sic.) der Schadenstiftung”, in *Revue d'Ihering*, 1896, 343 y ss. Citado por Saleilles, “Le risque professionnel et le code civil”, *op. cit.*, 648, nota 3

⁵⁸⁴ Saleilles, “Le risque professionnel”, 648.

con la visión comunitarista y anitindividualista del derecho que tenía el borgoñón.

Saleilles apoyaba su idea del riesgo profesional en estos principios doctrinales de origen ultrarenano y así lo reconocía abiertamente en el texto de su conferencia en la *Société d'Economie sociale*: “Ne croyez pas” - escribe - “que j’aie l’honneur de l’invention [habla de la teoría del riesgo profesional]. Il y a longtemps que la thèse est discutée à l’étranger”. La discusión alemana entre responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva coincidiría con la discusión entre germanistas y romanistas. Los germanistas pretendían una responsabilidad civil basada en la idea de riesgo mientras los romanistas defendían la vieja idea romana de la responsabilidad por falta.

Llegados a este punto conviene desviar la mirada del historiador del derecho de la dirección que nos marca Saleilles y observar globalmente el tema de la regulación de los accidentes de trabajo en Alemania. Pese a las discusiones doctrinales, pese al argumento de la causalidad en esta materia que hacía responsable al empresario de los accidentes sufridos por sus trabajadores, fue el principio de la responsabilidad subjetiva la que se impuso en la redacción definitiva del Código civil alemán. Saleilles lo sabía y así lo expresó en 1899 al escribir sobre las fuentes de las obligaciones: “Le projet a rejeté la conception du quasi délit, il n’admet pas de responsabilité en dehors de la faute personnelle; mais en imposant dans certains cas certaines obligations légales dérogatoires du droit commun, il avoue implicitement la nécessité qu’il y a parfois de rendre certaines personnes responsables même de ce qu’elles ne pouvaient guère éviter: c’est une question de risques et ça devient matière d’assurance. On pourra comparer sur ce point la loi d’Empire du 7 juin 1871 sur la responsabilité civile des entrepreneurs de chemins de fer, mines et chefs de fabriques⁵⁸⁵”.

Pese a conocer y criticar la solución dada por el legislador alemán al tema del delito civil Saleilles consideraba que la batalla por el riesgo profesional

⁵⁸⁵ Raymond Saleilles, *Etude sur les sources de l’obligation dans le projet de code civil allemand*, op. cit. 88.

dentro del código civil no estaba perdida pues, al fin y al cabo, “les partis n’ont pas désarmé pour cela; et de part et d’autre on continue à batailler sur ce point”⁵⁸⁶. El código alemán había tenido que defenderse contra “les progrès grandissants de l’idée nouvelle”⁵⁸⁷ y eso ya indicaba la fuerza de esta nueva teoría que se acabaría imponiendo. Esto equivalía a decir, en términos saleillianos, que el progreso jurídico llevaría a legisladores y profesores a la aceptación de esta idea.

Pero Raymond Saleilles pasó de puntillas por el hecho de que en Alemania una ley especial del año 1871 regulaba la cuestión de los accidentes de trabajo. Esta ley no había sido derogada por la entrada en vigor del BGB de forma que se había establecido en Alemania una regulación legislativa especial del tema de los accidentes de trabajo. Saleilles rechazaba la solución de la legislación especial porque en su opinión la ley, ciega y uniforme, no podía adaptarse a las circunstancias de cada caso particular. Por ello el profesor de Beaune se limitó a describir la discusión doctrinal en la civilística alemana entre partidarios y contrarios de la responsabilidad subjetiva, nombró la ley alemana sobre accidentes de trabajo pero sin entrar a su análisis cuando, en realidad, esta ley marcaba la descodificación de la materia.

Saleilles tampoco parecía percatarse de las grandes diferencias existentes en el ámbito de la protección social entre los ordenamientos de Alemania y Francia. En el campo de la protección social de los trabajadores existía un abismo entre ambos países. Por supuesto en ninguna orilla del Rin se daba lo que hoy conocemos como estado del bienestar, mas es cierto que en Alemania se dibujaban ya las líneas de un sistema de protección social de los trabajadores. A finales del siglo XIX el Imperio alemán ya había instituido legalmente un sistema de seguros por enfermedad y por accidente y un sistema de rentas para la vejez. En esa misma época en Francia no existía ningún sistema estatal de seguros sociales.

⁵⁸⁶ Raymond Saleilles, “Le risque professionnel”, *op. cit.*, 648

⁵⁸⁷ *Ibidem*, 648

Como nos recuerda Hartmut Kaelble, estas diferencias en los sistemas de protección social no solamente se daban en el papel⁵⁸⁸. También en la realidad contrastaba el sistema alemán de seguros sociales con el francés. En Alemania, más de la mitad de la población contaba con algún tipo de seguro por enfermedad, ya fuese un seguro voluntario o el seguro obligatorio de los trabajadores. En Francia, en cambio, solamente un quinto de la población estaba cubierta contra accidentes y enfermedades.

La discusión pública a un lado o a otro de la frontera eran también diversas. Según nos explica Kaelble en Alemania se había empezado a discutir en los foros de la economía y las ciencias sociales sobre la protección de los empleados⁵⁸⁹. Los científicos en general eran favorables a la intervención estatal decidida en el campo de las relaciones laborales. En Francia, en cambio, ni los liberales ni los católicos reformistas de Le Play se mostraban favorables a que el Estado interviniese en la sociedad. Hemos de esperar a la década de 1880 para encontrar artículos en la *Revue d'Économie politique* animando al Estado a intervenir decididamente para actuar sobre los desequilibrios sociales en el mundo del trabajo.

Debido a estas diferencias algunos franceses, partidarios de un sistema estatal de protección del trabajador, defendían el modelo alemán aunque criticasen los motivos políticos de Bismarck. Los alemanes en cambio criticaban la falta de seguridad del trabajador francés⁵⁹⁰.

Evidentemente estas diferencias estaban provocadas por diferentes concepciones del estado, del individuo y también por las diferencias del desarrollo económico entre ambos países. Además en Alemania este sistema paternalista se combinaba con una estricta represión de los movimientos obreros. Así lo recuerda Kaelble, quien pretende evitar que se interpreten las diferencias en clave de progreso alemán frente a atraso francés.

⁵⁸⁸ Hartmut Kaelble, *Nachbarn am Rhein. Entfremdung und Annäherung der französischen und deutschen Gesellschaft seit 1880*, München, C.H. Beck, 1991, 102 y ss.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, 117

⁵⁹⁰ *Ibidem*, 118.

Pero desde un punto de vista jurídico creo que la diferencia también estaba provocada por el diferente papel que tenía el código civil en uno y otro país. En Francia el código civil continuaba teniendo una posición central en el ordenamiento. Incluso juristas partidarios de reformas legislativas como Raymond Saleilles defendían el papel central del código en el sistema jurídico: “Au delà du Code civil mais par le code civil”. Por ello es lógico que algunos juristas franceses, Saleilles incluido, pensasen que el código contenía la respuesta al desamparo del trabajador en caso de accidente

En Francia el código civil era la piedra angular de lo jurídico y fuente del derecho para la mayoría de relaciones jurídicas. También de las relaciones del trabajo moderno. Al no haber normas específicas sobre el tema, el derecho civil cumplía unas funciones sociales que con el tiempo serían transferidas a otras leyes. En Alemania, en cambio, las leyes de protección del trabajador fueron muy anteriores a la codificación civil, de forma que en 1896 ya había un subsistema jurídico, autónomo del derecho civil, que regía las relaciones de trabajo y la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo.

Nuestro jurista se aproximaba al tema gravísimo de los accidentes de trabajo desde el *Code civil* y, al estudiar el sistema alemán, prescindía completamente de las enormes transformaciones introducidas por las leyes especiales basando su estudio en el código alemán y en la doctrina privatista. Saleilles buscaba la solución en el “Code lui même” y juzga la solución de la legislación especial un error. Por ello la decisión del Parlamento de promulgar la ley de 9 de abril de 1898 sobre accidentes de trabajo rompía sus esperanzas de establecer un sistema de responsabilidad objetiva.

2.4.- El riesgo profesional

Saleilles debía pensar que la promulgación de leyes especiales era un fenómeno circunstancial aunque no por ello menos perjudicial. Huía el jurista borgoñón de una solución legislativa estatal al fenómeno de los accidentes de trabajo sin temer demasiado por la descodificación del derecho. Pero, como

mostraré más adelante, problemas tan graves como éste no podían ser resueltos con los instrumentos y principios de un código basado en una realidad muy diferente a la de 1900. De hecho la crisis de la responsabilidad nos lleva más allá: a la crisis de la ciencia civilística⁵⁹¹. Y quizás era esto lo que temía Saleilles; la apertura de la descodificación y el “essor de la législation spéciale” que acrecentaba el poder del legislador y restringía el del juez. Saleilles, por ello, busca fundamentar la responsabilidad objetiva en el código a partir de sus artículos 1382 y 1384.

En el texto de la conferencia de Saleilles sobre el riesgo profesional percibimos muy bien el estado de la discusión sobre el tema entre los juristas y la posición de Saleilles en este debate. Nuestro jurista, que no pudo pronunciar esta conferencia por fallecimiento de un familiar y cuyo texto fue leído por un tal Tarbouriech, provocó una discusión en el seno de la sociedad de de economía política que fue transcrita y publicada en la *Reforme sociale*. Gracias a esto puedo conocer los argumentos de los partidarios y de los detractores de la teoría del riesgo profesional dentro del código.

Por ejemplo un tal Cheysson tomó la palabra y expuso abierta y claramente su teoría a favor de una ley especial de responsabilidad por accidentes de trabajo. Cheysson reconocía que es la misma idea de justicia la que ilumina las propuestas de Saleilles y las suyas. Pero afirmaba que el artículo 1382 y su interpretación, por osada que fuese, no eran suficientes para dar solución a los problemas jurídicos que planteaban los accidentes de trabajo. Un problema de esa dimensión hacía necesaria la imposición de una regla que obligase al empresario a dar siempre una respuesta delante de estos fenómenos.

Uno de los argumentos de Cheysson contra los planteamientos de Saleilles era el de los accidentes que se producían por responsabilidad del obrero. Cuando éste era culpable del accidente no tenía derecho a indemnización alguna del empresario según el modelo de responsabilidad objetiva del código que defendía Saleilles. Esto le parecía injusto a Cheysson.

⁵⁹¹ Giovanni Cazzeta, *Responsabilità aquiliana*, op. cit., 8

El obrero, según él, no se arriesgaba por placer sino por exceso de celo en el trabajo. En cambio, el derecho le castigaba a no tener respuesta alguna del empresario que, incluso podía legalmente acusarle de negligencia. La interpretación jurisprudencial del artículo 1382 no podía dar otra solución. Por ello Cheysson, entre otros, piden una norma legal que, como hacía la Ley sobre accidentes de trabajo alemana de 1871, recogiese el principio de riesgo profesional conservando, para las demás relaciones privadas el principio de responsabilidad subjetiva del Código.

En el trasfondo de la discusión entre Cheysson y Saleilles sobre el reconocimiento legal de este principio está el debate general sobre el papel de la jurisprudencia en Francia. Un debate que fue animado por el buen juez Magnaud, a quien Cheysson se refiere en su réplica a Saleilles⁵⁹².

Este tema nos ilustra perfectamente las limitaciones del pensamiento de Saleilles, los límites de su “au delà du code civil mais par le code civil” que escribiese en 1899. Nuestro autor, como trataré de explicar en el último capítulo, no supo ver lo que explica Cazzetta; que la crisis de la responsabilidad aquiliana no venía sola; traía consigo la crisis del código como norma central, constitucional del sistema jurídico. La sociedad había cambiado hasta un punto tal que algunos fenómenos, como el de los accidentes de trabajo, no podían ser tratados pro el viejo código, con una jurisprudencia de tintes filantrópicos que no se debía parar a analizar los detalles para determinar si el empresario pagaba o no a un obrero mutilado.

Cheysson no era el único que reprochaba a Saleilles su teoría del riesgo profesional dentro del código civil. Otro civilista, Raymond Teisseire había escrito sobre el tema *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité* de 1901⁵⁹³. En esta obra Teisseire reconocía ciertos méritos de Saleilles. “M. Saleilles – decía - est le premier en France qui ait tenté une

⁵⁹² Raymond Saleilles, “Le risque professionnel dans le code civil”, *op. cit.*, 652.

⁵⁹³ Raymond Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. Etude de droit civil*, Paris, Rousseau, 1901.

rénovation générale du fondement de la responsabilité”⁵⁹⁴. Reconocía también el fuerte contenido social y antiindividualista de su propuesta⁵⁹⁵.

Pero Teisseire criticaba la candidez del borgoñón y su confianza en la bondad del empresario. Incluso consideraba que había reemplazado al “bon père de famille” del código Napoleón por un “homme d’affaires soucieux du seul intérêt”, por creer que se podía dejar el tema de la prevención de los accidentes y de la determinación de su responsabilidad en manos de los empresarios y de la arbitrariedad de los tribunales⁵⁹⁶.

Según Teisseire la idea de falta objetiva vulneraba el contenido del artículo 1382 pues creaba falta allí donde ésta no se daba. Además, tampoco solucionaba el problema, pues hacía responsable al empresario solamente cuando se demostraba que no había sido suficientemente cuidadoso. En el resto de casos, la responsabilidad caía sobre el obrero⁵⁹⁷.

Teisseire alababa la decisión judicial de 18 de junio de 1896 que ligaba la responsabilidad a la falta de cuidado y de vigilancia de la máquina del artículo 1384 del código civil. También valoraba el avance que la teoría de riesgo profesional de Saleilles suponía respecto a la teoría tradicional de la responsabilidad por culpa⁵⁹⁸. Pero estas teorías se limitaban a hablar del riesgo profesional y dejaban demasiados aspectos al arbitrio judicial o en poder del empresario. Teisseire era partidario del reconocimiento de la responsabilidad objetiva dentro de una ley especial como las que ya existían en varios países europeos, entre ellos Alemania. Consideraba que en Francia no faltaban normas que recogiesen este principio: el artículo 262.1 del código de comercio reconocía el derecho del marinero a cobrar su salario incluso cuando caía enfermo o herido en el barco. La ley de 29 de diciembre de 1892 sobre ocupación temporal en materia de obras públicas reconocía la obligación de

⁵⁹⁴ *Ibidem*, 100.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, 99.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, 70.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, 78.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, 81.

indemnizar en el caso de obras públicas por retraso en la obra o por daños incluso en ausencia de culpa⁵⁹⁹. Por ello no debía ser problemático el reconocimiento de este mismo principio en el caso de los accidentes de trabajo.

También Léon Duguit escribió sobre la cuestión de la responsabilidad en algunos de sus textos sobre las personas jurídicas públicas. Duguit rechazaba la responsabilidad subjetiva y proponía una objetivización de ésta a partir del fin buscado por la actividad que causaba el daño: "Lorsqu'un acte accompli en vue du but que poursuit l'Etat produit une diminution dans la valeur d'un patrimoine affecté à un but individuel, il faut que cette diminution sois réparée sur le patrimoine de l'Etat"⁶⁰⁰. Detrás de esta afirmación hay también una fuerte apuesta por la objetivación de la responsabilidad. El Estado, según el planteamiento de Duguit, era el responsable del daño independientemente de que sus agentes hubiesen incurrido en culpa o no tan sólo porque el acto dañoso se había ejecutado para alcanzar un fin propio del Estado.

2.5.- Conclusión

Saleilles, al pretender solucionar la cuestión de los accidentes dentro de las posibilidades del código, no veía las limitaciones de éste y las del sistema económico y social derivado de la creciente industrialización. Cuando otros juristas ya señalaban el camino de la legislación especial él seguía empeñado en defenderla interpretación científica del código para dar respuesta a las graves cuestiones que se suscitaban cada día en fábricas, vías férreas o carreteras. No vio que el código debía perder su lugar central en el ordenamiento jurídico, que tampoco se podía confiar en la jurisprudencia para establecer un sistema que protegiese a todos los trabajadores víctimas de accidentes. Su temprana muerte le impidió ver que la promulgación de leyes especiales no era un episodio erróneo y anecdótico sino los primeros pasos de

⁵⁹⁹ *Ibidem*, 85

⁶⁰⁰ Leon Duguit, *Etudes de Droit public* II, Paris, Fontemoing, 1903, 637.

la era de la descodificación en la que el código perdería su centralidad a favor de leyes especiales. Tampoco pudo ver que la superación de la culpa como presupuesto para la imputación del daño suponía la progresiva formación de un “duals Schuldrecht”⁶⁰¹ y, con ella, la crisis de la idea de responsabilidad dentro del código⁶⁰². No se trataba de sustituir culpa por riesgo sino de regular de forma específica el nuevo ámbito del derecho privado laboral.

En 1898, un año después de la monografía de Saleilles proponiendo una teoría del riesgo profesional dentro del código civil el Parlamento francés aprobaba en Francia una ley reguladora de los accidentes de trabajo. Esta norma preveía que los obreros víctimas de estas desgracias cobrasen una indemnización a cargo del empresario: Con esta norma se establecía la obligación de éste de acudir a los seguros laborales. Asimismo se reservaba la idea de la responsabilidad subjetiva para el resto de relaciones de derecho civil. ¿Como recibió Saleilles esta obra legislativa? Probablemente continuaría pensando que era una solución errónea que dejaría paso a la teoría del riesgo de desarrollo jurisprudencial. El caso es que no se pronunció sobre esta norma. No quiso ver que la era del código civil, en el tema de la responsabilidad y en muchos otros, llegaba a su fin.

El intento de Saleilles de crear una teoría del riesgo profesional dentro del código civil quedó pues como un inteligente y esforzado intento por cambiar el derecho de su tiempo pero utilizando unos instrumentos que ya pertenecían a un tiempo pasado.

⁶⁰¹ Alessandro Somma, “Le tecniche di imputazione del danno”, *op. cit.*, 278.

⁶⁰² Giovanni Cazzetta, *Responsabilità aquiliana, op. cit.*

3.- La personalidad jurídica

3.1.- Contexto: el tiempo de la persona jurídica

El tiempo de Raymond Saleilles fue sin duda el del renacimiento de las personas jurídicas en la realidad social e intelectual francesa. En los “temps des triblions” que le tocó vivir a Saleilles, la sociedad francesa superaba poco a poco una etapa marcada por el individualismo filosófico y jurídico y por la alergia del derecho a las personas morales. El derecho nacido de la Revolución había negado la existencia de estos entes intermedios que se situaban entre los individuos y el Estado, las dos únicas categorías reconocidas por el legislador liberal revolucionario. A finales del siglo XIX esta concepción entraba en crisis por el empuje de una sociedad en la que los individuos - obreros, patronos, artistas, religiosos, mujeres - se organizaban en asociaciones y fundaciones para defender sus intereses. En el ámbito de lo jurídico se iniciaba “La grande querelle de la personnalité morale”⁶⁰³.

En consecuencia comenzaba a cambiar la visión que de las personas jurídicas tenía el Estado, quien comenzaba a vencer sus temores y rechazos y veía en las personas jurídicas no un problema o un posible foco de conspiraciones reaccionarias como hasta entonces sino como elemento natural de la sociedad.

La ciencia no ignoraba este fenómeno. Las ciencias sociales del momento se habían desprendido de la perspectiva abstracta e individualista que había dominado el pensamiento de la primera mitad del siglo XIX. Esta visión consideraba a la sociedad como la agrupación de individuos que se relacionaban directamente con el Estado. A finales de siglo empezaron a aparecer interpretaciones que tenían en cuenta a estos grupos de individuos⁶⁰⁴.

⁶⁰³ Utilizo nuevamente una expresión de Jean-Louis Halpérin, uno de los historiadores del derecho francés que a mi juicio mejor ha abordado este tema. Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français, op. cit.*, 198.

⁶⁰⁴ Emile Durkheim, *De la division du travail social* (1893), Paris, PUF, 1991.

Las visiones organicistas de la sociedad, aquellas que comparaban la sociedad con un organismo vivo formado por órganos que no son sino grupos de ciudadanos reunidos con un fin, gozaban de gran predicación.

Fue éste otro de los grandes temas al que se enfrentó el modernismo jurídico. La época de Saleilles fue la del solidarismo: la sociedad dejaba de verse como un conjunto de individuos racionales, libres y autónomos unos de los otros. Por ello los juristas giraron su mirada hacia la personalidad jurídica, que constituyó un *leit-motif* para los científicos sociales de la época. Se sucedían estudios sobre solidarismo; sobre el papel del individuo en las llamadas asociaciones naturales (Estado, familia y religión), sobre las asociaciones jurídicas, etc. Emile Durkheim escribía en aquella época sus ideas sobre la división social del trabajo. Los ciudadanos se reunían en grupos que tenían una función concreta en la sociedad, a imagen de la función de los órganos en un organismo vivo⁶⁰⁵.

Estas visiones de la sociedad despertaron el interés de los juristas por las personas morales que hasta 1880 solamente ocupaban a los comercialistas⁶⁰⁶. Los cambios legislativos también animaron este interés pero sobretudo los cambios en la concepción de la sociedad. En este caso, como en tantos otros, la realidad empujaba a la ciencia y al derecho.

Muchos fueron los juristas que abordaron el tema. Léon Duguit, amigo y colega de Durkheim, escribió sobre el solidarismo y teorizó el principio de “service public” oponiendo ambas ideas a la idea rousseauiana de una sociedad abstracta formada por individuos que solamente podían organizarse en un Estado⁶⁰⁷. Pero el decano de Burdeos, al rechazar la idea de derecho subjetivo y de sujeto jurídico rechazaba la idea de una voluntad colectiva de la persona jurídica.

⁶⁰⁵ Durkheim fundamentaba en la solidaridad mecánica la existencia de la sociedad. En base a ella los individuos organizados en diferentes grupos desarrollaban una determinada función. Ver Emile Durkheim, *De la division du travail social*, *op. cit.*, 83 y ss

⁶⁰⁶ Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, *op. cit.*, 198.

⁶⁰⁷ Ver especialmente Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris Colin, 1913

Léon Michoud abordó también el tema defendiendo la realidad de las personas jurídicas y rechazando los argumentos de la escuela de Savigny defensora de la teoría de la ficción y defendiendo la existencia de una persona real dotada de una voluntad formada por la conjunción de voluntades diversas⁶⁰⁸.

Maurice Hauriou, desde el derecho público, desarrolló la idea de institucionalismo partiendo de la idea de persona jurídica⁶⁰⁹. Hauriou consideraba la asociación como institución fundamental del Estado que producía y reproducía formas de organización dentro del Estado y que estaba en la base de la noción de servicio público. Hauriou introdujo la idea de institución como elemento básico en la construcción de Estado y del derecho. La teoría institucionalista dio un empuje definitivo a la concepción del Estado que triunfaría en los años posteriores a la I Guerra Mundial.

Como podemos comprobar el tema de la personalidad moral era sin duda de entre los más polémicos e interesantes en el "tournant de siècle" francés. Ocupaba igualmente al derecho privado y al derecho público. Pero el derecho positivo no reflejaba este florecimiento de las agrupaciones de individuos en la sociedad o las concepciones organicistas o colectivistas de ésta. En lo que respecta a la asociación, el artículo 291 del código penal prohibía las asociaciones de más de veinte personas sin acuerdo de la autoridad pública, aunque desde 1870 numerosas asociaciones especialmente obreras y patronales, se habían formado y tenían relaciones fluidas con el gobierno. Vemos pues que el tema de las asociaciones era un tema de orden público en la Francia heredera de los jacobinos.

En 1884 se aprobaba la ley de libertad sindical. Ese mismo año se sancionaba la ley municipal que hacía referencia expresa a la persona civil. La

⁶⁰⁸ Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Paris, Librairie générale de Droit & de Jurisprudence, 1906.

⁶⁰⁹ Hauriou empezó a desarrollar su teoría a finales del siglo XIX. Pero en 1925 publica un texto que aclara bastante el tema. Maurice Hauriou, "Théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social", *Cahiers de la Nouvelle Journée* 4 (1925), 1-45.

jurisprudencia hizo también un importante trabajo en este sentido. En 1901 se dio un paso importante en la regulación jurídica de este fenómeno. En ese año se promulgó una ley sobre el derecho de asociación⁶¹⁰. Se trataba de una norma que, si bien reconocía finalmente la realidad de asociaciones y fundaciones, reflejaba el temor del Estado frente a estos entes. La ley sometía el ejercicio del derecho de asociación y las potestades de las personas jurídicas a un régimen estricto de autorizaciones administrativas. Otros aspectos del funcionamiento de las asociaciones quedaban sometidos al Estado y eran reguladas en consecuencia por el derecho administrativo. En todo caso se ha de reconocer que la ley no se basó en la teoría de la ficción.

Pese a ello esta normativa no satisfizo a juristas como Saleilles. El borgoñón, conocedor de las experiencias de otros países y partidario absoluto de la libertad de las personas jurídicas, luchó por un régimen diferente que dejase más margen de maniobra a las personas jurídicas. Esta postura era coherente con el antiindividualismo y el antirousseanismo del borgoñón, causas del temor de la Revolución a las asociaciones y fundaciones.

3.2.- Saleilles y la lucha por la personalidad moral

Raymond Saleilles fue, de entre los juristas inquietos franceses, quizás el privatista que más se ocupó de este tema. Las mismas circunstancias sociales y científicas que he descrito obligaban a un acercamiento global al fenómeno de las asociaciones y fundaciones que no se limitase a la doctrina o a la historia. Y éste fue el “approche” que adoptó Saleilles. Como escribía Michoud en el libro homenaje a nuestro jurista, “C’est par l’histoire que Saleilles a abordé l’étude de la personnalité morale; c’est par la comparaison des législations qu’il l’a continué”.⁶¹¹ Deberíamos añadir la sociología y la política

⁶¹⁰ Loi de 1er juillet de 1901 relative au contrat d'association. Décret d'application du 16 août 1901.

⁶¹¹ Léon Michoud, “La théorie de la personnalité morale dans l'oeuvre de Raymond Saleilles”, in *L'oeuvre juridique*, 301-337, 301.

para tener una visión más completa del método con el que Saleilles abordó este tema.

Pero dejemos el tema del método para más adelante. Ahora me interesa destacar las motivaciones que llevaron a este jurista a dedicar tantas páginas al tema. Las personas jurídicas eran para Saleilles un elemento de la sociedad. Ya he mostrado el rechazo de este jurista a la visión individualista y abstracta de la sociedad que había nacido con Rousseau y la filosofía del siglo XVIII y que a lo largo de la primera mitad del siglo XIX se había seguido cultivando. Para Saleilles la existencia de personas jurídicas era algo natural pese a que el legislador francés no lo reconociese.

Saleilles partía de la idea de que el derecho debía dar respuesta a una realidad que la ley había ignorado o reprimido durante mucho tiempo; la existencia natural de personas que se agrupaban con un fin o la existencia de patrimonios afectados a una finalidad. Francia no reconocía estas instituciones por su temor a los abusos que pudiesen cometer y estaba siempre vigilante sobre cualquier agrupación. Pero la realidad forzaba al Estado a dar solución a las demandas sociales de un mayor reconocimiento de las asociaciones y fundaciones.

Nuestro jurista se rebeló contra el individualismo radical que rechazaba por completo una realidad llena de organizaciones, de agrupaciones de individuos reunidos con un fin común. Como nostálgico que era, como jurista modernista, pretendía para su sociedad un modelo más plural, más rico que el abstracto y simplista panorama planteado por los juristas hasta entonces. Ello implicaba que los individuos pudiesen libremente agruparse según sus intereses en asociaciones y que el sistema jurídico tutelase este derecho subjetivo.

3.3.- La persona jurídica y las luchas entre Iglesia y Estado

Hay un hecho político que sin duda influyó en el compromiso de nuestro jurista a favor de las personas jurídicas: el conflicto entre la Iglesia católica y el Estado a partir de la aprobación de la ley de separación de 1905.

La Ley de separación desvinculaba la Iglesia del Estado e instituía la figura de las asociaciones de culto dentro de las que los católicos debían organizarse. Las iglesias pasaban a ser patrimonio de estas asociaciones de culto y no recibían apoyo del Estado. De esta forma se creaba una figura entre la asociación y la fundación. Saleilles estaba a favor de las asociaciones de culto porque consideraba que esta figura jurídica podía garantizar las aspiraciones confesionales de los fieles católicos. Incluso iba más allá y creía que esta separación y la creación de estas asociaciones podían resultar beneficiosas al garantizar la independencia de la Iglesia respecto a los dictados del Estado.

Nuestro autor estudió en varias ocasiones el problema. En primer lugar, mediante una meditada respuesta al estudio sobre la ley de 1905 que elaboró Maurice Hauriou⁶¹². Y en 1907 publica una conferencia sobre la cuestión de la separación pronunciada en la *Ecole des hautes études sociales*, en la *Revue des Institutions culturelles*⁶¹³. Si en esta sede vemos hablar al jurista católico preocupado por el destino de su iglesia y hablando a correligionarios no necesariamente juristas, en la *Revue Trimestrielle* Saleilles se expresa preferentemente con argumentos técnico-jurídicos.

Esas asociaciones, enseñaba Saleilles, estaban afectadas a un fin concreto como lo estaban las fundaciones en general. La finalidad en este caso era el culto religioso. Por esta razón consideraba Saleilles que se trataba de

⁶¹² Raymond Saleilles, "Étude sur l'exposé fait par Maurice Hauriou des Principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État", *Revue trimestrielle de droit civil*, 5 (1906), 847-874.

⁶¹³ Raymond Saleilles, "Le régime juridique de la séparation", *Revue des institutions culturelles*, 2 (1907), 185-208.

una figura intermedia entre la asociación y la fundación con amplios poderes para gestionar su patrimonio⁶¹⁴.

La ley de 1905 garantizaba en su artículo 4 la permanencia de la jerarquía eclesiástica, elemento esencial de la Iglesia. Pero el Estado, antes las protestas de la jerarquía católica contra la ley en su conjunto y por su miedo a ella decidió dar un golpe decisivo con una ley de 2 de enero de 1907 que remitía. Saleilles, hasta ahora moderado partidario de la ley, se opuso con fuerza a esta nueva norma que atentaba contra uno de los pilares de la Iglesia como era la jerarquía; señaló que la asociación suponía un contrato entre socios en situación de igualdad y que esto no se adaptaba a las necesidades eclesiásticas que debían ser tuteladas⁶¹⁵.

De nuevo aquí aparece la crítica a la ceguera del legislador francés al pretender uniformizar el régimen de las personas jurídicas pese a la complejidad de la sociedad. Paradójicamente, el Estado había reconocido la peculiaridad de las asociaciones de culto, especialmente la jerarquía. Pero, quizás para desarmar a una jerarquía eclesiástica demasiado rebelde, cambió su criterio e impuso el régimen general de las asociaciones forzando así la democratización de las instituciones religiosas sin ver que este principio jerárquico, según Saleilles, era un elemento merecedor de protección jurídica.

Con la ley de 1905 el culto dejaba de ser un servicio público y los templos dejaban de depender del Estado. Se reconocía en cambio que el culto era un servicio de utilidad pública. Saleilles consideraba que este hecho no suponía una transformación tan grave, pues, según su opinión “service d'intérêt public ou d'utilité publique, peu importe: les caractères juridiques de l'affectation (de la propiedad al culto) ont pu changer, son but reste le même, il faut que ce but soit rempli”⁶¹⁶: Saleilles, mediante estas afirmaciones, animaba a los católicos más reaccionarios a desistir de su oposición a uno de los puntos que más rechazo suscitaba entre los católicos. El borgoñón defendía que lo

⁶¹⁴ Raymond Saleilles, “Étude sur l'exposé fait par Maurice Hauriou”, *op. cit.*, 855.

⁶¹⁵ Raymond Saleilles, “Le régime juridique de la séparation”, *op. cit.*, 191 y ss.

⁶¹⁶ Raymond Saleilles, “Étude sur l'exposé fait par Maurice Hauriou”, *op. cit.*, 849 y ss.

importante no era el cambio de la propiedad pública de los templos a la propiedad privada (“*propriété d'affectation*”), sino que éstos continuasen dedicados al culto, hecho que, en principio, estaba garantizado.

Evidentemente Saleilles habría preferido el régimen de las fundaciones al de las asociaciones. De esta forma se habría evitado un régimen demasiado democrático para una institución secularmente jerárquica. Pero las fundaciones eran prácticamente inexistentes en la Francia de la III República.

Estas discusiones sobre religión y separación de Iglesias y Estado enmarcaron los debates jurídicos sobre las asociaciones de culto. Los bienes eclesiásticos, al dejar de ser bienes públicos habían de ser gestionados de una nueva forma prevista en la ley de separación. Con su regulación, los nuevos gestores no podían ser ni los sacerdotes ni los obispos, pues éstos tenían sus propios bienes privados diferenciados de los bienes de las asociaciones de culto. Este hecho era bastante lógico: si los bienes eclesiásticos estaban afectados a un fin, la persona física del sacerdote no podía tenerlos a su cuidado y debían administrarlos las asociaciones de culto.

A Saleilles le agradaba la fórmula, que garantizaba la neutralidad del Estado y su separación de las Iglesias, pero era consciente de los intereses que existían detrás de los que se oponían a la ley: “les profanes la trouvaient un peu vague. Ils auraient préféré, à la place de toute cette belle phrase, un simple petit mot qui, pour eux, eût suffi à tout, le mot évêque”⁶¹⁷. Saleilles estaba tomando partido contra una parte significativa de la jerarquía eclesiástica francesa, y aun de forma abierta: “(N)ous autres juristes, nous savions bien que c'était l'évêque qui était derrière toutes ces abstractions; nous savions bien que nos tribunaux n'auraient aucune peine à l'y découvrir”⁶¹⁸.

Saleilles, un católico de inspiración social que participaba abiertamente del modernismo jurídico, criticaba abiertamente a la jerarquía católica, francesa responsable del clima de enfrentamiento civil en Francia. Pero al mismo tiempo criticaba los ataques al principio jerárquico de la Iglesia católica. El borgoñón

⁶¹⁷ Raymond Saleilles, “Le régime juridique de la séparation”, *op. cit.*, 196 y ss.

⁶¹⁸ *Ibidem*, 197.

creía que la Iglesia, por sí sola y partiendo del marco legal de 1905, podía modernizarse y democratizarse. Quizás menospreció la resistencia de los obispos franceses. O quizás no podía imaginarse la existencia del principio jerárquico desprovista de una estructura fuertemente jerárquica que la apoyase.

Me ha parecido interesante repasar este capítulo de la vida de Saleilles y de su lucha por transformar su realidad porque su interés por la persona jurídica creció a partir de 1905. Saleilles, como comentaba anteriormente, prefería la institución de la fundación al de la asociación de culto. Pero ni el Estado pretendía que los templos fuesen un bien afectado a un fin sin más ni la regulación francesa sobre las fundaciones daba para mucho. Esta institución estaba del todo sometida al Estado de forma que cualquier persona que quisiese hacer una aportación material a una finalidad social o artística se veía obligada a canalizarla a través de instituciones sucedáneas del Estado.

3.4.- Saleilles: teoría y práctica de la personalidad jurídica

Raymond Saleilles dedicó muchos esfuerzos al estudio de la personalidad moral siempre con el objetivo de provocar reformas en el derecho francés. Para ello abordó el tema utilizando el derecho comparado en sentido amplio. Por un lado analizó la dogmática alemana y el proyecto de regulación del BGB en su monografía *De la personnalité juridique*⁶¹⁹, compendio de lecciones de sus cursos de doctorado. Pero el objetivo de Saleilles no fue sencillamente divulgativo o docente. Saleilles pretendía que sus trabajos tuviesen efectos en forma de cambios en la doctrina y en la legislación. Por ello se implicó en las discusiones de la *Société d'études législatives* dedicadas a la posible reforma de la normativa francesa al respecto haciendo propuestas,

⁶¹⁹ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Rousseau, 1910.

presentando cuestionarios y bajando al nivel más práctico y real. Saleilles por tanto abordó el tema desde la doctrina y desde la práctica.

Saleilles desplegó todas sus armas metodológicas para lograr su fin. Estudió la historia de la institución: las de la comparación vertical y las de la horizontal. En sus escritos citaba normas de derecho comparado o autores consagrados de la doctrina pero también cartas de colegas y amigos suyos que reforzaban su punto de vista. Para demostrar la necesidad de unas personas jurídicas con amplios poderes acudió a cuestionarios y a profesores de prestigio que le informaban de la realidad social de las fundaciones en otros países. Estudió el tema en la sociedad de estudios legislativos y difundió sus ideas entre sus estudiantes. En definitiva Saleilles se implicó todo lo que pudo para defender sus ideas sobre la personalidad jurídica. Por ello las fuentes textuales utilizadas al estudiar este tema abarcan la pluralidad de registros utilizados por Saleilles.

3.4.1.- Teoría de la personalidad moral

Saleilles escribió bastantes páginas de análisis de la doctrina sobre la persona jurídica. Dedicó algunos de los primeros textos, de un carácter más histórico, a este tema. Pero también trata de esta materia su obra sobre la personalidad moral. En ella los argumentos históricos se repiten pero también aparecen argumentos de derecho comparado.

En 1910 Saleilles publicaba veinticinco lecciones sobre la personalidad jurídica en las que presentaba sus ideas sobre este tema. Prácticamente la mitad de las lecciones abordan la historia de esta institución. La otra mitad está dedicada a la doctrina alemana sobre la persona jurídica. Sin duda ésta fue la monografía definitiva de Saleilles sobre el tema. Con anterioridad el borgoñón había publicado otros estudios sobre historia y dogmática. En el ya citado artículo de 1895 sobre la historia de las sociedades en comandita presentó sus

investigaciones histórico-jurídicas sobre estas instituciones⁶²⁰. En 1901 publicó un interesante estudio comparatístico en la *Revue du droit public* sobre las asociaciones en Alemania⁶²¹.

El trabajo sobre las sociedades en comandita realizaba un recorrido por la historia de la persona jurídica en la doctrina jurídica desde la época de los glosadores hasta finales del siglo XIX. Este tema fue revisitado en las lecciones de derecho comparado de 1910. Saleilles hizo en ambos textos un profundo análisis dogmático e histórico destinado a mostrar las diferentes doctrinas que sobre la persona jurídica se habían dado en Europa. Pero otro objetivo de su investigación histórico-jurídica era demostrar como la ciencia jurídica del momento Saleilles debía ser más flexible a la hora de analizar la realidad social. El borgoñón Intentaba demostrar que no era necesario intentar encajar la compleja realidad social de sociedades y agrupaciones de individuos en el marco teórico inflexible de las instituciones romanas. En la realidad existían agrupaciones de individuos que no necesariamente encajaban en los modelos de personas jurídicas de los romanos. La doctrina medieval había adaptado por ello la doctrina romana a la realidad.

Saleilles utilizó la historia para demostrar que la “gesamte Hand” o propiedad en mano común había sido la figura que englobaba la mayoría de manifestaciones de la persona jurídica;. Esta institución era para Saleilles una especie de “passe-partout”. Servía para justificar otras formas de posesión o de propiedad diferentes de la regulada por el código. Servía también para explicar la existencia de agrupaciones de individuos con un patrimonio en común como explicaré a continuación.

Saleilles, como he avanzado, no obviaba las teorías que habían sustentado jurídicamente la existencia de personas jurídicas. Si acudía a la doctrina de la “gesamte Hand” era para demostrar en primer lugar la

⁶²⁰ Raymond Saleilles, "Etude sur l'histoire des sociétés en commandite", *Annales de droit commercial* 9 (1895), 10-26. 49-63; 11 (1897) 29-49.

⁶²¹ Raymond Saleilles "Les personnes juridiques dans le Code civil allemand (commentaire des articles 21 à 89)", *Revue du droit public*, 15 (1901), 193-20, 428-464, 16 (1901) 212-264.

existencia, en siglos pretéritos de un “altro modo di possedere”⁶²² como derecho común en Europa. En segundo lugar para mostrar la existencia, en la realidad social pasada y presente de formas de agrupación de individuos o de puesta en común de un patrimonio sin necesidad de que conformasen lo que la doctrina llamaba “corporación”.

La “gesammte Hand” consistía en una la puesta en común de una propiedad que obligaba a los copropietarios a decidir de forma conjunta. Este tipo de propiedad implicaba una serie de consecuencias prácticas que determinaban que aquella comunidad fuese calificable de corporación. Por ejemplo los copropietarios no podían disponer libremente de sus cuotas. De hecho la propiedad en “gesammte Hand” no estaba dividida en cuotas. El patrimonio estaba separado del patrimonio de los copropietarios. Existía un gerente o “commandité” que gestionaba el patrimonio. Estas consecuencias prácticas se producían sin que se recurriese a la idea de personalidad jurídica.

Este estudio le sirvió a Saleilles para mostrar sus críticas a la doctrina francesa del momento. El derecho común no separaba la idea de corporación de la idea de persona jurídica. Además, delante de fenómenos como el de un patrimonio perteneciente a un grupo de copropietarios separado de los patrimonios personales de éstos, no necesitaba recurrir a la idea de corporación.

Si la doctrina de los Glosadores y los post-glosadores había jugado con la noción de personalidad ficticia sin problemas y orientada por la existencia real de estas sociedades, ¿Por qué la doctrina actual, ante el mismo fenómeno de las sociedades, veía tamaño problema en la teoría de la personalidad ficticia? Según Saleilles la doctrina había de fijarse en las consecuencias jurídicas y en el funcionamiento práctico de estas sociedades. La doctrina

⁶²² Utilizo la expresión con la que Paolo Grossi se refiere a la aparición en el siglo XIX de formas de pensar la propiedad privada diferentes a la del pensamiento liberal clásico. Paolo Grossi, “*Un altro modo di possedere*”. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano Giuffrè Editore, 1977.

debía en la opinión del borgoñón adaptarse a las necesidades sociales⁶²³. Una doctrina avanzada y flexible no debía encontrar en las leyes un freno al desarrollo doctrinal de teorías que facilitasen el tráfico jurídico.

Pero la propiedad en mano común, si bien permitía a las agrupaciones de ciudadanos escapar al rígido control al que el Estado sometía a las asociaciones, no era aplicable a todo tipo de organizaciones. Por ello Saleilles entra al trazo de las discusiones doctrinales sobre la personalidad jurídica en Francia y en Alemania como mostraré a continuación. Y es que, si bien la historia del derecho tuvo una gran importancia en los primeros estudios de Saleilles sobre el tema, pronto dio un peso importante a la comparación de normas y de doctrinas, al derecho comparado a la hora de construir sus teorías sobre el tema.

Saleilles también estudiaba la parte de la historia negativa para las personas jurídicas. El borgoñón acusaba a los enciclopedistas directamente de haber creado un clima hostil a las personas morales. Turgot, influido por el temor de los autores ingleses del XVIII a las asociaciones caritativas, había teorizado contra las asociaciones en base a varios prejuicios, siendo el más importante de ellos el de que fomentaban la existencia de pobres que vivían de la caridad.

3.4.2.- El derecho comparado: las doctrina sobre la personalidad jurídica

Como ya avanzaba, en el estudio de la persona jurídica Saleilles desarrolló todos los instrumentos que la comparatística le permitía. Quizás porque el tema estaba resuelto ya en otros países era de urgente solución en Francia. Mediante el derecho comparado pretendía Saleilles superar las fuertes reticencias francesas a ampliar la libertad de asociación y a reconocer la plena capacidad de las asociaciones. Este temor francés, compartido por Saleilles, existía también en otros países que, en cambio, sí reconocían la plena

⁶²³ Raymond Saleilles, "Etude sur l'histoire des sociétés en commandite", *op. cit.*, 31.

capacidad de las personas jurídicas. Saleilles declaraba tener miedo a la asociación libre. “Il a donc fallu, dans tous ces Etats, chercher des moyens divers de parer aux dangers politiques et économiques d’une liberté excessive en pareille matière”⁶²⁴.

En su lucha por el reconocimiento de las personas jurídicas Saleilles echó mano a sus recursos en análisis de la doctrina alemana. Dedicó a este tema varias monografías que ya he citado. Pero es en las lecciones dónde encontramos el grueso de su doctrina definitiva.

Saleilles dedicaba las primeras lecciones a rebatir los argumentos filosóficos que habían sostenido el rechazo jurídico a la persona jurídica. Esto indica ya la mentalidad de lucha que adopta Saleilles en esta materia jurídica. Saleilles analizaba a continuación varias de las teorías que históricamente habían sustentado la personalidad moral. Habla de la teoría de la universidad⁶²⁵ y de la teoría de la fundación⁶²⁶, con gran predicamento ambas en el mundo romano y medieval. Se refiere a las construcciones de los canonistas sobre la corporación. Según Saleilles, los canonistas habían reconocido en estas corporaciones una persona ficticia. Pero, a diferencia de los juristas del XIX, la ficción jurídica no había planteado problema ninguno⁶²⁷. En Francia la teoría de la corporación se había simplificado extremadamente hasta el punto de ignorar los componentes individuales de la persona jurídica.

Analiza también la filosofía ilustrada tan contraria al reconocimiento de la persona jurídica. Tras este repaso histórico doctrinal Saleilles se detiene más en las teorías contemporáneas, las que le podían interesar a la hora de defender la persona jurídica a nivel jurídico.

⁶²⁴ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, op. cit., 35.

⁶²⁵ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, op. cit., 68 y ss.

⁶²⁶ *Ibidem*, 116 y ss.

⁶²⁷ *Ibidem*, 220 y ss.

Saleilles analiza en primer lugar la teoría de la ficción defendida por Savigny y sus sucesores⁶²⁸. Saleilles valoraba el intento de Savigny de construir jurídicamente la persona jurídica a partir de una ficción: la de la persona ficta. En sí una asociación o una fundación no eran personas titulares de derechos pero el derecho podía crear la ficción de que un conjunto de individuos o un capital podían tener una serie de derechos subjetivos y capacidad de obrar. Pero Saleilles consideraba que los inconvenientes de esta teoría la invalidaban a la hora de defender la persona jurídica en el contexto francés. El legislador francés, “méfiant” de cualquier agrupación, podía recelar de una “persona ficta”. Si no existía realmente una personalidad, difícilmente podía darse responsabilidad de la persona jurídica⁶²⁹. Si la persona era de ficción, fácilmente podía escapar del control del Estado y podía transformarse o desaparecer sin problema alguno.

Saleilles criticaba las exageraciones de algunos sucesores de Savigny llevados que llevaban a una dislocación entre los componentes de la persona jurídica y la personalidad jurídica⁶³⁰. Consideraba Saleilles que se trataba de una teoría basada en un artificio alejado de la realidad y que, en aras de la defensa de una ficción rígida, ponía en riesgo los derechos subjetivos de los individuos que componían la persona ficticia⁶³¹.

Saleilles consideraba además que esta teoría tenía consecuencias prácticas muy negativas y que por ello era inviable en Francia⁶³². En el derecho alemán se había separado la cuestión de la libertad de asociación, materia de derecho público, y la cuestión de la personalidad, materia de derecho privado. Esta separación se fundamentaba en la teoría de la ficción, seguida por el legislador alemán: Al ser la personalidad jurídica de una asociación una ficción, el estado debía autorizar su existencia. A partir de ésta la persona jurídica

⁶²⁸ *Ibidem*, 305.

⁶²⁹ *Ibidem*, 309.

⁶³⁰ *Ibidem*, 223 y ss y 309 y ss.

⁶³¹ *Ibidem*, 382.

⁶³² *Ibidem*, 360 y ss.

podía desarrollar sus derechos y potestades de acuerdo con el ordenamiento jurídico⁶³³. Esto quería decir que solamente el Estado podía otorgar la personalidad moral de acuerdo con su concepto de la “utilité publique”. Esto significaría que las asociaciones, en cierta medida, formarían parte del Estado.

Por ello en Alemania muchas asociaciones, pese a “existir” no tenían personalidad jurídica. Saleilles calificaba este hecho de “hypocrisie juridique”⁶³⁴. Pero en Alemania el recurso a otras instituciones había hecho que muchas asociaciones se creasen eludiendo los requisitos legales de las asociaciones y recurriendo a otras figuras jurídicas. Se trataba de un remedio insuficiente pues estas teorías eran “à peu près inapplicable aux associations les plus nombreuses et les plus importantes, celles qui, par leur constitution, se rapprochent de l’anonymat, en ce sens qu’elles se composent d’un nombre de membres illimité, lesquels entrent dans l’association et en sortent à leur gré, sans qu’il y ait pour cela modification de la société”⁶³⁵

Saleilles analiza en su monografía sobre la personalidad jurídica algunas de estas teorías. Se trataba de planteamientos que negaban la personalidad jurídica pero que reconocían la existencia jurídica de, por ejemplo, un patrimonio afectado a una finalidad o creado bajo el régimen de la “Gesammte Hand”. Los derechos de los asociados o mancomunados estaban protegidos por estas instituciones.

3.4.3.- La teoría de la realidad

Estas teorías se basaban en la existencia de un patrimonio de varias personas puesto en común o en la creación de un patrimonio de afectación. El patrimonio en cuestión quedaba protegido de las pretensiones de los

⁶³³ Raymond Saleilles, "Les associations dans le nouveau droit allemand", *op. cit.*, 232.

⁶³⁴ *Ibidem*, 235.

⁶³⁵ *Ibidem*, 236.

acreedores con lo cual se creaba una persona jurídica separada de sus componentes individuales. Esta teoría servía para las fundaciones o incluso a algún tipo de asociación pero para explicar la creación y funcionamiento de asociaciones más amplias planteaba serias dificultades al ser en éstas el factor humano, la agrupación de varias voluntades, el hecho determinante⁶³⁶.

Por ello se decanta Saleilles por la teoría de la realidad como fundamento de la existencia de las personas jurídicas. El borgoñón se decantaba por esta teoría por razones científicas pero sobretodo prácticas. Según esta concepción la personalidad jurídica se fundamentaba en la voluntad considerada como sujeto de derechos: "si l'on accepte ce point de départ, il est impossible de ne pas voir que, dans toute association corporative, il y a un organisme destiné à dégager la volonté commune du groupe et destiné à agir conformément à cette volonté"⁶³⁷. La existencia de una voluntad individual estaba reconocida por el derecho sin mayor problema. El ordenamiento debía, además, reconocer la existencia de voluntades de origen colectivo. Asimismo el derecho debía reconocer la existencia de patrimonios colectivos como reconocía la existencia del derecho de propiedad individual⁶³⁸.

Se trataba de una constatación objetiva, científica. Históricamente la idea de realidad aplicada a las personas jurídicas se había dado "comme un fait indéniable, avant toute élaboration de théories savantes"⁶³⁹. Saleilles defendía que la época que le tocaba vivir era la única en la que la realidad de las personas jurídicas planteaba problemas a los juristas y al creador del derecho: "A toutes les époques de l'histoire la thèse de la réalité nous est apparue comme la seule conception admise par la conscience juridique des masses même interprétée par les savants, les juristes et les docteurs. Partout la capacité et la personnalité des groupes collectifs organisés s'est trouvé s'imposer comme un fait, que l'on se contentait de constater, et non comme

⁶³⁶ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, *op. cit.*, 386 y ss.

⁶³⁷ Raymond Saleilles, "Les associations dans le nouveau droit allemand", *op. cit.*, 236.

⁶³⁸ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, *op. cit.*, 570 y ss.

⁶³⁹ *Ibidem*, 659.

une invention raffinée et subtile d'origine artificielle ou légale. Et lorsque, pour la première fois, on fit un rapprochement entre cette personnalité collective et celle de l'être humain, ce fut uniquement pour exprimer l'analogie des résultats, et non pour justifier par voie de fiction l'attribution de personnalité"⁶⁴⁰.

Por tanto la teoría de la realidad que defendía Saleilles era prácticamente el principio y final de todas las teorías sobre la personalidad jurídica que se habían elaborado a lo largo de la historia. Era, por tanto, la teoría definitiva.

Esta construcción la basaba en un inicio en la existencia de la voluntad colectiva. Esta existía jurídicamente y podía provocar efectos jurídicos, ergo la persona jurídica existía también jurídicamente. No se trataba de una ficción sino de una realidad constatable. "Nous disons aujourd'hui – decía Saleilles – que c'est la personne collective qui est une fiction. La vraie fiction, et la plus contraire à toutes les réalités, c'est de ne voir partout que des personnes individuelles"⁶⁴¹.

¿Significaba esto que cualquier voluntad colectiva debía ser reconocida por el derecho? Esta cuestión mostraba el punto débil de la teoría de la realidad basada en la voluntad, en la *Willenstheorie*. Saleilles era el primero en defender una serie de límites jurídicos al derecho de asociación. Para Saleilles este límite estaba en el orden público y, por tanto, ninguna voluntad colectiva podía dar carta de naturaleza a una persona jurídica si iba contra el orden público. De todos modos y para superar los problemas de la teoría de la voluntad, Saleilles recurrió a la combinación de la idea de voluntad con la de derecho subjetivo como interés protegido por la ley como lo definía Jhering. El borgoñón fundamentaba en *De la personnalité juridique* la existencia de una personamoral en la existencia de un derecho subjetivo que era "un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social et exercé par une volonté autonome"⁶⁴². Por tanto voluntad e interés se constituían en los dos conceptos

⁶⁴⁰ *Ibidem*, 607.

⁶⁴¹ Raymond Saleilles, "Les associations dans le nouveau droit allemand", *op. cit.*, 246.

⁶⁴² Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, *op. cit.*, 543.

que sustentaban la arquitectura saleilliana de la personalidad jurídica. En consecuencia “tout être juridiquement organisé qui sera capable d’être investi d’un pouvoir constitutif du droit subjectif, sera une personne, au sens juridique du mot”⁶⁴³.

Como avanzaba, Saleilles se decantaba por su teoría de la realidad por razones científicas pero también prácticas. De hecho dedica un gran número de páginas a describir estas ventajas.

Una de ellas era que la asociación, en tanto que interés o voluntad de sujetos privados, se sometía al derecho civil. No existía ningún principio de derecho público para que fuese el Estado el que concediese carta de naturaleza a asociaciones o fundaciones desde el momento en que éstas cumpliesen los requisitos necesarios para existir. Desde que se daban estos requisitos la persona jurídica existía como titular de derechos⁶⁴⁴. Solamente una vulneración del orden público implicaría una intervención del poder estatal par variar esta realidad. La intervención del Estado delante de una persona jurídica formada debía ser un acto de reconocimiento de la personalidad pero en ningún caso una concesión de personalidad⁶⁴⁵. Con la teoría de la ficción era necesario un acto del Estado tendente a reconocer esta ficción y darle naturaleza jurídica real.

En este punto Saleilles contraponía su teoría, que reconocía los derechos subjetivos, a la de Duguit, que se apoyaba en los vínculos sociales de la comunidad. El solidarismo de éste le había llevado a considerar que la persona jurídica nacía de una interdependencia social sometida a la apreciación de los poderes públicos. En consecuencia era necesaria la intervención del Estado para producir la existencia de la personalidad jurídica⁶⁴⁶.

⁶⁴³ *Ibidem*, 544.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, 626.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, 627.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, 630.

Saleilles intentaba con este argumento salvar uno de los escollos principales de las personas jurídicas en Francia: el sistema de autorización administrativa. Con el argumento de la realidad de las personas jurídicas pretendía Saleilles hurtarle al Estado el poder de crear una persona jurídica. La administración solamente podía reconocer lo ya existente.

Lo que era una ventaja para la creación de una persona jurídica lo era también para su supresión. Si la persona preexistía a la autorización administrativa el Estado no podía decidir arbitrariamente retirar la personalidad jurídica. Lo podía hacer si la persona en cuestión realizaba un acto u omisión previstos en la ley como merecedores de una sanción tendente a la supresión de la persona jurídica⁶⁴⁷. Pero solamente en este caso podía el Estado acabar con la vida de una asociación o una fundación.

Otra consecuencia práctica de la teoría de la realidad era el reconocimiento de una serie de derechos de la persona jurídica en sí, entre ellos el derecho de contratar o actuar procesalmente en nombre de un interés colectivo. “Du moment que nous sommes en présence d’un véritable sujet de droit, titulaire du droit collectif, d’une personne qui représente les droits de la collectivité, indépendamment des droits individuels des associés, il faut bien que cette personnalité nouvelle puisse agir en justice pour la défense des droits dont elle a la garde”⁶⁴⁸. Desde que existía la persona jurídica ésta podía actuar jurídicamente en la defensa de los intereses colectivos fuese contractual, judicial o extrajudicialmente. Esto resultaba interesante a asociaciones como sindicatos que, según la idea de Saleilles, podrían defender los intereses de los trabajadores sin esperar un mandato concreto de éstos.

Esto valía también en lo relativo a la responsabilidad civil y penal de la persona jurídica. Desde el momento en que una persona jurídica existía era responsable patrimonialmente por daños ocasionados por ella⁶⁴⁹. Esta norma podía tener consecuencias negativas para la persona jurídica en caso de

⁶⁴⁷ *Ibidem*, 629.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, 633-634.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, 638.

delitos o faltas cometidos por alguno de sus componentes individuales. En todo caso se evitaba la irresponsabilidad de la persona moral que se desprendía en ocasiones de la teoría de la ficción.

Saleilles hablaba de las consecuencias que podía tener la comisión de un ilícito que llevase asociada una sanción pecuniaria. Pero el borgoñón se declaraba partidario de la responsabilidad penal general de la persona jurídica⁶⁵⁰. En este punto se aliaba a las teorías alemanas y a la posición de Hauriou⁶⁵¹. Se trataba de aplicar a las personas jurídicas las condiciones subjetivas del delito, no las de algunos tipos de pena.

Saleilles abordó este tema de la responsabilidad al tratar el proyecto de ley sobre fundaciones en la *Société d'études législatives*. En 1909 comentó Saleilles en el *Bulletin* algunas conclusiones de la Comisión de fundaciones referentes a este tema⁶⁵². Ellas expresan claramente para el caso concreto de las fundaciones las consecuencias de la teoría de la realidad. Saleilles echaba de menos en la discusión y en el informe referencia a la regulación de la responsabilidad de las fundaciones y hablaba del ejemplo del código alemán que sí abordaba la cuestión⁶⁵³: En este informe defendía Saleilles delante de la Sociedad de Estudios una de las consecuencias prácticas de su teoría de la realidad: la responsabilidad de la persona jurídica. Saleilles era partidario de reconocer esta responsabilidad a nivel general y no solamente en casos de ilícitos que conllevaran sanciones pecuniarias. Caso contrario el acreedor podía encontrarse con al excusa por parte del deudor de la separación entre el patrimonio de la persona jurídica y sus gerentes⁶⁵⁴. Por ello Saleilles defendía delante de sus colegas que, al menos, se reconociese bajo ciertas circunstancias una responsabilidad subsidiaria de estos gerentes.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, 639.

⁶⁵¹ *Idem*.

⁶⁵² Raymond Saleilles, "Annexe au Rapport préliminaire sur les Fondations et Procès-Verbal de la séance du 28 mars 1908", *Bulletin de la Société d'études législatives* 8 (1909), 75-80.

⁶⁵³ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, *op. cit.*, 75-76.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, 76.

Reconocía Saleilles, al igual que reconocería en su obra sobre la personalidad jurídica⁶⁵⁵, que no tenía una solución definitiva sobre esta materia aunque el sistema inglés de “trusts” le parecía bastante adecuado especialmente por la flexibilidad de esta institución, flexibilidad que la jurisprudencia se encargaría de adaptar a cada caso.

Estas eran básicamente las consecuencias prácticas de la teoría de la realidad. Escapaba este planteamiento de los efectos negativos de la teoría de la ficción que el legislador alemán había plasmado en la legislación. Saleilles necesitaba tener este fundamento teórico para poder defender su proyecto de reforma legislativa. La teoría jurídica de la persona jurídica no estaba en Francia tan desarrollada como en otros países. Por ello era necesario plantar propuestas legislativas coherentes y fundamentadas científicamente aunque, como vemos aquí, la finalidad de Saleilles era eminentemente práctica.

3.4.4.- Teoría de la fundación

Saleilles hizo esta gran aportación a la defensa del derecho de asociación. Pero se interesó especialmente a la construcción de una teoría que permitiese el reconocimiento de fundaciones con un amplio margen de libertad. Las fundaciones no existían prácticamente en el derecho francés. Únicamente las personas jurídicas públicas autorizadas por la administración podían administrar un patrimonio afectado a una finalidad de utilidad pública.

En 1893 Saleilles trató el tema en ocasión de un comentario a una sentencia emitida por un tribunal borgoñón⁶⁵⁶. Saleilles comentó entonces como el tribunal había aplicado la teoría de la subrogación de la titularidad de unos bienes recibidos por un municipio. La teoría de la subrogación permitía afectar un patrimonio a un fin determinado. De esta forma se creaba la ficción

⁶⁵⁵ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, op. cit., 309 y ss.

⁶⁵⁶ Raymond Saleilles, "Chronique. Jurisprudence civile de la Cour d'Appel de Dijon". *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 3 (1893), 782-801.

de que el patrimonio pertenecía por subrogación a la finalidad y no al sujeto que la poseía. Esta solución permitía solventar los obstáculos de una legislación muy restrictiva con las fundaciones. Pero solamente era aplicable al caso de bienes públicos con afectación a un fin de utilidad pública.

Saleilles comentó otra sentencia sobre un tema similar diez años más tarde. En este caso se aceptó la donación a favor de una entidad privada⁶⁵⁷. Saleilles reconocía que “Nous sommes bien près, cette fois, de l'idée de fondation directe, constituée par le seul fait de l'affectation d'un patrimoine légué par les testateurs: les prétendus légataires n'apparaissent guère que comme les futurs gérants de la fondation. Sans doute, dans la rigueur du droit, les biens continuent à leur appartenir; mais on dira bientôt qu'ils sont la propriété d'une association destinée à réaliser le but de la fondation, et, en fin de compte, comme dernier terme de cette évolution, la propriété se détachera de l'association pour se concentrer dans l'idée de but”⁶⁵⁸. Saleilles acaba con una frase lapidaria: "La jurisprudence s'approche progressivement de ce résultat qui est fatal"⁶⁵⁹.

Lo que era fatal, era, según Saleilles, el reconocimiento por parte del derecho francés al reconocimiento de la fundación privada pura. Y el borgoñón puso los medios a su alcance para ayudar a esta finalidad. Saleilles jugó un papel importantísimo en la discusión en la *Société d'études législatives* de la posible reforma de la legislación sobre las fundaciones. Las discusiones comenzaron en 1906 y se alargaron varios años. Durante este tiempo Saleilles enseñaba en la facultad la teoría de la persona moral desde el punto de vista del derecho comparado y preparaba la publicación de sus lecciones.

⁶⁵⁷ Raymond Saleilles, “Note sur Civ. Rej. 29 avril 1901”, *Recueil Sirey* 1903, 321-325, 321.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, 325.

⁶⁵⁹ *Idem*.

3.5.- El derecho comparado en acción: la lucha por la fundación

Saleilles desplegó su actividad a favor de las personas jurídicas no solamente escribiendo sus monografías. También participó de forma muy intensa en los foros de discusión sobre el derecho de asociaciones y fundaciones. Saleilles se mostró muy activo en la *Société d'Etudes législatives*. A él se le encargó un dictamen sobre esta materia. Su nombre aparece en todas las discusiones sobre el tema. Recurrió, como ya avancé, a colegas extranjeros para reforzar sus argumentos sobre las fundaciones frente a los miembros de la *Société* reacios a este tipo de instituciones. Saleilles consultó a estos profesores, Eugen Huber, Otto Gierke y Carl Crome, en tres de las cuestiones fundamentales sobre el tema de las fundaciones: el tema de la necesidad o no de las fundaciones, el de su creación y el de la autoridad encargada de vigilar su funcionamiento (autorité de surveillance). Todo este material, incluidas las cartas de profesores extranjeros. Están recogidos en *Bulletin de la Société d'études législatives*.

Saleilles luchaba por una reforma en el derecho de asociaciones pero sobretodo se interesó por el derecho de fundaciones entre otras cosas porque la reforma de las asociaciones parecía estar ya encarrilada. El tema de las fundaciones, en cambio, encontraba bastantes rechazos en el Parlamento pero también en la Sociedad de Estudios legislativos. Por ello Saleilles se tuvo que empeñar a fondo en las discusiones de esta asociación. Ni siquiera la enfermedad o las ausencias de París evitaron que Saleilles participase mediante cartas o notas en las que mostraba sus críticas a los conservadores de forma más clara que nunca.

Para fomentar la reforma legislativa resultaba imprescindible tener en cuenta la y la experiencia de otros países. Saleilles iba más allá en su uso del derecho comparado y proponía su uso al legislador: "Cette première utilité du droit comparé ne concerne encore que la technique législative; elle doit servir à préparer l'élaboration d'une loi sur les personnes juridiques et aussi à en compléter la documentation"⁶⁶⁰. Saleilles creía firmemente en esta función

⁶⁶⁰ *Idem*.

reformadora del derecho comparado. De hecho su concepción de esta disciplina se fundamentaba en la existencia de un derecho común ideal al que los ordenamientos debían acercarse mediante reformas. Por tanto la tarea del comparatista en el tema de la personalidad jurídica era mostrar el camino de estas reformas legislativas.

La tarea no era fácil pues la resistencia a las reformas en general y al reconocimiento de las personas jurídicas era considerable en el Parlamento y entre los sectores más jurídico-prácticos de la sociedad de estudios. Por ello desplegó Saleilles todos sus instrumentos (doctrinales, contactos con juristas de prestigio), para intentar convencer de la necesidad en Francia de la existencia de unas personas jurídicas con capacidad de obrar.

A continuación analizo las diferentes cuestiones que, en esta batalla por la persona jurídica, se le plantearon al jurista borgoñón y como las fue resolviendo.

3.5.1.- “A-t'on besoin de la personnalité morale?”

Esta era la primera cuestión que Saleilles debía aclarar delante de sus colegas de la Existían instituciones en Francia que se asemejaban a lo que hoy conocemos una fundación; un patrimonio destinado a una finalidad concreta. Pero estos patrimonios pertenecían a una persona jurídica de carácter público. Mediante donaciones o legados estas instituciones podían crear un patrimonio que esta entidad preexistente gestionaría de acuerdo a las finalidades de los donantes. Los juristas como Saleilles pretendían reconocer personalidad jurídica propia e independiente. Precisamente esto es lo que veían innecesario o incluso sospechoso los contrarios al reconocimiento de la personalidad jurídica a las fundaciones: no veían necesidad práctica alguna para crear una persona jurídica independiente cuando una persona jurídica pública podía llevar a cabo los mismos fines. Además, creando una persona jurídica independiente se corría el riesgo de que el fundador pudiese formar un

patrimonio separado, susceptible de ser aumentado mediante legados y donaciones pero fuera del control del Estado

En 1906 Saleilles fue encargado de realizar un informe sobre la oportunidad de tratar en la sociedad la cuestión de las personas jurídicas⁶⁶¹. En veinte páginas expuso Saleilles los argumentos ya conocidos y la Sociedad de estudios le encargó entonces un “Rapport préliminaire” sobre el estado legislativo de la cuestión de las fundaciones en el derecho comparado, básicamente francés, alemán e inglés⁶⁶². En este informe Saleilles puso el acento en las insuficiencias del derecho francés en esta materia pese a los esfuerzos realizados por la jurisprudencia para adaptar el pobre sistema normativo a la realidad social⁶⁶³. Insistió el borgoñón en la necesidad de abrir la vía a una reforma normativa que tuviese en cuenta las necesidades sociales y los avances del derecho comparado.

Saleilles reconocía la existencia de fundaciones dependientes del Estado y que consistían en la afectación de un patrimonio a una finalidad de utilidad pública. Pero era éste un sistema del todo insuficiente⁶⁶⁴. Saleilles defendía la llamada fundación pura o directa; una fundación privada destinada a la creación de un patrimonio afectado a un determinado fin y dotado de personalidad jurídica. En el sistema francés, escribía Saleilles a sus colegas de la *Société d'études législatives*, existían patrimonios que quedaban inertes al no encontrar una fórmula de afectación a un determinado fin social fuera de la institución del “établissement public”⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ Raymond Saleilles, "Rapport présenté à la première sous-commission de révision du Code civil sur la question de savoir s'il y aurait lieu de traiter de la matière des personnes juridiques dans le futur Code civil", *Bulletin de la Société d'études législatives* 5 (1906), 251-274.

⁶⁶² Raymond Saleilles, "Rapport préliminaire présenté à la Commission nommée par la Société d'études législatives pour l'étude de la question des fondations", *Bulletin de la Société d'études législatives*, 5 (1906), 467-493.

⁶⁶³ *Ibidem*, 472.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, 473 y ss.

⁶⁶⁵ *Idem*.

Saleilles se quejaba de que, mientras se daban avances en el derecho de las asociaciones, la fundación no salía de la tutela del Estado por la desconfianza de éste hacia las personas jurídicas. Esto perjudicaba la dinámica natural de la sociedad que, según el borgoñón, tendía a la agrupación de voluntades coincidentes para conseguir fines caritativos, científicos o artísticos⁶⁶⁶. Saleilles contraponía el sistema francés al alemán que, si bien sometía la existencia de la fundación a la autorización del Estado, reconocía el derecho de los sujetos privados a crear este tipo de personas jurídicas con plena autonomía para gestionar su formación y su actividad. El régimen francés, en cambio, “suppose que l’Etat prenne l’oeuvre sous son patronage et entend de la rattacher aux services qui dépendent de lui ; et il ne peut en être ainsi que s’il s’agit d’un établissement dont l’importance soit relativement considérable et dont l’utilité atteigne presque les proportions d’un service public”⁶⁶⁷.

La Sociedad de estudios no recibió la propuesta de Saleilles de forma unánime. Algunos juristas apoyaban la propuesta de Saleilles de tratar el tema de la reforma del derecho sobre las fundaciones. Otros se planteaban si merecía la pena discutir esta cuestión o si realmente el derecho francés debía regular ampliamente estas instituciones como lo hacían los ordenamientos suizo y alemán⁶⁶⁸. Ante esta respuesta Saleilles no dudó en acudir a un insigne profesor alemán reconocido internacionalmente por sus estudios sobre la corporación y la persona jurídica en general: Otto Gierke.

Como ya he avanzado, Saleilles recaba información de colegas extranjeros, suizos y alemanes, para poder demostrar ante sus colegas franceses la importancia social de las fundaciones. Pero la admiración de Saleilles por Gierke en el tema concreto de la persona jurídica es determinante. La influencia del alemán es perceptible en casi todos los aspectos del estudio

⁶⁶⁶ *Ibidem*, 478 y ss.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, 483.

⁶⁶⁸ Así lo vio Léon Michoud, “La théorie de la personnalité morale dans l’oeuvre de Raymond Saleilles”, *op. cit.*, 316

saleilliano y frecuentemente Saleilles expresaba esta admiración hacia el autor de *Das Deutsche Genossenschaftrecht* hasta el punto de afirmar que se trataba de “l’ouvrage capital pour l’histoire des associations et celle des fondations”⁶⁶⁹.

El borgoñón mantenía una relación profesional con Gierke. Le pedía información, opinión sobre diferentes temas de su conocimiento⁶⁷⁰. En la brega de Saleilles con los juristas más conservadores de la *Société de législation comparée* Saleilles utilizó una carta de Gierke que él mismo tradujo al francés y que fue publicada en el *Bulletin de la Société d’Etudes législatives*⁶⁷¹. Gracias a ellas, como trataré de mostrar, Saleilles refuerza sus argumentos y descubre otros que le guían en la defensa de un determinado modelo de fundación privada francesa. De estas cartas me gustaría destacar la que le envía Otto Gierke

La carta que Otto Gierke escribió desde Charlottenburg ocupa siete páginas del *Bulletin* y constituye un verdadero compendio de derecho de las personas jurídicas. Con ella responde Gierke a su “cher collègue” Saleilles. Gierke, por tanto, no está unido a él por una relación de amistad como la que tiene con Huber sino por una cordial relación profesional. En todo caso, se trata de una muy buena relación entre colegas visto el interés del alemán en responder a las cuestiones del profesor de Beaune. La carta, originalmente en alemán, es traducida por el mismo Raymond Saleilles, a quien esta carta rinde un valiosísimo servicio, pues la mayoría de ideas del prestigioso Otto Gierke eran compartidas por el francés. Además, como mostraré, el alemán no se limitó a hablar de los aspectos técnicos y prácticos de las fundaciones sino que realiza una comparación entre las culturas jurídicas francesa y alemana.

Gierke pretendía subrayar que el código alemán no había creado un “droit nouveau” sino que había codificado lo que constituía derecho común en Alemania. La fundación privada constituía allí una institución “partout répandue

⁶⁶⁹ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, 56.

⁶⁷⁰ Las cartas de Saleilles a Gierke fueron publicadas por Olivier Motte, *Lettres inédites de juristes français*, op. cit.

⁶⁷¹ “Lettre de M. Otto Gierke”, *Bulletin de la Société d’études législatives* 6 (1907), 668-72.

et développé, et y était restée extrêmement vivante”⁶⁷². Por todo ello, afirma el jurista alemán “que la pensée de supprimer la fondation de droit privé, en tant qu’institution juridique autonome et indépendante, ne s’est fait jour nulle part au cours de la longue préparation du Code civil”. La única cuestión de trascendencia para las fundaciones que se había discutido era si era necesaria la autorización del Estado para la creación de una persona jurídica.

Gierke respondía a una carta de Saleilles en francés en la que Saleilles le transmitía la opinión de algunos colegas suyos que creían que la fundación privada era una “institution superflue et inutile”. Pues bien; el alemán copia esta expresión en la lengua original para subrayar lo erróneo que estaban esos juristas franceses. Gierke marca la especificidad de la fundación privada diferenciándola de las asociaciones o los establecimientos públicos⁶⁷³.

Otto Gierke reconocía que, por su propia naturaleza, la fundación consistía un caso de “manus morta”, pues la voluntad de un fundador fallecido regía un patrimonio y una institución y, con ésta, ejercía su poder sobre personas vivas. Gierke era consciente de esta “crainte” francesa hacia la “main-morte” y hacia las fundaciones en general. Pero argumentaba que los beneficios de estas instituciones para la sociedad y la garantía que suponía el control del Estado justificaban el reconocimiento de la personalidad jurídica de estas instituciones. Las fundaciones eran, en palabras de Gierke, “un moteur extraordinairement actif et puissant, en vue de la socialisation des biens”⁶⁷⁴. Por tanto un instrumento contra el individualismo y favorable a la idea comunitarista de la sociedad que él y también Saleilles defendían. He aquí el valor social que había que perseguir con el reconocimiento de las fundaciones.

Una vez hecha esta constatación, Gierke hace en su texto un recorrido por la historia del derecho de fundaciones desde la edad media hasta sus días y analiza las relaciones que habían tenido con el Estado. Con ello justifica su posición favorable a que la autorización del Estado fuese requisito para la

⁶⁷² *Ibidem*, 67

⁶⁷³ *Ibidem*, 5.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, 6.

creación de las fundaciones pero no como acto constitutivo sino declarativo. Algo diferente de lo que existía en Alemania Esta era la postura que también Raymond Saleilles defendía; un control del Estado en el momento de formación de la fundación pero que no constituyese el elemento que diese vida jurídica a la fundación sino un acto de reconocimiento.

Esta cuestión estaba muy relacionada con el carácter público o privado que la fundación había de tener, uno de los aspectos que más interesaban a Saleilles y a sus interlocutores de la *Société d'Etudes législatives* y tema de conflicto con el Estado. También esta cuestión la aborda Gierke en su carta. Según él, fue en el siglo XIX cuando se da la separación entre fundación privada y "établissement public". Entonces el Estado debía autorizar las fundaciones, pero esto no significaba un acto de creación de derecho público sino "la simple confirmation d'un acte de création purement privée"⁶⁷⁵. Gierke defendía el control del Estado, argumento que recogió Raymond Saleilles. Para el alemán el control estatal era la garantía de que la voluntad del fundador continuase realizándose más allá del acto de creación de la fundación.

Hasta aquí las opiniones de Gierke sobre las fundaciones privadas en Alemania. Pero él mismo expresa en la carta sus opiniones sobre el encaje de las fundaciones privadas en el sistema jurídico francés: "La crainte de la *main-morte* n'a-t-elle pas poussé chez vous des racines trop profondes pour qu'il puisse être possible d'admettre à cet égard une telle infraction?"⁶⁷⁶

La cuestión, como recordaba Gierke, no se limitaba a la fundación privada sino que estribaba en el temor a la "manus morta", temor que se extendía, y el alemán así lo se lo hace ver al destinatario de la carta, al derecho hereditario que rechazaba las sustituciones o, en el caso de la sucesión campesina, los fideicomisos a favor de un heredero. Pero el alemán reconoce que no era a él a quien le correspondía "pousser plus loin" y admite que los encargados de la revisión habían roto con "les tendances doctrinaires, et

⁶⁷⁵ *Ibidem*, 4.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, 7

purement unilatérales, d'une logique qui voudrait pousser jusqu'au bout les principes dont elle part"⁶⁷⁷.

En todo caso esta larga carta de Gierke sirvió a Saleilles para defender con más fuerza sus argumentos delante de los otros miembros de la *Société d'Etudes*. Los argumentos que defendía Saleilles en la discusión sobre las fundaciones eran muy parecidos a los de Otto Gierke y estaban basados en una misma idea de la sociedad: antiindividualista, comunitarista y antiestatalista. Una concepción de la sociedad que aspiraba a que el Estado permitiese que los ciudadanos se organizaran en asociaciones o canalizaran su caridad o su interés por la ciencia o por el arte a través de instituciones diferentes de las del Estado

Otro de los argumentos contra los que Saleilles tuvo que luchar era el que defendía que la figura de la asociación podía cumplir los objetivos de la fundación pura. Una asociación podría recibir por acto *inter vivos* o *mortis causa* un patrimonio afectado al fin de esta asociación. Saleilles rechazaba esta peligrosa idea al considerar que estos patrimonios escaparían al control de la sociedad y del Estado de una forma más fácil que en el caso de la fundación en el que la afectación de patrimonio era fundamental⁶⁷⁸. El problema era que el Parlamento, reacio a la idea de fundación y de patrimonio afectado a un fin, veía en la figura de la asociación una forma de escapar a las pretensiones de los "fundacionistas". Saleilles defendía que las asociaciones tuviesen un amplio poder para recibir y disponer de un patrimonio. Pero consideraba que la figura de la fundación pura precisamente reequilibraría esta amplia libertad de las asociaciones⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ *Idem*.

⁶⁷⁸ Raymond Saleilles, "Note sur les fondations", *Bulletin de la Société d'études législatives* 8 (1909), 161-172, 170

⁶⁷⁹ *Ibidem*, 171.

En este punto el borgoñón recibió el apoyo de Léon Michoud dentro y fuera de la *Société d'études législatives*⁶⁸⁰. Pero, como veremos a continuación, el ambiente legislativo y académico no era precisamente favorable a la creación de la fundación pura.

3.5.2.- Las fundaciones contra el Estado: la cuestión de la "autorité de surveillance"

Una cuestión muy importante en el derecho de asociaciones y fundaciones era la relativa al control que el Estado debía ejercer sobre ellas y, especialmente, el papel que debía tener en su creación. El Estado francés desconfiaba de asociaciones y fundaciones. Lo he recordado ya. Era reacio al reconocimiento de personas morales con amplios poderes como en otros países. Temía por ejemplo que las fundaciones se convirtiesen en una forma de eludir las normas sucesorias, que pudiesen alimentar movimientos antirrepublicanos. Quizás alimentaban este temor los problemas que el Estado había tenido con movimientos como el de los "assumptionistes" o los "boulangistes"⁶⁸¹. En cualquier caso el Estado no aceptaba reconocer fundaciones privadas si no era sometiéndolas a un férreo control por su parte. Pretendía, por poner un ejemplo, tener la facultad de dar vida a una asociación o a una fundación solamente tras haber comprobado que ésta era inofensiva para el orden público.

Juristas como Saleilles defendían otro modelo de autorización de las personas jurídicas que no implicase un poder tan grande por parte del Estado. Saleilles no rechazaba la existencia de un control del Estado sobre las personas jurídicas. Lo consideraba necesario para evitar la aparición de asociaciones "peligrosas". Pero defendía que este control o vigilancia adoptase una forma diferente. Rechaza que sea el Estado el que cree la asociación

⁶⁸⁰ Léon Michoud, "Note sur le projet relatif aux Fondations", *Bulletin de la Société d'études législatives* 8 (1909), 172-179

⁶⁸¹ *Vid.* Maurice Larkin, *Church and State*, *op. cit.*

después de haber constatado su inocuidad social. El acto estatal debía ser un acto de reconocimiento y no de creación de la persona jurídica. Además, Saleilles proponía que fuese el Estado el que hubiese de probar que la asociación presentaba un peligro para el orden público y no fuese al revés.

Este fue uno de los temas más discutidos en la *Société d'Études législatives*. Y en ella planteó Saleilles sus ideas sobre la materia que, como dije al explicar la doctrina del borgoñón, se derivaban de la teoría de la realidad. En 1906 la Comisión de Fundaciones de la Sociedad de estudios legislativos le encargó la redacción de un cuestionario sobre el tema de las fundaciones que debía enviarse a profesores y profesionales⁶⁸². El cuestionario debía aportar datos de la realidad a los juristas encargados de estudiar la reforma del derecho de fundaciones. Las preguntas se agrupaban en dos sectores. En primero lugar trataban el tema, tan importante para Saleilles, de la autorización de las fundaciones. En segundo lugar las preguntas eran sobre la autoridad de vigilancia de las fundaciones⁶⁸³.

En primer lugar presenta siete preguntas sobre el acto de autorización administrativa que equivalía entonces al nacimiento de las fundaciones. Destaca que seis de esas preguntas parecen ir dirigidas a establecer un sistema reglado de causas por las que no se autorizaría la fundación. Esto me parece interesante puesto que muestra el interés de Saleilles por garantizar el derecho de las fundaciones a la existencia y la protección de este derecho frente a caprichos o temores de la administración

Saleilles pregunta si la negativa a autorizar una fundación debe ser dejada al arbitrio de la autoridad o sometida a una serie de condiciones legales. Pregunta también si para determinadas categorías de fundaciones no debiese establecerse un sistema de causas de no-autorización más restrictivo, con el fin de protegerlas del arbitrio administrativo. Otra cuestión va dirigida a establecer

⁶⁸² "Questionnaire préparé par M. Saleilles, conformément au mandat qui lui avait été donné en vue de l'ordre du jour de la prochaine séance de la Commission des Fondations", *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 6 (1907), 237-238.

⁶⁸³ Ver Anexo documental 2.

si la administración debía en estos casos de fundaciones privilegiadas motivar sus decisiones.

En la parte del cuestionario dedicada a la autoridad de vigilancia Saleilles pregunta si el fundador podría escoger la autoridad entre las varias que pudiese proponer la ley. Solamente en la tercera pregunta Saleilles aborda la posibilidad de que el fundador no pueda decidir la autoridad que ha de controlar su fundación. El resto de preguntas va dirigido a establecer las competencias de esta autoridad. En la pregunta decimoprimera introduce Saleilles la posible competencia de los tribunales en el caso de destitución de miembros del consejo de dirección por parte de la autoridad. Sin duda pretendía Saleilles que los tribunales pudiesen controlar la actividad de la administración.

Este cuestionario que Saleilles elaboró nos muestra como este jurista pretendía dirigir la atención de sus colegas hacia los puntos que a él le parecían interesantes. No se limitó a realizar preguntas técnicas sobre las competencias de esta autoridad sino que intentaba que los juristas de la *Société d'Etudes* reflexionasen sobre el grado de control y de discrecionalidad que la administración debía tener sobre las fundaciones. Nuestro jurista pretende limitar el poder del Estado y ampliar el de las fundaciones y, por ello, destaca una serie de temas (la autorización o el tipo de vigilancia) que, a su juicio, merecían una reflexión por parte de todos los miembros de la comisión de las fundaciones por las importantes consecuencias que podían tener.

Saleilles mostraba así como sabía conectar la técnica jurídica concreta con cuestiones fundamentales, básicas de las instituciones analizadas y la relación de éstas con la sociedad en que funcionaban.

La discusión sobre el tema continuó en febrero de 1908. Y Saleilles, pese a no estar presente físicamente en las discusiones, participó activamente en ellas. Seguramente fue por razones de enfermedad pues en una carta de abril de 1808 Saleilles informaba a Huber de que había tenido que abandonar las clases a mediados de enero⁶⁸⁴. Lo hizo, como en tantas otras ocasiones, en

⁶⁸⁴ Carta de Saleilles a Huber de 18 de abril de 1908.

forma de carta. El boletín de aquel año publicó una misiva suya fechada el 31 de enero de 1908 en la que excusaba su ausencia en la reunión y aportaba algunas opiniones. Así podemos conocer las ideas que presentó a la *Société d'études législatives*⁶⁸⁵.

Saleilles probablemente tuvo en cuenta las ideas opinión de Huber, pues en una carta de 8 de enero de aquel año le preguntaba a su colega y amigo detalles sobre la autoridad de vigilancia en Suiza. En opinión de Saleilles el control sobre las fundaciones se debía ejercer en tres momentos de la vida de la fundación; la creación, el funcionamiento normal de la fundación y el momento de su supresión o de cambio de su finalidad⁶⁸⁶. En el momento de la creación de una fundación era necesaria una autorización. Saleilles defendía en este punto la posición de la Comisión de Fundaciones creo que contra su propia opinión. La Comisión defendía que, independientemente de la autoridad que decidiese sobre la autorización, la última palabra debía tenerla el *Conseil d'Etat*. Durante la existencia de la fundación la autoridad debía controlar el funcionamiento de la fundación, incluidas las cuentas de ésta y que los fondos se usasen de acuerdo a la voluntad del fundador.

Saleilles defendía un control administrativo aunque controlado por los tribunales y, en última instancia, por el *Conseil d'Etat*. Los jueces y magistrados no serían aptos, según él, para llevar a cabo unas funciones de carácter administrativo unas y de carácter contenciosos otras y relacionadas en muchas cosas con el concepto de orden público⁶⁸⁷. Debía ser un órgano administrativo el que ejerciese esta "surveillance". El órgano del derecho público francés que podía llevar a cabo esta función era el Consejo de Prefectura. Pero estos *Conseils de Préfecture* le parecían a Saleilles poco fiables por su falta de independencia del poder político departamental. Temía que la opinión pública

⁶⁸⁵ "Lettre de M. Saleilles à M. Le Président de la Commission des Fondations", *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 7 (1908), 188-191.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, 188.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, 190.

mirase su actuación con una “*méfiance instinctive*”⁶⁸⁸. Excluidos estos consejos solamente quedaba una institución capaz de llevar a cabo las funciones de *surveillance*: el *Conseil d’Etat*.

Esta propuesta suponía cargar de trabajo a tan alta institución y centralizar hasta el extremo las tareas de control y vigilancia sobre las fundaciones. “Je suis effrayé de cet excès de centralisation!”, escribía en su carta⁶⁸⁹. Pero muchos otros juristas de la Sociedad de Estudios que no creían en las fundaciones como personas jurídicas privadas con plena capacidad legal de actuar sí preferían el control centralizado y férreo de un *Conseil d’Etat* que no permitiría ningún tipo de desvío de la actividad de la fundación de la marcada de la administración: Se trataba en definitiva de que las fundaciones privadas desarrollasen la misma actividad que los llamados establecimientos públicos de utilidad pública.

Esta autoridad de control de las fundaciones, en opinión del jurista de Beaune, debía estar suficientemente descentralizada para poder controlar las fundaciones desde la proximidad. Por ello propone la importación de una institución inglesa: los *Commissioners of charities*⁶⁹⁰. Esta gran comisión controlaba en Inglaterra todas las cuestiones referentes a las fundaciones. Saleilles proponía la creación de una *Commission administrative*, llamada *Commission des fondations*. Pero, a diferencia de las comisiones inglesas, estas comisiones debían, en opinión de Saleilles, regirse por el principio de descentralización vigente en Suiza y defendido por Eugen Huber. Huber había respondido a las preguntas realizadas por Saleilles en su carta de 8 de enero. El borgoñón hizo público su contenido en la Sociedad de estudios que la publicó inmediatamente después de la de Saleilles. En Suiza la cuestión del control de las fundaciones, según informaba la carta enviada a Saleilles por Huber y publicada en el *Bulletin*, “le droit fédéral ne la régleme que dans la mesure où l’on exige cette surveillance” (...) Au reste, les cantons décident, pour

⁶⁸⁸ *Idem*.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, 190

⁶⁹⁰ **Commissioners of charities.**

leurs communes respectives, quelle sera l'autorité de surveillance, et de quelle manière la surveillance sera exercée"⁶⁹¹. El derecho suizo preveía también que los Cantones o el Consejo federal suizo creasen una autoridad de vigilancia para casos extraordinarios. Esta autoridad debía ser diferente de la autoridad de vigilancia ordinaria. También podían determinar libremente los cantones cuál era el juez competente para estas materias.

Saleilles también consultó a un profesor alemán, Crome, sobre esta cuestión de la autoridad de vigilancia. Crome envió una carta que publicó el *Bulletin* a continuación de las de Saleilles y Huber⁶⁹². El alemán informó a su "honoré collègue" francés que el derecho alemán, si bien recogía en el BGB el requisito de la aprobación administrativa para las fundaciones, no establecía ningún sistema de control. Era ésta una cuestión que dependía de cada uno de los Estados puesto que se trataba en Alemania de una cuestión de orden público. Según Crome en Alemania la autoridad de control sobre las fundaciones tenía un poder discrecional y no existía ni un procedimiento especial ni unas garantías legales establecidas. Se aplicaban directamente los principios generales del derecho administrativo, lo que no debía agradar especialmente a Raymond Saleilles⁶⁹³.

En todo caso la Comisión de fundaciones no se atrevió a prescindir de una autoridad de vigilancia que controlase permanentemente el funcionamiento de las fundaciones. Por ello acudió el borgoñón a otro jurista experto en el tema de las asociaciones y fundaciones: Maurice Hauriou. El a la sazón decano de Toulouse le respondió con una carta que Saleilles publicó en el boletín de 1909⁶⁹⁴.

⁶⁹¹ "Lettre [10 enero de 1908] de M. Le professeur Huber, de Berne à M. Saleilles", *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 7 (1908), 191-192, 191.

⁶⁹² "Lettre [de 4 de marzo de 1908] de M. Le professeur Crome à M. Saleilles", *Bulletin de la Société d'Etudes législatives* 7 (1908), 192-193.

⁶⁹³ En Alemania existía la posibilidad de crear una fundación por testamento. Esto suponía que los causahabientes no eran tratados bajo el principio de igualdad.

⁶⁹⁴ Maurice Hauriou, "Lettre [de 27 de diciembre de 1908] à M. R. Saleilles sur le Projet relatif aux Fondations", *Bulletin de la Société d'études législatives*, 8 (1909), 82.

Hauriou consideraba “fâcheuse” el proyecto de someter las fundaciones a una vigilancia constante por parte del Estado. Ello conllevaría la no existencia de fundaciones: si el Estado vigilaba constantemente cada movimiento de las fundaciones, éstas no dejarían de ser establecimientos públicos y, por tanto, ahogaría la libertad de las personas jurídicas: “Le Français qu’on dit si étatiste l’est en effet à certains égards, mais quand il ne veut pas de l’Etat, il n’en veut pas du tout”⁶⁹⁵.

Maurice Hauriou coincidía por tanto con los argumentos de Raymond Saleilles favorables a una fundación con amplia libertad aunque sometida a un cierto control estatal que no ahogase a la fundación. Pero la discusión y el proyecto de ley sobre las fundaciones continuaron en la Sociedad de estudios sin que se recogiesen los argumentos de Saleilles. Los juristas se inclinaron en el informe final por un sistema de control permanente sobre las fundaciones y centralizado por el Consejo de Estado⁶⁹⁶. Saleilles no daba la batalla por perdida y no perdía la oportunidad de exponer sus planteamientos sobre una cuestión tan importante para la existencia de las fundaciones. Por ello redactó una nota sobre la cuestión en el Boletín de 1909⁶⁹⁷.

En este escrito criticaba la idea defendida por un colega de la comisión, Grunebaum-Ballin en la sesión del 28 de marzo, según la cuál la reciente doctrina del *Conseil d’Etat* había reconocido en la práctica la fundación pura al aceptar en algunas ocasiones los legados a personas jurídicas futuras⁶⁹⁸. Este jurista era *Auditeur* en el Consejo de Estado y, naturalmente, defendía la modernidad de la institución en la que trabajaba. Sus argumentos iban además dirigidos a convencer a los juristas de la Sociedad de estudios de que no eran necesarios cambios legislativos en la regulación de las fundaciones tendentes a un sistema de autorización previo. Grunebaum-Ballin defendía también que

⁶⁹⁵ *Idem*.

⁶⁹⁶ Ver *Bulletin de la Société d’études législatives*, 7 (1908) y 8 (1909).

⁶⁹⁷ Raymond Saleilles, "Note sur les fondations", *Bulletin de la Société d’études législatives* 8 (1909), 161-172.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, 161.

una reforma legislativa de las normas sobre fundaciones podría frenar las reformas en curso en materia de asociaciones⁶⁹⁹.

Saleilles no estaba dispuesto a aceptar esta idea que podía debilitar su estrategia favorable al reconocimiento de las fundaciones. La disputa versaba formalmente sobre la posibilidad de legar a persona jurídica futura. En realidad estaba en juego qué tipo de autoridad debía controlar las fundaciones: administrativa o judicial.

Según Saleilles los supuestos avances doctrinales del Consejo de Estado se referían al legado a favor de persona jurídica pública o al reconocimiento de la utilidad pública de un legado futuro. Por tanto no aportaba gran cosa a las fundaciones privadas. Además si los herederos impugnaban este legado eran los tribunales ordinarios los que tenían la competencia para dilucidar su destino final. Por ello Saleilles creía que la nueva doctrina del Consejo de Estado aportaba todavía más confusión y que, por esta razón, era necesaria una regulación de la fundación⁷⁰⁰.

Para Saleilles era falsa la idea defendida por Grunebaum-Ballin de que el Consejo de Estado era mucho más avanzado que la *Cour de Cassation* en esta materia. Según el borgoñón el Consejo de Estado se había caracterizado durante los tres cuartos de siglo precedentes por su cerrazón en relación a cualquier donación o legado hecho a favor de obras existentes de facto y solamente de forma reciente se había pronunciado a favor de este tipo de liberalidades⁷⁰¹. En cambio, la *Cour de Cassation* había emitido una sentencia en 1902 por la que legalizaba un legado a persona jurídica futura realizado mediante la figura de la persona interpuesta⁷⁰².

Con estos argumentos Saleilles pretendía en primer lugar desmontar la estrategia de los juristas más conservadores que pretendían mantener el *statu*

⁶⁹⁹ Para la intervención de Grunebaum-Ballin *vid.* Especialmente las sesiones de 14 de enero y 25 de marzo en *Bulletin de la Société d'études législatives* 8 (1909), 93 y ss, 124 y ss.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, 162.

⁷⁰¹ *Ibidem*, 163.

⁷⁰² *Ibidem*, 165-166.

quo normativo en materia de fundaciones rechazando abrir la posibilidad de que, en materia de fundaciones, el derecho francés se equiparase a los ordenamientos de su entorno.

Por otro lado Saleilles defendía el papel que en la articulación del nuevo sistema de fundaciones podía jugar la jurisprudencia, mucho más flexible a su juicio que un *Conseil d'Etat* demasiado centralizado y burocratizado. Por eso cargaba Saleilles sus tintas contra esta institución de manera tan insistente en su nota sobre las fundaciones pese al reciente reconocimiento por parte de ésta de legados a personas jurídicas futuras. Uno de los casos analizados por el *Conseil d'Etat* fue el del escritor Edmond de Goncourt que había establecido en su testamento que una parte de su fortuna debía ser destinada a la creación de la Académie Goncourt⁷⁰³. Saleilles consideraba que no se trataba de una fundación directa como pretendía Grunebaum-Ballin sino de una fundación *sub modo* puesto que el legado con el que se crearía la Academia había sido recibido no por una fundación sino por dos legatarios con el compromiso de destinarlo a la Academia. De hecho los tribunales habían validado el testamento porque encontraron en él un testamento con carga y no un legado a persona jurídica futura⁷⁰⁴.

El problema según Saleilles era que el artículo 906 del código civil que prohibía legar a una persona futura era demasiado formal para poder darle una interpretación administrativa o judicial que permitiese que una fundación todavía no creada pudiese recibir un legado. Ese precepto no admitía tampoco una interpretación en el sentido de dar un valor retroactivo a la creación de la fundación.

Por esta razón estaba Saleilles interesado en desmontar los argumentos a favor del Consejo de Estado de Grunebaum-Ballin y continuar con el proceso de propuesta de reforma legislativa que elaboraba la Sociedad de Estudios⁷⁰⁵. Era la única forma de acabar con las contradicciones entre los tribunales

⁷⁰³ *Ibidem*, 164.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, 165.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, 165.

ordinarios y la *Cour de Cassation*. “C’est la jurisprudence, tant du Conseil d’Etat que de la Cour de Cassation, qui, bien loin de rendre inutile une intervention législative, en démontre la nécessité impérieuse à brève échéance”⁷⁰⁶.

En esta discusión estaba también en juego la teoría de la realidad. Si era el *Conseil d’Etat* el encargado de determinar si una fundación de creación testamentaria era autorizada o no, se aceptaba el principio de que era el Estado el que daba vida a la fundación. Saleilles defendía la idea de que la vida de la persona jurídica aparecía des de el momento de la disposición patrimonial y que, por tanto, el Estado solamente podía reconocer esta realidad: “C’est ce système libérateur et réaliste, si l’on veut, qu’accepte nettement notre projet. Qui donc pourrait souvenir qu’il n’est pas besoin, pour le faire triompher, de l’intervention du législateur et qu’il suffira de l’infiltration progressive de la doctrine et de son influence sur la jurisprudence ?”⁷⁰⁷.

3.5.3.- Conclusión

Vemos que Saleilles, al defender su idea de fundación como persona jurídica real y por tanto merecedora de toda la capacidad legal de obrar aplicó su visión amplia del derecho comparado. Estudió y difundió la doctrina alemana, la aplicó en las discusiones de la Sociedad de estudios legislativos y en ella no descuidó en absoluto los aspectos prácticos de la teoría. Desgraciadamente su temprana muerte le impidió conocer el progreso del proyecto sobre las fundaciones pero, en todo caso, sus esfuerzos se vieron reconocidos por el paso del tiempo. Hoy en día nos puede parecer exótica la alergia del Estado y de la academia francesa a la fundación de comienzos de siglo. Pero el tiempo de Saleilles era un momento de transición entre una época con resaca revolucionaria y radicalmente individualista y una época

⁷⁰⁶ *Ibidem*, 167.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, 167-168.

posterior en la que asociaciones y fundaciones vieron reconocida legalmente una existencia y una creciente presencia en la sociedad francesa.

4.- Saleilles y el "solidarisme contractuel"⁷⁰⁸

El derecho de obligaciones constituía para los juristas inquietos del cambio de siglo un motivo más de su batalla por la reforma del derecho francés. Tampoco en esta materia el legislador francés había introducido grandes cambios pese a que las transformaciones económicas y sociales hacían necesaria una adaptación de las normas reguladoras del tráfico jurídico a una realidad muy diferente de la del código de 1804. En cien años habían aparecido nuevas necesidades contractuales en el ámbito del trabajo o del consumo de bienes sin que el derecho francés pudiese ofrecer más fórmulas que las que el legislador ilustrado había redactado a finales del periodo revolucionario que se iniciase en 1789. Por todo ello la reforma del derecho de obligaciones constituyó una "nouvelle idée-force" para la doctrina más avanzada de Francia⁷⁰⁹.

La reforma del derecho de contratos estaba fundamentada en una concepción antiindividualista de la sociedad que se iba generando en los medios sociales políticos y científicos⁷¹⁰. No eran pocos los juristas rechazaban el postulado de que los hombres nacían libres e iguales y consideraban que el derecho, también el de obligaciones, debía tener en cuenta esta realidad. El derecho de contratos no podía seguir presuponiendo un contexto de igualdad en los contratos cuando las empresas imponían contratos tipos a sus trabajadores sin que éstos pudiesen cambiar una sola coma. Los juristas que más destacaron en esta crítica al derecho de contratos liberal fueron Léon Duguit, René Demogue y nuestro jurista.

⁷⁰⁸ Tomo prestada la expresión de Christophe Jamin, "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", en A.A.V.V., *Le contrat au début du XXIème siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001. Citada por Jean Cedras, "Liberté- Egalité – Contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation". Artículo electrónico: www.courdecassation.fr/_rapport/rapport03/etudes&doc/2-etude-M-Cedras.htm.

⁷⁰⁹ Tomo nuevamente prestada una expresión de Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit civil français, op. cit.*, 191.

⁷¹⁰ Jean Cedras, "Liberté- Egalité – Contrat", *op. cit.*

Raymond Saleilles dedicó dos importantes monografías al tema del derecho de obligaciones: De la *Déclaration de volonté*, publicada en 1901 y *Théorie générale de l'obligation* de 1899. Habría que añadir la obrita *Etude sur les sources de l'obligation* aparecida también en 1899. En estas monografías estudió la regulación que en Alemania se daba al tema. Son, por tanto, obras de derecho comparado que nos permitirán observar la práctica de la comparatística, si bien sus fechas de publicación, 18II y 18UU, no coinciden con el periodo de madurez del jurista borgoñón. En todo caso estas dos obras permitieron a los juristas franceses conocer las teorías que sobre tan actual tema existían en el país vecino y las propuestas que hacía un jurista que tan bien conocía el derecho propio y el extraño en materia de declaración de voluntad y de contratos.

Pudiese parecer que el interés de Saleilles por esta parcela del derecho privado le alejaba de los problemas sociales a los que era sensible. En realidad el derecho de obligaciones, pese a tratarse de un ámbito regido por leyes abstractas, aparentemente similares en todos los países y que afectaba sencillamente la forma de los intercambios entre privados, tenía una gran trascendencia jurídica, política. Detrás del derecho de obligaciones estaba el problema de los contratos de trabajo o de los contratos de adhesión. Estaba también la cuestión de la protección de las partes contratantes débiles frente de las poderosas en un sistema legal, el del código Napoleón, que presumía la libertad y la igualdad de todos los contratantes. Por ello no es de extrañar la afirmación del civilista coetáneo de Saleilles Paul Lerebours-Pigeonnière que el derecho de obligaciones tenía una doble vida⁷¹¹.

Esta doble vida se expresaba especialmente en la Francia de finales del XIX. En este tema, como en tantos otros ya estudiados, el *Code Napoléon* había creado una serie de ficciones con el fin de asentar unas "reglas del juego

⁷¹¹ Paul Lerebours-Pigeonnière, "La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté", in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, *op. cit.*, 397-433, 400.

de la paz burguesa”⁷¹², que ya no eran válidas en una sociedad en que esta paz había dado lugar a importantes “trubliions”.

Una de las ficciones del código relativa al derecho de las obligaciones consistía en considerar el derecho como “réglementation des relations entre individus libres, égaux, et doués de la faculté consciemment dans les dédales de la vie quotidienne”⁷¹³. Los sujetos en los que pensaba el legislador napoleónico eran varones, propietarios y comerciantes que intercambiaban bienes y servicios en un plano de igualdad y libertad absolutas. Esta idea se fundamentaba asimismo en la ficción de la libertad y racionalidad de todos los humanos: todo ciudadano era libre para contratar con sus iguales y es racional. Importaba garantizar la seguridad jurídica para estos intercambios pretendidamente pacíficos.

Pero esta situación había cambiado. Nuevos sujetos jurídicos y nuevas necesidades habían venido a turbar esta paz: los trabajadores no podían negociar libremente con el empleador sino sencillamente aceptar un contrato, firmarlo sin poder cambiar ni una coma. Los consumidores compraban productos fabricados y vendidos en masa mediante contratos tipo o de adhesión. Los sujetos imaginados por Napoléon tenían ahora un papel muy diferente en esta sociedad industrial, no igualitaria. Pero el *Code* mantenía la ficción de que un obrero negociaba en condiciones de igualdad con el empresario sus condiciones de trabajo o con una empresa de seguros el contrato que aseguraba su casa.

De los mismos argumentos racionalistas e ilustrados se derivaba la segunda de las ficciones relativas al derecho de contratos. El código primaba en la contratación la apariencia de declaración de voluntad por encima de la voluntad realmente declarada. Esta defensa de la apariencia era necesaria para asegurar el tráfico jurídico que no podía ser frenado por la investigación sobre la voluntad real del contratante. Se presumía real la realización de una

⁷¹² Utilizo la afortunada expresión de André-Jean Arnaud que da título a un capítulo de su obra *Les juristes face à la société, op. cit.*

⁷¹³ *Ibidem*, 81.

serie de signos aunque estos no tuviesen ninguna voluntad real que los sustentase. En una sociedad de sufragio censatario, de pocos pero selectos comerciantes esta ficción de la apariencia de voluntad servía para agilizar el tráfico. Los sujetos habían de expresar mediante unas formas regladas su voluntad. Estas formas tenían un valor superior al del interés social o al de la voluntad real de los individuos.

4.1.- La aproximación comparatística de Saleilles

A finales del siglo XIX un grupo de juristas comenzó a criticar estos aspectos del derecho de obligaciones. Se atacaba la “toute-puissance de la volonté”⁷¹⁴; el valor absoluto de la voluntad del individuo que podía disponer con absoluta libertad de bienes y derechos sin prácticamente otro límite que el orden público y las formas regladas por el código. Este absolutismo de la voluntad había sido necesario para asentar la sociedad burguesa del intercambio y para asegurar el tráfico jurídico de la sociedad moderna post-revolucionaria. Pero cien años después esta sociedad había cambiado y la autonomía de la voluntad debía restringirse para que no lesionase intereses colectivos y los derechos de los más débiles.

Estos juristas inquietos críticos con las ficciones del código necesariamente tenían que mirar hacia Alemania. En el ámbito del derecho de obligaciones jugaron un papel muy destacado las innovadoras teorías de la doctrina que se estaban convirtiendo en preceptos del BGB. Los franceses entendían que la regulación alemana del Derecho de obligaciones suponía un paso adelante en el desarrollo de esta parcela del derecho civil fundamentada en piedras romanas y que en Francia no había sabido adaptarse a las nuevas circunstancias. En palabras de Werner Schubert: “die französische Rechtsvergleichung, obwohl sie alles andere als unkritisch war, in der deutschen Zivilrechtskodifikation zumindest für das Schuldrecht eine gegenüber

⁷¹⁴ Utilizo aquí la acertadísima expresión utilizada por Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français, op. cit.*, 198.

dem Code civil weitere Stufe der Entwicklung des auf dem römischen Recht basierenden Zivilrechts sah, an der auch der französische Gesetzgeber nicht vorübergehen sollte”⁷¹⁵.

Por ello, el estudio del derecho de obligaciones invitaba a estar atento a lo que sucedía al otro lado del Rin. Raymond Saleilles destacó especialmente por ser el mejor conocedor del derecho de obligaciones en el país vecino. Desconozco si el estudio del BGB le llevó a interesarse por esta materia o si fue al revés; si el interés por el derecho de obligaciones le atrajo a la reglamentación y a la doctrina alemana. El caso es que la obra de Saleilles fue fundamental para la recepción de las ideas germanas entre el ya inquieto panorama doctrinal francés.

Saleilles dedicó numerosas páginas a este tema. De hecho dedicó sus primeros grandes trabajos a estudiar el derecho de obligaciones del proyecto de código civil alemán. Saleilles se había encargado de la traducción al francés de los artículos del BGB relativos a las reglas generales de la obligación y también de la parte general del código alemán en la que se localizaban las normas que regían la declaración de voluntad. A partir de este trabajo realizó sus dos grandes monografías sobre estos temas: *De la Déclaration de volonté y Essai d'une théorie générale de l'obligation*.

Según el coetáneo de Saleilles Lerebours-Pigeonnière, la elección por el borgoñón de estos temas entre 1889 y 1901 “répondait à une préoccupation instinctive autant qu'à une volonté réfléchie de R. Saleilles d'observer le développement du droit”⁷¹⁶. La teoría general de las obligaciones tenía, según el mismo autor, “une vague réputation de perfection et d'immobilité, qui, dès lors, devait forcer l'attention du jurisconsulte convaincu d'un incessant progrès des idées et désireux de concourir à la réalisation des besoins, aux formes variables de la pratique”⁷¹⁷. En otras palabras, Saleilles supo ver

⁷¹⁵ Werner Schubert, “Das BGB im Urteil französischer Juristen“, *op. cit.*, 130

⁷¹⁶ Paul Lerebours-Pigeonnière, “La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation“, *op. cit.* 400.

⁷¹⁷ *Idem*.

tempranamente que las reglas abstractas y generales del derecho de obligaciones tenían unas consecuencias prácticas en el tráfico jurídico en particular y en general en la sociedad que merecía la pena estudiar. Y también que el tráfico económico y jurídico influía de una manera especial sobre esta parcela del ordenamiento.

Saleilles empezó a trabajar el tema en el marco de la Sociedad de Legislación comparada. Algunos de sus miembros dirigidos por Claude Bufnoir, entre ellos nuestro jurista, se estaban dedicando a estudiar e informar sobre los trabajos alrededor del BGB. En 1888 encontramos la primera monografía de Saleilles sobre el tema en el *Bulletin de la Société de Législation comparée, Étude sur la théorie générale des obligations*⁷¹⁸. Un año después, ese texto formaría parte de una obra más extensa, su célebre *Essai sur la théorie générale de l'obligation*, obra reeditada con apenas cambios en 1901⁷¹⁹, ya estando en vigor el BGB. En el mismo *Bulletin de la Société de Législation comparée* de 1889 se publicó *Étude sur les sources de l'obligation*⁷²⁰, editada también aparte el mismo año como el segundo de sus libros sobre el tema de las obligaciones que abordaba en este caso el tema de las fuentes de la obligación en el derecho alemán⁷²¹.

En 1901 aparecía la segunda edición de su ensayo⁷²². El mismo año se publicaba otra monografía en forma de libro sobre la materia tema: *De la*

⁷¹⁸ Raymond Saleilles, "Étude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand", *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 18 (1888-1889), 166-264, 492-523.

⁷¹⁹ Raymond Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, Paris, F. Pichon, 1890.

⁷²⁰ Raymond Saleilles, "Étude sur les Sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne", *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 18 (1888-89), 583-670.

⁷²¹ Raymond Saleilles, *Étude sur les sources de l'obligation dans le projet de code civil allemand*, Paris, F. Pichon Successeur, 1889.

⁷²² Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, Paris, F. Pichon, 1901.

*déclaration de volonté*⁷²³. Este tema formaba parte en Alemania de la parte general del derecho civil pero no así en el derecho francés, ordenamiento en el que se encontraba regulada en los capítulos sobre las obligaciones y los contratos. Estas tres monografías contienen el núcleo de las ideas de Saleilles sobre el derecho de obligaciones alemán.

Debo distinguir en primer lugar la *Théorie générale de La déclaration de volonté*. Y he de hacerlo no solamente por el contenido sino por el estilo y el método. La “Teoría general” es la primera gran monografía de nuestro jurista. Tiene como fundamento un informe publicado en el *Bulletin de la Société de Législation comparée* en 1889: Saleilles tenía entonces treinta y tres años. Se había doctorado cinco años antes bajo la dirección de Bufnoir, con cuya hija se había casado recientemente (1887). El origen de este trabajo, no lo olvidemos pues, lo encontramos en el proyecto, dirigido por el mismo Bufnoir, de estudio y difusión del movimiento legislativo alemán concretado en los trabajos de redacción del BGB.

El momento de redacción de esta obra no carece de relevancia según mi modo de ver. *La Théorie générale* es una obra dogmática, de construcción de una teoría, la teoría general de la obligación, partiendo de la ciencia jurídica alemana. No encontramos en ella las críticas al ordenamiento y a la doctrina galas que definirían más tarde el estilo de Saleilles. Tampoco las originales construcciones dogmáticas que utilizó para proponer reformas legislativas en otras obras posteriores. Saleilles muestra en alguna ocasión su descontento con la regulación francesa de las obligaciones y sus fuentes. Pero lo hace de forma discreta. Se trata de una obra construida como monografía doctrinal tradicional, ordenada por tanto según materias, pero bastante encorsetada por la dogmática al uso⁷²⁴.

⁷²³ Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Paris, F. Pichon, 1901.

⁷²⁴ En este punto coincido bastante con la valoración general que de estas dos obras hace Birte Gast en *Der Allgemeine Teil und das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Urteil von Raymond Saleilles (1855-1912)*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000,195.

El estilo de *La déclaration de volonté* es diferente. Esta obra fue escrita con posterioridad a la traducción del BGB y como complemento a ésta obra de traducción. Este libro analiza por orden los artículos del código alemán que tratan el tema; 116 a 144 y se concentra en los puntos que, a juicio de Saleilles más cambios introducen en el panorama jurídico del momento y que más interesan a Saleilles; la interpretación de los actos jurídicos (sobretudo la interpretación judicial), la declaración entre ausentes y la inalienabilidad. En esta obra encontramos al Saleilles más original. También analiza el libro la doctrina alemana sobre los diferentes artículos del BGB, pero lo hace de forma más atrevida: tomando partido decididamente y mostrando de forma más abierta su opinión.

4.2.- El intento de construir una teoría objetiva de la obligación: *Essai d'une théorie*

Saleilles abordó los diferentes elementos de la relación obligatoria en su *Essai d'une théorie générale*. Como ya avancé, la posición que Saleilles adoptó en esta obra si bien no era muy atrevida no era del todo neutra. Saleilles mostraba en esta obra su descontento con la regulación francesa de las obligaciones y con su sistema de fuentes. Pero lo hizo de forma discreta, limitándose a mostrar las construcciones dogmáticas de la ciencia alemana en sus detalles más pequeños mostrando las ventajas de unas concepciones teóricas en comparación con las que fundamentaban la regulación francesa.

En su prefacio a su *Essai d'une théorie générale*, Saleilles aporta una posible explicación del uso de este estilo dogmático, lógico en la redacción de esta obra. Según el borgoñón las obligaciones constituían una zona del derecho “essentiellement théorique et abstraite”⁷²⁵. Por ello para abordar esta materia era necesario utilizar el método dogmático: “Il semble qu’il suffise pour

⁷²⁵ Raymond Saleilles, *Essai d'une théorie générale*, op. cit., III.

les décrire de raisonner juste et d'être logique"⁷²⁶. Saleilles advierte que estas formulaciones abstractas del derecho alemán pueden asustar al jurista francés; "en tout cas, nous chercherons, autant qu'il sera possible, à découvrir, sous ces abstractions, la portée pratique qu'elles recouvrent"⁷²⁷.

Saleilles pretendía mediante el uso de la historia y la comparación de doctrinas mostrar como la doctrina y la ley debían acompañar la evolución de la sociedad tal y como se expresaba a través de la práctica en el tráfico jurídico. Pero esta pretensión se materializó de forma muy tímida tal y como lo declara en el prefacio, en el que advertía al lector de que no encontraría ni una obra exegética ni una obra crítica con el proyecto de BGB. Lo que encontraría el lector francés sería una visión general de las principales teorías científicas alemanas sobre la materia⁷²⁸. En la introducción al ensayo prevenía Saleilles de que el anhelo de justicia y lógica del legislador alemán le había prestado a esta parte del BGB "caractère d'oeuvre rationnelle et par suite d'oeuvre scientifique plus accentuée"⁷²⁹. Por ello el código alemán presentaba un elevado carácter científico. Pero, pese a ello, Saleilles concluía que estos principios científicos, por su abstracción, necesitarían de la jurisprudencia para su concreción e individualización⁷³⁰.

En esta obra publicada originalmente en 1890 Saleilles realizó efectivamente un análisis sistemático del derecho de obligaciones a partir de las elaboraciones de la doctrina alemana y del proyecto BGB. La obra no sigue el orden de los artículos del proyecto alemán como sí hace *De la déclaration de volonté*. La investigación viene presentada siguiendo un orden temático. Saleilles analiza en este libro de forma sistemática los diferentes elementos de la obligación; el objeto de la obligación, sus efectos o contenido y sus fuentes.

⁷²⁶ *Ibidem*, 2

⁷²⁷ *Idem*, 2.

⁷²⁸ Raymond Saleilles, *Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, VIII.

⁷²⁹ *Ibidem*, 1.

⁷³⁰ *Ibidem*, 2.

En todos estos puntos hace referencia a la historia, a la doctrina alemana y compara a ésta con la francesa.

Saleilles consideraba que el proyecto alemán se había inspirado de fuentes romanas debido a su carácter subsidiario para la Pandectística. Y uno de los elementos romanos más importantes del código era para Saleilles la radical separación de los negocios obligacionales de los negocios reales. De aquí se desprendía el principio de publicidad y el carácter objetivo de la obligación⁷³¹.

En la primera parte de la obra Saleilles se ocupa de “L’obligation en elle-même”. Para su estudio se basó Saleilles sobretudo en los autores de la Pandectística. Esto quizás era imprescindible. Pero en todo caso Saleilles no acudía normalmente a los pandectistas sino para lo imprescindible y, de hecho, también en esta obra complementó las ideas de los pandectistas con ideas más modernas como la de Jhering.

De hecho Saleilles se fundamentó en éste autor para justificar una de las aportaciones más importantes del BGB: la objetivación de la obligación. Según Saleilles, el BGB había superado la idea de la obligación como vínculo puramente subjetivo y le había dado una forma objetiva, desligándola de la personalidad del deudor. Esto respondía a las ideas de Jhering sobre la validez de la oferta del “engagement unilateral”⁷³²

Este planteamiento en absoluto significaba que la deuda dejase de ser una prestación personal. Pero ciertamente de esta idea se derivaba que, por norma general, la prestación era independiente de la personalidad del deudor: el cambio en esta personalidad no modificaba la esencia de la obligación. En cambio, el objeto de la misma no podía ser cambiado sin que quedase modificada la naturaleza de la obligación.

⁷³¹ Raymond Saleilles, *Essai d'une théorie générale*, op. cit., 3.

⁷³² Saleilles cita el texto de Rudolf von Jhering *Unsere Aufgabe* (Jahrbuch 1857) en *Essai d'une théorie générale*, op. cit., 31 y ss

Esta interpretación acercaba el derecho de obligaciones al mundo material. El valor de la obligación se relacionaba con una cosa material y no solamente con la sumisión de una voluntad.

Esta teoría objetiva de la obligación tenía consecuencias prácticas importantes. Por ejemplo en lo que respecta a la cesión de deudas. Si la obligación consistía en el compromiso de realizar una prestación determinada, la puerta quedaba abierta para el cambio de deudor. Para compensar los riesgos que eso comportaría para el acreedor las teorías alemanas, informaba Saleilles, habían previsto que la movilidad del deudor fuese acompañada con la movilidad de la garantía personal del deudor.

Otra de las consecuencias de esta concepción de la obligación era la posibilidad de lo que llama Saleilles “engagement unilatéral”, institución inexistente en el derecho francés. Este compromiso obligaría al deudor incluso en el caso de que existiese el acreedor solamente en estado potencial: cuando el acreedor fuese eventual⁷³³ En todo caso, una vez adherido el acreedor a la relación obligatoria, ésta tendría su efecto desde el momento en que se realizó este compromiso y no desde el momento de la adhesión, puesto que sería este compromiso o oferta el origen de la obligación y no la aceptación posterior del acreedor. La deuda existiría, como el derecho de propiedad, desde que se da el “engagement” del deudor. La determinación del acreedor sería necesaria únicamente para la realización jurídica de la obligación.

Saleilles se plantea en su obra la cuestión de la responsabilidad del deudor. Según el anteproyecto alemán la responsabilidad se derivaba del momento de nacimiento de la obligación. La prestación objeto de ésta debía utilizarse como medida de esta responsabilidad sin olvidar el parámetro de la diligencia del buen padre de familia que también seguía el código francés. El proyecto de código establecía un sistema de responsabilidad que podía ser ampliado o restringido contractualmente con la excepción del incumplimiento de la obligación. En este punto se alejaba el proyecto de la doctrina romanista.

⁷³³ Raymond Saleilles, *Essai d'une théorie générale*, op. cit., 268.

Saleilles aborda también llamado derecho de retención, “une sorte de saisie temporaire opérée sur soi-même, mais n’allant pas jusqu’à la libération”⁷³⁴. Este derecho de retención era comparable a la institución de la compensación ya que en ambos casos dos prestaciones se compensaban mutuamente pero en el caso de la retención solamente de forma temporal. En cambio “la compensation est une véritable saisie opérant libération réciproque”⁷³⁵.

Saleilles trata a continuación la cuestión de la imposibilidad de la prestación. En este caso se podían dar dos situaciones. En el caso en que la imposibilidad fuese imputable al deudor, éste era responsable de los daños producidos. Si la imposibilidad no le era imputable y no podía sustituir la prestación, quedaba libre de realizarla y de reparar los daños. La referencia a la imposibilidad de la prestación acordada era, en la opinión de Saleilles, superflua y proponía la referencia al caso fortuito que utilizaba el derecho francés o una referencia a circunstancias no atribuibles al deudor⁷³⁶. Se refería Saleilles a una imposibilidad objetiva. En todo caso el acreedor, de acuerdo con el artículo 242 de proyecto, podía pedir un cumplimiento parcial de la obligación si éste era posible y si le interesaba.

También el retraso o mora merecieron la atención de Saleilles. En el caso de la mora en obligaciones a plazo se preguntaba Saleilles si era necesaria una interpelación antes de pedir una indemnización. Según el derecho romano “dies interpellat pro homine”: era suficiente con el agotamiento del plazo. Este principio había sido recibido por el artículo 245 del proyecto de BGB. El código francés, en cambio, exigía una interpelación. La solución alemana era por tanto más favorable para la dinámica del tráfico jurídico.

Los intereses moratorios a los que tenía derecho el acreedor equivalían a una indemnización por incumplimiento del contrato y, en consecuencia, nos e

⁷³⁴ *Ibidem*, 17.

⁷³⁵ *Ibidem*, 18.

⁷³⁶ *Ibidem*, 73. La referencia al derecho francés en este punto podría deberse al deseo de Saleilles de hacer más accesible al lector francés la teoría alemana sobre la obligación.

les aplicaban las reglas generales de los intereses. Se trataba de una sanción civil. En cambio entendía Saleilles que estos intereses moratorios, en principio, no producían a su vez intereses.

En el caso en que durante la mora la prestación deviniese imposible, el deudor solamente podía liberarse de su responsabilidad si demostraba que la imposibilidad se habría dado también sin mora. En este caso la indemnización solamente incluiría los daños producidos por el retraso

Como podemos ver, al escribir sobre la obligación y sus elementos Saleilles partía de la dogmática alemana y sus detalles. Pero tenía siempre en cuenta que era la práctica jurídica la que sacaba partido de estas sutilezas jurídicas. Y por ello escribió sobre las consecuencias prácticas de estas teorías en su ensayo. Así mostraba esta “doble vida del derecho de obligaciones”; la interna, que sería la de la teoría y la dogmática, y la externa, la de la práctica que influía y a su vez recibía influencias de la primera. El valor de esta obra de Saleilles residiría, según Lerebours-Pigeonnière en, “la démonstration de cette double vie du droit des obligations”⁷³⁷.

4.3.- Las fuentes de la obligación

Saleilles dedicó gran parte de su *Essai d'une Théorie générale* a las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, el delito civil y el cuasi-contrato. Estos fragmentos del libro son de gran importancia ya que aborda en parte la teoría alemana de la responsabilidad y también formas contractuales relativamente nuevas como los contratos de adhesión o el contrato de trabajo. Esta parte del ensayo fue reproducida en el libro *Etude sur les sources de l'obligation* ya citado y que utilizo aquí.

Saleilles analiza en esta obra las teorías que se derivaban de la regulación que de la materia hacía el BGB. Expone teorías y normas y las

⁷³⁷ Pierre Lerebours-Pigeonnière, “La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation “, *op. cit.*, 400.

compara con la normativa francesa pero la conclusión que extrae no es en general, como en otras ocasiones, muy favorable a la regulación alemana, demasiado abstracta y científica. Por ello las referencias al código francés son muy frecuentes.

El BGB a diferencia del código francés, había reunido todas las formas de negocio jurídico y las había regulado en un único capítulo. Curiosamente Saleilles se remitía a Bufnoir para su estudio sin entrar a fondo de la concepción del acto entre vivos o negocio jurídico⁷³⁸. En cambio sí mereció la atención de Saleilles la figura de la promesa unilateral, considerada como un avance de la doctrina alemana con interesantes implicaciones psicológicas. La promesa en principio no generaba obligación con al excepción de la promesa de recompensa.

Saleilles realiza en su estudio un recorrido muy somero de los diferentes elementos del contrato: el objeto, los contratos con objeto futuro, la *exceptio non adimpleti contractus*, etc. En estos temas apenas se detiene a describir la regulación del código.

Sí merece la atención de Saleilles una institución regulada por el derecho francés e ignorada por el alemán: la resolución contractual por incumplimiento convencional del artículo 1184. La razón del rechazo alemán estaba basada en el legítimo interés del acreedor a reclamar la prestación convenida. El interés del acreedor resulta pues mejor protegido según Saleilles por el código alemán⁷³⁹. La resolución, al fin y al cabo, era una facultad del acreedor y, en consecuencia, debía éste tener la posibilidad de usarla o no.

También aborda el estudio con atención la cuestión de la garantía del contrato. El código regulaba un único tipo de garantía para todos los contratos que obligaban a enajenar. Esta garantía parte de la entrega como acto de perfeccionamiento del contrato.

⁷³⁸ Raymond Saleilles, *Etude sur les sources de l'obligation*, op. cit., 6. Utilizo para la parte referente a las fuentes de la obligación el *Etude sur les sources* de 1901.

⁷³⁹ *Ibidem*, 14.

Saleilles a continuación trata de los diferentes tipos de negocios jurídicos: la donación, el préstamo, la compra-venta, la permuta, el arrendamiento, el mandato y la asignación. Les dedica en total cincuenta páginas⁷⁴⁰. Las más interesantes son las que dedica al contrato de trabajo bajo al rúbrica de contrato de arrendamiento de servicios y aquellas en las que trata al tema de los contratos que él bautiza de adhesión. Estos dos temas los estudio más adelante.

Ahora querría abordar la otra fuente de la obligación que Saleilles abordó fue el delito civil. Saleilles da tan sólo “un aperçu très vague” de la materia⁷⁴¹. En las páginas dedicadas a ésta el borgoñón compara la regulación francesa con la alemana. Por ello se dan también referencias a autores y normas francesas. Saleilles apostaba en esta obra por una reforma de esta parcela del derecho francés de obligaciones y, tras haber repasado la doctrina francesa, mostró el *statu quo* jurídico francés para extraer conclusiones que sirviesen al jurista francés.

Saleilles señalaba como en el derecho antiguo solamente existía una pena convencional para sancionar el delito civil, materia que nunca había gozado con los romanos de un gran desarrollo doctrinal. Por ello nunca hubo una teoría general de la responsabilidad ocasionada por el delito civil. Y en esta limitación del derecho romano estaba la causa de la falta de una regulación sistemática de esta materia en muchas de las legislaciones de su momento aunque ninguna era tan parca en su concepción como lo era el derecho antiguo.

Para la existencia del delito civil eran necesarios dos elementos: la realización de un ilícito y la presencia de culpa. El ilícito consistía según el código alemán en la violación de un precepto jurídico que comportase un daño al derecho de otro: a sus bienes, a su honor o a su libertad. Este daño dependía de la apreciación judicial que debía tener en cuenta las buenas costumbres.

⁷⁴⁰ *Ibidem*, 27-83

⁷⁴¹ *Ibidem*, 84.

La redacción del artículo 1382 del código civil francés respondía a una concepción de la responsabilidad delictual que precisaba de la existencia de un daño y de una conducta culposa. En el proyecto alemán la sola culpa fundamentaba la responsabilidad⁷⁴². Por ello el cuasi-delito es rechazado como causa de responsabilidad por este mismo texto. El contratante sólo respondía según los artículos 711 y 712 del proyecto por lo que nosotros llamaríamos “culpa in eligendo” o “culpa in vigilando”.

Esta regla era bien diferente por no decir contradictoria con el artículo 1384 del código civil. Hacía recaer sobre el empresario la culpa de un obrero deshonesto o imprudente. Esta responsabilidad recaía sobre el empresario pero también sobre cualquier sujeto que hubiese participado en la actividad causante del daño. La responsabilidad era solidaria entre ellos⁷⁴³. Se establecía una presunción de responsabilidad al incluir las cosas bajo la guardia de un sujeto. Esta presunción de culpa no existía en el proyecto alemán, por lo que la víctima del delito debía cargar con su prueba.

El proyecto no establecía una fórmula unitaria para regular el delito civil sino que diferenciaba según si el daño era causado a un tercero o a una parte contratante. En algunos casos basaba la responsabilidad en el daño. En otros casos la fundamentaba en la conducta. Para la determinación de la responsabilidad se articulaba un sistema en el que el juez debía tener en cuenta la entidad del daño pero también la actuación de los sujetos implicados.

Saleilles se plantea también la cuestión de la responsabilidad del juez por daños causados por decisiones erróneas. El derecho alemán partía de la idea de responsabilidad profesional según la cuál el juez sería responsable por los daños causados por la comisión de un ilícito penal. Para el resto de actuaciones dentro de las funciones judiciales el funcionario no sería responsable⁷⁴⁴.

⁷⁴² *Ibidem*, 85.

⁷⁴³ *Idem*.

⁷⁴⁴ *Ibidem*, 88-89.

Finalmente nombra Saleilles el cuasi-contrato como fuente de la obligación. Dentro de esta categoría el derecho alemán incluía el enriquecimiento sin causa que incluía la *condictio in debiti*, la *condictio in rem* y al *condictio ob turpem causam*⁷⁴⁵. La importancia de estas instituciones en el derecho alemán se derivaba del carácter abstracto de los contratos transmisivos y de la promesa unilateral.

Saleilles se detiene en al gestión de negocios para analizar el régimen de responsabilidad que se derivaba de esta institución. En principio el gestor respondía por daños ocasionados por negligencia y también por daños ocasionados en el desarrollo de actividades no deseadas por el “maître”⁷⁴⁶

Saleilles acaba su obra sobre las fuentes de la obligación recordando al lector que su intención no era realizar un estudio crítico sino presentar las diferentes teorías que se derivaban de la regulación alemana de la materia. Como puede comprobar el lector Saleilles realiza un recorrido a vista de pájaro de esta materia si bien se detiene en temas importantes como el del contrato de arrendamiento de servicios que a continuación estudio. El objetivo de Saleilles era dar elementos al jurista francés para entender el derecho alemán pero también el derecho patrio. Este deseo lo completa dando una lista de obras y disposiciones legales alemanas. La frase que concluye el trabajo disimula la apuesta de Saleilles por la reforma del derecho francés: “Peut-être qu’après avoir admiré la merveilleuse puissance d’analyse de nos voisins, nous en reviendrons encore à nous féliciter plus encore de la clarté et de la netteté de notre Code civil. Une législation n’est affaire de doctrine mais doit être un résumé précis et, nous oserions presque dire sommaire, d’usages et de principes coutumiers”⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, 89-90.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, 90.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, 92.

4.3.1.- Una decepción con Alemania: el contrato de trabajo

Dentro de su estudio del negocio jurídico como fuente de obligaciones Saleilles abordó también el tema, tan de actualidad entonces, del contrato de trabajo. Las relaciones entre patronos y trabajadores habían cambiado completamente con la industrialización pero el tema seguía regulado por la institución del contrato de servicios del código. Los juristas consideraban urgente una reforma normativa que reconociese las especiales condiciones de esta figura contractual y, especialmente, la desigualdad de las partes contratantes. Saleilles también defendía una reforma pero, como en otros temas, creía que esta materia debía ser regulada por preceptos del código civil y no por leyes especiales.

Saleilles no encontraba satisfactoria la regulación que del tema hacía el proyecto alemán. El borgoñón expresaba incluso cierta decepción porque el BGB no incluyese ninguna de las demandas sociales que se le hacían al legislador en esta materia. Así lo expresó en 1899:

« On pouvait espérer, à l'emploi de cette dénomination de forme moderne, une réglementation très moderne aussi des rapports entre patrons et ouvriers, chefs d'industrie et employés. Nous nous attendions à trouver trace, dans les dispositions du projet, des hautes questions sociales qui agitent aujourd'hui les sociétés"⁷⁴⁸.

Saleilles se quejaba de que el proyecto alemán no tuviese en cuenta las transformaciones en las relaciones entre patronos y obreros:

“Le contrat d'engagement de services, bien qu'on lui ait donné un nouveau nom, n'est pas autrement réglementé que l'ancien contrat de louage de services: c'est encore un louage le seul nom est changé. (...). C'est là, a-t'on dit- un nouvel échantillon du parti pris d'abstraction des auteurs du projet, épris de la logique romaine plutôt que des besoins de la vie moderne"⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ Raymond Saleilles, *Etude sur les sources de l'obligation, op. cit.*, 47.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, 48.

Saleilles reconocía que considerar que el trabajador cumplía con su obligación desde el momento en que entregaba la cosa independientemente de que el patrón la recibiese o no salvaguardaba el derecho de aquél a recibir su salario. Pero él borgoñón no tenía bastante con esta norma y criticaba la falta de sensibilidad del legislador a la hora de abordar esta figura contractual.

Nuestro jurista solamente encontró un precepto que recogía estas preocupaciones y que estaba contenido en el artículo 562. Según esta norma el trabajador que por razón de enfermedad no era responsable de un incumplimiento de corta duración debido a causas personales pero inevitables como la enfermedad tenía derecho a recibir la contraprestación acordada. Pero se trataba de un precepto del todo insuficiente.

Como en el caso de los accidentes de trabajo también en el tema del contrato de trabajo Saleilles ignora la interevención del legislador mediante leyes especiales. Consideraba Saleilles que ésta era una medida que impedía una solución individualizada de cada caso concreto y abogaba por abordar este problema mediante una reforma del código que incluyese unas reglas que protegiesen a la parte débil del contrato de arrendamiento de servicios. Pero los tiempos iban por otro camino que pasaba por la descodificación de esta materia y por una intervención decidida del legislador en el mercado de trabajo mediante leyes especiales que conformarían el llamado derecho social.

Saleilles intuía quizás que estas cuestiones merecían un acercamiento diferente cuando escribió en 1908 una nota sobre el convenio colectivo de trabajo que se publicó en el *Bulletin de la Société d'études législatives*⁷⁵⁰. Saleilles analizaba unas propuestas de regulación de la Sociedad de estudios que "sont une adaptation de nos idées traditionnelles à une situation toute nouvelle qui exigera, dans l'avenir, une meilleure compréhension de la réalité"⁷⁵¹.

⁷⁵⁰ Raymond Saleilles, "Note sur le contrat collectif de travail", *Bulletin de la Société d'études législatives* 7 (1908) 79-88.

⁷⁵¹ *Ibidem*, 84.

El borgoñón reconocía que el convenio colectivo planteaba dos problemas fundamentales para el jurista: en primer lugar la determinación de la parte contratante del lado obrero y por otro lado la cuestión de su naturaleza. Los juristas se debatían entre calificarlo como una estipulación por otro o como un mandato. Ambas cuestiones, la de la personalidad y la de la naturaleza jurídica, estaban relacionadas entre ellas.

Si el sujeto contratante era una agrupación de hecho formada durante una huelga o delante de unas reivindicaciones obreras, la validez del contrato colectivo caía al no haber persona alguna de una parte para consentir en el convenio. Los juristas desconfiaban de estos grupos desorganizados sin legitimidad alguna. Saleilles intentaba darle la vuelta al problema y legitimar estos comités sin que esto vulnerase los derechos individuales de los trabajadores a no sentirse representados. El problema desaparecía en el caso de existir una asociación o sindicato no habría problema alguno. Pero si se trataba de un comité espontáneo que actuaba en nombre de los obreros, al faltar persona faltaba convenio⁷⁵².

Si se aplicaba la teoría del mandato se solventaba este problema. El comité actuaría entonces por mandato tácito en nombre de terceros, en este caso los trabajadores. Los derechos de cada uno de ellos estarían subordinados al derecho colectivo representado por el comité. El problema venía cuando el comité se arrogaba el derecho de representar no a los mandantes sino a todos los trabajadores. En este caso sí sería conveniente la teoría de la estipulación por otro que planteaba el problema de la persona estipulante⁷⁵³.

Saleilles se encontraba con un problema nuevo; el de unas luchas obreras que no siempre respetaban las delicadezas del derecho civil. Intentaba, y no era el único jurista que lo hacía, aplicar por analogía instituciones de derecho de obligaciones pero sin perder de vista las consecuencias prácticas de estas construcciones doctrinales. Por ello finalmente reducía el problema a

⁷⁵² *Ibidem*, 80.

⁷⁵³ *Ibidem*, 82.

una cuestión de prueba de la estipulación. Se debería dar un plazo a los trabajadores para adherirse o rechazar la postura del comité: “sera considéré comme ayant donné mandat et s’y étant rallié après coup quiconque faisant partie du groupe d’ouvriers intéressés ne se sera pas retiré après coup dans le délai voulu”⁷⁵⁴. Esta solución propuesta por Saleilles superaba el problema de la personalidad jurídica o legitimidad para contratar de los improvisados comités de trabajadores. Esta aceptación del mandato podía ser tácita si acabada la huelga los obreros volvían al trabajo en las condiciones pactadas por el comité.

Esta idea de Saleilles solucionaba a nivel práctico un importante problema. Pero quedaba por dilucidar la cuestión de la responsabilidad jurídica del comité. Una vez disuelto éste, ¿Quién sería responsable de un incumplimiento de lo pactado o de la convocatoria de una nueva huelga? En el caso de incumplimiento individual no se planteaba problema ninguno. Tampoco si había negociado un sindicato legalmente constituido. Saleilles consideraba que en el resto de casos había partes del convenio que obligaban individualmente a los trabajadores. Otras partes obligaban al colectivo de trabajadores. Y en ellas residía el problema.

Saleilles proponía una solución que mostraba su visión del problema. Si una huelga por incumplimiento del convenio colectiva generaba un daño se debían pedir responsabilidades penales por haber violado la “paix industrielle”⁷⁵⁵. La solución era radical y ponía un precio al ejercicio del derecho de huelga. Pero he de reconocer que partía de una idea moderna: los conflictos laborales no eran conflictos privados entre partes contratantes sino que afectaban al orden público y a la paz social. El siguiente paso que se derivaba de esta idea era el de reconocer la necesidad de una regulación especial de las relaciones laborales. Pero Saleilles nunca llegó a dar tan importante paso.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, 83.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, 88.

4.3.2.- Aparece el contrato de adhesión

Atención aparte merece la mención que hace Saleilles en su *Essai d'une théorie* de un tipo específico de contrato al que exitosamente bautizó como “contratos de adhesión”. Esta expresión es sin duda una de las grandes aportaciones del jurista de Gigny-par-Beaune a la terminología jurídica universal. Aborda el tema al hablar de la interpretación del contrato⁷⁵⁶. Saleilles concebía el negocio jurídico como un pacto, un encuentro entre dos voluntades que creaban una voluntad que ni era coincidente totalmente con la primera ni con la segunda. Era “quelque chose de fictif et d'artificiel, une volonté purement juridique, au lieu d'une volonté réelle”⁷⁵⁷. Insistía Saleilles en que el contrato no era el acto de una voluntad “mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques. Aussi est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué”⁷⁵⁸

Pero la realidad desmentía esta definición de contrato con nuevas formas no bilaterales de negocios jurídicos. Saleilles no lo ignoraba y reconocía que las reglas de interpretación se debían adaptar a esta nuevos contratos: “Il y a des prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire; pour lesquels, en tous cas, les règles d'interprétation individuelle qui viennent d'être décrites, devraient subir, sans doute, d'importantes modifications; ne serait-ce que pour ce que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion”⁷⁵⁹.

Saleilles definía estos contratos de adhesión como aquellos “dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf

⁷⁵⁶ Raymond Saleilles, *Essai d'une théorie générale*, op. cit., 229.

⁷⁵⁷ *Idem.*

⁷⁵⁸ *Idem.*

⁷⁵⁹ *Idem.*

adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà crée sur soi-même"⁷⁶⁰

En estos casos las reglas de interpretación a aplicar debían ser las de las leyes. En la interpretación de la ley no debía buscarse tanto la voluntad del obrero, o la del viajero de ferrocarril como los intereses de la colectividad a la que se dirigían las condiciones generales de estos contratos. No debía buscarse la voluntad intermedia entre la empresa y el trabajador o consumidor sino que se debía interpretar la voluntad de la parte que había ofrecido el contrato, la voluntad predominante pero "dans le sens de ce qu'exigent et la bonne foi et les rapports économiques en jeu, en combinación avec ces lois d'humanité qui s'imposent, des qu'un particulier, une compagnie ou une autorité publique, touchent, par voie de règlements généraux, aux conditions de la vie économique ou social de l'individu"⁷⁶¹.

Saleilles reconocía implícitamente la injusticia que se derivaba de la desigualdad entre las partes de este tipo de contratos, frecuentes sobre todo entre obreros que en ocasiones se veían obligados a aceptar condiciones de trabajo del todo desfavorables. Las condiciones de estos contratos le parecían al borgoñón similares a las leyes; abstractas, conocidas teóricamente por todos los destinatarios. Por ello proponía que el intérprete jurídico no buscara la voluntad del obrero, que sencillamente estampaba su firma en un contrato redactado por otro. Debía buscar la voluntad predominante e interpretarla de acuerdo a unas reglas de humanidad y de buena fe. Es decir: la voluntad de la parte más fuerte del contrato tenía que ser limitada por el juez con unas reglas de justicia y humanidad que Saleilles no especifica.

⁷⁶⁰ *Ibidem*, 229-230.

⁷⁶¹ *Ibidem*, 230.

4.4.- A vueltas con la voluntad : De la déclaration de volonté.

Como ya he avanzado, en esta obra encontramos un Saleilles más maduro, más original, que escribe sus propias ideas, críticas y propuestas. No por ello deja de lado el análisis de la dogmática alemana. Pero ésta no ocupa el lugar que ocupaba en el *Essai* sobre las obligaciones. No se trata aquí de construir una teoría general sino de analizar los diferentes aspectos y problemas que presenta el tema de la declaración de voluntad como origen del acto jurídico en el derecho alemán. El origen de ambos libros, como ya he dicho, es diferente e incluso Saleilles afirmaba que la obra sobre la declaración de voluntad tuvo su origen en notas personales que tomaba para su instrucción personal⁷⁶².

Saleilles pretendía mostrar una tesis científica que dominaba la concepción del acto jurídico en Alemania. Se trataba de determinar cuál era para el emisor de una declaración jurídica su responsabilidad, especialmente en casos de error. Se trataba de resolver el problema que suponía la divergencia entre la declaración aparente y la voluntad real del declarante⁷⁶³.

Saleilles criticaba en su *Introduction à l'Étude du droit civil allemand* que el código civil francés, al que en ocasiones hacía referencia con la eufemística expresión de "législations antérieures", recogiese un modelo de valor absoluto de la declaración de voluntad, presumida en muchas ocasiones por la ley a partir de actos externos sin tener en cuenta la voluntad real. En este sistema veía una teoría anti-social y anti-histórica del derecho⁷⁶⁴. Por ello defendía la necesidad de analizar y conocer los datos aportados por el derecho comparado.

En la obra dedicada a la declaración de voluntad, siguió el orden del articulado del BGB. De hecho, no hay capítulos sino artículos del código que el autor analiza sucesivamente; del 116 al 144. De esta forma se ocupa de los diferentes aspectos de la declaración de voluntad que regula el nuevo código

⁷⁶² *ibidem*, X.

⁷⁶³ *Ibidem*, VIII.

⁷⁶⁴ Raymond Saleilles, *Introduction à l'Étude du droit civil allemand*, *op. cit.*, 44.

sin dejar de lado la doctrina que había alumbrado esta nueva regulación. Dedicó especial atención, visible en el número de páginas, a aquellos puntos en los que la regulación alemana aportaba una nueva visión, más avanzada y social que la francesa, en relación con las teorías contenidas en el código francés. Así dedicó especial atención a la declaración simulada, al error en la declaración y a la transmisión inexacta.

Saleilles destaca en la introducción los problemas que la expresión “declaración de voluntad” implica. De la lectura de estos términos se desprende que la voluntad contractual debía ser expresada, dirigida a la persona receptora de esta declaración. Precisamente uno de los logros de la nueva regulación alemana que destacaba Saleilles era el reconocimiento de declaraciones de voluntad que no necesariamente eran dirigidas al interesado o que no eran recibidas por éste⁷⁶⁵. El código alemán reconocía así el valor de la declaración tácita. Por tanto superaba la distinción que el Código francés hacía entre declaración tácita y expresa y eludiendo las consecuencias prácticas que esta diferencia tenía: “[m]ême tout porte à croire que le Code civil n’attache plus aucune valeur positive à la distinction traditionnelle entre déclaration expresse et tacite”⁷⁶⁶. Saleilles apoyaba esta aportación del BGB y la fundamentaba en las ideas de Ernst Zitelmann, quien creía en un sistema objetivo para la declaración de voluntad que considerase como tal “tous les procédés qui, d’après les usages de la vie, sont considérés comme étant destinés à la manifestation de la pensée et de la volonté”⁷⁶⁷.

Esta introducción no carece de importancia pues indica ya la dirección que en el tema del derecho de obligaciones había tomado el BGB y que Saleilles consideraba, de forma tácita, importable para Francia. El BGB había consagrado el carácter objetivo de la declaración de voluntad superando las interpretaciones subjetivistas. Esto tenía importantes consecuencias para terceras personas ya que aportaba una mayor seguridad jurídica al establecer

⁷⁶⁵ Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 2.

⁷⁶⁶ *Idem*

⁷⁶⁷ *Ibidem*, 4.

un régimen objetivo para determinar la emisión y el contenido de una declaración de voluntad. Estas personas podían confiar en la manifestación de la voluntad de las partes fuese ésta tácita o expresa

Para Saleilles esta construcción doctrinal de la declaración de voluntad se ajustaba más a las necesidades sociales pues implicaba un mayor poder del juez a la hora de interpretar los actos jurídicos y, por tanto, a la hora de individualizar la norma escrita. Es éste uno de los aspectos que aquí más nos interesan y también el que Paul Lerebours-Pigeonnière más destacó en su texto homenaje: “l’objectivité, dont R. Saleilles voulait douer l’obligation en vue de sa transmission, contient en germe l’idée d’une fixation objective de l’étendue même de l’obligation, idée qui ne saurait être réalisée, même partiellement, sans un élargissement de la fonction du juge”⁷⁶⁸. La idea de la objetividad de la declaración de voluntad se encarna por tanto plenamente en el sistema de fuentes que construía Raimundo Saleilles y que se basaba en un código “minimal” que unos jueces y tribunales podrían adaptar a cada caso mediante la aplicación del método histórico.

Para Saleilles el BGB había reformado el derecho de obligaciones mediante dos aportaciones fundamentales. Por una parte había objetivizado como acabo de explicar la declaración de voluntad alejándola del subjetivismo del derecho francés. Por otro lado había regulado la forma en que los jueces debían interpretar los actos jurídicos y, por tanto, cómo debían individualizar en cada caso los preceptos del código y las declaraciones de las partes. En consecuencia el sistema alemán se apoyaba bastante en la realización judicial del derecho.

Saleilles no ponía en duda el principio de autonomía de la voluntad. Pero defendía ciertos límites que el código francés no recogía y que, según el borgoñón, eran necesarios para conjugar la necesaria agilidad del intercambio jurídico con unos principios básicos. “La loi [ne doit pas] se désintéresser de la direction juridique prise par la volonté contractuelle”, (...) la ley debía “chercher

⁷⁶⁸ Paul Lerebours-Pigeonnière, “La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l’obligation “, *op. cit.*, 418.

à orienter cette volonté dans le sens le plus conforme à l'équité, aux usages et aux nécessités économiques et sociales"⁷⁶⁹. Al hablar de equidad no especifica el borgoñón qué quería decir con ello pero podemos inferir que hablaba de la buena fe, de la justicia y de la igualdad entre partes en el negocio jurídico.

Saleilles criticaba que la libertad contractual se pudiese sobreponer a cualquier otro principio o interés. Por ello, una vez reconocida la libertad contractual, Saleilles era partidario de introducir correctivos para adaptar la autonomía individual al interés social y a la moral pública. Por ello defendía que la ley tutelase estas voluntades individuales en lugar de dejarlas actuar con total libertad: "de ce que la volonté privée est souveraine, principe d'autonomie de la volonté, cela ne veut pas dire que la loi doive se désintéresser de la direction juridique, prise en quelque sorte par la volonté contractuelle, et que la loi ne doive pas chercher à orienter cette volonté dans le sens le plus conforme à l'équité, aux usages et aux nécessités économiques et sociales"⁷⁷⁰.

La autonomía de la voluntad debía ser protegida. Pero, desde el momento en que las partes por naturaleza pensaban únicamente en su interés económico, la ley debía velar para que esta voluntad no atentase contra la equidad y contra el interés general. Esta era la clave de la teoría que Saleilles, cuyo deseo era verla materializada en el código francés. El código alemán ya reconocía esta teoría. Según Saleilles, en el BGB "[!]e principe de l'autonomie de la volonté se concilie donc fort bien avec le principe de la réglementation légale"⁷⁷¹.

En este sentido Saleilles se detiene a analizar el principio de libertad de forma del artículo 125 del BGB: "Un acte juridique accompli sans les formes prescrites par la loi est nul. Si c'est par acte juridique que la forme a été fixée et qu'elle fasse défaut, la sanction, s'il y a doute, sera également la nullité". Según Saleilles este principio de libertad de forma era necesario: "Il y a là, pour l'époque moderne, une nécessité imposée par les besoins des relations

⁷⁶⁹ Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, op. cit., 196

⁷⁷⁰ *Idem*.

⁷⁷¹ *Idem*.

comerciales”⁷⁷². El código francés, criticaba el borgoñón, aunque respetando el principio de libertad de forma, lo obstaculizaba con exigencias de prueba en varios casos⁷⁷³. Durante la elaboración del BGB se había considerado la posibilidad de realizar una declaración de libertad de forma como la del código francés pero, finalmente, se consideró innecesaria y se estableció el principio de libertad siempre que no fuese contrario a la ley o al pacto entre las partes⁷⁷⁴. En este sentido el propio código alemán en los artículos siguientes regulaba estas excepciones: la forma escrita (artículo 126 y 127), la forma auténtica judicial o notarial (artículo 128) y la legalización (artículo 129). En estos casos la falta de forma implicaba la nulidad del acto jurídico.

Por lo que respecta a la forma pactada por las partes debía determinarse la forma de suplir la voluntad de éstas en caso de duda. Esto abría la puerta a dos sistemas diferentes: el de presunciones legales o normas legales supletivas de estas voluntades o un sistema judicial. La primera comisión se inclinó por el sistema legal y la segunda, en cambio, abogó por la plena libertad del juez⁷⁷⁵. Saleilles consideraba, apoyándose en Höld, que el juez tenía plena libertad para determinar los medios probatorios de la voluntad de las partes⁷⁷⁶. En todo caso este sistema judicial, según el borgoñón, daba a las partes la misma garantía que el sistema legal.

Este es básicamente y de forma resumida el sistema general que regía la declaración de voluntad. Pero Saleilles analizó también los casos en que la voluntad declarada era diferente de la voluntad real. Era en este punto en el que el legislador alemán había aportado más novedades. Para mostrarlo analizo a continuación algunos de los artículos del código alemán estudiados por Saleilles que muestran esta nueva concepción de la declaración de voluntad.

⁷⁷² Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, op. cit., 78.

⁷⁷³ *Ibidem*, 79.

⁷⁷⁴ *Idem*.

⁷⁷⁵ *Ibidem*, 81.

⁷⁷⁶ *Idem*.

El artículo 116 del BGB regulaba la reserva mental y decía así en la traducción francesa del propio Saleilles: “Une déclaration de volonté n’est pas nulle par cela seul que celui de qui elle émane ait entendu, par voie de réserve mentale, ne pas vouloir ce qu’il a déclaré. Cette déclaration est nulle lorsqu’elle est de celles qui doivent être adressées à un tiers, et que celui-ci avait connaissance de la réserve mentale de l’auteur de la déclaration”⁷⁷⁷. Este artículo era el primero de los que pretendían resolver el conflicto entre voluntad real y voluntad declarada. Saleilles aprovecha este precepto para mostrar las diferentes teorías en juego. La teoría de la voluntad, defendida por Savigny, primaba la voluntad real por encima de todo. La otra teoría, la de la declaración, representada por Dantz, hacía prevalecer la voluntad declarada en aras de la seguridad jurídica⁷⁷⁸. Una teoría intermedia defendería la voluntad real en el derecho sucesorio y de familia y la voluntad declarada, como regla general, para los negocios jurídicos.

El código civil aparentemente había optado por la teoría de la voluntad pero había hecho cesiones a los partidarios de la teoría de la declaración. Por ejemplo en el artículo 119, que regulaba el error en la declaración. Este precepto imponía una serie de condiciones al declarante para que su error no le comprometiese: “Celui qui, en émettant une déclaration de volonté, était dans l’erreur sur son contenu, ou qui n’avait nullement voulu émettre une déclaration dont le contenu fût ce qu’il a été en réalité, peut attaquer sa déclaration, lorsqu’il y a lieu d’admettre qu’il n’aurait pas fait cette déclaration s’il avait eu connaissance du véritable état de choses, et à supposer de sa part une appréciation raisonnable de la situation”. La declaración en este caso era anulable y no nula como pretendían los partidarios de la teoría de la voluntad.⁷⁷⁹ Además, el error era solamente relevante cuando afectaba a

⁷⁷⁷ *Ibidem*, 5.

⁷⁷⁸ *Ibidem*, 6

⁷⁷⁹ *Ibidem*, 12.

ciertos aspectos de la cosa o de la persona esenciales en la relación obligatoria⁷⁸⁰.

El artículo 117 también suponía el reconocimiento de la teoría de la voluntad: “Si une déclaration de volonté qui doit être adressée à un tiers est, d'accord avec ce dernier, donnée seulement pour l'apparence, elle est nulle. Lorsque, sous le couvert d'un acte apparent, se trouve dissimulé un autre acte juridique, il y a lieu de faire application des dispositions concernant l'acte réel”⁷⁸¹

Todo este sistema, como ya había avanzado, se basaba en el poder del juez para interpretar cada caso y para individualizar estas reglas a la realidad concreta de cada caso. Por ello no es de extrañar que uno de los preceptos más importantes para Saleilles fuese el que establecía las reglas de interpretación que las partes o el juez habían de aplicar.

Esta interpretación de los actos jurídicos venía regulada por el artículo 133 del código civil alemán. El precepto era breve pero contenía en una sola frase la esencia de la aportación alemana:

“Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem bühstüblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“.

Saleilles tradujo esta norma al francés de la siguiente forma: “Pour ce qui est de l'interprétation d'une déclaration de volonté, il y a lieu de rechercher la volonté réelle et de ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression”⁷⁸².

A propósito de este precepto escribía Saleilles: “Cette règle d'interprétation a donc besoin elle-même d'interprétation”⁷⁸³. Y ello debido a que, en apariencia, tomaba partido totalmente por la teoría de la voluntad contradiciendo preceptos que recogían postulados de la teoría de la declaración. Además, este precepto no aclaraba un punto fundamental en la

⁷⁸⁰ *Ibidem*, 119.

⁷⁸¹ *Ibidem*, 9.

⁷⁸² *Ibidem*, 196.

⁷⁸³ *Ibidem*, 195.

teoría de Saleilles: cuando podía haber lugar para la interpretación judicial y cuando no. Cuando podía intervenir el juez y cuando regía la autonomía de la voluntad.

Esta regla obligaba al jurista, al juez en concreto, a extraer el contenido real, objetivo de la declaración de voluntad. Por tanto le hacía responsable de la individualización de la norma, actividad que debía llevar a cabo mediante la aplicación del método histórico. Todos los elementos constitutivos de la voluntad real podrían ser investigados por el juez.

4.5.- La socialización judicial del derecho de obligaciones

Pero según Saleilles lo revolucionario y esperanzador de esta regulación alemana se contenía sobretudo en las reglas de interpretación del acto jurídico. Según Saleilles existían dos tipos de reglas interpretativas de los actos jurídicos. Las reglas supletivas completaban las lagunas que las partes no habían regulado. De esta forma, era el legislador el que completaba la voluntad de las partes, algo que repugnaba a Saleilles y a sus contemporáneos porque creían que el legislador no podía prever todas las posibilidades de una situación. Saleilles, apoyándose en Stammler, afirmaba que este sistema de cláusulas legales de interpretación estaba ya desfasado e implicaba que la ley venía a complementar la voluntad de las partes⁷⁸⁴.

Al lado de estas normas existían las reglas interpretativas, que eran aquellas normas legales que las partes, o en su defecto el juez, habían de seguir a la hora de interpretar los actos jurídicos. El francés era partidario de un mayor número de esta segunda clase de reglas. Esto significa menos poder del legislador y más poder del juez. El juez, al interpretar los actos jurídicos, debía guiarse no sólo por la ley sino también por los usos y por la moral. Tenía pues cierta libertad para determinar cuales eran las necesidades sociales del momento y en que punto debía estar la frontera de la autonomía de la voluntad.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, 199-200

Con esta apuesta por un mayor poder del juez, Saleilles optaba por la protección del público en general y por tanto, también de terceras personas ajenas al acto jurídico. Esto perjudicaba la posición del deudor. La idea de justicia social se imponía una vez más en el autor borgoñón sobre los intereses particulares de los individuos contratantes. Se imponía por tanto el interés social como límite a la autonomía de la voluntad. Pero Saleilles, reacio a que la legislación entrase a regular con su machacante uniformidad los detalles más intrínsecos de la declaración de voluntad, apostaba por una individualización judicial del contenido de la declaración de voluntad. El juez debía juzgar cuando la voluntad de las partes debía sacrificarse a favor del interés social.

Esta orientación social del derecho alemán de obligaciones que Saleilles presenta al lector, lo vemos descrito en los capítulos posteriores de la obra, dedicados a temas más concretos del derecho de obligaciones, como mostraré a continuación.

Otro de los problemas a la hora de tratar con la declaración de voluntad era el de las situaciones en que la voluntad declarada y la voluntad expresada diferían; casos de reserva mental, simulación, declaración “donée en l’air”, el error y la transmisión inexacta, y las consecuencias de la nulidad y de la anulabilidad. El BGB daba una amplia regulación a estas situaciones en los artículos 116 a 125 y 139 a 144.

Otra aportación importante del BGB en el ámbito del derecho de obligaciones la encontramos en las limitaciones al derecho de enajenar, recogidas en los artículos 134 a 137. También en este punto veía Saleilles un avance en la socialización del derecho privado. El Código civil francés daba una libertad absoluta de contratar y de disponer de los bienes a cada individuo. No en vano el artículo 1134 daba rango de ley a las convenciones entre particulares. Esta libertad absoluta de disponer se materializaba en ocasiones en un uso antisocial del derecho.

El BGB había puesto límites a esta libertad. Los artículos 134 y siguientes del código alemán venían a limitar el uso antisocial de la autonomía de la voluntad. El artículo 134 rezaba “Un acte juridique qui se heurte à une prohibition légale est nul, à moins que le contraire ne résulte de la loi”. Este

precepto establecía pues una sanción general para los casos de negocios jurídicos que vulnerasen prohibiciones legales. En estos casos los negocios eran nulos de pleno derecho. Además, este precepto establecía la posibilidad de la anulabilidad si así se desprendía de la ley en su conjunto.

Según Saleilles, en este caso no hacía falta declaración expresa de la ley para determinar la nulidad⁷⁸⁵. Bastaba con que, por vía de interpretación, se pudiese llegar a una conclusión diferente. Y la competencia para esta interpretación se otorgaba al juez. Eso sí; este artículo 134, según Saleilles, hablaba de actos en violación de una prohibición legal y no de actos en contra de la ley. Con esta interpretación del enunciado del artículo 134, según el borgoñón, se evitaban interpretaciones vagas del precepto que podían abrir resquicios para ese uso antisocial del derecho que Saleilles creía muy importante evitar. El juez no debía buscar una declaración expresa de la ley para declarar la nulidad sino que podía determinarla él mismo si consideraba que un acto jurídico podía ser contrario a derecho. De esta forma se ampliaba la posibilidad de anular un acuerdo por ser antisocial y se ampliaban las competencias del juez.

El artículo 135 le parecía a Saleilles todavía más interesante pues regulaba las prohibiciones relativas de enajenar: “Si un acte de disposition, relatif à un objet, se heurte à une prohibition légale d’aliéner qui n’ait en vue que la protection de certaines personnes déterminées, cet acte est sans effet, à l’égard seulement des personnes ainsi visées. Est assimilée à la disposition d’une chose par acte juridique, celle résultant de l’exécution forcée ou de la saisie. Trouveront application correspondante les dispositions légales en faveur de ceux qui acquièrent un droit de qui n’a pas qualité pour en disposer”⁷⁸⁶. Estas prohibiciones iban directamente dirigidas a proteger el interés general sino el de una o unas personas determinadas. El artículo 135 sancionaba con la anulabilidad este tipo de actos, y lo hacía para proteger a unas personas determinadas que se viesan afectadas en sus intereses puramente individuales

⁷⁸⁵ *Ibidem*, 233

⁷⁸⁶ *Ibidem*, 235.

por un acto de disposición de las partes de un acto jurídico. Si el acto jurídico afectaba un derecho de una tercera persona, el objeto del acto se convertía en indisponible, de forma que no pudiese haber fraude o perjuicio para estas personas. Saleilles, para ejemplificar esta norma, daba el ejemplo las limitaciones de enajenar en caso de quiebra⁷⁸⁷. En este caso se pretendía proteger a los acreedores del enajenante. Se anulaba un acto de enajenación de éste en fraude de aquéllos.

Otro precepto analizado por Saleilles y que aquí nos interesa es el contenido en el artículo 137 del BGB que Saleilles había traducido como sigue: “La faculté de disposer d’un droit inalienable ne peut être supprimée ni restreinte par acte juridique. Cette règle n’enlève rien de son efficacité à l’obligation qui consisterait à ne pas disposer d’un droit de cette nature”⁷⁸⁸.

Era éste un precepto que, siguiendo en la misma línea que las anteriores, prohibía limitar o suprimir mediante acto jurídico un derecho subjetivo inalienable. Se trataba de otra regla limitadora de la libertad de disponer y con un fuerte contenido social: Esta norma, según Saleilles, presuponia la existencia de unos derechos inalienables e irrenunciables de los individuos. Esta norma iba dirigida a eliminar cláusulas abusivas en los contratos y afectaba no solamente al derecho del acreedor en general sino a los derechos de autor, a la propiedad industrial y otros similares⁷⁸⁹. Esta regla se derivaba del reconocimiento de un cierto efecto real, en el sentido de los derechos reales, sobre un derecho personal. Por ello los efectos reales del negocio jurídico no se darían debido a esta prohibición⁷⁹⁰. Esto significaba que los titulares sucesivos de estos derechos no podían cambiar arbitrariamente su contenido.

Con esta norma se pretendía impedir que derechos intelectuales como el derecho de autor perdiesen todo su contenido por la voluntad de una de las

⁷⁸⁷ *Ibidem*, 236.

⁷⁸⁸ *Ibidem*, 244.

⁷⁸⁹ *Ibidem*, 246.

⁷⁹⁰ *Ibidem*, 248.

partes. El código alemán hacía aquí una justificada excepción ya que no podía tratarse de forma igual el derecho de un autor sobre su obra o el derecho de una persona a una prestación material fungible. De esta forma también se protegían los derechos de terceros que pudiesen creer que un derecho tenía unas condiciones que la libertad de transmitirlo del deudor o las imposiciones del acreedor podrían haber cambiado.

El artículo 138 del código alemán regulaba los actos contrarios a las buenas costumbres y también suponía una ampliación de los poderes del juez alemán: “Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes moeurs est nul. Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu’un, en exploitant le besoin, la légèreté d’esprit ou l’inexpérience d’un autre, tire profit de la situation, en ce que celui-ci lui promet ou lui assure de toute autre façon, à lui ou à un tiers, pour une prestation par lui faite, des avantages de valeur patrimoniale, qui excèdent la valeur de la prestation fournie, de telle façon qu’en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l’équivalent soient par rapport à cette prestation dans une disproportion chocante”⁷⁹¹.

Este largo artículo tiene según mi opinión un contenido muy sugerente. Entran en juego referencias a la psicología de las personas, habla de personas con “ligereza” (posiblemente pensaba el legislador en las mujeres como individuos considerados débiles y sensibles al engaño. En todo caso para Saleilles toda esta riqueza de contenido del artículo 138 favorecía la intervención judicial.

El juez debía defender los intereses de la parte débil del contrato. Por ejemplo, en el caso de sujetos sin experiencia el juez debía, en la opinión del borgoñón, suplir su falta de experiencia⁷⁹². Además debía erigirse en “gardien des intérêts généraux, en ce qui touche le maintien de la moralité publique”⁷⁹³. En la materia de las buenas costumbres era evidente que el legislador no podía prever todas las posibilidades. Por ello era necesario que el juez tuviese un

⁷⁹¹ *Ibidem*, 251.

⁷⁹² *Idem*.

⁷⁹³ *Idem*.

amplio poder para determinar en qué casos se podía dar una tentado contra la buena fe y las costumbres. Saleilles era consciente de las críticas a la arbitrariedad del juez. Por ello preveía una serie de límites al poder judicial⁷⁹⁴.

En Francia el límite a la actuación judicial estaba en la idea de causa. La causa estaba prevista en el artículo 1131 que rezaba así: "L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet". La causa válida era imprescindible para poder considerar un convenio como válido. Si no había justo precio o contraprestación faltaba la causa y, por tanto, el contrato era inválido. Pero esta norma que en principio pretendía proteger a la parte desfavorecida, era en realidad un límite a la actividad judicial. Si se demostraba la existencia de causa el juez no podía invalidar el contrato aunque hubiese otros elementos que hiciesen pensar en la invalidez del contrato⁷⁹⁵. Esta teoría francesa de la causa impedía al juez buscar la voluntad real de las partes. El juez se paraba en esa frontera precisa "et il n'a pas le droit, même sous prétexte de moralité ou d'ordre public, de pousser plus loin ses investigations et d'annuler un acte, sous prétexte qu'il soit illicite, du moment que son contenu réel ne présente rien d'illicite"⁷⁹⁶.

El código civil alemán defendía otra teoría. El BGB, partiendo de la idea de que la autonomía de la voluntad era soberana para determinar el contenido de la obligación, establecía que todo aquello no querido por las partes no podía ser válido. Esta idea de declaración sustituía la idea francesa de causa del contrato. Por tanto si un elemento de la declaración de voluntad hubiese dado lugar a error, sin tener en cuenta si éste fue accesorio o elemental, el contrato es anulable en aplicación del artículo 119 BGB. Esto por lo que respecta la inducción al error o el engaño⁷⁹⁷.

En lo que respecta la inmoralidad de algún o algunos elementos del contrato el código alemán prescindió de hablar de actos del contenido de la

⁷⁹⁴ *Ibidem*, 252.

⁷⁹⁵ *Idem*.

⁷⁹⁶ *Ibidem*, 255.

⁷⁹⁷ *Ibidem*, 258.

obligación ilícitos y prefirió hablar de actos contra las buenas costumbres sin especificar si estos actos debían afectar o no el contenido de la obligación⁷⁹⁸. En este sentido el derecho alemán no diferenciaba entre motivo y causa de la obligación. De esta forma también la promesa abstracta emitida sin causa ninguna o con una causa ilícita podría ser también invalidada⁷⁹⁹.

¿En qué se fundamenta esta teoría que permite al juez buscar en el contenido de la obligación y más allá un ilícito que invalide el negocio jurídico? La única causa es la referencia a las buenas costumbres que hace el artículo 138. Se trata de un argumento extraído de las costumbres comerciales y no tanto de la moral *sensu stricto*⁸⁰⁰. Al juez no se le pedía acudir a argumentos éticos o filosóficos sino que echase mano de costumbres entendidas como honestidad, la moralidad mínima necesaria en las transacciones comerciales. En otras palabras, “l’objectivité de la délimitation est tirée, cette fois, non pas de la rigidité d’un criterium juridique, conception abstraite et inflexible, mais de la plasticité, éminemment souple et variable, d’une simple constatation d’usages, ou plutôt de la constatation d’un certain idéal de moralité sociale en matière d’usages économiques”⁸⁰¹.

El juez debía valorar la concreción de estos ideales en cada caso concreto pero sin entrar en la psicología de los contratantes para determinar las consecuencias jurídicas del ilícito como haría el juez penal. Solamente debería entrar el juez en los móviles psicológicos del autor si éstos se hubiesen expresado exteriormente⁸⁰². Es decir: el juez podía buscar más allá del contenido de la declaración de voluntad. Pero debía tener en cuenta la manifestación de voluntad⁸⁰³.

⁷⁹⁸ *Ibidem*, 260.

⁷⁹⁹ *Ibidem*, 262.

⁸⁰⁰ *Idem*.

⁸⁰¹ *Idem*.

⁸⁰² *Ibidem*, 263.

⁸⁰³ *Idem*.

La idea de moralidad actual utilizada por el artículo 138 del BGB alemán servía a superar las barreras que la teoría de la causa imponía al juez francés. Abría la puerta para que los jueces, aplicando el método histórico, actualizaran estos principios de moralidad. El límite establecido por el BGB a la libertad de las partes era “un criterium concret et variable, de caractère historique”⁸⁰⁴. Se trata de un criterio que necesita de concreción a diferencia del principio abstracto del artículo 1133 del código francés (“la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l’ordre public”). El juez alemán estaba ligado por los hechos, por una base de apreciación experimental y no por un sistema de conceptos abstractos y teóricos como el juez francés⁸⁰⁵.

Pero el juez alemán, insistía Saleilles, no era libre para determinar cuáles eran las reglas de moralidad a aplicar. Debía seguir el sistema admitido por la conciencia pública, el ideal común de la colectividad. De hecho el BGB no hablaba de “moral” sino de “buenas costumbres”, lo que obligaba a buscar en la sociedad las reglas fundamentales no escritas de comportamiento⁸⁰⁶. El juez debía buscar el “ser” y no el “deber ser”. Por decirlo con otras palabras, debía buscar en todo momento el “droit commun de l’humanité”.

Saleilles, al analizar las reglas del BGB, está también criticando unas normas del código civil francés que eran mucho más imperfectas. La teoría de la causa provocaba que el juez francés que tenía sospechas sobre la ilegalidad o inmoralidad de un contrato, delante de la existencia de una causa del contrato, no pudiese investigar más. En una parte de la monografía Saleilles elogia el papel de la jurisprudencia francesa en la reforma de la responsabilidad por los accidentes de trabajo. Los tribunales habían adaptado a una nueva realidad la doctrina contenida en los artículos 1384 y 1386 del código civil reconociendo la idea de riesgo profesional y amparando las víctimas de accidentes de trabajo. Pero Saleilles pretendía que el juez pudiese realizar esta

⁸⁰⁴ *Ibidem*, 264.

⁸⁰⁵ *Ibidem*, 281.

⁸⁰⁶ *Ibidem*, 282.

tarea no exclusivamente en el tema de los accidentes de trabajo sino también en otras materias como la de las obligaciones y contratos. Difícilmente podía la jurisprudencia saltar la barrera de la teoría de la causa sin una reforma legislativa.

4.6.- Conclusión: la visión social del negocio jurídico

En el análisis que hizo Saleilles del derecho de obligaciones alemán vemos que prestó especial atención a las dos directrices de su pensamiento jurídico; la evolución del derecho hacia su socialización y el papel que en esta evolución debían jugar la doctrina y la jurisprudencia. Saleilles, mediante el estudio del derecho de obligaciones del BGB, mostraba la crisis de un modelo de preeminencia absoluta de la voluntad que sacrificaba la seguridad jurídica y el interés público. Muestra también como el derecho alemán había superado estos planteamientos individualistas y abstractos dando un paso adelante en el camino de la socialización del derecho privado. Hacía falta que el legislador y la jurisprudencia franceses saliesen de su letargo de cien años y reformasen el derecho de obligaciones haciéndolo más social, menos individual.

Saleilles hizo en su obra un análisis técnico de estas instituciones alemanas en el que no dejaba ningún detalle sin analizar. Pero al mismo tiempo no perdía nunca de vista ni la utilidad práctica de estos detalles ni la trascendencia social de estas instituciones. Es por ello que su colega Lerebours-Pigeonnière escribió, al tratar de la aportación de Saleilles a la teoría de la declaración de voluntad, de “la doble vida del derecho de obligaciones”. Saleilles muestra su dominio sobre las dos facetas, técnica y social, de esta parcela del derecho privado.

Raymond Saleilles alababa los avances del derecho alemán en el camino de la objetivación de la obligación. De este hecho extrae una conclusión que aquí nos interesa especialmente. Si la obligación se convierte en una relación objetiva, no subjetiva, es necesaria su concreción en cada caso concreto. La relación obligatoria era necesaria en la sociedad del momento. El

legislador debía pues marcar la dirección a seguir por los contratantes. La jurisprudencia debía individualizar esta dirección en cada caso para evitar iniquidades o abusos. El legislador no podía establecer por ley todas las presunciones necesarias para suplir o corregir la voluntad de las partes. Era el juez el que debía realizarlas. El que podía adaptar las necesidades del comercio y del tráfico jurídico en general con ciertas normas de moralidad y justicia era, según el borgoñón, el juez.

5.- El Derecho de sucesiones

Raymond Saleilles dedicó los últimos esfuerzos de su vida, y esto debe entenderse en sentido literal considerando el precario estado de salud del borgoñón, a estudiar diversos aspectos del derecho de sucesiones, especialmente en Suiza. Saleilles realizó propuestas de reformas en esta parcela del derecho privado en su país. De hecho murió antes de ver publicado un texto suyo sobre el beneficio de inventario⁸⁰⁷. El tema de las sucesiones interesaba muchísimo a nuestro jurista por sus implicaciones jurídicas, políticas y sociales.

En las monografías que escribió sobre esta materia podemos observar como de nuevo desplegó todos sus esfuerzos e hizo uso de los medios que tenía a su alcance para estudiar y divulgar las normas sucesorias suizas y para convencer a los juristas franceses de la necesidad de introducir reformas en el derecho francés. El borgoñón, para redactar estos estudios, consultaba insistentemente con Eugen Huber sus ideas y le pedía repetidamente datos estadísticos y textos sobre las sucesiones en Suiza, comparaba normas alemanas con los artículos suizos, etc.

5.1.- El valor constituyente del derecho de sucesiones

No es de extrañar la gran implicación de Saleilles en este tema necesitado de reformas en el derecho francés: pocos temas como éste generaban tanta controversia y tenían tantas implicaciones económicas, sociales e incluso políticas. El derecho de sucesiones tenía un gran poder constituyente sobre el modelo de familia e incluso sobre la sociedad al entrar de juego elementos tan importantes como la autoridad del “pater familias” y la supervivencia de las familias y de las formas de propiedad no individual. Podemos incluso afirmar que “Zu Beginn des 19. Jahrhunderts bedeutete

⁸⁰⁷ Raymond Saleilles, “Du rôle de l'inventaire dans la procédure du bénéfice d'inventaire”, *op. cit.*

Nachdenken über Erbrecht zugleich Reflexion über die Gesellschaft, eine Erbrechtstheorie beinhaltet eine Gesellschaftstheorie”⁸⁰⁸.

Hoy en día el derecho de sucesiones mantiene únicamente su función de transmitir la propiedad de una generación a otra. Ha perdido por tanto la mayoría de las funciones que tenía en la época de Saleilles. El derecho de sucesiones ha perdido fundamentalmente dos de las funciones que tenía en el siglo XIX como recordaba recientemente Rainer Schröder: “die Familie zu versorgen und wirtschaftliche und soziale Macht zu vermitteln”⁸⁰⁹. Mediante el derecho de sucesiones se aseguraba la supervivencia económica de la familia del causahabiente y se le transmitía el poder económico y social de éste al heredero. La persona que tenía el derecho de determinar la persona que le sucedería tenía también cierto poder social sobre los posibles herederos que le rendían obediencia y fidelidad.

En el siglo XIX la supervivencia económica de la familia dependía en buena medida de la herencia. Hoy en día, en cambio, estas funciones las cumplen los seguros de enfermedad, los seguros de vida y el derecho social⁸¹⁰. También ha desaparecido la función de transmisión de poder social y económico de la herencia. El poder del “pater familias” de decidir el futuro de su fortuna le otorgaba autoridad sobre sus hijos: éstos le debían obediencia y respeto si no querían perder sus derechos. De esta forma el derecho sucesorio premoderno podía configurar ciertos modelos sociales.

Desde la antropología política también se puede observar como ámbitos de lo jurídico considerados actualmente a la parte más privada de la vida de las personas – el derecho de sucesiones y el derecho matrimonial – pertenecían en el pasado también al ámbito de lo político. Las normas del derecho de

⁸⁰⁸ Son las palabras de Rainer Schröder, “Der Funktionsverlust des bürgerlichen Erbrechts“, in Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Zur Geschichte des Familien-und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1987, 281-294, 294.

⁸⁰⁹ Sigo aquí la teoría de Rainer Schröder, op. cit., “Der Funktionsverlust des bürgerlichen Erbrechts“, *Ibidem*, 282.

⁸¹⁰ *Ibidem*, 282.

familia y de sucesiones pueden ser estudiadas “non seulement comme fait social (...), mais en tant que montage relevant du principe de causalité dans la reproduction de l’humanité comme espèce”⁸¹¹. El derecho de sucesiones, según Pierre Legendre, ejercía en el pasado una función de “différentiation fonctionnant à la fois pour reproduire les sujets juridiquement comptabilisés et marqués, et pour reproduire les sociétés juridiquement spécifiées”⁸¹². El derecho de sucesiones, con sus reglas otorgando al padre de familia prácticamente todo el poder sobre su patrimonio, permitía que un modelo de sociedad – patriarcal, tradicional – perviviese y se reprodujese. Las normas de la sucesión “mortis causa” coadyuvaban en el desarrollo de una de las funciones que, según la antropología política, todo sistema social ha de cumplir: “manier la reproduction et régler le statut de l’érotisme”⁸¹³.

A partir de las reformas legislativas y políticas del siglo XIX comenzó en Francia un proceso de diferenciación del derecho de sucesiones dentro del ámbito jurídico pasaría a regular el destino de una propiedad a la muerte de su propietario y el resto de las funciones sociales que había jugado pasaron a otros ámbitos del derecho: el derecho de la asistencia social, derecho de los seguros, etc.⁸¹⁴. Asimismo se separaron poder político y poder económico en las relaciones familiares

El Código francés había unificado los diferentes modelos sucesorios existentes en el territorio del Hexágono hasta 1804 imponiendo un tipo de sucesión burgués. Según el la sucesión burguesa; una sucesión en la que el padre disponía tan sólo de 1/X. En caso de sucesión *ab-intestato*, el patrimonio se dividía por partes iguales entre los hijos. Doctrinalmente la herencia constituye un derecho inherente a la persona. Todo sujeto, con regladas

⁸¹¹ Pierre Legendre, “Instituer la Reproduction. Remarques sur la contribution de l’histoire du droit à l’étude de la structure”, in Heinz Mohnhaupt, *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts*, 247-265, 248.

⁸¹² *Idem.*

⁸¹³ *Ibidem*, 249.

⁸¹⁴ *Ibidem*, 293

excepciones, tiene derecho a su herencia. El legislador era plenamente consciente de que la herencia debía jugar un determinado papel en la nueva sociedad burguesa y del intercambio: “Erbrechtsreform bedeutete zugleich einen Angriff auf die aufgestiegene bürgerliche Schicht, die ihren jüngst erworbenen Status natürlich heftig verteidigte”⁸¹⁵. Para ello se debía construir la herencia desde la lógica de los derechos y de la propiedad burguesa, lo que dio lugar a que en todos los países europeos “Im 19. Jahrhundert hatte Erbrecht also mehrere Funktionen: es vermittelte unterhalb der Grundrechtsschwelle bürgerliche Rechte und es bildete die Grundlage für die Entfaltung des Handels- und Wirtschaftsverkehrs”⁸¹⁶.

Todo lo expuesto no evitó que el desarrollo del modelo sucesorio del código Napoleón fuese durante todo el siglo XIX “un sujet de passions et de controverses”⁸¹⁷. El modelo napoleónico de sucesión se adaptaba bastante bien al modelo de familia burgués y urbano: familia no muy amplia en la que el padre era propietario de algún bien inmueble pero sobre todo de bienes muebles. Tras su muerte y en aplicación de las reglas del código su patrimonio era dividido siguiendo las reglas de la sección I del Capítulo III del Libro III del código (artículos 731-738) sin más problema que el derivado de las posibles disputas entre hermanos. Si el causahabiente hacía testamento éste se limitaba a la porción de bienes disponibles regulada por el artículo 913 que rezaba así: “Les libéralités, soit par acte entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s’il ne laisse à son décès qu’un enfant légitime; le tiers, s’il laisse deux enfants; le quart, s’il en laisse trois ou un plus grand nombre”. Se trataba de un modelo de familia nuclear urbana formada por pocos y en la que la convivencia de los hijos casados con los padres no era la regla habitual.

⁸¹⁵ Rainer Schröder, “Der Funktionsverlust”, *op. cit.*, 287.

⁸¹⁶ *Ibidem*, 288. Schröder recuerda como los utopistas primero y más tarde Saint-Simon, los socialistas y los anarquistas consideraban la reforma del derecho sucesorio como un instrumento de reforma social y como posibilidad para mejorar las condiciones del cuarto estado.

⁸¹⁷ Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, *op. cit.*, 105.

No es que la familia del código fuese un modelo de democracia. El código había introducido cambios en la función de la propiedad y de la sucesión pero la autoridad del padre de familia no había sufrido grandes transformaciones: el derecho de corrección del padre que incluía el derecho a encarcelar al hijo continuó vigente y fue abolido tardíamente en 1909; el padre continuaba teniendo derecho de decidir sobre el matrimonio de los hijos menores. Uno de los pocos matices a la autoridad paterna vino precisamente de la reforma de las reglas sucesorias: al no poder decidir el padre a quien transmitía su patrimonio, no podía premiar al hijo fiel ni castigar al hijo rebelde. Esto supuso un cierto cambio en la configuración de la familia, pero, en todo caso, un cambio indirecto.

Tampoco los republicanos pretendieron introducir grandes cambios en el régimen familiar. Solamente de forma indirecta cambió la III república algunos aspectos del derecho de familia: “la volonté de sécularisation de l’Etat et la vigueur de l’anticléricisme incitèrent au rétablissement du divorce. L’aide à l’enfance malheureuse, l’obligation scolaire ou les limitations du travail des mineurs conduisirent à affaiblir la puissance paternelle. De même, la réforme du droit successoral est à mettre en rapport avec la politique sociale en faveur de la petite propriété urbaine ou rurale”⁸¹⁸.

Sí que se introdujo alguna reforma en el derecho de sucesiones al reconocer el derecho de la viuda al usufructo de los bienes del marido difunto (de un cuarto en presencia de hijos y de la mitad en su ausencia). Esta reforma aprobada entre 1890 y 1891 abrió la discusión jurídica sobre la reforma del derecho de sucesiones que traería consigo el reconocimiento parcial de los derechos sucesorios de los hijos naturales mediante la ley de 25 de marzo de 1896. También animó la discusión, en realidad nunca cerrada desde que se abriese en 1804, sobre la reforma de las reglas de la partición hereditaria del código civil francés.

Las reglas de la partición, como ya avancé, se ajustaban a un modelo de familia urbana y burguesa. Pero en las zonas rurales, y especialmente en las

⁸¹⁸ *Ibidem*, 206.

zonas montañosas, el modelo de familia era otro. Allí la familia era, en primer lugar, más numerosa. Era habitual que en la casa de un matrimonio viviesen los padres de la pareja e incluso las familias de los hijos de ésta, que eran puestos bajo la autoridad del padre de familia. La regla en las grandes explotaciones agrícolas de montaña consistía en que los diversos miembros de la familia trabajasen en ella. Era normal que se obligase a los hijos a mantener a los padres y que las personas que entrasen en esta familia también se comprometiesen social y jurídicamente mediante la aportación de la dote, al mantenimiento de esta comunidad de vida.

Aunque estas comunidades familiares tradicionales habían empezado a declinar desde mediados de siglo por la aplicación de las reglas del código pero también por el proceso de industrialización y por las transformaciones económicas y sociales en el campo, todavía existían en Francia a finales de siglo. Especialmente se podían encontrar en zonas montañosas como los Alpes, los Pirineos o el Macizo Central. Estas comunidades familiares llaman el interés de muchos estudiosos. Por ejemplo de Frédéric Le Play (1806-1882) Le Play escribió una célebre monografía sobre la familia Mélouga, de Lavedan, en el Macizo Central, formada en 1856 por quince miembros bajo la autoridad de un *pater familias*⁸¹⁹. Esta monografía sirvió para despertar las conciencias más conservadoras y avisar sobre las consecuencias que las normas del código civil, que obligaban a la división de la propiedad entre todos los hijos, estaban teniendo en la supervivencia de las familias tradicionales.

Pero sin duda la visión de le Play era muy política y poco realista. Autores coetáneos destacaban como este tipo de familia era ya un exotismo en la Francia del siglo XIX. De todos modos, los argumentos de Le Play sirvieron a los muchos adversarios del modelo sucesorio igualitario francés⁸²⁰.

⁸¹⁹ La obra de Frédéric Le Play es *L'organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous temps*, Tours, A. Mame et fils, 1871. Citado por Halpérin, *Histoire du droit privé français*, op. cit., 107.

⁸²⁰ Louis Assier-Andrieu, "Le Play et la famille-souche des Pyrénées : politique, juridisme et science sociale", *Annales. Economies. Histories. Civilisations* 39 (1984), 495-509.

El Código, al imponer la partición forzosa y reducir la cantidad disponible libremente por el padre, forzaba en muchos casos la disolución forzosa de estas estructuras económicas familiares del campo. Imaginemos una familia con diez hijos que explotan una granja alpina. Al morir el padre sin haber testado, ésta se tenía que dividir en diez partes iguales. Cada una de las partes no era suficiente ella sola para mantener a una familia, por lo que algunos o todos los descendientes, arruinados, se veían obligados a emigrar desapareciendo así la explotación. Este era el argumento principal de Le Play y de sus seguidores para atacar el régimen sucesorio napoleónico. El pensador conservador era partidario de que el padre dispusiese de una libertad absoluta de testar que le permitiese el mantenimiento de esta familia de esta forma.

Pero no solamente los conservadores pretendían reformar las reglas de la partición hereditaria. Durante la III República también algunos católicos sociales e incluso demócrata-cristianos fueron tomando conciencia de las consecuencias de la aplicación ciega de las reglas de la partición y llevaron este tema a la palestra política y jurídica.

Así se explica la aprobación por el parlamento de la ley de 30 de noviembre de 1894 que permitía la indivisión de las “viviendas baratas” de obreros y su transmisión a un solo heredero. Más tarde, el 10 de abril de 1908, se extendía esta posibilidad a los llamados “jardines obreros”. El 12 de julio de 1909 se permitía la creación del “bien de famille insaisissable”⁸²¹.

Saleilles dedicó en 1895 un artículo a la institución de *Homestead* en Estados Unidos⁸²². En este texto temprano escrito en Dijon ya se apuntaba el talante sensible a los problemas sociales de Raymond Saleilles pese a que la monografía en sí sea bastante descriptiva y pueda considerarse como un ejercicio práctico de legislación comparada.

⁸²¹ *Ibidem*, 234. Esta reforma fue defendida por el diputado Léveillé, a quien Saleilles había sustituido en la enseñanza del derecho civil en 1895. Véase el expediente personal de Raymond Saleilles en el archivo nacional francés, F¹⁷ 25908).

⁸²² Raymond Saleilles, “Le *Homestead* aux Etats-Unis. Constitution d'un patrimoine de famille insaisissable”, in *Bulletin de la Société des amis de l'Université de Dijon*, 3 (1895) 23-54.

5.2.- Saleilles y la sucesión campesina

Estas tímidas reformas no solucionaban el problema de las explotaciones familiares campesinas, condenadas, según Saleilles, a ser divididas a la muerte del propietario y, en consecuencia, a desaparecer. Como las fuentes del Derecho la sucesión campesina fue una de las cuestiones en las que más se implicó y en las que dejó ver su visión nostálgica y modernista de la sociedad y del derecho. En sus textos sobre este tema vemos a un jurista implicado personalmente, militante, preocupado por las consecuencias sociales y económicas de una regulación jurídica y seguro de los progresos que una reforma del Derecho podía introducir en la sociedad.

El nostálgico Saleilles creía firmemente en la sociedad tradicional y la familia como elemento fundamental de aquélla. Y la familia rural, tradicional y creyente y sometida a la autoridad de un padre de familia era una institución que el derecho burgués napoleónico ponía en riesgo considerablemente. El Derecho de sucesiones jugaba un papel muy importante en el mantenimiento de estas sociedades rurales. Raymond Saleilles criticaba el dogma igualitarista del derecho sucesorio napoleónico que no permitía que las familias no urbanas pudiesen regirse por reglas diferentes familia tuviesen diferentes reglas sucesorias. Saleilles escribió sus textos sobre sucesión campesina entre 1902 y 1909, momento en el cuál se discutían en el parlamento las moderadas reformas de las reglas de la partición hereditaria y creía en la posibilidad de que se legislase también sobre la sucesión rural. Saleilles tampoco pretendía importar la regla del *Anerbenrecht* alemana por la que la masa hereditaria se convertía en algunos casos en indivisible. A Saleilles no le repugnaba el *Anerbenrecht* pero sí la imposición como regla obligatoria que de él habían hecho algunos “Länder” alemanes: “l'idée d'un *Anerbenrecht* légal a paru peu en rapport avec le principe démocratique des temps modernes et en contradiction surtout avec la règle de l'universalité de la succession qui est devenue aujourd'hui dominante”⁸²³. Lo que pretendía nuestro jurista era que el

⁸²³ Raymond Saleilles, “De la succession paysanne dans l'avant-projet de Code civil suisse”, *La Réforme sociale. Bulletin de la Société d'Economie Sociale et des Unions de la Paix Sociale*, XLIV (1902), 144-164, 147.

legislador francés fuese suficientemente flexible, “souple” como decía él, para tolerar un tipo de sucesión diferente al burgués en regiones dónde las reglas generales del *Code* llevaban consigo consecuencias sociales y económicas nefastas como ya he descrito.

Saleilles utilizó el derecho comparado para mostrar a sus compatriotas que en otros países existían normas especiales para regular la sucesión hereditaria en las familias rurales. En cambio en Francia se quejaba nuestro jurista de que “Il y a comme une raison péremptoire qui semble bien s’opposer à toute tentative que l’on pourrait faire d’introduire en France une succession spéciale pour les biens ruraux”⁸²⁴. Por tanto, se aplicaba por igual la partición forzosa.

Por todo ello Saleilles aplaudió las reglas sucesorias que el proyecto de código civil suizo introducía para las familias campesinas propietarias de explotaciones agrarias y dedicó a este tema dos textos. Uno de ellos fue publicado en 1902 en *La Réforme Sociale*, órgano de la *Société d’Economie Sociale* que fundase Frédéric Le Play. El otro artículo fue publicado en 1909 en la *Revue Trimestrielle de Droit civil*. Ambos textos fueron escritos en dos estilos diferentes, pues diversos eran los públicos a los que iba destinado. En el primer caso se trataba de un público no jurista y militante de la causa de Le Play. En el segundo caso el texto iba dirigido a la comunidad jurídica.

Quisiera insistir en el hecho de que Saleilles no se oponía radicalmente al sistema sucesorio napoleónico, incluso expresaba su oposición al principio de libre disposición defendido por Le Play: “Je n’irais jusqu’à dire (...) que je souhaiterais de voir établir chez nous la liberté de tester, illimitée et absolue, à la façon anglaise; et encore moins dirai-je que ce serait là un remède souverain à la plupart des malaises sociaux que nous souffrons”⁸²⁵. Saleilles reconocía que este principio respondía a un tipo de organización familiar y social del pasado. Así lo expresó también en una carta dirigida a su amigo Eugen Huber

⁸²⁴ Raymond Saleilles, “Le partage et la transmission intégrale”, *op. cit.*, 538.

⁸²⁵ Raymond Saleilles, “De la succession paysanne dans l’Avant-projet de Code civil suisse”, *op. cit.*, 145.

en 1895: “Je ne crois à la succession légitime que dans l’ordre des descendants et dans celui des frères et soeurs. Au-delà, ce n’est qu’une conséquence absolument contradictoire d’une conception familiale qui aujourd’hui a disparu”⁸²⁶.

Saleilles en cambio sí pensaba que la aplicación del modelo de sucesión burguesa y urbana a las familias rurales traía consigo consecuencias sociales y económicas muy negativas: “il n’est personne qui ne déplore la division forcée des grandes exploitations agricoles et industrielles ou même des entreprises commerciales après décès”⁸²⁷. El nostálgico jurista consideraba que estos males eran evitables con una regulación más abierta y “souple”.

Saleilles apreciaba los beneficios de limitar la arbitrariedad de los padres pero creía que toda normativa sobre la sucesión debía tener en cuenta las consecuencias sociales y económicas más allá del reparto de bienes del difunto. Desde este punto de vista la sucesión campesina debía tener como finalidad evitar la división de las explotaciones agrícolas y ganaderas y debía permitir su continuidad funcional. De lo contrario, al forzar la división de una explotación de este tipo, ésta podía perder su funcionalidad, desaparecer empujando a la familia que la explotaba a la ruina y a la consiguiente emigración a las ciudades⁸²⁸. En otras palabras, las reglas sucesorias debían procurar conservar las formas sociales y económicas tradicionales del campo. El legislador en definitiva debía proteger la vida campesina mediante la promulgación de una normativa sucesoria adaptada a sus condiciones.

Lo contrario tendría consecuencias injustas que el legislador no debía tolerar. Así lo expresaba el borgoñón en su artículo de 1902:

“Les pays agricoles et surtout les pays de montagnes sont certainement les régions où les anciennes communautés de famille se sont conservées le

⁸²⁶ Carta de Saleilles a Huber de 10 de octubre de 1895.

⁸²⁷ Raymond Saleilles, “De la succession paysanne dans l’Avant-projet de Code civil suisse”, *op. cit.*, 145.

⁸²⁸ Raymond Saleilles, “Le partage et la transmission intégrale”, *op. cit.*, 590.

plus longtemps. Ces communautés de famille s'expliquent par un état économique des plus curieux; ce n'est pas celui qui domine dans le monde moderne, et surtout dans notre monde industriel. Mais c'est encore celui qui s'adapte le mieux à certaines mœurs et à certains genres de culture. Il suppose des populations stables, employées aux grandes exploitations rurales, là où l'on a besoin de beaucoup de bras pour la culture du domaine, et là surtout où l'industrie est difficile à réaliser. (...) il serait souverainement imprudent et injuste de vouloir supprimer ou entraver les communautés familiales dont il a besoin pour se perpétuer”⁸²⁹.

Estas ideas de Saleilles defendiendo las explotaciones agrícolas por su mejor adaptación a determinadas costumbres y culturas son de un marcado conservadurismo y creen en la inmovilidad de la sociedad campesina en una época precisamente, los comienzos del siglo XX, en la que el campo sufría grandes transformaciones por la mecanización de la agricultura y los cambios económicos. Saleilles profesaba una verdadera fe en la sencillez de la vida rural como reserva de los valores humanos y cristianos. Por ello insistía en que el derecho protegiese y conservase estas formas de vida tradicionales. Saleilles, como hemos visto en el párrafo anterior, creía injusto y contrario al derecho natural que estas comunidades tradicionales de campesinos no pudiesen desarrollarse conforme a sus propias reglas tradicionales que eran inherentes a su medio de vida.

Saleilles era contrario al régimen cerrado del código civil francés pero también se oponía al régimen de transmisión integral (Anerbenrecht) que algunos “Länder” alemanes habían impuesto como regla obligatoria. Era contrario al sistema general de legítimas y particiones pero tampoco era favorable de la libertad absoluta de testar. Como en otros temas, Saleilles era partidario de regular el tema de la sucesión campesina mediante reglas abiertas que dejasen un gran espacio a la voluntad de las partes y a la aplicación personalizada por parte de la jurisprudencia.

⁸²⁹ Raymond Saleilles, “De la succession paysanne”, *op. cit.*, 151

Según el juicio de Saleilles Eugen Huber, con el anteproyecto de código suizo, había materializado este modelo ideal: “la façon dont il a essayé de solutionner ce problème constitue une tentative des plus ingénieuses et en même temps des plus hardies au point de vue législatif”⁸³⁰. El anteproyecto respetaba la voluntad del causahabiente, daba un espacio al acuerdo entre coherederos y permitía que el juez llevase a cabo una interpretación flexible de las normas sucesorias.

La solución dada por Huber era, en cierta manera, una solución de compromiso. Durante la tarea de codificación, el suizo se había encontrado con muchas y diversas normas sucesorias, escritas o consuetudinarias, a lo largo y ancho del territorio helvético. Huber también conocía la regulación alemana sobre la materia. Al regular la sucesión campesina quiso respetar las costumbres existentes en las zonas de montaña. Al mismo tiempo otorgó al juez amplios poderes también en este tema, como no podía ser de otra forma tratándose de Suiza. Saleilles trataba con sus escritos de defender el principio de transmisión íntegra y trataba de mostrar sus beneficios a sus colegas franceses.

En sus monografías sobre el tema trataba de mostrar los beneficios de las reglas suizas o, mejor dicho, los beneficios de su propia interpretación de las reglas suizas. Nuestro jurista describió en las dos monografías su idea de la sucesión campesina. Saleilles mostró a sus lectores franceses como el código suizo preveía tres fórmulas diferentes de atribución de la herencia. El jurista francés trató de mostrar que el objetivo máximo de estas reglas era favorecer la transmisión íntegra y evitar el descuartizamiento de unas explotaciones agrarias que jugaban un importante papel en el tejido económico y social de las zonas montañosas.

En primer lugar el proyecto otorgaba al testador el poder de establecer la indivisibilidad de un bien: “le premier et le meilleur arbitre du partage entre enfants c’est le père”⁸³¹ creía Saleilles quien seguía “Si donc un bien doit rester

⁸³⁰ *Ibidem*, 146.

⁸³¹ *Ibidem*, 147

indivisible, et s'il faut pour cela qu'il soit mis dans un seul lot, c'est au père, avant tout, à y pourvoir"., podía dejar de esta forma uno o varios bienes a uno de los hijos al mismo tiempo que establecía mediante testamento como habían de sucederle sus hijos. El padre también podía atribuir este bien a todos sus hijos al mismo tiempo.

El código suizo permitía que esta atribución individual o colectiva de un bien a uno o a todos los herederos se realizase mediante testamento o por pacto sucesorio. Estos pactos, a diferencia de lo que establecía el derecho francés, no implicaba la atribución de legados sino una institución llamada "attributions de partage ou des décrets de partage" regulados por el artículo 621 del anteproyecto⁸³². Mediante esta institución se permitía la inclusión de un inmueble en el "lote sucesorio" de un heredero. Por tanto no se aplicaba la presunción de legado y, de esta forma, subsistía, al menos como presunción, el principio de igualdad entre herederos. El heredero que hubiese recibido mediante "atribución de partición" el inmueble podría de esta forma reparar a sus coherederos no por el total recibido sino por el valor recibido en exceso: "[l]'héritier avantaagé pourra ne tenir compte envers ses cohéritiers que de la valeur de ce qu'il a reçu en trop. Ainsi donc, jamais de nullité de partage, jamais de restitution en nature, mais de simples compensations en valeur, par voie de rapport entre cohéritiers"⁸³³

Y mediante este mecanismo, tan diferente al sistema francés de presunción de legado a título de *préciput* instituido por una ley de 24 de marzo de 1898, se podía salvar la integridad de un bien inmueble o de un negocio pues se había atribuido mediante *allotissement*.

Este sistema tenía unos límites. Con estas reglas el testador tampoco podía ceder todo su capital a un heredero: la reserva a favor de los hijos del artículo 495 del anteproyecto. Si el padre no había o no había querido hacer uso de esta facultad, el código preveía que la indivisión fuese acordada por los coherederos facilitando esta posibilidad. Los coherederos, según el tenor del

⁸³² *Ibidem*, 149.

⁸³³ *Ibidem*, 150.

anteproyecto, según el código, podían hacer que una explotación agrícola configurase una comunidad indivisible quedando todos ellos como propietarios de la misma de forma estable y regular y no de forma provisional como en Francia.

Con estas facilidades a la constitución de una comunidad indivisible el anteproyecto suizo pretendía, en la opinión de Saleilles, respetar la costumbre existente en las familias campesinas de los Alpes, de “reste[r] groupées pendant un certain temps après la mort du père, jusqu’à ce que les branches se détachent peu à peu, pour aller fonder une exploitation indépendante”⁸³⁴. De esta forma, el grupo se reduciría progresivamente formándose explotaciones independientes.

Este tipo de comunidad resultaba muy original, y Saleilles puso gran empeño en destacarlo, pues se alejaba de la comunidad germánica y de la de Derecho romano. Por ello la terminología utilizada por el código suizo era diferente de la que habían usado los legisladores alemán y francés. El código suizo hablaba de “communauté de famille” en su versión francesa y de “Gemeinderschaft” en la alemana. Saleilles subrayaba la diferencia de esta comunidad de familia con la “communauté” francesa simple que equivaldría a la “Gesammte Hand” alemana. Estas colectividades o comunidades de familia del derecho suizo, a diferencia de las comunidades del derecho alemán y francés, implicaban un compromiso de vida en común, una explotación común de los bienes rurales: “Ce domaine indivis forme une masse à part; c’est un patrimoine séparé, qui ne prend pas contact avec aucun des patrimoines individuels des associés”⁸³⁵.

Este tipo de comunidad estaba regulado en el capítulo dedicado al derecho de familia y se configuraban como “fondations de familles” que podían ser creadas por “fideicomiso de familia” o como “fonds de famille”. Este fondo de familia, según el artículo 365 del código, podía crearse con una afectación determinada; el mantenimiento de la familia. Podía incluir todos los bienes de la

⁸³⁴ *Ibidem*, 151.

⁸³⁵ *Ibidem*, 152.

explotación o uno solo. Podía tener una duración determinada o indefinida. Incluía bienes reservados del matrimonio y bienes comunes.

Saleilles destacaba las diferencias de esta comunidad con la comunidad romana o comunidad por cuotas que comportaba una “indivision inorganique, la seule connue du droit romain et du droit français, qui n’est qu’un état en quelque sorte purement statique, un état d’immobilisation et une source d’entraves, aussi funeste au progrès économique qu’à la bonne entente des familles”⁸³⁶.

En esta comunidad indivisa del derecho suizo no había cuotas indivisas. Este extremo traía consecuencias jurídicas muy importantes. En primer lugar, los comuneros no eran propietarios de una parte de la comunidad que podían vender si así lo deseaban. Además, no se exigía unanimidad sino mayoría en las decisiones de los comuneros: la administración se hacía en común pero se tomaban decisiones por mayoría.

Esto podía ser considerado como algo injusto en la Francia del siglo XX. Podía considerarse que atentaba contra la autonomía de la voluntad individual. Pero Saleilles mostraba como esta norma no implicaba que los coherederos estuviesen obligados a mantenerse en la explotación familiar. Podían separarse de ella a cambio de la percepción de una renta.

Además, gracias a esta regla que permitía a los coherederos mantenerse unidos en la explotación, se permitía que uno de ellos se quedase con la explotación a cambio del traspaso de una renta a los demás comuneros: “Le domaine devrait donc être remis aux mains d’un seul des héritiers, qui en aurait seul l’exploitation exclusive”. Con esto se se lograría algo muy preciado por el nostálgico Saleilles: “unité d’action dans les rapports extérieurs, communauté dans les rapports internes”⁸³⁷. Cada año el “attributaire-gérant”, el gerente nombrado por los comuneros, debería pagara sus hermanos una parte del beneficio neto a partir de una cifra calculada a partir del producto medio de los bienes indivisos según establecía el artículo 376 del anteproyecto. Una

⁸³⁶ *Ibidem*, 160.

⁸³⁷ *Ibidem*, 156.

fórmula de explotación perfecta según Saleilles que conjugaba la unidad familiar con cierta autonomía de sus integrantes.

Saleilles reconocía que “Ce sera l’hypothèse la plus fréquente toutes les fois que, parmi les enfants, un seul voudra faire sa carrière de l’agriculture, tandis que les autres poursuivront une profession différente”⁸³⁸. Aquí Saleilles conjugaba modernidad y tradición aunque reconocía que la regla no sería que los miembros de la familia quedasen unidos en la explotación. Esta apreciación de Saleilles mostraba en todo caso que la convivencia y explotación en común podía dar lugar a conflictos jurídicos. Para ello disponía el código suizo que el Juez pueda hacer de árbitro.

Según Saleilles, el anteproyecto suizo había recogido esta figura de las costumbres suizas y de la historia, pues este tipo de comunidad “ce fut la forme historique française et allemande, franque et burgonde, si vous préférez remonter aux époques primitives, de la copropriété de famille”⁸³⁹. Europa, mantenía Saleilles, tenía un patrimonio histórico-jurídico común que se había mantenido en Suiza y que, desgraciadamente, se había perdido en el resto de países occidentales que habían adoptado la propiedad romana. En este sentido es interesante observar como en la defensa de este “altro modo di possedere” que tenían los campesinos en Suiza⁸⁴⁰ Saleilles practicó la comparación vertical y la comparación horizontal. Para defender un modelo de comunidad que podía ayudar a conservar las comunidades campesinas Saleilles intentó mostrar como el derecho suizo en esta materia, más se aproximaba al derecho ideal que franceses y alemanes debían seguir: “alors que le droit français (...) n’organise que le droit, le moyen et presque l’obligation, de surtir de l’indivision, le droit suisse prend l’orientation opposée; il organise le droit, le moyen et quelquefois même l’obligation, de rester dans l’indivison”⁸⁴¹.

⁸³⁸ Raymond Saleilles, “Le partage et la transmission intégrale”, *op. cit.*, 553.

⁸³⁹ *Ibidem*, 153.

⁸⁴⁰ Paolo Grossi, “Un altro modo di possedere”. *L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano Giuffrè Editore, 1977.

⁸⁴¹ Raymond Saleilles, “Le partage et la transmission intégrale”, *op. cit.*, 153.

El código civil suizo, permitía una tercera forma de transmisión de la propiedad agraria a falta de pacto entre coherederos o atribución íntegra del causahabiente. Es lo que Saleilles llamaba “partage judiciaire”. Se trataba de una institución muy aplaudida también por nuestro jurista, tan favorable al derecho de creación judicial. De hecho este “partage” era administrativo pues correspondía a cada Cantón decidir si estas cuestiones habían de ser resueltas por un juez, un notario o un experto.

Saleilles, admirador como ya hemos visto del poder que tenía el juez suizo, gusta pensar que en la inmensa mayoría de los cantones era el juez el que decidía: “Il est évident que, dans la plupart des cantons, cette autorité sera le juge, sauf à lui à désigner un expert qui procédera aux opérations de partage sous réserve de son homologation. Voilà pourquoi, en dépit de l'imprécision du terme, et bien que l'expression ne soit pas celle du Code de 1907, je parlerai toujours, pour la brièveté du langage, de partage judiciaire”⁸⁴².

En todo caso al dejar un cierto poder al juez para decidir sobre la transmisión integral, se pretendía respetar la pluralidad de costumbres que sobre este punto existían en Suiza. En Suiza, según Saleilles, “nous ne trouvons plus, au cas de partage judiciaire, aucune de ces règles d'égalité radicale, et presque sectaire, qui déparent notre Code civil français”⁸⁴³. Tampoco seguía el modelo alemán que imponía en algunos casos la transmisión íntegra y optaba por una fórmula más democrática. Saleilles oponía a la obligación de transmisión íntegra de algunos Estados alemanes y a la obligación de partición igualitaria francesa el suave y flexible *Anerbenrecht* suizo que podía materializarse contractualmente o judicialmente⁸⁴⁴.

El anteproyecto de ZGB en su artículo 630 regulaba los criterios a seguir por el juez para decidir entre la división y la transmisión íntegra. Se debían tener en cuenta los usos locales y la situación personal de los coherederos. Esta era la regla recogida en el artículo 630 del Anteproyecto, 616 del Proyecto

⁸⁴² *Ibidem*, 557.

⁸⁴³ Raymond Saleilles, “De la succession paysanne”, *op. cit.*, 157.

⁸⁴⁴ *Ibidem*, 147.

y 620 y 621 del texto definitivo. Mas entre estos tres textos había importantes diferencias. El Anteproyecto establecía que, en caso de oposición de uno o varios de los herederos a la transmisión íntegra, el juez había de tener en cuenta la costumbre, la situación de los herederos y la voluntad de la mayoría. El texto definitivo, en cambio, obligaba al juez en su artículo 621 a atenerse al uso local a la hora de decidir sobre la atribución: “l’autorité décide de l’attribution ou ordonne soit la vente, soit le partage, en tenant compte des usages locaux et, à défaut d’usages, de la situation personnelle des héritiers”.

Según esta regla, el conflicto planteado a un juez entre partidarios de la atribución íntegra y partidarios de la partición forzosa quedaba solucionado. En caso de costumbre favorable a la transmisión íntegra, el juez la aplicaba sin más. En caso de costumbre contra la transmisión íntegra o en caso de ausencia de costumbre, el juez decidía conforme a las circunstancias personales de los herederos.

Según Saleilles, la interpretación que se había de hacer del artículo 621 debía ser otra muy diferente. El jurista francés hacía, como era fácil de esperar, una interpretación extremadamente favorable a la transmisión íntegra. Esta interpretación se la sugirió por carta a Huber, quien le confirmó la acertada lectura del texto definitivo: “Il me semble, en effet, qu’on a introduit un système tout différent de celui des projets de 1900 et 1904” (...) “J’en conclus que, dans ce cas, si l’usage local est en faveur de l’attribution intégrale, celle-ci s’impose au juge, puisqu’il n’aurait à tenir compte des rapports de considération personnels qu’à titre subsidiaire, à défaut d’usage conforme. Seulement dans ce cas, l’usage des pays n’étant plus en faveur de l’attribution intégrale, le juge reprend son libre pouvoir d’appréciation, et tient compte alors des considérations personnelles.

D’où les deux solutions: attribution forcée là où l’usage est en ce sens; attribution à l’appréciation du Juge, vente ou partage, là où l’usage est contraire au système de transmission intégrale”⁸⁴⁵.

⁸⁴⁵ Carta de Saleilles a Huber de 7 de junio de 1909.

El resultado de esta consulta a Huber lo transcribió Saleilles para publicarlo dentro de su artículo para la *Revue Trimestrielle*⁸⁴⁶. A Saleilles le interesaba mostrar que también el prestigioso y admirado jurista Eugen Huber, redactor del anteproyecto suizo, se decantaba, en caso de duda o conflicto, a favor de la transmisión íntegra.

En otras palabras, cuando la costumbre era contraria a la transmisión íntegra, el Juez podía, apreciando las circunstancias de los herederos, decidir a favor de la transmisión íntegra, pero no al contrario. Y esta interpretación la fundamentaba Saleilles en la ya citada finalidad social de las reglas sucesorias: “Il fallait empêcher la désertion des campagnes, favoriser l’attache au sol de familles paysannes de moyenne propriété. Donc lorsque l’objet (...) est un domaine rural, on va proclamer le principe de l’attribution intégrale obligatoire”⁸⁴⁷. Principio éste, como hemos visto, matizado por el juez en caso de costumbre contraria y circunstancias personales de los herederos que aconsejen otra solución.

De esta forma volvemos a esta finalidad del Derecho de sucesión que tanto preocupaba a Raymond Saleilles. Finalidad que cumplían a la perfección las reglas del código suizo. Saleilles, lo hemos visto, idealizaba estas normas y las interpretaba de forma interesada a favor de una transmisión íntegra que implicase la explotación y la vida en común de los herederos. Saleilles destacaba especialmente todo lo referente a la transmisión judicial pues constituía ésta un ejemplo de lo que debería ser aplicación judicial del derecho: “ce procédé est assurément le plus souple, celui qui tient le mieux compte de chaque espèce individuelle, le seul qui réalise l’individualisation du droit subjectif”⁸⁴⁸.

Saleilles utilizó esta regulación del anteproyecto suizo para indicar el camino que el derecho debía de seguir en los referente a las fuentes del derecho y a la aplicación judicial del mismo. El borgoñón defendía un cambio

⁸⁴⁶ Raymond Saleilles, “Le partage et la transmission intégrale”, *op. cit.*, 587.

⁸⁴⁷ *Ibidem*, 565.

⁸⁴⁸ Raymond Saleilles, “De la succession paysanne”, *op. cit.*, 161.

en la mentalidad y en la formación de los jueces para que éstos pudiesen ver ampliados sus poderes y su independencia y poder, de esta forma, erigirse como árbitros de la justicia y la equidad entendida no como lo hacía el juez Magnaud sino como lo creía el mismo Saleilles: aplicación mediante el método histórico de la norma adaptándola a cada caso concreto.

Para él las normas suizas constituían una cristalización de las costumbres y leyes históricas de lo que llamaría, parafraseando a Saleilles, “humanité helvétique”. Saleilles presentaba el código suizo a sus colegas franceses como un cuerpo legislativo que había sistematizado las diferentes reglas del derecho tradicional suizo introduciendo cierto orden en el paisaje normativo suizo pero siempre respetando la tradición y pluralidad existentes previamente en Suiza. “L’Avant-projet suisse est une oeuvre à posteriori et par suite une oeuvre d’expérience”⁸⁴⁹ decía Saleilles. En definitiva el anteproyecto suizo era la materialización normativa de la comparatística defendida por Saleilles. Se trataba del derecho común de la humanidad limitado a la Confederación Helvética: “il [el anteproyecto suizo] marque la voie où s’engagera de plus en plus, je le crois, l’orientation de l’avenir”.⁸⁵⁰

Esto es una muestra más de esta nostalgia del modernista Saleilles. El código suizo cambiaba cosas de este paisaje jurídico helvético. Como nos dice Pio Caroni, “Soit sur un plan théorique, qu’en vertu de l’expérience, on pourrait bien soutenir le contraire et en conclure que les codes, en réalité, même lorsqu’ils grandissent sur une couche historique, changent le droit tant ou peu ils le modifient. Et pourtant Saleilles avait une certaine propension à voir (à croire) le contraire”⁸⁵¹. Esto sucedió en Suiza. En algunos puntos del derecho sucesorio el código se basó en reglas de cantones franceses: En otros ámbitos se impusieron las reglas de Zúrich. El nostálgico Saleilles veía otra realidad

⁸⁴⁹ *Ibidem*, (Respuesta a la pregunta de M. Hubert-Valleroux), 163.

⁸⁵⁰ *Ibidem*, 161.

⁸⁵¹ Pio Caroni. Manuscrito de sus lecciones en Dijon en marzo del 2002. He accedido a la versión manuscrita por gentileza del profesor de Berna.

determinada por su nostalgia y por sus propios deseos y aspiraciones de reforma en el Derecho francés.

Saleilles, además, perdía de vista que no el Derecho del Estado no era el único actor que influía sobre la sociedad rural que él idealiza. También influyeron la economía y los intercambios sociales y económicos. Suiza, como toda Europa, estaba sufriendo también un fuerte proceso de industrialización, de urbanización y de modernización de las comunicaciones. Quizás algunos parajes suizos todavía conservaban cierta pureza pero no tardarían en perderla. Después de la I Guerra Mundial el turismo de balneario empezó a popularizarse como nos cuenta Thomas Mann en sus conferencias californianas. Esto significó el inicio del turismo en aquellas zonas que impulsó a muchas familias a abandonar la agricultura para dedicarse a otras actividades.

De hecho, si observamos la evolución del derecho suizo, vemos que muchas reglas que favorecían a los campesinos no se llegaron a aplicar. Tampoco se materializó el crédito rural que se había regulado como un instrumento para favorecer el mantenimiento de estas explotaciones agrarias. Saleilles desarrolló entorno al código suizo un mito. Creía que el ZGB permitía la pervivencia de una Arcadia alpina que salvaría a las comunidades campesinas de ser contaminadas por la masificación de la industria y de las grandes ciudades. Saleilles llegó a defender que en Francia se podrían aplicar también viejas costumbres que incluso los coetáneos de Le Play daban ya por prácticamente desaparecidas. El jurista borgoñón falleció precisamente cuando más se despertaba su interés por este derecho amable con los campesinos.

5.3.- Saleilles contra la tradición suiza: el beneficio de inventario

Acabamos de ver como Saleilles defendía el sistema suizo de sucesión campesina. En él veía uno de los más importantes logros del código helvético y un sistema a importar en Francia. El modelo suizo respetaba las formas tradicionales de vida campesina y permitía que las explotaciones agrarias se

transmitiesen íntegramente. Pero Saleilles también guardaba críticas a algunas reglas del derecho sucesorio suizo. “Le grand reproche” que Saleilles hacía al ZGB era por las reglas que regulaban la responsabilidad del heredero. Estas también estaban fundamentadas en el derecho tradicional suizo y en una determinada concepción de la familia que existía en Suiza pero no por ello se salvaban de las críticas de Saleilles.

Poco antes de morir el jurista francés elaboraba un texto sobre el beneficio de inventario en Suiza para el libro jubilar de Chironi⁸⁵². En 1911 había presentado un informe en *la Société d'Études législatives* que coincidía bastante con aquel texto del libro homenaje⁸⁵³. En ambos textos se mostró Saleilles bastante crítico con las normas suizas.

El legislador suizo, a diferencia del francés o el alemán, partía del principio de sucesión universal. Es decir; el heredero adquiría automáticamente y de pleno derecho todos los derechos del patrimonio del causahabiente. Esto suponía la adquisición de pleno derecho de la herencia por ley desde el momento de apertura de la sucesión. La responsabilidad del causahabiente, por tanto, se transmitía también de forma automática, pues desde ese momento se confundían los patrimonios de causahabiente y sucesor.

Esta norma estaba contenida en el artículo 560 del ZGB que Saleilles tradujo de la siguiente manera: “Les héritiers acquièrent de plein droit l'hérédité en tant qu'universalité par l'effet même de la loi”⁸⁵⁴. En este punto el derecho suizo se diferenciaba de otros ordenamientos como el alemán, en el que el heredero podía pedir la separación de su patrimonio y el del causahabiente.

Para Saleilles la legislación suiza es “de toutes les législations, celle qui a poussé le plus loin, presque à l'extrême, le principe de la succession à la

⁸⁵² Raymond Saleilles, “Du rôle de l'inventaire dans la procédure du bénéfice d'inventaire”, *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, vol. I, Milano-TORINO-Roma 1915, 435-479.

⁸⁵³ Raymond Saleilles, “La Responsabilité de l'héritier dans le Code civil suisse”, *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 10 (1911), 476-512.

⁸⁵⁴ *Idem*, 478.

personne, entendue d'une succession de plein droit à l'universalité des rapports de droit, tant actifs que passifs, qui constituaient le patrimoine du défunt"⁸⁵⁵. Critica el jurista francés que el código suizo hubiese ido tan lejos en la aplicación del principio de sucesión universal.

El problema lo veía Saleilles en la responsabilidad con que debía cargar el heredero. El código le otorgaba a éste el derecho de solicitar el inventario público, equivalente suizo del beneficio de inventario. Pero el heredero, una vez aceptada la herencia, no podía pedir este inventario y tenía que afrontar todas las deudas de la masa hereditaria con su propio patrimonio según los artículos 588 a 593 del código.

En caso de solicitar el inventario público se producían dos cosas. En primer lugar se separaban los patrimonios del heredero y del causahabiente, siguiendo el modelo del BGB alemán. En segundo lugar, para limitar la responsabilidad el heredero debía hacer una declaración solicitando la apertura de un inventario. Se limitaba por tanto la responsabilidad del heredero. El problema es que esta declaración debía ser previa a la aceptación y quedaba anulada en el momento que el heredero aceptase la herencia. Es decir; el heredero según este sistema no podía aceptar a beneficio de inventario. Podía aceptar con todas las consecuencias o no aceptar y solicitar inventario.

Esta aceptación podía darse de forma tácita e incluso mediante gestos cuya trascendencia podía ignorar el sucesor. Así le expresaba este temor a Huber en una carta:

"Voilà qui est singulièrement dur, d'autant que les cas d'acceptation tacite, d'après l'art 571, sont très vaguement délimités. Il aura suffi que l'héritier s'imisce dans les affaires de la succession! C'est aussi dangereux que notre système français d'acceptation tacite, avec tous les traquenards et toutes les surprises dont il est susceptible. Il y a en plus cette aggravation, si connue du droit français, d'un délai préféré de forclusion pour faire inventaire, et cela à peine de déchéance du bénéfice d'inventaire"⁸⁵⁶.

⁸⁵⁵ *Idem*, 482.

⁸⁵⁶ Carta de Saleilles a Huber de 4 de marzo de 1911.

Esto implicaba que el heredero estuviese prácticamente obligado a aceptar las deudas del causahabiente sin otra opción y, en ocasiones, sin conocer la existencia de estas deudas. Desde que el heredero adquiría su calidad de tal por efecto de la ley y desde el momento en que se abría la sucesión, las posibilidades de oponerse a ella se complicaban. Bastaba la aceptación de la herencia o una declaración expresa o tácita para que el heredero pudiese ser tenido como tal con todas las consecuencias.

Otro de los aspectos de la regulación de la responsabilidad del heredero que Saleilles criticaba era el de los plazos para aceptar o rechazar la herencia. Durante la redacción del texto homenaje a Chironi el francés debatió sobre este tema por carta con el autor del código suizo. Lo que más inquietaba a Saleilles, según una de sus cartas, era el breve plazo que el legislador suizo daba al heredero para solicitar le inventario público:

“D’autre part, je suis un peu préoccupé des dangers que peut faire courir à l’héritier un délai aussi restreint. On en avait été effrayé lors de la préparation du code civil allemand. On avait craint que l’héritier négligeât de demander l’inventaire dans la persuasion où il pourrait être de la solvabilité de la succession alors qu’il ne se décide qu’après coup de grosses dettes jusqu’alors inconnues. Et c’est pour obvier à cet inconvénient que le code civil allemand a substitué au délai légal le système d’un délai judiciaire fixé sur la demande des créanciers.

Ainsi ai-je peur que, dans le système du code civil suisse, avec un délai si court, l’héritier ne soit exposé aux mêmes dangers.

Il croira la succession bonne et trouvera inutile d’assumer les frais et la longueur d’un inventaire. Puis le dernier mois passé, il aura connaissance de dettes dont il ne pouvait avoir le soupçon. Il voudrait pouvoir encore compter bénéficiairement et ne le pourra plus, parce qu’il a laissé passer le délai légal pour demander l’inventaire.”⁸⁵⁷

⁸⁵⁷ Carta de Saleilles a Huber de 4 de febrero de 1911.

La aceptación tácita planteaba también problemas según Saleilles. Esta veía regulada por el artículo 571 del código. Según el párrafo 1 de esa norma la aceptación tácita se daba cuando el heredero dejaba expirar el plazo de aceptación sin haberse pronunciado. Según el artículo 571 párrafo 2 cuando el heredero realizase actos de *gestio pro herede*, o se inmiscuye en los asuntos de la sucesión se entendería que aceptaba la sucesión. Estos actos eran aquellos no exigidos por la pura administración.

Visto todo esto, queda claro que el sucesor que aceptaba, callaba u osaba inmiscuirse en la gestión del patrimonio, quedaba asimilado automáticamente al heredero “pur et simple” del derecho francés. “De lors, il ne peut plus ne demander la séparation des patrimoines sous forme de liquidation officielle (...) ni même requérir l’inventaire public pour faire apparaître les dettes occultes et exclure els créanciers tardifs”⁸⁵⁸. Las consecuencias de este sistema eran radicales y el heredero difícilmente podía librarse de ellas.

La opinión de Saleilles sobre estas normas era dura: “C’est le grand reproche que je ferai au Code civil suisse. Il a aggravé, en matière de responsabilité personnelle illimitée, les rigueurs mêmes du droit français”⁸⁵⁹.

Saleilles encontraba esto “inacceptable”. Pero al mismo tiempo entendía el origen de esta solución. Saleilles opinaba que estas normas eran consecuencia de “cette idée très respectable, et fortement sacrée dans les traditions juridiques du peuple suisse, que tout héritier doit à la mémoire de celui qu’il représente de faire honneur à son passif, et cela intégralement”. Esto respondía a “un principe de solidarité familiale qui est en harmonie avec tout l’ensemble des traditions historiques du peuple suisse”⁸⁶⁰.

Pero Saleilles no dejaba por ello de criticar esta solución, que dudosamente respondía a las necesidades de la época. En sus críticas se apoyó incluso en la opinión que Otto Gierke le expresó por carta y que Saleilles añadió a su artículo. En su misiva afirmaba Gierke: “En ce qui concerne la

⁸⁵⁸ Raymond Saleilles, “La Responsabilité de l’héritier”, *op. cit.*, 487.

⁸⁵⁹ *Idem.*

⁸⁶⁰ *Idem*, 489.

responsabilité de l'héritier relativement aux dettes de la succession, je n'arrive pas à comprendre comment on peut mettre en doute un instant que, par rapport à nos idées modernes et aux nécessités pratiques de notre temps, seule la conception originaire du droit germanique, d'après laquelle les dettes sont une charge du patrimoine, se trouve en réaliser la pleine et unique concordance⁸⁶¹.

Saieilles criticó una regulación de la responsabilidad del heredero que se encuadraba perfectamente en la tradición jurídica y cultural suiza. Estas normas se desprendían de una concepción de la familia en la que la aceptación de la herencia con todas las consecuencias resultaba un acto de honor y respeto al difunto. Puedo imaginar que, precisamente por esta concepción de la familia, los padres procurarían sanear su patrimonio para no dejar lastres a sus herederos. En Francia un padre podía dejar deudas impagadas con la tranquilidad que le daba el derecho de sus hijos a aceptar a beneficio de inventario.

Creo que Saieilles no pudo desprenderse de la forma francesa de pensar las instituciones jurídicas del derecho de sucesiones. Estas respondían a una tradición jurídica diversa de la del país alpino. En todo caso Saieilles se guió en su estudio del beneficio de inventario suizo por la intención de proteger a la parte más débil de esta relación jurídica; la del heredero que ignoraba las deudas de la herencia.

Estas críticas se encuadran perfectamente en el pensamiento de Saieilles, quien se situaba en la posición de un heredero que podía ser analfabeto o campesino residente en un aislado valle alpino. Para un sujeto de estas características, estas normas sobre la aceptación de la herencia podían resultar demasiado complicadas. Por ello podía verse abocado a una aceptación de unas consecuencias que no podía calibrar.

En todo caso resulta interesante observar como la aceptación y defensa del código suizo que hacía Saieilles no era incondicional y que incluso guardaba críticas a la obra de su amigo y admirado colega Eugen Huber. Pero Saieilles admiraba y criticaba un código idealizado y contemplado con lentes

⁸⁶¹ *Idem*, 488, nota 1.

francesas de mediados del siglo XIX. Quiero decir con esto que Saleilles creía que el código civil suizo, en esta y en otras materias, debía jugar el mismo papel jurídico y social que había jugado el código francés. No valían las transposiciones de un código de un país a otro. Cada país no solamente redactaba de diferente manera sus reglas civiles sino que les otorgaban una posición y una función también diversas a estas normas. Saleilles se escandaliza por las reglas del beneficio de inventario suizo ignorando que estas reglas respondían a una tradición diferente y que su función no sería la de imponerse a toda costa como pasaba con las reglas del caduco código francés, tan criticado por Saleilles pero, al mismo tiempo, tan inserto en la cultura jurídica de este jurista.

VI.- Conclusiones

En este último capítulo del trabajo hemos podido comprobar como el derecho comparado de Raymond Saleilles estaba mediatizado por la idea del derecho común de la humanidad que derivaba en Francia en una lucha por la reforma. Las líneas de esta reforma habían de ser una mayor flexibilidad, “souplesse” de las reglas del código y un mecanismo jurisprudencial y científico de individualización del derecho codificado. Saleilles defendía un sistema jurídico que partía de un código poco codificado que la jurisprudencia aplicando un método científico que no era otro que el histórico adaptaría a las necesidades sociales. Este método permitiría dar una respuesta moderna a los nuevos problemas jurídicos derivados de la industrialización.

Así habían actuado los tribunales franceses ante el desafío de los accidentes de trabajo. La jurisprudencia también podía aproximar las normas del derecho de obligaciones a la realidad como había querido el legislador alemán. Asimismo el juez era también el mejor árbitro entre sucesores y podía decidir cuál érale mejor destino de una explotación agrícola como sucedía en Suiza. También podía jugar la jurisprudencia un destacado papel en el desarrollo de las fundaciones privadas si bien en este caso era necesario en primer lugar regular legislativamente su existencia y funcionamiento.

Para Saleilles el objeto del derecho comparado era la construcción de un “droit commun de l’humanité civilisée”. De ello habla abiertamente durante una primera fase de construcción de derecho comparado que duraría hasta 1900 aproximadamente. A partir de entonces las referencias a este derecho común eran tácitas. Pero allí estaban.

La construcción práctica de este derecho común no consistía en la importación de leyes extranjeras. Saleilles no pretendía que el legislador tradujese las leyes de la declaración de la voluntad alemanas, las reglas suizas de la sucesión, la normativa suiza sobre las fuentes del derecho o sobre las fundaciones. Más bien pretendía que la jurisprudencia francesa marcara el camino del progreso jurídico a partir de las tendencias jurídicas que desarrollaban los sistemas alemán, suizo y francés también.

Esta tendencia, según creía Saleilles, se dirigía a la socialización del derecho. El futuro jurídico debía superar el radical individualismo del derecho privado francés y tender hacia un sistema en el que la autonomía del individuo tuviese un límite en los intereses jurídicamente amparados de la comunidad. Así los contratantes debían pagar un peaje de libertad para la protección de los débiles. La autonomía individual de los sucesores de una persona debía conjugarse con el interés de la comunidad campesina. Los intereses de una comunidad de individuos organizados en una asociación merecían protección y la máxima capacidad de obrar.

Saleilles apenas hablaba de socialismo cuando esta doctrina era una amenaza al sistema burgués que estaba en la mente de todos los juristas. Pero pese a la ausencia de referencias, las doctrinas obreristas estaban muy presentes en su obra. Las críticas a la autonomía de la voluntad, la defensa de un "Homestead" no enajenable o la defensa de las asociaciones son una reacción desde el catolicismo social a las reivindicaciones de las clases desfavorecidas que el socialismo y el anarquismo atraían hacia ellas. La obra del modernista Saleilles respondía en gran medida a su inspiración católica.

¿Qué papel jugó su doctrina en la historia de la ciencia comparatística? Si miramos hacia el tiempo posterior a Saleilles encontramos que sólo algunas ideas del borgoñón pervivieron. La I Guerra Mundial supuso una importante cesura en el desarrollo de la economía, de la sociedad pero también de la ciencia francesa. La Europa que vio el sol en 1918 ya no podía permitirse soñar con comunidades campesinas no afectadas por la industria y la sociedad de masas. Tampoco podía pretender la consecución de un bucólico sistema jurídico con códigos mínimos y jueces sabios que actuarían guiados por el método histórico.

Quedaba para la generación posterior su elaborada doctrina, su estudio y difusión de la ciencia alemana y, sobretudo, su lucha por la diferenciación del derecho comparado, base del desarrollo de esta ciencia. Los juristas de la generación posterior, Lambert y Lévy-Ullmann, desarrollarían el derecho comparado con una atención preferente hacia la ley pero también hacia la jurisprudencia de los países del "Common Law". Atrás quedaba la doctrina de

un “droit commun de l’humanité civilisée” de matriz científica y perfil elitista. Atrás la centralidad de los códigos civiles y también la de la Europa occidental.

Si miramos hacia el tiempo pasado de Saleilles vemos que la obra del borgoñón supuso un salto importantísimo en la ciencia jurídica. Con Saleilles se superó la exégesis y definitivamente se rompían las fronteras territoriales y disciplinares del derecho. El estudio del derecho, mediante el llamado método histórico se acercó pasando por la historia a la realidad social. El desarrollo de una comparatística científica abrió el punto de vista de los juristas a las tendencias doctrinales y legislativas de otros países.

Saleilles enterró la exégesis y estuvo detrás de las aventuras científicas que habían de situar el derecho francés de nuevo en un lugar privilegiado dentro del derecho europeo junto con el derecho alemán y el suizo. Si el derecho francés recuperó su papel predominante y rechazó las influencias alemanas no sería por esto sino por la guerra que durante cuatro años asoló los dos países y que construyó un muro entre ambas doctrinas que costaría décadas destruir.

VIII.- Anexo 1º

Cartas de Raymond Saleilles a Eugen Huber

5¹

Gigny par Beaune

(Côte d'or) France^a

10 10/95

Monsieur et Savant Collègue,

Permettez-moi de m'autoriser de la bienveillance que vous m'avez précédemment montrée pour vous présenter une demande pour laquelle je vous fais par avance toutes mes excuses.

Ce que j'ai lu dans les Journaux Suisses au sujet de l'important Rapport que vous venez de présenter sur l'unification du Droit de Succession¹ a grandement excité mon intérêt; et comme je ne suppose pas que votre Rapport soit dans le commerce je prends la liberté de vous demander, si vous en aviez quelque exemplaire de disponible, de vouloir bien me l'envoyer, ne serait-ce qu'à titre de communication. Si vous pouviez faire plus, et vous dessaisir d'un exemplaire en ma faveur, je vous en serais extrêmement reconnaissant. Ces

¹ El número del encabezamiento hace referencia al número de la carta en el epistolario completo.

^a France] *Subrayado en el original.*

¹ Eugen Huber, "Rechtseinheit und Reform des schweizerischen Erbrechts. Vortrag auf der Jahresversammlung des Schweizerischen Juristen-Vereins zu Bern", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF, 14. (1895), 556-591. En el mismo año publica Huber *Betrachtungen über die Vereinheitlichung des schweizerischen Erbrechts*, Basel, 1895.

questions de droit comparé continuent à m'intéresser au plus haut degré et en particulier tout ce qui touche à l'avenir du Droit de succession.

Je suis d'avis que l'ancien système est absolument excessif, et destiné à disparaître. Je ne crois la Succession légitime que dans l'ordre des descendants et dans celui des Frères et Sœurs. Au-delà, ce n'est plus qu'une conséquence absolument contradictoire d'une conception familiale qui aujourd'hui a disparu. A tous ces titres, votre Rapport me serait extrêmement précieux.

Si vous pouvez, Monsieur et Savant Maître, me faire cet envoi, je vous serais reconnaissant de me l'adresser à Paris où je viens d'être nommé comme Professeur agrégé à la Faculté de droit².

Mon adresse sera, soit à la Faculté de Droit, soit 10bis Rue du Pré aux Clercs. Paris.

Veillez, Monsieur et Savant collègue, agréer l'expression de mes sentiments respectueux et dévoués,

R. Saleilles

² Por un *Arrêté* del Ministerio de Instrucción Pública de 17 de abril de 1895 Raymond Saleilles es nombrado *Professeur Agrégé* en la *Faculté de Droit* de París (*vid.* Archives Nationalesde France, Expediente Raymond Saleilles, F¹⁷ 25908).

Paris, 10bis Rue du

Pré aux Clercs

31.10/95

Monsieur et Savant collègue,

Je vous suis extrêmement reconnaissant des précieux envois que vous avez bien voulu m'adresser¹, et dont je vous aurais déjà remercié sans les premières difficultés d'une installation et d'une reprise de service toujours assez compliquée.

Je serais très heureux de pouvoir garder, comme vous m'y autorisez, le texte du Projet avec les savants commentaires dont vous l'avez fait suivre; et j'aurai tout profit aussi à pénétrer davantage et plus à fond dans vos conceptions, grâce aux deux brochures que vous m'adressez, et à celle dont vous voulez bien par avance m'annoncer l'envoi. Ce sont là des questions de premier ordre, dont on commence également à se préoccuper en France, non seulement dans le monde qui s'occupe du Droit d'un point de vue spéculatif, mais dans le large public, et parmi ceux surtout qui peuvent lancer une réforme législative.

Il est bon à ce point de vue que l'on soit mis au courant de ce qui se prépare ailleurs; et je m'emploierai à répandre autour de moi ces idées très profondes et absolument conformes au courant de l'avenir, auxquelles vous avez su donner une expression si forte et si heureuse.

¹ *Schweizerisches Civilgesetzbuch. Erster Teilentwurf. Die Wirkungen der Ehe. Mit Erläuterungen für die Mitglieder der Expertenkommission als Manuskript gedruckt. Code Civil suisse. Les effets du mariage. Premier avant-projet. Imprimé avec un commentaire, pour la commission d'experts, Berne, 1894.*

Veillez, Monsieur et Savant Maître, recevoir, avec mes remerciements,
l'hommage de mes sentiments respectueux et reconnaissants,

R. Saleilles

Paris, 10bis rue du

Pré aux clercs

14.12.96

Monsieur et Savant Maître,

J'ai mis quelque temps à vous remercier de votre beau Rapport sur l'unification du Droit en Suisse¹. J'avais voulu attendre de pouvoir le lire avec le soin et l'attention que mérite la question en elle-même et que mérite surtout tout ce qui vient de vous.

Rien pour ma part ne pouvait m'intéresser davantage; d'autant que depuis que je suis à l'Université de Paris on m'a mis à l'enseignement du droit pénal², et que c'est en cette matière surtout que je constate la nécessité de l'unification du Droit comme conséquence absolue de l'unité d'Etat politique. La diversité en cette matière implique encore la vieille idée, qui était celle de la Loi Salique, que la peine est le prix d'un risque et que chacun a un droit personnel à ne payer la peine, pour employer l'expression consacrée, que dans la limite de ses usages traditionnels: ce serait la faculté inhérente aux droits personnels de l'individu - de là la nécessité d'une large décentralisation en cette matière. Je suis pour ma part un très grand partisan de la décentralisation; mais pour que la décentralisation soit féconde il faut qu'elle repose sur une base d'unification très

¹ Eugen Huber, *Betrachtungen über die Vereinheitlichung des schweizerischen Erbrechts*, Basel 1895. Cf. Eugen Huber, "Botschaft der Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit", in *Bundes Blatt*, 4. Bern 1896, 733-786.

² El 26 de julio de 1895 se le encarga a Saleilles en sustitución del Profesor M. Leveillé que había sido nombrado diputado, el curso "Législation pénale comparée". Este encargo se renueva los dos cursos siguientes. (*vid.* Archive Nationale de France, Expediente Raymond Saleilles, F¹⁷ 25908).

solide en tout ce qui constitue le lien politique. Or la peine est avant tout une mesure d'ordre politique, elle implique partout, sur tous les points du territoire national, la même conception de la Société, des nécessités sociales et des droits de la défense sociale: si sur ces points fondamentaux il n'y a pas unité des vues, autant dire qu'il n'y a pas unité nationale et unité politique. Voilà pourquoi je ne comprends guère un Etat, même confédéré ou plutôt fédératif, qui n'ait pas, en matière de crimes et délits tout au moins, un Code Pénal unique: je ne parle pas des contraventions qui touchent pour la plupart aux questions de réglementation locale.

Je serais bien tenté aussi d'en dire autant du Droit civil, mais à une condition; à la condition d'avoir un Code très peu codifié, si j'ose ainsi dire, qui se contente des points fondamentaux et qui laisse une place considérable au développement des usages particuliers. Un code doit servir surtout à faire le partage entre ce qui doit être, en matière civile, de réglementation légale - ce sont alors les points nécessaires à l'unité sociale, je dis sociale plutôt que politique, et c'est la différence avec le domaine pénal - et ce qui doit être laissé à l'exercice de la liberté; c'est la part de Révolution particulière du droit. Il faut ici une large décentralisation et il ne faut pas surtout dans un Etat fédératif qu'un Code pour la minutie de ses détails étouffe l'essor du Progrès juridique.

Je crains que ce ne soit là le défaut du Code civil allemand, œuvre de jurisconsultes de premier ordre qui, emportés par leur logique et leur esprit d'analyse, ont songé surtout à faire une grande et imposante construction doctrinale.

L'ossature en est trop serrée et laissera peu de place aux floraisons particulières résultant des tendances locales là où la loi doit faire place à la coutume et par suite à ce qu'on appelle faussement la liberté et qui n'est que l'évolution naturelle des lois sociales et organiques en matière juridique.

Vous excuserez donc, Monsieur et savant Maître, mes remerciements un peu tardifs auxquels je joins, l'expression de mes hommages bien respectueux,

R. Saleilles

9

Mayens-de-Sion

(Valais) 20 8/97

Monsieur et savant collègue,

J'ai été extrêmement touché de tout ce que vous avez bien voulu m'écrire; et non seulement très honoré de ce qu'il y a de flatteur pour moi dans l'approbation d'un maître de votre autorité, mais heureux surtout de voir le chemin que font sur le terrain scientifique certaines idées auxquelles j'ai déjà réfléchi depuis bien longtemps et qui sont en voie d'élaboration en attendant leur formule définitive.

Je vous aurais déjà depuis longtemps fait parvenir mes remerciements sans une série d'incidents qui ont signalé d'une façon assez pénible le début de mes vacances.

Tout d'abord j'ai été repris d'un peu de neurasthénie à la suite de surmenage et suis venu vers la fin de Juin passer trois semaines à Champel à la porte de Genève pour faire de l'hydrothérapie. J'ai eu là le plaisir de voir quelques uns de vos collègues de la Faculté de droit de Genève dont j'ai reçu le meilleur accueil et suis revenu en Juillet pour mes examens. J'attendais mes vacances avec impatience pour venir en Suisse faire une station d'altitude qui achevât de me remettre. Je m'étais décidé pour les Mayens de Sion comme un séjour excellent pour les enfants, et suis venu m'y installer il y a une quinzaine de jours en famille avec mes deux petits bonhommes. C'est un peu avant de partir que j'ai reçu votre lettre si aimable et si intéressante à tous les points de vue. J'avais attendu pour y répondre d'avoir pris ici mes quartiers d'été, espérant, en touriste amateur que je suis à mes heures, prendre mon sac et mon bâton et aller vous surprendre à Andermatt par la Furka. Mais à peine

étions-nous arrivés que mon plus jeune petit garçon, un enfant de trois ans, a été pris d'une sorte de grippe infectieuse, maladie qui courait à Sion, et pendant quelques jours il nous a donné de réelles inquiétudes. Nous avons eu la chance heureusement d'avoir un excellent médecin installé dans un Chalet du voisinage et qui nous a admirablement soigné notre pauvre petit malade. Le bon air de la montagne a fait plus encore que les soins; et l'enfant est aujourd'hui hors de danger. Mais la convalescence sera longue; je ne puis guère songer à m'éloigner; et peut-être allons-nous être bloqués ici pour plus longtemps que nous ne pensions. si nous devons y rester jusque vers le milieu de Septembre, peut-être attendrai-je jusqu'au Congrès des Juristes Suisses que l'on m'a dit devoir avoir lieu à Zermatt et qui serait pour moi une occasion d'un attrait tout à fait supérieur. Mais tout cela est subordonné à l'état de santé de mon petit garçon; de telle sorte que, contrairement à mon attente, ce n'est pas ma visite que je puis vous annoncer, mais mes remerciements que je viens vous adresser.

J'aurais grand profit à m'inspirer des études que vous voulez bien me signaler et dont l'une, celle de Rümelin¹, m'a été connue, un peu trop tard malheureusement, après seulement la publication de ma petite étude. Mais j'ignorais celle de Merkel², et surtout je regrette infiniment de n'avoir pas été mis sur la piste de votre article paru dans la Revue de Schmoller³ et qui m'eût été d'un si grand secours. Mais j'ai écrit cette brochure très vite, comme un article d'actualité, à propos d'un arrêt de la Cour de cassation qui venait de faire quelque sensation en la matière⁴. Et, me trouvant obligé de me placer au point de vue de notre Jurisprudence française, et d'entrer dans la méthode

¹ La obra de Rümelin podría ser la siguiente: Max Rümelin, *Obligation und Haftung*, Freiburg 1885.

² Johannes Merkel, *Lex Salica. Mit einer Vorrede von Jacob Grimm*. Berlin MDCCCL.

³ Eugen Huber, "Deutsches Privatrecht", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, (Neue Folge) 20 (1896), 441-511.

⁴ Se trata del célebre "Arrêt Teffaine" (Civil 16, juin 1896, 1897, 1, 17). Esta sentencia le sirvió a Saleilles para escribir su obra *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie de la responsabilité délictuelle*, Paris 1897.

d'interprétation qui fût accessible à nos praticiens, j'ai dû laisser de côté, ne l'effleurant qu'à peine, toute l'évolution historique de la question et surtout la discussion purement doctrinale prise en dehors de toute législation positive, que j'en concevrais l'exposé en vue de l'établissement d'un courant juridique supérieur digne d'être qualifié de droit théorique international. Si jamais j'avais le temps de reprendre la question c'est à ce point de vue certainement que je chercherais à me placer. Mais en aurai-je jamais le temps? Je suis engagé maintenant par mon enseignement dans le domaine du droit pénal; et je vais entreprendre, en collaboration il est vrai, n'étant chargé que de la partie des obligations, la traduction du Code civil allemand: ce sont de gros travaux en perspective.

Peut-être, quand j'en serai à la partie des obligations nées de délits et quasi-délits du Code civil allemand, pourrai-je reprendre plus à fond ces questions de responsabilité, et faire mon profit alors des conceptions si pénétrantes dont vous voulez bien me faire part

Cette question du conflit du droit et de l'équité est bien l'une des plus délicates qui se présentent aujourd'hui: elle est l'analogie, pour le droit civil, de ce qui est pour le droit pénal l'antagonisme entre les théories classiques du droit abstrait et les théories nouvelles sur l'individualisation de la peine. Ihering, cet esprit génial qui a touché à tout, a remis la plupart de ces idées en faisant du point de vue du But la pierre angulaire de toute construction juridique. Mais, comme vous me le dites si bien, ce ne sont encore là que des conceptions bien vagues qui n'ont plus la précision des règles Romaines: et en particulier dans cette question de la responsabilité délictuelle l'idée de faute était si simple; c'était si commode! Mais au fond, chez nous au moins, la Jurisprudence se montre si large pour en découvrir l'application qu'on peut dire, comme j'ai essayé de le montrer, qu'il n'y a plus guère là qu'un trompe-l'œil. Voilà pourquoi je demande avant tout, une fois le rapport de causalité établi, l'interversion de preuve. C'est une formule simple et qui s'impose. Le point délicat, et vous me l'indiquez très bien, c'est que le principe de causalité ne suffit pas, et qu'il y a lieu de se demander si l'auteur du fait n'a pas droit à la preuve contraire et par quelle preuve il pourra se disculper et décharger sa responsabilité. J'ai essayé

de montrer que ce ne pouvait pas être sur le terrain subjectif que la preuve contraire pût être faite, mais par l'élément objectif tel qu'il peut caractériser le fait lui-même. C'est la nature du fait qu'il faut apprécier plus que le fait de volonté de l'agent. Seulement je reconnais ce que toute cette appréciation a de délicat; et peut-être est-ce toute une question de méthode générale qui se pose.

Ces problèmes commencent enfin à nous préoccuper en France, nous n'avons que trop vécu sur l'interprétation purement exégétique d'un texte! Et en ce moment je sais un de mes amis, qui est Professeur à la Faculté de droit de Dijon, Mr. Gény, très au courant de toute la littérature allemande et étrangère, qui prépare une étude importante sur^a toutes ces questions de Méthode juridique⁵. Lorsqu'elle aura paru je lui demanderai de vous en envoyer un tirage à part.

J'ai été très heureux de faire la connaissance à Paris de Mr. Largin et aurais voulu lui être plus utile; mais il m'est arrivé à la veille de mon départ pour Genève au moment où je me trouvais à nouveau un peu fatigué. J'espère, à mon retour vers la fin Octobre, s'il est encore à Paris, le voir davantage. J'ai pu cependant le faire entrer chez un avoué pour lui faciliter le maniement de la pratique et de la procédure au point de vue français.

Je voudrais, puisqu'en somme nous nous trouvons si rapprochés, il n'y a guère qu'un col qui nous sépare, espérer encore que nous arriverons à nous rejoindre. Ce serait pour moi un grand honneur, un réel profit surtout et un immense plaisir.

Veillez recevoir, Monsieur et Savant maître, avec mes remerciements, l'assurance de mes sentiments les plus respectueux et les plus dévoués

^a sur] *sur sur*

⁵ François Gény: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899. Préface (I-XIII) de Raymond Saleilles.

R. Saleilles

Paris, 29.VI.98

Monsieur et savant Maître, J'ai été bien long à vous remercier de la nouvelle partie que vous avez bien voulu m'adresser de votre beau Projet de Code civil¹. Cela m'intéresse d'autant plus, que depuis cet hiver j'ai dû abandonner le droit criminel pour passer au Droit civil²; et je compte m'en occuper surtout au point de vue des théories générales et du Droit comparé. A ce point de vue le travail d'unification qui se prépare en Suisse a une valeur de Premier ordre.

Je suis cette évolution avec un intérêt croissant et j'admire la valeur d'autorité que vous apportez à cette œuvre magistrale.

Recevez, Monsieur et cher Maître, avec mes remerciements, l'expression de mes sentiments les plus dévoués,

R. Saleilles

¹ *Schweizerisches Civilgesetzbuch. Dritter Teilentwurf. Das Grundpfand. Mit Erläuterungen für die Mitglieder der Expertenkommission, als Manuskript gedruckt; Code Civil suisse. Troisième avant-projet. Du gage immobilier, Imprimé, avec un commentaire, pour la commission d'experts, Bern 1897.*

² Saleilles enseña derecho civil hasta el final del curso académico 1897-98. El *Règlement* que establecía este encargo data del 16 de febrero de 1898. Por *Règlement* de 26 de julio de 1898 se le vuelve a encargar a Saleilles de la enseñanza del derecho civil. El 28 de noviembre de 1898 el *Président de la République*, Mr. Félix Faure, firmaba el nombramiento de Saleilles como Profesor de derecho civil (vid ANF expediente Raymond Saleilles, F¹⁷ 25908).

Samoëns (Hte. Savoie)

13.9.98

Monsieur et Savant Collègue,

Je ne saurais vous dire assez combien j'ai été touché de votre lettre si gracieuse et si pleine d'observations pénétrantes et suggestives; combien surtout je vous suis reconnaissant de me les avoir soumises avec une si parfaite bienveillance et une si haute compétence¹.

Je crois en effet qu'on aura beau faire on ne pourra écarter d'aucun raisonnement humain l'idée de liberté; cela au moins est une vérité d'expérience; et à ce titre une vérité scientifique. Si peut-être j'ai eu le tort de me placer quelque peu en dehors du terrain scientifique pour admettre la liberté, c'est que l'on fait souvent sous ce rapport une confusion qui me paraît dangereuse entre l'idée elle-même et sa nécessité métaphysique d'une part, et la certitude d'autre part de sa réalité objective; laquelle ne peut pas ressortir d'un simple syllogisme, mais implique un acte de foi, plus encore qu'une démonstration scientifique relativement à la certitude objective et à la valeur pratique des idées qui se présentent comme des simples postulats de la raison pure.

Il y a sous ce rapport des méthodes de raisonnement et des procédés de certitude dont nous devons en effet l'intuition à l'œuvre géniale de Kant et qui me paraissent s'imposer.

¹ Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris 1898. Prologado por Gabriel Tarde. Un ejemplar de esta obra se encuentra en la Biblioteca jurídica de Eugen Huber (signatura R88) con la siguiente dedicatoria: "à Monsieur le Professeur Huber Hommage dévoué".

Si je les ai en quelques sortes dissimulées sous une forme dépouillée de tout appareil scientifique, c'est que je faisais surtout une œuvre de vulgarisation et que je ne voulais pas effrayer par avance par une construction philosophique par trop ardue.

Il m'avait semblé que le point capital était de montrer que parmi les solutions nouvelles qui paraissent s'imposer sur le terrain du droit pénal, beaucoup, je suis loin de dire toutes, car vous avez vu que je n'admets pas les exigences les plus extrêmes de l'Ecole Italienne, mais beaucoup restent compatibles avec l'idée de liberté. C'est là, à mon sens, un service essentiel à rendre à la Science du droit pénal, dont les progrès se trouvent si souvent entravés par la crainte de se mettre en contradiction avec des principes fondamentaux qu'avec raison on ne veut pas abandonner.

Je suis au contraire intimement et scientifiquement persuadé que la plupart de ces progrès sans d'ailleurs vouloir préjuger de leur valeur individuelle pour chacun d'eux, peuvent être occupés par les partisans de la liberté; et que par suite il faut les discuter en eux-mêmes au point de vue de leurs résultats pratiques, sans faire^a intervenir, comme ma fin de non recevoir possible, l'idée de liberté.

Je n'ai pas eu d'autre but; et du moins pour ce qui est de la France une œuvre de ce genre était à tenter, car nous nous heurtons à des malentendus philosophiques qui rendent le développement même de la science du droit, prise en elle-même, singulièrement difficile.

J'ai dû évidemment dépouiller pour tout cela une assez vaste littérature; et j'avais bien un peu l'intuition que, pour certains criminalistes, dont je n'aurais pu connaître qu'un ouvrage isolé, il pourrait m'arriver de me faire une appréciation au moins inexacte.

^a faire] *repite y tacha* faire.

J'ai dû certainement commettre une injustice de ce genre en ce qui touche Mr. le Professeur Gretener², dont la forte éducation philosophique m'avait profondément frappé, bien qu'il m'eut semblé que, sur certains points tout au moins, son opposition au Projet de Stooss pût paraître un peu excessive.

J'espérais d'ailleurs avoir occasion de revenir plus à fond sur les questions d'application pratique qui s'imposaient, après cet exposé de principes; et j'avais en effet l'intention d'aborder, au moins les principales, dans un second livre que j'avais annoncé sous le nom de "Problèmes de Politique Criminelle".

Et j'aurais pu là réparer ainsi quelques jugements peut-être un peu prématurés de mon premier ouvrage.

Malheureusement, je doute maintenant que je puisse d'ici à longtemps mettre ce nouveau Projet à exécution³.

Je viens en effet de passer à l'enseignement du droit civil, je suis en outre chargé d'une partie de la traduction avec commentaires du nouveau code civil allemand.

Mais, surtout, je viens de me trouver extrêmement fatigué à la fin de mon année scolaire; et cette fois encore j'ai demandé à la Suisse de me remettre en état de reprendre ma tâche à la rentrée. Je crois bien, je l'espère tout au moins, que je aurai encore la force de faire face à tout ce lourd fardeau professionnel; mais il me faudra sans doute restreindre beaucoup cette fois mes travaux personnels.

² Saleilles cita la obra de Xavier Gretener en la página 17 y en la 73 de *L'individualisation de la peine*. Saleilles, en estas referencias no se siente en absoluto convencido del planteamiento de Gretener: "toutefois à propos du livre de Gretener, et pour se garantir en quelque sorte contre un certain parti pris qui le domine, on fera bien de lire le Compte rendu que Zurcher lui a consacré dans la Revue pénale suisse 81/1898), p. 51".

³ Este proyecto no llegó a materializarse pero sí una segunda edición y una póstuma tercera en 1911 y 1914. En 1911 se traduce el libro al inglés y se publica en Boston con una introducción de Roscoe Pound: *The individualization of Punishment*, Boston 1929. Se reedita nuevamente en 1969.

Je viens de passer quinze jours à Belalp, au dessus de Brignes, où j'ai eu l'heureuse chance de rencontrer Mr. le Professeur Lenel de Strasbourg.

Puis j'ai traversé Chamonix et Samoëns, que je quitte demain, pour aller faire une dernière saison d'hydrothérapie à Champel; et de Genève je rentrerai en Bourgogne vers la fin de ce mois pour être à Paris à notre rentrée, à la fin d'Octobre.

Je me mettrai alors définitivement au droit civil pour lequel en effet je crois qu'il y a à faire l'expérience de méthodes singulièrement rajeunies, inspirées surtout en l'œuvre colossale d'Jhering.

A ce propos permettez-moi de vous indiquer une série d'Etudes de tout à fait premier ordre qu'un de mes amis, Mr. Gény, fait paraître en ce moment dans la Revue Bourguignonne de l'Enseignement Supérieur, sur les questions de Méthode dans l'enseignement et l'interprétation du droit civil⁴. Elles vous intéresseront certainement.

Laissez-moi encore vous dire, Monsieur et cher collègue, la nouvelle expression de ma très vive reconnaissance à laquelle je joins celle de mes sentiments respectueux et dévoués,

R. Saleilles

⁴ François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899. Préface (I-XIII) de Raymond Saleilles.

Paris 10bis rue du Pré aux Clercs

21.II.99

Saleilles,

Allgemeine Korrespondenz^a

Cher Monsieur,

Je vous avais parlé lors de notre rencontre à la Pierre-à-Voir d'un livre que préparait un de mes amis, Professeur à la Faculté de Dijon, Mr. Gény, sur les Méthodes d'interprétation juridique, et qui devait avoir une importance de Premier ordre.

Il vient de paraître, et je crois qu'il est de nature à faire quelque bruit et à nous donner le coup de fouet dont nous avons besoin, au moins en France, pour sortir de nos routines et élargir nos méthodes¹.

Je serais très désireux qu'il fût connu et étudié à l'étranger; je crois qu'il y aurait tout profit à susciter sur tous ces points une série d'études parallèles de provenance diverse.

Je me permets donc de vous le faire envoyer. Peut-être pourriez-vous même, en parler dans votre Revue Suisse, ou trouver quelqu'un qui en parlât².

^a Saleilles... Korrespondenz] *escrito por otra mano*.

¹ François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899. Préface (I-XIII) de Raymond Saleilles.

² Se refiere a la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. No se publicó ninguna recensión de la obra de Gény.

Je joindrai à cet envoi un volume de Leçons que je viens de faire paraître de mon beau-père Mr. Bufnoir³, et que j'ai pu reconstituer, ou à peu près, sur des notes d'étudiants, en vue de donner un spécimen de son enseignement, et précisément de ses méthodes. C'est un livre qui vient donc à point en même temps que celui de Mr. Génny.

Laissez-moi aussi vous dire combien j'ai été heureux de l'occasion qui m'a enfin permis cette année de vous être présenté et quel profit j'ai senti que ce devait être pour moi. J'aime à penser que l'un quelconque de nos nombreux Congrès de 1900 vous attirera à Paris cette année et que vous y viendrez avec Madame Huber à qui je vous prierai de redire mes hommages bien respectueux. Et je vous prie, cher Monsieur, de recevoir l'expression de mes sentiments les plus respectueusement dévoués,

R. Saleilles

³ Claude Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris 1900. Préface (I-XII) et Edition de Raymond Saleilles.

Paris 22.4.99

Monsieur et Savant collègue, Pardonnez-moi d'avoir mis si longtemps à vous remercier de votre double et gracieux envoi de la savante et si pénétrante étude que vous venez de publier sur la situation de la femme dans votre Code civil¹. Il y a là une question de tout premier ordre que vous avez traité avec un sens des nécessités actuelles en harmonie avec les traditions cependant les plus respectables, qui me frappe beaucoup. Et ce qui me frappe surtout c'est la mission que semble avoir reçue votre pays de faire, à l'avant garde des autres, et pour les autres les expériences qui, dans de grands Etats centralisés, coûteraient quelque fois des révolutions. La forme fédérative, celle de l'avenir, me semble faite pour cette marche par étapes, avec tentatives localisées, qui se propagent ensuite, lorsqu'elles réussissent jusqu'à parvenir à l'unification pour tous les pays. Je suis très frappé des services que, sous ce rapport, et dans tous les domaines, droit civil, droit pénal, législation économique et sociale, la Suisse rend à l'Europe. Pendant que les grands pays ne songent qu'aux moyens de se défendre ou de s'espionner, vous ne songez qu'aux moyens d'apporter un peu de paix, un peu de progrès et un peu plus de bonheur dans la vie de l'humanité; et, peu à peu, vous y réussissez!

Si j'ai été si en retard pour vous remercier, c'est que nous avons eu, d'abord, nos vacances de Pâques; puis, au retour, une séance un peu extraordinaire à notre Société des Prisons² à laquelle était venu von Liszt, dont j'ai été très heureux de faire la connaissance, autrement que par notre

¹ Raymond Saleilles, "La condition de la femme dans le futur Code civil Suisse", *Revue de morale sociale*, 1 (1899), 19-34.

² *Revue Penitentielle*, 23 (1899). Cf. también: E. Larcher - J. Olier, Les institutions pénitentiaires en Algérie (1899), ibd. 999-1008 (Raymond Saleilles).

correspondance³. Il m'a dit vous connaître beaucoup. Il n'est plus à Halle et s'installe à Berlin.

Veillez recevoir, avec mes remerciements, l'expression de mes plus dévoués sentiments,

R. Saleilles

³ Las cartas de Raymond Saleilles a von Liszt fueron editadas por Olivier Motte: *Lettres inédites de juristes français du XIXe siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, I-II, Bonn 1990, 1599-1608.

Paris 17.XII.99

Cher Monsieur, Merci de votre petite carte et de votre bel envoi qui me rappelle les mélèzes de la Pierre-à-Voir¹.

Non, certainement, nous n'avons pas abandonné notre Projet de Congrès de droit comparé pour le 1er Août 1900. Mais je lutte contre bien des difficultés, dont la principale est de faire entendre à beaucoup de gens, qui ne s'en doutent pas, ce qu'est que le droit comparé. Pour eux, c'est étudier une question de droit d'après la réglementation diverse qu'elle a reçue dans les différentes Législations. Cela, c'est le commencement seulement du droit comparé; c'est une juxtaposition, ce n'est pas une comparaison. C'est comme si on disait qu'on a fait du droit romain lorsqu'on a établi l'exacte version des textes. De la juxtaposition il faut tirer des résultats; du reste ces résultats se tirent d'eux mêmes, par la compénétration inconsciente des usages et des doctrines. Ihering l'a admirablement montré. Or à côté de la compénétration inconsciente il faut organiser une compénétration consciente et scientifique, et c'est cela le droit comparé.

Vous l'avez montré mieux que personne dans votre admirable histoire du droit Suisse²; et Stooss l'a fait aussi pour le droit pénal³.

¹ En La Pierre-à-Voir/Martigny tuvo lugar el 31 de marzo y el 13 de julio de 1899 diferentes conferencias sobre la traducción de la parte del código suizo dedicada a los derechos reales. Las actas de estas conferencias se encuentran en el Huber Archiv, en el Archivo Federal suizo de Berna (HA, 10).

² Eugen Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, I-IV, Basel, 1886-1893.

³ Carl Stooss, *Die schweizerischen Straftgesetzbücher, zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrathes*, Basel & Genf 1890.

Voilà pourquoi je me permets de compter sur vous pour nous apporter un réel concours. Car ce que je reproche à beaucoup de nos juristes français n'est pas spécial de la France; même en Allemagne et ailleurs la science du droit comparé n'est pas définie, son objet n'est pas précisé, la méthode n'est peut-être pas découverte. Ce sont tous ces points-là que je voudrais soulever devant ce Congrès.

Nous sommes en retard parce que mes idées n'ont pas été comprises et qu'il me faut lutter un peu contre vent et marées.

Mais d'ici à un mois toutes les difficultés du début seront aplanies et vous recevrez notre Programme et notre circulaire.

J'espère que vous trouverez dans notre Programme quelques questions qui vous tenteront et sur lesquelles vous nous enverrez quelques communications. Nous recevons celles-ci en toutes langues, sauf à les faire traduire.

Du reste, je vous écrirai à nouveau lors de l'envoi de notre Programme.

Veillez présenter à nouveau mes hommages à Madame Huber, et recevez, cher Monsieur, l'expression de mes sentiments respectueux et dévoués,

R. Saleilles

Paris 22.3.1900

Bien cher Monsieur,

Je suis bien en retard pour vous parler de notre Congrès de droit comparé, dont vous avez dû recevoir depuis longtemps déjà la circulaire, en même temps qu'un rapport de moi expliquant le but du Congrès¹.

J'ai fait donner au Comité de l'exposition qui s'occupe de l'organisation du/des Congrès les adresses de tous les Professeurs de Facultés de droit des Universités Suisses et allemandes. Mais j'ai déjà constaté de si nombreuses irrégularités que je crains toujours que les personnes auxquelles je tiendrais le plus n'eussent pas reçu nos documents. Si par hasard vous étiez de ce nombre ainsi que quelques uns de vos collègues, prévenez moi et j'adresserai un nouvel envoi.

Mais ce que je désirerais surtout ce serait de nous assurer votre concours direct et votre collaboration effective.

J'avais en effet l'intention de demander une communication sur votre avant-Projet Suisse étudié au point de vue de l'unification du droit civil en Suisse et de la part faite à la compénétration des droits locaux historiques dont il est la résultante. C'est en effet là un beau monument de droit comparé; car si le Droit comparé commence par l'étude et la constatation des diversités nationales c'est en vue de favoriser la formation ultérieure d'un Droit commun qui facilite les rapports entre les hommes. Vous avez réalisé la première

¹ Este informe fue publicado con el título "Congrès international de droit comparé - Rapport présenté à la Commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du Congrès", en: *Bulletin de la Société. législation. comparée*, 29 (1899-1900), 228-236. También se publicó en *Congrès de Droit Comparé. Procès-verbaux des séances et documents*, I, Paris 1905, 9-17.

fonction du droit comparé dans votre belle histoire du droit Suisse, et la seconde dans votre avant-Projet de Code civil.

Vous nous donnez là une leçon superbe de droit comparé. Je pourrais cependant difficilement vous la demander à vous-même. Votre modestie eût risqué de nous la donner trop incomplètement. Aussi me suis-je adressé pour cela à Mr. Mentha qui a bien voulu accepter; et je lui en suis très reconnaissant.

Mais vous ne m'en voudriez pas trop si, pour ne m'être pas adressé à votre bonne volonté et à votre haute compétence pour cette étude générale, je prends la liberté de faire appel à vous pour une de nos questions spéciales que personne, si ce n'est vous, ne saurait traiter comme elle doit l'être.

Il s'agit de la question du Régime matrimonial du droit commun que vous avez dû voir figurer à notre programme dans la Section du Droit civil.

Nous voudrions sur ce point provoquer une petite enquête dans la plupart des pays afin de connaître quelles sont sur ce point les tendances et les usages en cours, et dans quel sens s'orientent la jurisprudence et la législation². Pour ce qui est de la Suisse, vous avez écrit là dessus dans votre histoire du droit Suisse des Chapitres admirables: et de cette évolution historique vous avez fixé la résultante pratique dans votre Projet d'un droit unique pour la Suisse.

Vous avez donc les documents en main; ce serait un résumé de quelques pages que nous vous demanderions pour faire figurer à notre enquête.

De cette enquête pourra ressortir devant le Congrès l'impression d'une tendance commune directrice dans le sens de laquelle doivent s'orienter et l'interprétation jurisprudentielle et l'évolution législative.

Toutes ces communications seront imprimées plus tard dans un volume à part; mais pour le moment il suffit qu'elles nous soient remises un mois avant le Congrès.

² Se trató el tema en la cuarta sección del Congreso, dedicada al derecho civil: *Congrès international de droit comparé. Procès verbaux sommaires*, Paris 1900, 25-28.

Je reste convaincu que, dans ces conditions nous pouvons compter sur votre collaboration (inutile d'écrire en français, nous nous chargeons des traductions); mais je serai plus heureux encore si, non content de nous envoyer cette petite étude, vous désiriez venir vous-même au Congrès avec Madame Huber.

Veillez, en exprimant à Madame Huber les vœux que je formule à cet égard, lui redire mes hommages respectueux, et croyez, Monsieur et cher collègue, à mes sentiments respectueux et bien dévoués,

R. Saleilles

P.S. Dans le cas où il vous serait absolument impossible de répondre à nos désirs, voudriez-vous vous charger de trouver quelqu'un qui puisse nous faire cette étude dans le sens où vous désiriez qu'elle soit faite.

Paris 10bis rue du Pré aux Clercs

4.4.1900

Monsieur et cher collègue,

Je ne veux pas différer davantage nos très vifs remerciements, et les miens tout particulièrement, pour votre si précieuse et si gracieuse acceptation.

Cette question des Régimes matrimoniaux est une de celles auxquelles nous attachons, au point de vue du droit comparé, la plus haute importance.

Il est donc indispensable qu'elle soit traitée par des hommes de votre compétence.

J'aurais désiré que, pour l'Allemagne et le nouveau code civil allemand, nous pussions obtenir une Etude analogue de Mr. le Professeur Schröder qui a fait des si beaux travaux sur cette matière¹. Malheureusement, il m'écrit, de la façon la plus gracieuse du reste, qu'il est débordé de travaux et obligé de se récuser.

Aussi, m'étais-je demandé si par votre intermédiaire et votre influence nous ne pourrions pas obtenir cette étude de Mr. Otto Opet qui est, je crois, votre collègue à Berne, et de qui j'ai lu de remarquables études sur le Code civil allemand dans l'Archiv für civilistische Praxis.

Voudriez-vous nous servir d'intermédiaire et le lui demander de ma part. S'il acceptait, cela aurait cet avantage qu'étant tous deux sur place, vous pourriez donner à vos deux communications une orientation symétrique et une certaine homogénéité.

¹ Richard Schröder, *Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland*. Stettin 1863-1874.

Dans le cas où il n'aurait pas reçu notre circulaire, que j'avais cependant demandé que l'on envoyât à tous les professeurs de droit de l'université de Berne, prévenez-moi d'un mot sur une carte; je la lui ferai adresser.

Quant au délai d'envoi, je n'ai pas besoin de vous dire, si la date que je vous avais indiquée, vous paraissait encore trop rapprochée, que nous nous mettrions sous ce rapport entièrement à votre disposition.

Il pourrait se faire en outre, depuis que vous m'avez écrit, que vous eussiez reçu une lettre de mon collègue de Lyon, Mr. Lambert secrétaire de la Première Section du Congrès, vous demandant un exposé de vos vues personnelles sur la question même de la Conception du droit comparé et de son utilisation dans le domaine du droit civil.

C'est là une question de théorie et de méthode scientifique qui nous tient vivement à cœur. Lambert m'écrivait que personne mieux que vous ne paraissait qualifié pour trouver la formule exacte que nous cherchons et que nous voudrions voir développer. Je suis bien de son avis; et j'ai quelque raison de croire qu'il a dû vous écrire.

Je vais lui répondre que nous avons déjà une promesse de vous et que nous n'avons pas le droit d'abuser de vous en demandant une seconde.

Je me demande seulement, si, pour tout concilier, vous ne pourriez pas, comme conclusion de votre Etude sur le Régime matrimonial, nous donner comme un petit résumé de vos vues personnelles sur la conception scientifique et l'objet même de la science du droit comparé. Ce nous serait bien précieux.

Quand à l'étendue à donner à cette étude, nous nous en remettons entièrement à vous sur ce point.

Nous gardons également l'espoir que vous et Madame Huber pourrez nous venir au 31 Juillet. Veuillez présenter mes hommages à Madame Huber, et recevoir, Monsieur et honoré collègue avec mes remerciements, mes sentiments les plus dévoués,

R. Saleilles

Paris 14 Rue St. Guillaume

12.XI.01

Monsieur et bien honoré collègue,

Je vous suis infiniment reconnaissant des indications que vous voulez bien me donner, de la brochure si particulièrement intéressante que vous m'avez envoyée¹ et de celles dont vous m'annoncez pour l'avenir. J'ai bien retrouvé du reste parmi mes livres tout ce que vous m'aviez déjà précédemment envoyé sur le sujet, sauf cependant votre brochure de 1895 ou 1896 "Betrachtungen über die Reform und Vereinheitlichung des schw. Erbrechts"². Comme nous avons changé d'appartement cet été, et que j'ai envoyé quelques uns de mes livres en Bourgogne pour faire place aux nouveaux venus, il est possible que, par erreur, je l'aie expédié avec les autres. Si donc ce n'était pas trop abuser de vous, je vous serais vivement reconnaissant de m'en faire un second envoi.

Je crois bien en effet qu'il n'y a pas de matière plus actuellement captivante et importante que toute cette partie des successions, laquelle touche à tous les points de vue juridiques et sociaux, famille et propriété.

Je savais déjà par Mr. Masse, de retour à Paris, quel accueil gracieux vous aviez bien voulu lui faire et j'avais hâte de joindre mes reconnaissances à la sienne.

¹ En 1901 Eugen Huber publicó dos informes sobre la unificación del derecho privado suizo: *Die Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilrechts in ihrer Bedeutung für Handel und Industrie*, Zürich 1901; *Die Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilrechts in ihrer Bedeutung für die Landwirtschaft*, Zürich 1901.

² Eugen Huber, *Betrachtungen über die Reform und Vereinheitlichung des schweizerischen Erbrechts*, Basel 1895.

Veillez présenter mes hommages respectueux à Madame Huber; et recevez, Monsieur et cher collègue, avec mes nouveaux remerciements, l'expression de mes sentiments bien respectueusement dévoués

R. Saleilles

Paris 14 rue St. Guillaume

21.VII.02

Bien cher Monsieur Huber,

J'ai été vivement touché de votre dernière lettre et profondément reconnaissant de votre nouvel envoi de toute cette partie du Sachenrecht est celle que je connais le moins de votre Avant-Projet. J'ai hâte de l'approfondir à loisir.

J'aurais voulu, l'année prochaine, faire verser sur ce point mon cours de droit comparé.

Mais je n'ai pu achever cette année la matière des successions et il me faut reprendre à la rentrée toute la partie laissée de côté, qui est celle de la Succession testamentaire.

Il me faut donc repousser à l'année qui suivra l'étude de la Propriété et des droits réels; et je souhaite qu'à ce moment votre Projet soit devenu définitivement le Code fédéral de la Suisse. Il y aura là pour votre pays, et par contre coup pour l'Europe civilisée, un projet social d'un prix infini. J'admire surtout le tact avec lequel, ayant à ménager l'initiative cantonale, vous vous restreignez, pour chaque institution, à quelques dispositions générales tenant rien de principal et laissant les détails d'application à la jurisprudence locale. Ce système répugne à nos traditions réglementaires françaises. Je sais cela de près dans notre Société d'Etudes Législatives où nous essayons de mettre sur pied quelques modèles de Projets de loi. J'ai beau lutter, je me heurte partout à l'esprit formaliste et réglementaire qui est le nôtre. Ce serait un grand service à nous rendre que de nous apporter plus souvent l'appoint de votre collaboration et j'ai pensé, à ce propos, puisque nous admettons des Membres étrangers parmi nos membres associés que, peut être, vous consentiriez à vous agréger

à nous comme Associé. La cotisation n'est que de 10Fr. et les Associés reçoivent toutes nos publications. Ce serait là un très grand honneur pour nous¹.

Je vais vous faire envoyer le numéro de la Réforme Sociale contenant la petite communication que j'ai publiée en Avril sur la Succession Paysanne dans votre avant Projet de Code civil² et je vous adresse également une petite Etude³ que je viens de publier dans une nouvelle Revue de droit civil que nous venons de fonder sous la direction de Mr. Esmein.

Je crains que je ne puisse aller en Suisse ces vacances. Nous devons aller faire une saison au mois d'Août à Châles pour la gorge, dont nous avons besoin ma femme et moi. J'avais espéré de là aller quelques jours à Bérisal avant de rentrer en Bourgogne. Mais je crains là de n'en avoir plus la possibilité.

Veillez redire à Madame Huber tous les souvenirs de ma femme et mes hommages respectueux et croyez à mes sentiments les plus reconnaissants et les plus dévoués,

R. Saleilles

¹ Eugen Huber se adhiere a la *Société d'Études législatives* como miembro ese año.

² Raymond Saleilles, "De la Succession paysanne dans l'avant-projet de Code civil Suisse", *Réforme Sociale*, 44 (1902), (Séance du 16 Juillet et 1er Août), S. 144-164. En la biblioteca Huber hay una separata de este texto con la firma de Saleilles (signatura BR 14/5).

³ Raymond Saleilles, "École historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents (de R. Stammler, F. Génny, L. Duguit, O. Bülow, L. von Savigny) ", *Revue trimestrielle droit civil*, 1 (1902), 80-112.

Paris 29.XII.4

14, Rue Saint-Guillaume

Paris VIIe

Mon bien cher collègue et ami,

Je suis vivement touché de votre amicale sollicitude à mon égard, et depuis longtemps déjà je voulais vous écrire, en fût-ce que pour vous redire, à vous et à Madame Huber, les regrets très profonds qu'avait eus ma femme de ne pouvoir vous rejoindre au moment de nos fêtes du Centenaire. J'avais un tel regret moi-même de n'être pas là, pour remplir, vis à vis de mes amis et de mes collègues de l'étranger, mes devoirs d'hospitalité! Aussi étions-nous un peu dans le désarroi; et ma femme, à être seule pendant que j'étais encore à Genève, se trouvait dans l'impossibilité de subvenir à tout.

J'ai pu, d'ailleurs, revenir à Paris assez peu de temps après, vers le 10 Novembre, allant déjà mieux; et, depuis mon retour, l'amélioration s'est accentuée très nettement. Je n'ai jamais eu, d'ailleurs, qu'une fatigue interne, presque écrasante, des systèmes nervo-musculaire; de ces états qui n'affectent aucun organe sérieusement, mais qui se prolongent presque indéfiniment.

Mon médecin de Genève m'en avait averti, et c'est encore à peine si, maintenant que je vais à peu près bien du côté de l'estomac, je puis affronter mes deux étapes et faire quelques pas, sans en ressentir quelques traces de fatigue locale.

Cependant, j'ai pu, sans en courir de trop grands risques, aller, il y a huit jours, à la première réunion de cette commission de Révision du Code civil que vient de nommer le Ministère de la Justice¹.

Mon impression est, de plus en plus, que ce n'est pas encore cette première Commission qui accomplira l'œuvre tant désirée.

Il y a trop de coutumes et de préjugés accumulés contre nos Projets de réforme. Dans tout le monde du Palais, chez les Magistrats et avocats, on est très décidé à procéder par voie d'obstruction. Et c'est un peu, croyez le bien, ce sentiment, qui était déjà dans l'air, et que les partisans des réformes cherchaient à ménager par avance, qui a quelque peu gêné notre ami Gény dans les entournures et dans l'expression de ses idées foncières, lorsqu'il rédigea l'article dont vous me parlez².

Mais en dépit de tout, c'est déjà quelque chose et comme un grand succès d'avoir posé chez nous, sur un sol aussi réfractaire, la question de la révision. C'est un mouvement qui commence et qui ne fera que s'accroître, jusqu'à ce que nous parvenions enfin à le faire aboutir.

Merci encore, cher ami, de vos vœux et de vos précieuses sympathies.

Dîtes à Madame Huber combien ma femme et moi lui sommes reconnaissants de ses sentiments à notre égard et veuillez lui faire agréer nos meilleurs vœux, dont je vous prie d'accepter, pour vous, l'expression bien sincère et profondément affectueuse,

R. Saleilles

¹ En diciembre de 1904 el Ministerio de Justicia francés instituía una comisión con la función de estudiar la revisión del código civil. Miembros de esta primera comisión fueron, entre otros, Saleilles, Esmein y Glasson.

² Podría tratarse de la obra siguiente: François Gény, "La technique législative dans la codification civile moderne", *Code civil. Livre du Centenaire*, II. Paris 1904, 987-1037.

14, Rue Saint-Guillaume

Paris VIIe

Paris 11.2.5

Mon bien cher collègue et ami,

Je vois dans le Journal de Genève de ce matin que la Commission du Code civil vient de clore sa première session et qu'elle a achevé tout ce qui concerne le Titre Préliminaire et le Premier Livre, celui relatif aux Personnes. C'est la partie, précisément, qui m'intéresse tout particulièrement parce que la Commission nommée chez nous pour Réviser le Code civil s'est divisée en plusieurs Sections, chacune correspondant à une branche du Code, et que je me trouve appartenir à la Première Section, qui est précisément chargée d'étudier le titre Préliminaire et le livre relatif aux Personnes.

Je me heurte à un très grand parti pris de routine et de conservation mesquine et étroite. J'ai cependant obtenu, à l'exemple du principe admis par vous dans votre titre Préliminaire, que l'on met au moins à l'Etude la question de l'abus de droit, et que, au début du titre "des Personnes", on plaçait la réglementation de droit Privé des Personnes Morales et des Fondations.

Aussi aurions-nous le plus grand intérêt à connaître les modifications apportées à toute cette partie pour la Commission nommée chez vous par le Conseil Fédéral, et au besoin même à avoir communication de ses Procès Verbaux, à supposer qu'ils fussent imprimés et qu'il soit possible de les avoir par l'intermédiaire du Département de Justice ou par le vôtre.

Je vous en serais vivement reconnaissant, car je ne saurais encore assez vous dire combien je m'appuie sur votre œuvre vraiment admirable, pour

essayer d'obtenir enfin que nous parvenions à sortir de nos routines et de nos vieilles formules.

En France, on n'est radical que contre la Liberté religieuse, en tout le reste on piétine sur place. Et je remarque que plus j'ai affaire aux anticléricaux plus je les trouve conservateurs et traditionalistes sur le terrain du droit.

Veillez redire à Madame Huber les bons souvenirs de ma femme et mes bien respectueux hommages. Et recevez cher collègue et ami, mes remerciements anticipés et mes plus dévoués sentiments,

R. Saleilles

Paris 14 Rue St. Guillaume

14.III.5

Mon bien cher collègue et ami,

Votre réponse m'a été très utile et très précieuse et peut-être serai-je tenté de mettre encore à contribution votre inépuisable complaisance.

Sur cette question de l'abus du droit, je me heurte aux méfiances et surtout, je crois, aux ignorances les plus enracinées.

J'ai proposé d'en admettre le principe dans le titre Préliminaire, à l'exemple de votre Projet. Et, très habilement, on a présenté un amendement qui ne touche pas encore aux questions de^a fond, mais seulement aux questions de méthode. On veut en renvoyer l'examen à propos des obligations délictuelles, parce que, chez nous, dans la Jurisprudence, c'est toujours sur le terrain de la réparation délictuelle, sur l'art. 1382, que la question s'est posée, par la bonne raison que, dans l'état actuel, il n'y avait pas d'autre texte auquel elle pu s'accrocher.

En demandant ce renvoi, on espère enterrer la question, parce que la Sous-Section qui est chargée d'étudier cette partie spéciale du Projet ne paraît guère disposée, moins encore que la nôtre, à entrer dans cette voie. J'ai défendu mes idées de mon mieux; et j'ai enfin obtenu que l'on me permit de faire un Rapport sur la question, portant principalement sur l'intérêt qu'il puit y avoir à donner au principe une formule générale écrite au frontispice de la codification, au lieu de la restreindre à une conception plus étriquée qui ne prendrait place que dans les obligations à propos des délits et quasi-délits.

^a de] tachado hasta méthode.

Et sur ce point l'exemple que vous m'indiquez dans votre lettre me sera très précieux; car si la question ne porte que sur la question de réparation délictuelle, le résultat ne peut se traduire que par voie d'indemnité et de dommages intérêts, alors que ce que j'entends et ce que je veux, c'est que, le droit faisant défaut on puisse, par avance, en refuser l'exécution et prendre, par conséquent, des moyens préventifs, sans attendre qu'il y ait lieu à réparation.

L'exemple que vous m'indiquez du bailleur qui veut mettre son locataire à la porte à l'expiration du bail, alors que celui-ci est dangereusement malade et que, d'autre part, l'appartement n'est encore loué à personne, est excellent pour la démonstration que j'ai en vue.

Aussi ai-je pensé que, dans les discussions que vous avez pu avoir dans la Commission, peut-être y aurait-il d'autres illustrations analogues du point de vue qui m'intéresse; et comme vous m'aviez parlé de la possibilité d'avoir communication du Protokole des Séances, je me permets de vous demander s'il en a été tiré des exemplaires supplémentaires, dont l'on puit être mis à ma disposition en vue des travaux de notre Commission.

Cela nous serait très précieux, et personnellement je vous en serais très reconnaissant.

Par avance, mon cher collègue et ami, je vous dis mes bien vifs remerciements, avec ma meilleure amitié, et vous present d'offrir à Madame Huber les souvenirs de ma femme et mes plus respectueux hommages,

R. Saleilles

14, Rue Saint-Guillaume

Paris VIIe

Paris 25.III.5

Mon bien cher collègue et ami,

Votre dernière lettre m'a été extrêmement précieuse et rien, en effet, ne pouvait être plus suggestif, comme ouverture d'idées. Je m'en suis largement inspiré dans le Rapport que j'ai présenté ce matin à ma Section.

Mais malheureusement, en dépit de mes efforts, presque doublés des vôtres, puisque je me sentais placé sous votre haute autorité, mes conclusions n'ont pas été admises.

Ce n'est pas que tout soit encore définitivement perdu. Car tout ce qui a été rejeté, c'est l'introduction par voie de formule générale du principe de l'abus de droit dans le titre Préliminaire du Code civil.

Il a été décidé que, si on devait l'admettre, il serait mieux à sa place dans la matière des délits et quasi-délits, puisque c'est sur ce terrain, à propos de l'art.1382, que la Jurisprudence a été amenée à prendre parti sur la question.

La bataille pourra donc être reprise sur l'art. 1382 et je ne désespère pas de l'emporter sur ce nouveau terrain.

Mais, du moins, si mes conclusions n'ont pas été admises on m'a permis de publier mon Rapport dans le Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, où il va paraître très prochainement¹.

Et voici alors ce que je vous demanderais. Il s'agissait d'un renseignement que vous pouvez me donner d'un mot par une simple carte postale.

J'ai terminé en citant le mot si profond de Mr. Rossel que vous me rapportiez, et alors comme je voudrais indiquer en note une référence qui signale l'article d'où il est extrait et le numéro de la revue, je vous prierais de me donner le titre exact de l'article et le numéro, sinon la page ce que vous ne pouviez peut-être pas faire, de la Revue Universelle où il doit paraître².

Merci par avance et recevez encore mes sentiments les plus cordiaux et reconnaissants,

R. Saleilles

¹ Este informe fue presentado delante de la primera subcomisión dedicada a la revisión del código civil. Fue asimismo publicado como: "De l'abus de droit", *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 4 (1905). En la biblioteca Huber hay una separata firmada (signatura BR 100/21).

² El informe de Saleilles acaba con la frase siguiente: "Le code Napoléon était la raison écrite: les rédacteurs du code civil suisse voudraient aussi qu'il fût la conscience écrite. En nota a pie aclara Saleilles el origen de esta frase: "J'emprunte ce passage à une étude que M. le professeur Virgile Rossel s'appête à faire paraître dans le numéro d'avril de la Bibliothèque universelle de Lausanne; j'en ai eu communication par avance, et par une courtoisie et une bienveillance dont je lui suis vivement reconnaissant, il m'a autorisé à en faire cette référence anticipée".

14, Rue Saint-Guillaume

Paris VIIe

Paris 31.XII.05

Bien cher collègue et ami,

J'ai été très sensible à votre gracieux souvenir et j'ai hâte de vous en dire ma plus vive reconnaissance. J'ai pu, en effet, reprendre mes cours à la rentrée; mais je reste encore bien impuissant et obligé aux plus grands ménagements. La cure que j'ai faite cet été à Divonne m'a fait du bien; mais on a découvert que, ce que j'avais surtout, c'était moins de la neurasthénie que de l'arthritisme à haute dose. Aussi me met-on à un régime très sévère; et j'espère, grâce à ce traitement que je suis fidèlement et au repos à peu près absolu que j'observe, pouvoir atteindre, sans autre rechute, le moment de faire une nouvelle saison d'hydrothérapie, qui achèvera, sans doute, de me remettre. Je vis du moins dans cette espérance.

Et précisément, pour mon cours de droit comparé, j'ai choisi cette année un sujet vraiment difficile, celui du droit des choses¹. Je n'ai encore traité jusqu'alors que de la Possession et vais entamer bientôt la question des livres fonciers. Déjà sur cette première partie, j'ai été vivement intéressé par la réglementation vraiment neuve et originale de votre Projet, très détachée d'ailleurs de l'abus de réglementation du Code civil allemand. Je me suis cependant trouvé parfois un peu gêné par certaines références que j'ai

¹ Durante el año académico 1905-06 enseña Saleilles "La possession et les moyens de défense possessoire en droit allemand et en droit anglais. Les modes de transfert et de publicité foncière en droit allemand".

trouvées, dans le livre de Cornil, par exemple sur la Possession, et qui citaient votre Exposé des Motifs dans la traduction, alors que sur cette partie du Sachenrecht je n'ai que le texte allemand de vos Erläuterungen zum Vorentwurf, T. III. Il m'a semblé que les citations ainsi faites ne concordaient pas toujours avec le texte allemand que j'avais sous les yeux. Aussi serais-je assez désireux de comparer avec la traduction française. Serait-il possible d'avoir le texte français de ce vol. III de votre Exposé des Motifs de l'Avant-Projet? Je vous en serais vivement reconnaissant.

Vous pouvez penser aussi que je suis avec le plus vif intérêt la discussion, devant l'Assemblée fédérale, de votre Projet définitif de 1904. Etant resté abonné au Journal de Genève, j'en ai aussi un résumé qui m'intéresse bien vivement. Et, j'aime à espérer qu'une fois le Projet voté on en rassemblera les débats Parlementaires en un volume à part, comme on l'a fait pour le Code allemand, et que nous pourrons ainsi nous les procurer sans avoir à recourir aux textes officiels.

Il me semble cependant, d'après le peu que vous m'en dites, que, si vous êtes satisfait de la tournure que prennent les choses devant les Chambres fédérales, vous paraissez moins sûr du résultat définitif lors du vote final devant le Peuple. Si le Projet devait échouer sur le terrain du referendum, ce ne pourrait être que par suite de manœuvres purement politiques, et qui n'auraient rien à voir avec le caractère juridique et social de l'œuvre admirable dont vous êtes l'auteur.

Dieu vous garde de ces agitations profondes et souvent artificielles, des partis, qu'elles soient religieuses ou purement politiques! Nous sommes plus que jamais en France la proie de ces divisions stériles. Chez nous, ce sont les questions religieuses qui, à l'apparence tout au moins, maintiennent une perturbation constante dans le pays. Mais derrière cet écran, ce qui se joue au fond ce sont des luttes constitutionnelles. Tous les partis de réaction se servent de la foi souvent candide des simples pour les pousser et les mettre en avant.

C'est ainsi que nous entrons avec la loi de Séparation qui vient d'être votée¹, dans une période qui menace de devenir de plus en plus troublée.

En elle-même, cette loi, à la prendre dans son texte abstrait, serait une loi excellente, et je le dis sans arrière pensée, moi qui suis un croyant et un catholique. Mais, d'une part tous les cléricaux militants veulent s'en faire une arme de guerre, et d'autre part tous les libres penseurs jacobins prétendent s'en servir pour violer la paix des consciences.

Au milieu de ces luttes acharnées, vous pouvez penser que nos paisibles travaux de révision du Code civil n'intéressent plus personne que quelques âmes naïves comme moi qui rêvent de paix sociale au milieu de la bataille.

Aussi j'éprouve comme un sentiment de bien être moral à me retrouver en contact avec des hommes comme vous, de conscience si droite, de pensées si hautes, et de tendances sociales si pénétrantes.

Il m'est doux de commencer ainsi l'année par cet amical commerce de nos esprits, planant au dessus des petitesses de nos mêlées politiques.

C'est pourquoi je suis si heureux de vous adresser, de la part de ma femme et de la mienne, mes vœux les plus chers en vous priant de vous en faire l'interprète auprès de Madame Huber; et je vous redis, cher collègue et ami, tous mes sentiments de meilleure amitié,

R. Saleilles

¹ "Loi sur la séparation de l'Église et de l'État de 9 décembre 1905". Raymond Saleilles publica en 1906 un artículo sobre el tema: "Étude sur l'exposé fait par Maurice Hauriou des Principes de la loi du 9 décembre 1905 sur les séparations des Églises et de l'État", *Revue trimestrielle de droit civil*, 5 (1906), 847-874.

14, Rue Saint-Guillaume

Paris VIIe

Paris 30.I.06

Mon bien cher collègue et ami,

Nos travaux de révision du Code civil, après avoir flotté longtemps, se mettent à reprendre avec ardeur.

Nous venons de constituer un Comité de rédaction de 12 Membres pour donner à notre travail une homogénéité qu'il était impossible d'attendre d'études fragmentaires faites par les sous-Commissions séparées.

Ce petit prélude me servira d'excuse pour une nouvelle demande que je me permets de vous adresser et qui se réfère à la reprise de nos travaux. C'est au sujet de votre Projet de 1904 concernant la Partie révisée du Code des Obligations. J'ai eu le Projet de 1904; mais les Obligations ne s'y trouvent pas.

Nous allons bientôt entamer ce peu morceau; et nous aurons besoin des profiter des modifications apportées par vous à votre Loi fédérale des Obligations. Aussi vous serai-je reconnaissant de me faire avoir ce nouveau volume.

Et d'avance tous mes meilleurs remerciements, en vous priant d'offrir à Madame Huber mes hommages et souvenirs et recevez toutes mes amitiés,

R. Saleilles

14, Rue Saint-Guillaume

Paris VIIe

Paris 3.IV.6

Mon cher collègue et ami,

Je me permets de vous adresser, et de recommander à votre haute et inépuisable bienveillance, un cousin de ma femme, Mr Léon Bufnoir, inspecteur d'une de nos grandes Compagnies d'assurances, la Société Générale, qui est envoyé en Suisse, et à Berne en particulier, pour étudier de près et sur place le mécanisme des Sociétés Suisses.

Il aurait besoin d'être mis en rapport à Berne avec quelques hommes du métier, et surtout avec les Spécialistes. J'ai pensé que nul mieux que vous ne pourrait lui donner les références nécessaires.

Il est lui-même le propre neveu de mon beau-père, Mr. Bufnoir, notre ancien maître et collègue de la Faculté de Paris, mort en 1898.

A tous ces titres, il ne manquera pas, je le sais d'avance, de se présenter à vous sous les meilleurs auspices.

Et, d'ailleurs, je m'en veux un peu de ne répondre que de cette façon, d'abord un peu tardive, et surtout transformée du même en une demande de service, à votre dernière lettre, si bonne, si intéressante, si importante à tout de points de vue.

Mais, déjà, je commence à être à nouveau débordé.

Peut-être aurez-vous vu, par notre dernier Bulletin, que notre Commission du Code civil a repris ses travaux sous une forme et une allure un peu plus rapide, mais pas beaucoup plus novatrices.

J'ai eu toutes les peines du monde à faire admettre, grâce à un rapport publié par notre dernier Bulletin, que l'on traitât des Personnes juridiques dans le nouveau Code civil¹. Et maintenant je suis chargé de préparer un avant-Projet, qui me demande beaucoup de peine. Car il faut arriver à dire assez en mettant le moins possible. On trouvera qu'il y en aura toujours trop!

Veillez, mon cher collègue et ami, offrir à Madame Huber, avec les meilleurs souvenirs de ma femme, mes respectueux hommages, et recevez mes sentiments d'affectueux dévouement,

R. Saleilles

¹ Raymond Saleilles, "Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de revision du Code civil sur la question de savoir s'il y aurait lieu de traiter de la matière des personnes juridiques dans le futur Code civil", *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 5 (1906), 251-274.

14, Rue Saint-Guillaume

Paris VII

Paris 24.XI.06

Mon bien cher collègue et ami,

Bien que je sois un peu pressé au moment où je reçois votre lettre si cordiale et si intéressante, je ne veux pas vous en faire attendre plus longtemps mes remerciements. Car c'était vraiment surtout à moi, depuis longtemps, de venir à vous et de vous demander de vos nouvelles, tout en vous donnant des miennes.

Heureusement, je continue à aller mieux, suffisamment tout au moins pour me remettre au travail et à mon métier. J'ai encore passé une bonne partie de mes vacances à Divonne, et, j'en ai retiré grand profit. J'avais su, de mon côté, par Massigli, qu'il avait eu le plaisir de voir en Suisse Mr. Rossel et qu'il avait eu par lui les meilleures nouvelles de votre grande œuvre de codification.

Ce que vous me dites au sujet de la disposition relative à l'abus de droit est déjà un grand succès. Si vous pouviez me faire envoyer le compte rendu des discussions qui ont pu avoir lieu à ce sujet soit au Conseil national, où l'on a fort peu discuté me dites-vous, soit au sein de la Commission, si le compte rendu en a été publié, nous en ferions un petit résumé pour notre Bulletin, et cela produirait grand effet.

Quant à l'opposition qui vous est faite du côté du parti Social démocrate à raison du Chapitre sur le Contrat de travail, nous voudrions bien savoir également, sur quoi elle porte exactement, peut être sur la question du Contrat collectif. S'il n'y avait pas d'indiscrétion à nous le faire savoir, ce pourrait nous

être d'une très grande utilité pour la reprise de nos discussions sur le même sujet. Aussi vous serais-je bien reconnaissant si vous pouviez me faire envoyer quelques documents à ce sujet.

En revanche, je vous fais envoyer- je crois même qu'il a dû partir hier- mon livre qui vient de paraître sur la Possession des meubles¹. Vous verrez que dans la première étude j'ai beaucoup parlé de vous. J'espère n'avoir pas trop défiguré votre pensée.

Veillez, en acceptant ce petit mot vous rappeler le bon souvenir de ma femme à Madame Huber et lui offrir mes bien respectueux hommages, et recevez, mon cher collègue et ami, tous mes plus dévoués sentiments,

R. Saleilles

¹ Raymond Saleilles, *De la possession des meubles. Études de droit allemand et de droit français*, Paris 1907. En la "Huber Bibliothek" se encuentra un ejemplar (signatura M4) con la dedicatoria siguiente: "À mon éminent collègue et ami Mr. le prof Huber affectueux hommage".

14, Rue Saint-Guillaume

Paris VIIe

Paris 14.I.7

Mon cher collègue et ami,

Vous avez pu voir par le dernier numéro de notre Bulletin que nous commençons l'étude de la question des fondations¹. Je viens de publier un premier rapport sur le sujet. Mais à la dernière Séance de la Commission, on m'a objecté que la fondation privée allemande, la Stiftung, était une pure création de théoriciens, de Juristes, qui avaient voulu essayer d'acclimater les idées de Savigny et celles de Brinz sur le Gewerbsvermögen, mais qu'en réalité cette institution n'avait aucune racine dans les mœurs, pas plus en Suisse qu'en

¹ La *Société d'Etudes* organisa numerosas sesiones para tratar este tema (Vid. *Bulletin* de los años 1906, 1907, 1908 y 1909). Saleilles participó en estas discusiones. Vid. "Rapport préliminaire présenté à la Commission nommée par la Société d'Études législatives pour l'étude de la question des fondations", *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 5 (1906), 467-493; "Questionnaire préparé en vue de l'ordre du jour d'une séance de la Commission des fondations", *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 6 (1907), 79-88; "Rapport préliminaire présenté à la Société d'études législatives sur le projet relatif aux fondations (Conditions de constitution et de capacité des fondations", *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 7 (1908), 357-417; "Annexe au rapport préliminaire sur les fondations", *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 8 (1909), 75-80; "Observations dans la discussion de la Société d'Études législatives sur la législation des fondations", *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 8 (1909), 66-71, 108, 109-118, 124-134, 135-137, 139-143, 149-156, 158-159, 241, 242-246, 248, 252-264, 311-341; "Note sur les fondations", *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 8 (1909), 161-172; "Rapport sur la partie administrative du projet sur les fondations", *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 8 (1909), 188-234.

Allemagne. Et tout d'abord pour ce qui est de la Suisse, on m'objectait, avec raison cette fois, que la fondation privée était ignorée de tous les cantons de la Suisse, soumis à des filiales du Code civil français. On ne connaissait là que le régime de l'association ou de la fondation publique, sous forme d'établissement public. On ajoutait que ces deux procédés suffisent encore à toutes les nécessités pratiques, et qu'il faut s'en tenir là. Mais on allait presque à prétendre que, même dans les Cantons allemands, autant l'association était féconde et multipliée, autant la Stiftung était peu utilisée; l'une est une institution vivante, qui répond aux mœurs d'un pays démocratique, l'autre ne serait qu'un mécanisme qui n'éveille ni intérêt ni initiatives nouvelles. C'est un empiètement sur le rôle de l'Etat. Aussi concluait-on que la place que vous aviez faite dans votre projet à la Stiftung n'était qu'un sacrifice de plus aux tendances germaniques qui vous étaient chères, mais que l'institution en soi était inutile et sans avenir.

J'ai essayé de répondre que mon impression, d'après le peu que je connaissais de la Suisse, était que l'on se trompait du tout au tout. C'est que l'association est, en effet, tout à fait inviable pour qui veut faire une fondation testamentaire; et les fondations testamentaires se multiplient de plus en plus dans nos pays démocratiques. J'inclinerai à croire qu'elles étaient fort usitées dans la Suisse allemande, et j'ajoutais, pour ce qui est de la Suisse romande, que la meilleure preuve du besoin unanime que l'on avait de voir s'y établir la fondation privée, c'est que, dans les différentes commissions de révision de votre Projet, les représentants de la Suisse Romande n'avaient fait aucune objection contre la partie de l'avant-Projet relative à la Stiftung.

Mais sur tous ces points, j'aurais besoin de preuves et de renseignements positifs. Voudriez-vous me les fournir? Et, au besoin, m'autoriseriez-vous à publier votre réponse dans notre Bulletin?² Nous commencerions ainsi une petite enquête qui peu à peu éclairerait notre public juridique.

² La respuesta de Eugen Huber a esta carta fue publicada en el *Bulletin*: "Lettre de Mr. Le Professeur Eugène Huber", *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 7 (1908), 191-192.

Je profite de ce petit mot, mon cher collègue et ami, pour vous prier, de la part de ma femme et de la mienne, à offrir à Madame Huber nos vœux très sincères; et je vous demande d'accepter les miens avec tous mes plus dévoués sentiments,

R. Saleilles

14, Rue Saint-Guillaume

Paris VIIe

Paris 25.I.07

Mon bien cher collègue et ami,

J'ai à vous remercier très vivement de vos deux lettres si intéressantes et si concluantes, et qui suffisent amplement pour les renseignements qui m'étaient demandés. Nous n'avons jamais eu la prétention d'obtenir une véritable statistique des fondations privées en Suisse; et j'aurais été désolé de vous obliger, pour l'obtenir, à des démarches tout à fait excessives. Et encore nous savons fort bien qu'on n'y arriverait pas.

Mais les renseignements personnels que vous nous donnez suffisent amplement à faire la démonstration dont j'avais besoin; c'est que dans les pays de libre initiative individuelle, comme la Suisse, on ne peut donner satisfaction à toutes les bonnes volontés avec les deux seuls cadres de l'association et de l'établissement public.

Ce sont cependant les seuls que nous ayons en France; et on prétend qu'ils devraient nous suffire. On allait jusqu'à dire qu'en Suisse la pratique s'en serait contentée et que c'étaient de purs théoriciens qui avaient voulu, sans aucun motif légitime, introduire et créer le monde de la fondation privée. Les renseignements que vous m'adressez relèvent absolument ce système. Il est possible que nous les publions dans notre Bulletin.

Merci encore; et veuillez redire à Madame Huber, avec les meilleurs souvenirs de ma femme, mes bien respectueux hommages; et encore tous mes sentiments les plus dévoués,

R. Saleilles

14, Rue Saint Guillaume

Paris VIII°

Paris 8.I.08

Mon cher collègue et ami,

Tous mes remerciements pour votre traduction française du Code civil¹. Et voulez vous me permettre, si ce n'est pas abuser de votre inépuisable bienveillance, de vous demander quelques renseignements au sujet de votre autorité de surveillance en matière de fondation (art. 80).

Je comprends bien que votre Code civil n'avait pas à la désigner. C'est affaire de droit public, et cela regarde chaque Canton, j'imagine.

Mais pourrais-je savoir, dans la plupart des Cantons, quelle est l'autorité qui remplit ce rôle à propos des représentants de la fondation? Est-ce forcément une autorité administrative? N'y a-t'il pas des cantons où ce rôle est dévolu à l'autorité judiciaire?

Votre art. 84 établit une sorte de décentralisation suivant le but de la fondation, et son domaine d'application. Pour une fondation qui ne touche qu'à l'aile communale, ce serait donc l'autorité communale qui désignerait l'autorité de surveillance. Dans ce cas celle-ci se confond elle avec le Conseil municipal?

D'autre part, comment fonctionne cette autorité de surveillance?

L'art. 86 fait intervenir l'autorité de surveillance lorsqu'il y a lieu de modifier le but ou les statuts de la fondation. Mais il semble bien que ce n'est pas l'autorité de surveillance qui décide. Vous placez au-dessus d'elle une

¹ Virgile Rossel, *Code Civil suisse. Édition annotée, précédée d'une introduction à l'étude du Code civil suisse*, Lausanne 1908.

autorité supérieure, l'autorité cantonale compétente, à laquelle appartient la décision, l'autorité de surveillance devant seulement être consultée.

Alors quelle est cette autorité cantonale compétente? Et par exemple, lorsqu'il s'agit de fondation placée sous la surveillance du Canton, comment se distingue-t-elle de l'autorité de surveillance elle-même?

Enfin, les décisions de l'autorité compétente ont-elles un caractère judiciaire. Sont-elles sujettes à appel de la part des représentants de la fondation? Ou bien tout seul des décisions administratives discrétionnaires?

Il reste un cas, d'après votre art 88, où il s'agit certainement de décision judiciaire devant les tribunaux ordinaires, c'est lorsqu'il y a lieu à suppression de la fondation elle-même. Dans ce cas, l'autorité de surveillance a-t-elle aussi une décision à prendre et un rôle à jouer, ne fût-ce qu'à titre consultatif?

Et alors admettez-vous deux autorités différentes et deux procédures différentes, suivant qu'il s'agit de simple modification du but, ou de suppression de la fondation?

Je vous serais bien obligé de m'éclaircir sur ces différents points¹.

Et oserais-je également vous transmettre une petite requête de la part de mes fils, qui voudraient avoir un spécimen de chacun des deux types de vos nouveaux timbres. Il vous suffirait de vous en servir pour affranchir votre réponse.

Veuillez, je vous prie, redire mes hommages respectueux à Madame Huber et acceptez avec mes remerciements tous mes meilleurs et plus dévoués sentiments,

R. Saleilles

¹ La carta de respuesta de 10 de enero de 1908 fue publicada: "Lettre de Mr. Le Professeur Eugène Huber", *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 7 (1908), 191-192.

G. Hôtel Divonne (Ain)

23.VII.08

Mon bien cher collègue et ami,

Mr. Burckhard a bien voulu, sur votre demande, m'adresser le second projet révisé de Code Pénal Suisse¹; je viens de l'en remercier. Moi je suis à vous dire aussi tout mes remerciements de cette nouvelle attention gracieuse que vous avez eu à mon égard.

Je pense que vous avez toujours l'intention d'aller au Congrès de Berlin², qui s'ouvre, je crois, le 4 ou le 5 Août. Il m'est tout à fait pénible d'y renoncer. Mais je ne pourrais en tenter l'aventure qu'au risque de compromettre les bons effets de ma cure de Berne. Et d'ailleurs, si je veux la consolider par un traitement hydrothérapique encore faut il que je passe celui-ci au complet, et il dure, au moins cinq à six semaines.

Je compte donc écrire à nouveau à Mr le Professeur Gierke pour lui renouveler mes regrets et lui faire part de mes impossibilités³. Mais je vous serais particulièrement reconnaissant de me servir d'intermédiaire auprès de lui pour confirmer ainsi de votre autorité et de votre amitié les raisons, malheureusement trop sérieuses, que je lui donnerai de mon absence.

¹ *Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Mit Auftrage des hohen schweizerischen Justizdepartement neu gefasst von Prof. Carl Stooss*, Bern 1896.

² En 1908 se celebró en Berlín un congreso internacional de ciencias históricas.

³ La carta de Raymond Saleilles a Otto von Gierke se encuentra en la Niedersächsischen Universitätsbibliothek de Göttingen (Nachlaß Otto v. Gierke). Olivier Motte la incluyó en su obra *Lettres inédites de juristes français du XIXe siècle*, II, Bonn 1989, 1596-1597.

Dans l'état actuel des relations entre la France et l'Allemagne, j'ai peur, et beaucoup de mes collègues s'abstiennent, qu'on y voit un parti pris de mauvaise volonté. C'est contre de pareilles méprises que j'aurais surtout voulu protester par ma présence.

Il y a là, vous le comprenez, un motif très délicat, que je ne puis donner dans ces termes, en écrivant à Mr. le Professeur Gierke. Mais si vous pourriez le lui laisser entendre de ma part, je vous en serai vivement reconnaissant.

Nos relations scientifiques, non seulement ne doivent pas dépendre de la tension des rapports de nos gouvernements Mais, si elles pourraient, en créant une atmosphère de paix et de haute sincérité, contribuer à faire que celle-ci s'atténue et peut-être disparaisse, et serait là plus qu'un service scientifique que nous aurions rendu à notre pays. Dans ma très faible mesure j'aurais voulu y contribuer

Je continue dans la solitude qui m'est faite ici, à me rappeler avec une joie profonde les charmes de mon séjour à Berne, l'entourage qui m'y a été fait, et l'atmosphère de sympathie que y ai rencontré. Toutes choses dont c'est à vous que j'ai été surtout redevable. Aussi quand le souvenir m'en revient, et c'est très souvent est-ce le vôtre surtout que j'y associe et le domine. Je tiens à vous en redire toute ma reconnaissance.

Veillez en renouveler l'expression à Madame Huber, avec celle de mes hommages bien respectueux.

Et veuillez encore, cher collègue et bien cher ami, tous mes remerciements et sentiments dévoués.

R. Saleilles

14, Rue Saint Guillaume

Paris VII°

Paris 4.3.09

Mon bien cher collègue et ami,

J'ai suivi votre conseil et notre Doyen a procédé par la voie diplomatique. Malheureusement nous étions arrivés trop tard, et la Chancellerie de Berne avait déjà pris l'initiative d'adresser au Ministre de Suisse à Paris deux exemplaires des documents relatifs au nouveau code civil, l'un pour la Bibliothèque nationale et l'autre pour une bibliothèque spéciale destinée aux juristes. Mr. Lardy, le Ministre de Suisse à Paris, a pensé que la Bibliothèque des avocats serait la mieux qualifiée pour ce dépôt. Mais au moment où il venait d'offrir cet exemplaire au Bâtonnier, et avant que l'affaire fût conclue, il a reçu la demande de notre Doyen qui insistait pour avoir les documents à la Bibliothèque de la Faculté de droit. Il n'y aura que là en effet qu'ils pourront avoir chance de servir fréquemment et d'être constamment utilisés. Car nous sommes les seuls à faire des recherches scientifiques de droit comparé, nous et nos étudiants pour leurs thèses. Les avocats et magistrats peuvent avoir besoin, dans les affaires de conflits de lois, des textes législatives. Mais il est rare qu'ils aient à en étudier la genèse et la préparation.

Quoi qu'il en soit, les choses en sont là et restent en suspens. Mr. Lardy s'est peut-être déjà un peu trop avancé auprès du Bâtonnier et n'ose peut-être plus revenir sur l'offre qu'il avait faite. Peut-être a-t-il soumis la chose à Berne à la Chancellerie pour avoir une décision. Notre Doyen attend la réponse.

Et, en attendant, je me trouve aujourd'hui même fort embarrassé, au sujet de mon prochain cours qui a lieu Mardi, par un de vos textes sur les successions. Car c'est sur le droit des successions que porte mon enseignement de cette année¹. Je viens de finir l'étude des Parentèles dans le Code civil allemand. Et j'aborde le droit Suisse, qui d'ailleurs en diffère très peu.

Mais je me heurte au texte de l'Art. 460 que je trouve un peu équivoque; et j'ai pensé que vous ne m'en voudriez pas, faute d'avoir les Procès Verbaux de vos Commissions, de m'adresser directement à vous pour les explications dont j'ai besoin, et que je voudrais bien avoir, si c'était possible, avant ma prochaine leçon, qui a lieu Mardi.

Ce qui me paraît un peu équivoque c'est la façon de calculer la part de succession sur laquelle doit porter l'usufruit accordé aux bisaïeux, c'est aussi le règlement du concours entre bisaïeux, ou arrière grands parents, et qui en français est la même chose, et grands oncles et grandes tantes du défunt.

Je reprends, si vous voulez bien, ces deux questions.

1°- L'art 460 dit que les bisaïeux ont la jouissance pendant leur vie de la part qui aurait été dévolue aux descendants issus d'eux, si ceux-ci avaient survécu.

Le doute ne porte pas, à mon avis, comme l'avait dit Mr. Martin dans sa petite étude de 1901 sur les successions², sur le point de savoir quel est celui des descendants des bisaïeux, le grand-père ou le père du défunt, qui doit être pris en considération, pour le calcul de la part revenant au bisaïeu, il est bien évident que le texte n'a pas pu avoir en vue que le descendant le plus proche, c'est à dire le grand père du défunt, dont la part légale aurait été normalement

¹ El título del "Cours de doctorat" del año 1908-1909 es "Questions diverses sur les successions, fondement du droit de successions. La vocation héréditaire et la dévolution légale. Principalement dans le Code civil allemand et le Code civil suisse. La succession des domaines ruraux et les moyens d'en assurer l'Indivisibilité en droit allemand et en droit suisse".

² Alfred Martin, *Code civil suisse: des successions. Exposé du livre III de l'Avant-projet. Comparaison de ses principales solutions avec celles du droit français et du droit allemand*, Genève 1901.

d'un $\frac{1}{4}$, si les 4 grands parents eussent survécu. A mon avis, là n'est pas la difficulté.

Elle consiste à savoir si le texte a en vue cette part légale invariablement fixée à un $\frac{1}{4}$, ou s'il a en vue la part effective et variable qu'aurait pu avoir le descendant du bisaïeul, c'est à dire le grand père, suivant qu'on envisage comme venant seul de la parentèle ou comme venant en concours avec d'autres grand parents.

Et pour plus de clarté je pose la question sur l'exemple suivant, dans lequel je suppose, pour plus de simplicité, qu'il n'y ait que des bisaïeuls et aucun groupe de grands oncles et grandes tantes. D est le défunt. Tous les ascendants marqués d'une barre en diagonale sont censés prédécédés. Il ne reste que le père et la mère du grand père paternel, B et C. Tous les autres sont morts.

Si l'on s'en tient à une part fixe d'un $\frac{1}{4}$, on ne tiendra pas compte du prédécès des autres bisaïeuls. On dira: "le descendant des bisaïeuls survivants avait droit au $\frac{1}{4}$. C'était le grand père paternel. Les deux bisaïeuls survivants et qui forment un même couple n'auront droit également qu'à ce $\frac{1}{4}$ en usufruit: $\frac{1}{8}$ pour chacun d'eux.

Et j'imagine d'ailleurs que si, pour un même couple de bisaïeuls, l'un d'eux était mort, sans laisser, d'autre part, de grands oncles ou grandes tantes descendant de lui, la solution serait encore la même.

Ainsi l'arrière grand-mère C est morte sans enfants. L'arrière grand père B est seul survivant. Cet arrière grand-père prendra encore le $\frac{1}{4}$. Car le texte ne dit pas que l'on attribue l'usufruit de toute la succession aux 8 bisaïeuls avec $\frac{1}{8}$ individuellement à chacun. Le texte dit qu'on donne à chaque bisaïeul la part qu'auraient eue ses descendants. Or que le bisaïeul paternel soit seul de son couple ou que l'arrière grand-mère survive encore, la part de leur descendants, qui était le grand père, est toujours d'un $\frac{1}{4}$.

Voilà donc une première solution – celle qui considère la part des descendants de chaque couple de bisaïeuls comme invariablement fixée à $\frac{1}{4}$.

Dans ce système de calcul les deux bisaïeux B et C ne prenant qu'un $\frac{1}{4}$, les autres souches ne laissant ni grands oncles ni grandes tantes qui en dépendent, les $\frac{3}{4}$ de la succession iraient au père, ou plutôt au Canton, en toute propriété.

Est cela que vous avez voulu dire? Je ne le crois pas.

Car le projet initial de 1895, art. 406, disait qu'à défaut de grands parents se partagerait par tête l'usufruit de toute la succession. C'est donc que, s'il ne restait qu'un seul arrière grand parent, il prenait l'usufruit de tout et l'Etat n'avait qu'une^a propriété.

Je ne crois pas que l'avant-projet de 1900, en modifiant la formule, à raison du droit de successibilité accordé aux grands oncles et grandes tantes, eût voulu changer quoi que ce fût à ce résultat.

Et alors dans l'exposé que j'ai supposé, voici comment, à mon sens, il faudrait raisonner.

Il faudrait dire ceci: "Le grand père paternel A, dû qu'on ne lui oppose le droit parallèle d'aucun autre héritier de sa parentèle à lui, aurait eu toute la succession, et non la moitié ou le quart. Et par conséquent la part de succession qui eût appartenu à ce grand père A, descendant des bisaïeux survivants eût été du tout. Ils auront donc à eux deux l'usufruit du tout, $\frac{1}{2}$ pour chacun"

BILD I

^a en] *en en*.

Si on suppose au contraire qu'en face des deux bisaïeux paternels il subsiste un arrière grand père maternel E, le père du grand père maternel F, dans ce cas le raisonnement serait le suivant. On dirait: B et C ne peuvent invoquer que la part de leur descendant A, le grand père paternel. Mais ce grand père paternel se trouve en opposition avec les droits du grand père maternel, puisque ces droits du grand père maternel sont invoqués à leur tout par l'arrière grand père maternel E – Dans ce cas les droits du grand père paternel auraient été de $\frac{1}{2}$ seulement, puisque ceux du grand père maternel auraient représenté la $\frac{1}{2}$ afférente à la ligne.

Dans ces conditions, B et C auraient eu à eux deux, l'usufruit de $\frac{1}{2}$ et E, l'arrière grand père maternel aurait l'autre $\frac{1}{4}$.

Tels sont les deux systèmes de calculs en présence. Lequel est le bon? Je crois que c'est le dernier. Mais je voudrais en avoir de vous l'assurance.

2°- J'aborde la seconde question, celle des concours entre arrière-grand-parents d'une part, et grands oncles et grandes tantes d'autre part.

Je reprends le même dessin en y ajoutant au groupe les grands oncles et grandes tantes

BILD II

Je suppose donc les arrière grands parents B et C survivants; l'arrière grand père maternel E, cette fois, est mort; mais il a laissé un fils H qui est un grand oncle maternel. De même dans la ligue paternelle, il y a un autre grand oncle, mais de l'Autre souche d'Arrière grands parents, de la souche de la grand-mère paternelle, un grand oncle G.

Or il semblerait, à lire le dernier alinéa de l'art. 460, que pour admettre les grands oncles et grandes tantes à se prévaloir de l'usufruit de leurs père et mère, il faudrait que tous les arrière grands parents fussent prédécédés.

Le texte porte en effet „a la place des bisaïeux prédécédés, les grands oncles et grandes tantes descendant d'eux reçoivent cette jouissance pendant leur vie“

C'est la traduction littérale du texte allemand.

A lire ce texte, le doute que j'émetts se trouve à peu près écarté. Car ce sont les grands oncles descendants de chaque bisaïeul qui peuvent invoquer l'usufruit appartenant à leur père et mère. Donc il faut entendre le début de l'alinéa „A la place des bisaïeux prédécédés“ de décès individuels: „à la place de chaque bisaïeul individuellement“. Ce serait admettre le concours entre bisaïeul survivants et grands oncles et grandes tantes représentant les bisaïeux prédécédés.

Malheureusement dans la traduction française de l'art 460, au moins dans l'édition de Virgile Rossel, on a supprimés les mots „descendant d'eux“ – on a mis: „Cet usufruit, en cas de prédécès, passe aux grandes oncles et grandes tantes du défunt“.

Or dans la traduction française de l'Avant projet de 1900 cette omission n'existait pas.

L'art. 487 disait:

„Cet usufruit en cas de prédécès, passe aux grands oncles et grandes tantes qui descendent de l'arrière grand parent prédécédé. “

Cette fois, il n'y avait aucun doute. C'est pour chaque arrière grand parent individuellement qu'à son décès l'usufruit qui lui était dévolu passait aux grands oncles issus de lui.

Je me suis donc demandé si cette omission dans la traduction française officielle du texte définitif était intentionnelle; et si on avait voulu marquer par là que l'usufruit ne passerait pas^b pour chaque prédécès individuellement des bisaïeux, mais uniquement au cas où tous seraient prédécédés.

Dans ce dernier système, que je crois très peu vraisemblable étant donné le texte allemand de l'art. 460, dans l'exemple que j'ai pris, malgré la présence des grands oncles G et H, ce sont les bisaïeux B et C qui prendraient l'usufruit de toute la succession.

Mais je suis à peu près persuadé que ce n'est pas là ce que l'on a voulu dire.

Chaque souche de grands oncles et grandes tantes a droit de se prévaloir de l'usufruit qui eut appartenu aux bisaïeux chefs de souche.

Et alors dans l'exemple que j'ai choisi, le grand oncle maternel H représentant l'Arrière grand père E qui, dans l'interprétation que j'ai supposé admise tout à l'heure, aurait l'usufruit de $\frac{1}{2}$, aura cette même part de $\frac{1}{2}$.

Les arrière grands-parents B et C auront l'usufruit de s $\frac{1}{4}$ et^c le grand-oncle G recevant la part dévolue à l'autre souche paternelle, pour représenter la part de la grande mère paternelle, aura l'autre $\frac{1}{4}$.

Sur ce point encore, dites-moi si mes solutions sont exactes.

Enfin j'aurais une 4ème question à vous poser par rapport au concours d'arrière grands parents et de grands oncles et grandes-Tantes dans une même souche non pas dans une ligne, mais une même souche.

^b à la] *tachado en el original.*

^c l'arrière] *tachado en el original.*

BILD III

Je reprends, comme vous le voyez, l'exemple précédent. Et je suppose admise la solution d'après laquelle le grand oncle H a $\frac{1}{2}$ et le grand oncle G $\frac{1}{4}$.

Ce qu'il a de changé, c'est que l'arrière grand mère C est morte laissant deux enfants, qui tous des grands oncles et grandes-Tantes, I et J, du défunt, mais de la même souche que l'arrière grand père B qui survit.

Si l'art. 460 eut adopté une formule portant que chacun des arrières grands parents aurait eu $\frac{1}{8}$ de la succession, il n'y aurait pas de doute à avoir. L'arrière grande mère prédécédée aurait passé son $\frac{1}{8}$ aux grands oncles I et J qui descendent d'elle.

Mais ce n'est pas ça que dit l'art. 460.

Il dit que les bisaïeux ont l'usufruit de la part qu'auraient eue leurs descendants. Et ici le descendant dont il faut tenir compte c'est le grand père paternel, lequel n'aurait représenté que son $\frac{1}{4}$, puisque la ligne maternelle est représentée par H et que, dans la ligne paternelle, la grande mère est représentée par G.

C'est donc $\frac{1}{4}$ qui représenterait dans l'exposé ainsi présenté la part du grand père. Car cette part est attribuée conjointement aux arrière grands parents donc le grand père était issu, sans qu'il y ait à se préoccuper de savoir si le couple est encore intact ou si l'un des deux est mort.

Il me semble même que c'est un peu pour cela que l'art. 460 a choisi cette formule énigmatique et quelque peu équivoque au premier abord, qui conduit à attribuer aux arrière grands parents la part en quelque sorte qu'aurait

eue celui de leurs descendants qui eu l'aïeul du défunt. C'est pour indiquer que quel que soit celui des arrière grands parents qui subsiste, qu'ils subsistent tous deux ou qu'il n'y en ait qu'un, il y a toujours dans tous les cas la même part. $\frac{1}{4}$ dans l'hypothèse, mise à leur disposition.

Par rapport à la même souche, il n'y aurait pas concours entre l'Arrière grand parent qui subsiste et les grands oncles et tantes issus de lui.

Les grands oncles et tantes d'une même souche n'aurait droit à la part d'usufruit attribué conjointement à leur père et mère que si tous deux étaient morts.

Telle est la solution qui me semble résulter du texte.

Mais sur ce troisième point, mes doutes sont plus accentués que sur les deux autres; et j'aurais besoin d'une réponse.

Excusez-moi de vous imposer une lecture aussi longue et aussi minutieuse. Je sais bien que la réponse sera vite donnée, et que sur chaque point il vous suffira d'un mot. Mais j'ai dû, pour me faire comprendre, entrer dans des bien longues explications. Et je m'en excuse. Mais j'espère aussi avoir été suffisamment claire.

Veillez, mon cher collègue et ami, présenter mes hommages bien respectueux à Madame Huber et agréer, avec toute ma reconnaissance, mes meilleures amitiés,

R. Saleilles

14 Rue Saint Guillaume

Paris, VII

Mon bien cher collègue et ami,

Voulez-vous une fois de plus me permettre de mettre votre obligeance à contribution?

C'est au sujet des modifications apportées à la réglementation de la réserve du Conjoint survivant.

Je vois au tome 1er des Procès verbaux de la Commission d'experts, que notre Bibliothèque a enfin obtenus, p. 551, que la réserve du conjoint a été fixée, en présence d'enfants à un 1/4 en propriété ou 1/2 en usufruit. Et en présence d'héritiers de la parentèle des père et mère et de celle des grands parents à un 1/4 en propriété et 1/4 en usufruit.

Or le Projet définitif, celui adjoint au Message de 1904 (art. 478) porte sur la réserve du conjoint, en face d'héritiers légaux, et de la totalité de son droit de succession en propriété:

C'est à dire, en face des père et mère et de leurs descendants, 1/4 en propriété, et en face des grands-parents et de leurs descendants, 1/2 en propriété. Il n'est plus question d'y adjoindre 1/4 en usufruit.

Je n'ai pu trouver trace nulle part, dans les 2 volumes de procès Verbaux, de cette nouvelle modification apportée à la disposition votée à la séance du 11 Mars 1902.

^a Carta no fechada. Anterior a la muerte de la señora Huber (4 de abril 1910).

Est-ce la Commission de rédaction qui aurait fait cette modification de son chef? Est-ce le Conseil fédéral qui l'a introduite, en dehors de toute référence à la Commission d'Experts?

Je ne trouve rien qui puisse me documenter sur ce point.

J'ai pensé que d'un mot vous pourriez me fournir le renseignement.

Merci d'avance, mon cher collègue et ami. Veuillez présenter à Madame Huber la nouvelle expression de mes reconnaissants et respectueux hommages et recevez mes plus affectueux sentiments,

R. Saleilles

14, Rue Saint-Guillaume

Paris VII

Paris 7.VI.09

Mon très cher collègue et ami,

Je recours encore une fois de plus à vos lumières. C'est au sujet de cette petite étude que je prépare sur le Code Suisse¹. Je voudrais compléter mes travaux antérieurs sur la succession paysanne. Et je me trouve en présence de l'art. 621, qui est tout différent de l'art 616 # 2 du projet de 1904 tel qu'il était sorti des travaux de la Commission. Il s'agit d'un texte tout nouveau qui provient sans doute soit de la Commission nommée par l'assemblée fédérale, soit d'un amendement proposé et discuté en séance plénière.

Ce sont ces documents dont j'aurais besoin pour m'éclaircir sur le sens du texte, et je ne sais où me les procurer.

Il me semble, en effet, qu'on a introduit un système tout différent de celui des projets de 1900 et de 1904. Celui-ci donnerait au Juge le droit de choisir entre l'attribution, la vente ou le partage, suivant les usages locaux, la situation personnelle du défunt ou les vœux de la majorité. Tout d'abord ce dernier élément d'appréciation a disparu: ceci n'est que secondaire.

Le principal est que jamais il n'y avait attribution forcée qui s'imposât au Juge, même si l'usage était en faveur de l'attribution intégrale, puisque même

¹ Raymond Saleilles, "Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse", *Revue trimestrielle de droit civil*, 8 (1909), 537-610.

dans ce cas on mettrait sur le même point la considération de l'usage local et les autres éléments d'appréciation.

L'art. 621 actuel établit entre les éléments d'appréciation un ordre de préférence et donne le pas à l'usage local.

J'en conclus que, dans ce cas, si l'usage local est en faveur de l'attribution intégrale, celle-ci s'impose au juge, puisqu'il n'aurait à tenir compte des rapports de -considération personnels qu'à titre subsidiaire, à défaut d'usage conforme.

Si celui n'existe, on revient au système de l'attribution forcée, système du Projet de 1895 et des amendements Laux et Holer.

Mais à l'inverse si l'usage est contraire dans les pays par conséquent qui ne connaissent pas la transmission intégrale, je n'interprète pas l'art. 621 en ce sens que l'usage contraire à la transmission intégrale s'impose au même titre. Car la règle reste toujours celle de l'art. 620, celle de l'attribution intégrale. Seulement dans ce cas, l'usage des pays n'étant plus en faveur de l'attribution intégrale, le juge reprend son libre pouvoir d'appréciation, et tient compte alors des considérations personnelles.

D'où les deux solutions: attribution forcée là où l'usage est en ce sens; attribution à l'appréciation du Juge, vente du partage, là où l'usage est contraire au système de transmission intégrale.

D'autre part, je conclus du second alinéa du texte que ce principe d'attribution forcée dans les pays d'usage conforme ne s'applique qu'en faveur des héritiers prêts à exploiter eux-mêmes; et que pour ceux qui ne résideraient pas et exploiteraient par fermiers et métayer, le juge reprend son libre pouvoir d'appréciation.

De même ce droit à l'attribution forcée pour ceux qui résident et exploitent eux-mêmes n'existe que sous condition d'usage favorable à la transmission intégrale, selon le second alinéa du texte du projet premier, lequel restitue au Juge son libre choix dans tous les pays où n'existe pas d'usage en faveur de la transmission intégrale.

Telle serait donc mon interprétation du texte, à le prendre à lui seul, sans les discussions et les rapports à l'assemblée fédérale. Mais j'ai peur d'avoir fait fausse route. C'est pourquoi je m'adresse une fois de plus à votre obligeance pour éclairer mes doutes.

Et encore mille excuses, hommages et amitiés,

R. Saleilles

P.S. Si je ne puis avoir ces projets ou autrement les comptes-rendus de la discussion aux Chambres fédérales, j'irai les consulter à Genève depuis Divonne. Mais si vous pouviez par un libraire me faire parvenir ces comptes rendus contre remboursement je préférerais beaucoup les avoir à moi. Merci encore.

R. Saleilles

14 Rue Saint-Guillaume

Paris VIIe

Paris 4.III.11

Mon bien cher collègue et ami,

Voulez vous, une fois de plus, me permettre de recourir à vous pour quelques explications dont j'aurais besoin à propos du Bénéfice d'inventaire dans le Code civil Suisse?

Je prépare une petite étude sur le Bénéfice d'inventaire en général¹, et j'aurais besoin d'être fixé sur quelques-unes des dispositions de votre nouveau code civil.

Le point surtout qui me préoccupe est celui relatif au délai pour requérir l'inventaire (art. 580).

Dans tous vos projets successifs, ce délai était le même que celui donné à l'héritier pour refuser.

L'art. 583 de votre Projet de 1900 donnait à l'héritier un délai de 3 mois pour refuser; et l'art. 593 du même Projet déclarait que le délai qui lui était accordé pour requérir l'inventaire était le même que celui relatif au droit d'accepter ou de refuser.

Même problème dans le projet de 1904, celui présenté à l'assemblée fédérale.

¹ Raymond Saleilles, "Du rôle de l'inventaire dans la procédure du bénéfice d'inventaire", *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, vol. I, Milano-TORINO-Roma 1915, 435-479.

L'art 568 de ce nouveau projet réduirait à un mois le délai d'option de l'héritier- c'était une innovation de la commission des experts. Mais l'art. 578 du même projet maintenait le Principe de l'égalité, ou plutôt de l'identité de délai, en ce qui touche le droit de requérir l'inventaire. Ce délai pour demander l'inventaire se trouvait ainsi réduit à un mois.

Mais le Conseil des Etats, pour ce qui est du délai d'option de l'héritier, proposa 2 mois, au lieu de un mois. Et enfin le Conseil national, en seconde délibération, revint au système de votre projet de 1900, et accepta le délai de 3 mois.

Alors pourquoi n'a t'on pas conservé la symétrie existante jusque là entre les deux délais? On a porté à 3 mois le délai pour refuser, et on a maintenu à un mois seulement le délai pour requérir inventaire. Il y a là un défaut d'harmonie que je ne m'explique pas, et dont j'aurai voulu avoir la raison. Je n'en ai trouvé nulle part l'explication dans la discussion, soit au conseil des Etats, soit au Conseil national.

En somme, d'après le texte de l'art 580, l'héritier pourra perdre le droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire, s'il n'a pas requis l'inventaire dans le délai d'un mois, alors qu'il n'aura pas encore perdu le droit d'opter entre l'acceptation et la renonciation, puisqu'il a 3 mois pour exercer cette option, et que je suppose que les 3 mois ne sont pas encore exécutés et qu'il n'ait fait, d'ailleurs, aucun acte susceptible de valoir comme acceptation tacite, d'après l'art. 571.

N'est ce pas contradictoire avec le 1er alinéa de l'art 580, qui semble donner à l'héritier le droit d'accepter bénéficiairement tant qu'il a encore le droit de renoncer?

Et cependant au bout d'un mois, si l'inventaire n'a pas été requis, l'héritier aura perdu le droit d'accepter bénéficiairement bien qu'il garde encore celui de refuser.

Voilà qui me paraît bien peu admissible.

Je ne puis, en effet, interpréter le second alinéa de l'art 580 dans ce sens que le délai d'un mois pour demander l'inventaire serait un délai supplémentaire

ajouté au délai de 3 mois accordé à l'héritier pour exercer son droit de renonciation.

Il ne s'agit pas d'une prolongation mais d'une réduction, de délai.

On aura voulu, sans doute, imposer moralement à l'héritier l'obligation de faire inventaire dans un délai très court, dans l'intérêt des créanciers. Il faut que dès le dernier mois, l'inventaire ait été demandé et par suite commencé. Cela, sans doute, dans l'espoir qu'il sera achevé avant le délai d'option de trois mois, et qui aussi au bout des trois mois l'héritier sera à même de se décider entre les différentes parties qui lui sont offerts, l'acceptation pure et simple, l'acceptation sans bénéfice d'inventaire, la liquidation officielle ou la renonciation.

C'est là, sans doute, ce qui explique ce délai si court qui est réduit au tiers du délai d'option donné à l'héritier.

Cette explication justifie assurément le système, mais je n'en ai pas trouvé trace dans la discussion. Et je voudrais être sûr des motifs que j'attribue aux rédacteurs de l'art. 580.

D'autre part, je suis un peu préoccupé des dangers que peut faire courir à l'héritier un délai aussi restreint. On en avait été effrayé lors de la préparation du code civil allemand. On avait craint que l'héritier négligeât de demander l'inventaire dans la persuasion où il pourrait être de la solvabilité de la succession alors qu'il ne se révèle qu'après coup de grosses dettes jusqu'alors inconnues. Et c'est pour obvier à cet inconvénient que le code civil allemand a substitué au délai légal le système d'un délai judiciaire fixé sur la demande des créanciers.

Ainsi ai-je peur que, dans le système du code civil suisse, avec un délai si court, l'héritier ne soit exposé aux mêmes dangers.

Il croira la succession bonne et trouvera inutile d'assumer les frais et la longueur d'un inventaire. Puis le dernier mois passé, il aura connaissance de dettes dont il ne pouvait avoir le soupçon. Il voudrait pouvoir encore compter bénéficiairement et ne le pourra plus, parce qu'il a laissé passer le délai légal pour demander l'inventaire.

Voilà, si j'ai bien compris l'art. 580, à quels périls l'héritier peut être exposé.

Je voudrais donc revoir si mon interprétation est exacte; et, si elle l'est, quel moyen pourrait avoir l'héritier de se mettre à l'abri de ces dangers.

D'autre part, j'avais cru que l'héritier, tant qu'il était dans le délai qui lui est donné pour faire inventaire, pouvait encore accepter, soit expressément soit tacitement, sans être exposé à perdre son droit au bénéfice d'inventaire, même si cette acceptation intervient avant d'avoir requis l'inventaire.

Il me semblait, d'après l'art 588, que l'héritier, tant qu'il est dans le délai fixé par la loi pour faire inventaire, gardait intégralement son droit d'option entre les différents partis mis à sa disposition. C'était le système romain.

Mais je me suis aperçu, à la lecture de l'art 580, que mon interprétation était fausse.

L'héritier ne garde son droit d'option pendant le délai d'inventaire de l'art 585, que s'il a eu le droit d'accepter bénéficiairement selon l'art. 580, et il ne garde ce droit, d'après l'art. 580, que s'il n'avait pas perdu antérieurement le droit de renoncer. Si donc avant même le délai d'un mois, il avait déjà accepté expressément ou tacitement, sans avoir au préalable requis l'inventaire, même s'il est encore sans le délai pour le requérir, tout est irrévocable, il est héritier pur et simple, sans avoir la possibilité de limiter sa responsabilité envers les créanciers, sans même qu'il ait le droit d'écarter ceux qui négligeraient de produire dans un délai donné après appel public adressé aux créanciers.

Voilà qui est singulièrement dur, d'autant que les cas d'acceptation tacite, d'après l'art 571, sont très vaguement délimités. Il aura suffi que l'héritier s'immisce dans les affaires de la succession! C'est aussi dangereux que notre système français d'acceptation tacite, avec tous les traquenards et toutes les surprises dont il est susceptible. Il y a en plus cette aggravation, si connue du droit français, d'un délai préféré de forclusion pour faire inventaire, et cela à peine de déchéance du bénéfice d'inventaire.

Telles sont les quelques observations que je voulais vous soumettre, afin d'être sûr que je ne m'étais pas mépris sur l'interprétation de votre Code civil.

Et j'en profite pour vous remercier d'avoir bien voulu communiquer à Mr. Virgile Rossel les explications que je vous avais données au sujet de mes rapports avec Mr. Cesana, et surtout avec sa campagne si vive dirigée contre votre version française officielle¹. Moi aussi j'étais à la veille d'être pris dans ce traguenard.

Grâce à la communication que vous avez bien voulu faire à Mr. Rossel, celui-ci a pu me mettre au courant de ce qui se passait. Et il m'a été possible aussi de dégager à temps ma responsabilité.

J'espère que maintenant l'affaire est close; et peut-être mon intervention n'aura-t-elle pas été étrangère à cette heureuse issue du conflit.

¹ Se refiere Saleilles a la polémica entre Ernst Cesana y Virgile Rossel a propósito de la traducción del ZGB al francés y al italiano. Cesana dirigió una dura campaña contra la traducción en la que involucró a Raymond Saleilles por un escrito en el que criticaba ciertos aspectos de la traducción. Cuando Saleilles conoció los detalles de la polémica pidió consejo a Huber y, poco más tarde, escribió una carta a la *Schweizerisches Juristenzeitung*: Brief Raymond Saleilles' an die Redaktion der SJZ, *Schweizerische Juristenzeitung*, 16 (1911) S. 258-259.

Veillez encore, mon cher collègue et ami, m'excuser et me pardonner de faire ainsi appel si souvent à votre bonne volonté.

Et recevez, avec tous mes remerciements anticipés, mes plus dévoués et affectueux sentiments

R. Saleilles

14 Rue Saint-Guillaume

Paris 18.III.11

Mon bien cher collègue et ami,

Je vous remercie bien vivement des indications si complètes et si intéressantes que vous avez bien voulu me transmettre sur les quelques questions que je m'étais permis de vous poser.

Comme je vous l'écrivais il y a quelques jours, ces renseignements n'avaient rien d'urgent. C'était en vue d'une petite étude que je prépare pour le livre jubilaire de Mr. le Professeur Chironi¹ et j'ai pour cela un assez long délai.

Je continue, en dépit des atténuations importantes que vous m'indiquez, à trouver que le délai d'un mois donné à l'héritier pour demander l'inventaire est vraiment bien court. Au moins le serait-il en France, où l'on répugne souvent à demander le bénéfice d'inventaire. Mais votre bénéfice d'inventaire étant loin d'avoir des effets aussi absolus que le nôtre, doit être certainement, chez vous, presque le régime de droit commun.

Et, d'autre part, vos explications ingénieuses sur l'art. 571 ne me rassurent qu'à demi. Car, à prendre le texte qu'il est, il y est question d'immixtion dans la succession, sans que rien laisse soupçonner que cette immixtion doive être telle qu'elle fasse présumer de la part de l'héritier une véritable renonciation au droit de refuser la succession. Et ce sont ces surprises possibles qui nous effraient un peu.

¹ Raymond Saleilles, "Du rôle de l'inventaire dans la procédure du bénéfice d'inventaire", *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, vol. I, Milano-TORINO-Roma 1915, 435-479.

Mais ce point des délais à part, je suis heureux de vous apprendre qu'à la dernière séance de la Société d'Etudes législatives votre régime suisse du bénéfice d'inventaire, présenté par Mr. Percerou² et par moi, avait paru faire fort bonne impression. Nous ne votons pas. Mais il n'a soulevé aucune objection.

Et j'espère un peu qu'à la Commission de révision du Code civil on fera fort bon accueil à la proposition.

Merci encore, mon bien cher collègue et ami, et je vous redis toute mes meilleures amitiés,

R. Saleilles

² Jean Percerou presentó el proyecto en la subsección dedicada a la revisión del derecho de sucesiones de la *Société d'études législatives*. El proyecto y la discusión suscitó se encuentran reproducidos en las páginas del boletín: *Bulletin de la Société Etudes législatives* 10 (1911), 23-48 y 105-135.

Paris 14 Rue St. Guillaume

24.IV.11

Mon bien cher collègue et ami,

J'aurais encore deux petites explications un peu pressées à vous demander en vue de mon prochain cours¹.

1°- Je crois conclure de l'art. 593 que l'héritier qui a opté pour l'inventaire public ne peut plus demander la liquidation officielle.

Cela ressort, me semble-t-il, de l'alinéa dernier de l'art 593, qui établit une alternative entre trois parties, refuser, accepter sous inventaire public, ou demander la liquidation officielle. Qui prend l'un, exclut les autres.

Le doute pourrait venir de la traduction française du second alinéa, portant que "il n'y est plus fait droit à cette demande si l'un des héritiers accepté *purement et simplement*^a".

Le texte allemand parlait d'acceptation en général, et non d'acceptation pure et simple.

La version française du second alinéa n'aurait-elle pas un peu forcé le sens du texte? Et ne serait-ce pas une acceptation quelconque de la part d'un des cohéritiers, même une *acceptation sous inventaire*^b qui exclut désormais le droit de demander la liquidation officielle?

2°- Lorsque l'héritier répond des dettes purement et simplement et que les créanciers, en faisant la preuve exigée par l'art. 594, demandent à leur profit

¹ El título de curso fue "La responsabilidad de l'heritier en droit comparé".

^a Purement et simplement] *subrayado en el original*.

^b acceptation sous inventaire] *subrayado en el original*.

la liquidation officielle, l'héritier cessera-t-il, dans ce cas, de répondre des dettes personnellement, conformément à l'alinéa 3 de l'article 594?

Ou bien les créanciers, s'ils ne sont pas payés intégralement sur l'actif de la succession, pourront-ils, pour ce qui leur reste dû, recourir contre l'héritier personnellement et au besoin produire dans la faillite de l'héritier? C'est la solution du Code civil allemand. J'imagine que ce serait aussi celle du droit suisse. Le code civil allemand, dans les hypothèses où l'héritier répond des dettes d'une façon illimitée (§ 2063), admet, si les créanciers demandent la faillite ou l'administration de succession, qu'ils pourront encore poursuivre l'héritier ou même produire à la faillite de l'héritier pour tout ce qu'ils auraient pas touché de leur créance sur les biens de la succession. Vous admettriez sans doute la même solution, bien que elle se heurte au 3ème alinéa de l'art 593.

Excusez-moi, une fois encore, mon bien cher ami, d'abuser de votre science et de votre dévouement.

Et recevez encore, avec toute ma reconnaissance, mes meilleures amitiés,

R. Saleilles

14, Rue Saint Guillaume

Paris VIIe

Paris 24.IV.11

Mon bien cher collègue et ami,

J'ai encore recours à vos bons offices pour des nouvelles explications de votre code civil, qui seront, je crois, très simples à fournir. Et si, comme j'en suis à peu près persuadé, mes interprétations sont exactes, vous n'aurez qu'à me répondre par un "bon et approuvé", sans autre explication.

C'est toujours à propos de cette étude sur le Bénéfice d'inventaire pour laquelle j'avais déjà mis votre volonté à contribution¹.

Il s'agit, cette fois, de la faillite, dans son application aux successions.

Le seul article de votre Code civil qui en parle (l'art. 597) est placé au chapitre sur la liquidation officielle, de sorte qu'on pourrait être tenté de croire que seules les successions pour lesquelles la liquidation officielle a été demandée à temps et en forme peuvent être soumises à la faillite, si elles sont insolvable.

Il n'en serait tout de même de celles qui auraient été acceptées purement et simplement ou acceptées avec inventaire public. Cela pourrait se soutenir sous le prétexte que, dans ces deux cas, les créanciers ayant l'héritier pour débiteur personnel avec responsabilité indéfinie, n'ont aucun intérêt à la

¹ Raymond Saleilles, "Du rôle de l'inventaire dans la procédure du bénéfice d'inventaire", *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, vol. I, Milano-TORINO-Roma 1915, 435-479.

faillite; la succession a beau être insolvable, ils peuvent toujours poursuivre l'héritier sur ses biens personnels pour tout ce qui leur est dû.

Mais cependant ils peuvent avoir à craindre que l'héritier lui même soit d'une solvabilité douteuse, et dans ce cas ces créanciers auront intérêt à demander d'emblée la faillite de la succession, si elle était insolvable, comme ils auraient pu demander la liquidation officielle (art. 594).

Voilà un premier point qui me paraît donc certain: la faillite de la succession peut toujours être demandée, lorsqu'elle se trouve insolvable, même si cette succession avait été acceptée purement et simplement, ou acceptée bénéficiairement.

Ce premier point acquis, en voici un second, sur lequel je voulais surtout vous consulter, mais qui ne me paraît pas moins certain.

Lorsque la faillite est ouverte sur une succession acceptée purement et simplement, ou bénéficiairement, l'ouverture de la faillite ne peut pas avoir pour effet de supprimer la responsabilité personnelle indéfinie de l'héritier. Si donc les créanciers n'obtiennent dans la faillite, par la distribution de l'actif, qu'un simple dividende, ils pourront encore, pour tout ce qui leur restera dû, poursuivre l'héritier sur ses biens personnels, sauf exception bien entendu pour les créanciers qui auraient été forclos dans la procédure d'inventaire public.

Il ne pourrait, sans doute, y avoir d'exception à cette solution, et c'est le troisième point sur lequel je demande votre avis, que si la faillite se terminait par un concordat accepté par les créanciers. Ayant accepté de ne recevoir qu'un tant pour cent de leur créance par voie de concordat, ils ne pourraient plus désormais, et quoi qu'il arrive, exiger de l'héritier, même ayant accepté purement et simplement que le dividende stipulé au concordat.

Voici tous les trois points, que je crois très simples, sur lesquels, pour plus de sécurité, j'ai voulu avoir votre avis. Comme je vous le dirai, si je les ai interprétés exactement, contentez-vous de me répondre oui, sans perdre la peine d'entrer dans de plus amples détails.

Je suppose, d'ailleurs, que vous êtes en vacances de Pâques, peut-être même en Italie, jouissant de cet admirable début de printemps que vous venez

d'avoir. Nous en avons bénéficié dans^a notre petit coin en Bourgogne, où, depuis longtemps, je ne m'étais retrouvé au printemps, ayant toujours été souffrant et immobilisé depuis quelques années à cette merveilleuse saison. J'ai donc voulu profiter cette fois de ce que j'étais debout pour aller à la campagne. Et nous venons d'y passer quinze jours, qui ont été délicieux.

Dans le farniente de ces journées de repos au soleil, je me suis beaucoup laissé aller à la paresse, ce qui est parfois très bon. Et j'en ai omis, pendant cette longue période d'inaction, sinon d'oubli, de vous remercier des précieux opuscules que vous m'aviez envoyés. Acceptez-en la reconnaissance un peu tardive.

Et recevez encore, mon bien cher collègue et ami, avec tous mes vifs remerciements, la nouvelle expression de toute mon amitié

R. Saleilles

^a *Repite y tacha* dans.

IX.- Anexo 2º

Questionnaire préparé par M. Saleilles, conformément au mandat qui lui avait été donné en vue de l'ordre du jour de la prochaine séance de la Commission des Fondations⁸⁶⁷

Autorisation en matière de fondations

1º Quelle doit être l'autorité appelée à donner l'autorisation en matière de fondations ?

2º Le droit de refuser l'autorisation sera-t-il laissé à l'appréciation discrétionnaire de l'autorité compétente, ou subordonné à la preuve de certaines conditions légales ?

3º Devrait-on admettre que pour certaines catégories de fondations désignées par leur objet, l'autorisation ne pourrait être refusée que si la fondation ne rentre pas dans la catégorie fixée par la loi ?

4º Faudrait-il, en outre, pour ces catégories privilégiées, admettre d'autres causes légales pouvant justifier le refus d'autorisation, telle que l'opposition des héritiers, s'il s'agit de fondation testamentaire, ou l'insuffisance des ressources par rapport au but à réaliser ?

5º Si l'on admettait ainsi, au moins pour certaines catégories de fondations, un système de limitations légales venant restreindre le droit d'appréciation de l'autorité chargée d'intervenir, comment devrait-on organiser le recours pour le cas où l'autorisation aurait été refusée en dehors des causes admises par la loi ?

6º Faudrait-il, au contraire, admettre pour toutes les fondations sans distinction le droit d'appréciation discrétionnaire de l'autorité appelée à donner son autorisation ?

7º Faudrait-il, au moins, dans ce dernier système, exiger de l'autorité compétente, lorsqu'elle refuse l'autorisation, qu'elle motive son refus ?

⁸⁶⁷ Publicado en el **Bulletin de la Société d'études législatives**

Autorité de surveillance

1° Faudrait-il admettre que la désignation de l'autorité de surveillance pût être laissée au choix du fondateur, tout en limitant l'option entre plusieurs autorités désignées par la loi, comme seraient, par exemple, l'autorité administrative ou l'autorité judiciaire, ou peut-être même, en certains cas, l'autorité communale ?

2° Si ce système d'option était admis, comme il faudrait toujours que la loi désignât l'autorité de surveillance de droit commun pour le cas où le fondateur aurait omis de faire, quelle devrait être l'autorité ainsi admise par la loi ?

3° Si tout système d'option était écarté, et qu'il n'y eût qu'une seule autorité de surveillance établie par la loi, quelle serait l'autorité ainsi désignée ?

4° Quels devraient être, d'une façon générale, le rôle, la fonction et les pouvoirs de l'autorité de surveillance ?

5° Faudrait-il partir de l'idée qu'elle remplit, en matière de fondation, le rôle qui appartient, dans les associations, à l'assemblée générale par rapport au Conseil de direction ?

6° Faudrait-il admettre qu'elle eût un pouvoir de contrôle sur la gestion financière de la fondation, et lequel ?

7° Faudrait-il admettre qu'elle eût à faire respecter les statuts de la fondation et l'exécution des volontés du fondateur ?

8° Quels moyens de contrôle et d'initiative devraient lui être attribués à cet effet ?

9° Pourrait-elle, entre autres, provoquer la destitution et le remplacement, total ou partiel, des membres du Conseil de direction de la fondation, s'il était établi que celui-ci n'administre pas conformément aux statuts et à la volonté du fondateur ?

10° Aurait-elle à cet égard un droit d'initiative propre, ou faudrait-il qu'elle fût saisie par un ou plusieurs des intéressés ?

11° Est-ce à elle qu'il appartiendrait de prononcer la décision sur une poursuite de cette nature, sauf recours possible, ou devrait-on admettre que pareille

décision fût du ressort des tribunaux de droit commun et que l'autorité de surveillance serait uniquement chargée de les saisir de l'affaire ?

12° Quant aux autres cas qui pourraient justifier son intervention, par exemple les cas de modification es statuts, de transformation du but ou de suppression de la fondation, n'y a-t-il pas lieu de renvoyer l'examen pour la réglementation de la procédure qui devra être établie pour chacune de ces hypothèses ?

XI.- Anexo 4º

Bibliografía de Raymond Saleilles

Thèse pour le doctorat. De la possession des meubles en droit romain. De l'aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui, Paris, Derenne, 1883.

“Rapport sur les concours de l'année scolaire 1885-1886 à la Faculté de droit de Dijon”, in *Rentrée solennelle des Facultés de Dijon*, Dijon, Darantière, 1886, 50-74

“Le domaine public à Rome et son application en matière artistique”, in *Nouvelle Revue d'histoire du droit*, 12 (1888), 497-575 y 13 (1889), 457-514.

“Du rôle des scabins et des notables dans les tribunaux carolingiens”, in *Revue d'histoire*, 40 (1889), 286-304.

“Étude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand”, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 18 (1888-1889), 166-264, 492-523.

“Étude sur les Sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne”, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 18 (1888-1889), 583-670.

Recensión de T. Ducrocq, *La loi du 30 mars 1887 et les décrets du 3 janvier 1889 sur la conservation des monuments et objets mobiliers présentant un intérêt national au point de vue de l'histoire ou de l'art*, Paris, A. Picard, 1889, in *Nouvelle Revue d'histoire du droit*, 13 (1889), 445-453.

Recensión de E. Beaudouin, *De la participation des hommes libres aux jugements dans le droit franc*, Paris, Larose, 1888, in *Revue des questions historiques*, 46 (1889), 661-665.

Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand, Paris, F. Pichon, 1890; *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, Paris, F. Pichon, 1901 (título de la segunda edición).

“Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit”, in *Revue internationale de l'enseignement supérieur*, 19 (1890), 482-503.

“M Villequez, doyen de la Faculté de droit de Dijon” (necrológica), in *Nouvelle Revue d'histoire du droit*, 14 (1890) 927-934.

Recensión de J. Unger, *Schuldübernahme*, Wien, A. Holder, 1889, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 19 (1889-1890), 150-152.

Recensión de *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble* (1 y 2), in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 19 (1889-1890), 285-288.

Recensión de *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble* (1 y 2), in *Nouvelle Revue d'histoire du droit*, 14 (1890), 507-516.

“De la cession de dettes”, in *Annales de droit commercial*, 4 (1890), 1-47.

“Loi (inglesa) du 26 août 1889 pour amender et codifier les dispositions légales relatives à l'arbitrage”, (traducción y comentario), in *Annales de législation étrangère*, 19 (1890), 39-49.

“Préface programme”, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1 (1891), V-X (junto con la redacción de la revista).

“De l'établissement des burgundes sur les domaines des gallo-romains”, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1 (1891), 43-103, 345-407.

“Loi du 30 mars 1887 relative à la conservation des monuments d'art ayant un intérêt historique et artistique. Des questions de domanialité dans leur application aux objets mobiliers”, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1 (1891), 635-738.

“Fondement et développement du droit. Quelques vues émises à propos d’un livre récent” (C. Beudant, *Le droit individuel et l’État*, Paris, Rousseau, 1891), in *Revue internationale de l’enseignement supérieur*, 22 (1891), 39-46.

“Le droit commercial comparé. Contribution à l’étude des méthodes juridiques. À propos d’un livre de M. A. Straffa” (*La liquidazione delle Società commerciali*), in *Annales de droit commercial*, 5 (1891), 217-227.

Con E. Bailly, “Chronique”, in *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, 1 (1891), 267-277.

“La *controversia possessionis* et la *vis ex conventu* à propos de l’interdit *uti possidetis*” in *Nouvelle Revue d’histoire du droit*, 16 (1892), 245-313.

“Les théories allemandes sur les droits, qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement, lorsque son adversaire, de son côté, n’exécute pas ses engagements (Exception de refus de paiement pour inexécution ou exception *non adimpleti contractus*)”, in *Annales de droit commercial*, 6 (1892), 287-296; 7 (1893), 175-216.

Recension de E. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, (I), *L’ancien droit*, Paris, Plon et Marescq aîné, 1891, in *Nouvelle Revue d’histoire du droit*, 16 (1892), 229-238.

Recension de F. Moreau, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Larose et Forcel, 1892, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 21 (1891-1892), 460-463.

“Chronique universitaire. Les étudiants des Facultés de Dijon”, in *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, 2 (1892), 145-178.

“Variétés et documents” (Recension von E. Picard, *Des délits et des peines en matière forestière au moyen-âge dans le duché de Bourgogne*, Autun, Dejussieu père et fils, 1891), in *Nouvelle Revue d’histoire du droit*, 16 (1892) 83-96.

Du refus de paiement pour inexécution de contrat. Étude de droit comparé, Paris, Arthur Rousseau, 1893.

“La question des universités”, in *Bulletin de la Société des amis de l'Université de Dijon*, 2 (1893), 81-91.

“Questions de jurisprudence”, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 3 (1893), 293-403.

“Chronique. Jurisprudence de la Cour d'appel de Dijon”, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 3 (1893), 509-520.

“M.L. Mouchet, professeur de droit civil à la Faculté de droit de Dijon”, in *Nouvelle Revue d'histoire du droit*, 17 (1893), 774-779.

Recensión de Chaisemartin, *Proverbes et maximes du droit germanique étudiés en eux-mêmes et dans leurs rapports avec le droit français*, Paris, Larose et Forcel, 1891, in *Revue d'histoire*, 51 (1893), 371-377.

Recensión de A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé, (I), De la nationalité*, Paris, Larose et Forcel, 1892, in *Nouvelle Revue d'histoire du droit*, 17 (1893), 509-520.

Recensión de R. de la Grasserie, *De la classification scientifique du droit*, Paris, Pedone-Lauriel, 1892, in *Nouvelle Revue d'histoire du droit*, 17 (1893), 774-779.

“Étude sur les éléments constitutifs de la possession”, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 3 (1893), 121-161, 697-755; 4 (1894), 201-218, 311-406.

Francis Newton Thorpe, “Le principe de représentation dans la démocratie américaine”, (traducción), in *Revue du droit public*, 2 (1894) 1-54

“Dijon, 30 juin 1893”, *Recueil Sirey des lois et des arrêts*, 1894, 185-190.

“Jurisprudence de la Cour d’appel de Dijon et des juridictions du ressort. Cour d’appel de Dijon (2e Chambre), 27 novembre 1893”, in *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, 4 (1894), 26-46.

Recensión de E.-P. Oberholtzer, *The Referendum in America*, Philadelphia (Pennsylvania), Publications of the University of Pennsylvania, 1893, in *Revue du droit public*, 2 (1894), 342-351.

Recensión de G. Blondel, *Étude sur la politique de l’empereur Frédéric II en Allemagne et sur les transformations de la constitution allemande dans la première moitié du XIIIe siècle*, Paris, A. Picard, 1892, in *Revue d’histoire*, 54 (1894), 149-152.

Recensión de P. Rencker, *De la non-responsabilité conventionnelle*, Thèse de doctorat, Dijon, 1894, in *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, 4 (1894), 647-666.

Recensión de A. Esmein, *Cours élémentaire d’histoire du droit français à l’usage des étudiants de première année*, Paris, Larose, 1892, in *Revue d’histoire*, 56 (1894), 389-399.

Recensión de E. Huber, *System und Geschichte des schweizerisches Privatrechts*, Basel, Reich, 1893, in *Nouvelle Revue d’histoire du droit*, 18 (1894), 764-776.

“Le *Homestead* aux Etats-Unis. Constitution d’un patrimoine de famille insaisissable”, in *Bulletin de la Société des amis de l’Université de Dijon*, 3 (1895) 23-54.

“La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d’art. Étude de droit comparé”, in *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, 5 (1895), 1-94.

“Development of the present Constitution of France”, in *The Annals of the American Academy of political and social Science*, 1895, 1-78.

“Étude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne”, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 24 (1894-1895), 721-798.

“Étude sur l'histoire des sociétés en commandite”, in *Annales de droit commercial*, 9 (1895), 10-26, 49-63 y 11 (1897) 29-49.

“Cour d'appel de Dijon (1ere Chambre), 27 décembre 1893”, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 5 (1895), 47-97.

“Note sur Lyon, 10 Juillet 1894”, in *Recueil Sirey des lois et des arrêts*, (1895) 185-189.

Recensión de R. de la Grasserie, *Convendrait-il d'augmenter en France la quotité disponible du père de famille?*, Paris, Imprimerie Nationale, 1894, in *Revue du droit public*, 3 (1895), 166-170.

“La transportation en Allemagne, à propos d'une étude récente sur ce sujet” (F. Bruck, *Neu Deutschland und seine Pioniere*, Breslau, Koebner, 1896), in *Revue pénitentiaire*, 20 (1896) 1039-1049.

Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, Paris, A. Rousseau, 1897.

“Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable”, in *Revue pénitentiaire*, 21 (1897), 53-88, 321-357.

“Note sur Paris 13 mai 1896”, *Recueil Sirey des lois et des arrêts*, 1897, 41-43.

“Rapport sur l'engagement militaire des condamnés”, *Revue pénitentiaire*, 21 (1897), 489-521.

“L'alcoolisme et la loi pénale” (Teilnehmung in den Diskussionen der *Sté. gén. Prisons*), *Revue pénitentiaire*, 21 (1897), 466-471.

“Note sur Civ. Rej. 16 juin 1896 et Req. Rej. 30 mars 1897”, in *Dalloz, Jurisprudence générale*, 1897 (433-439).

“Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil” (H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil . Notions générales*, Paris, A. Pedone, 1897), in *Revue internationale de l'enseignement supérieur*, 34 (1897), 523-529.

L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale, Paris, F. Alcan, 1898-1909; *The Individualization of Punishment*, Boston (Massachusetts), Little & Brown, 1911. Faksimil Edition 1969.

“Le risque professionnel dans le Code civil”, in *Réforme sociale*, 35 (1898) 634-649.

“La représentation proportionnelle” (Recension de A. Besson, *Essai sur la représentation proportionnelle de la majorité et des minorités*, Dijon, Jobard, 1897), in *Revue du droit public*, 9 (1898), 215-234, 385-413.

“Notice sur le Code civil pour l'Empire d'Allemagne du 18 août 1896”, in *Annales de législation étrangère*, 1898, 142-160.

“M. C. Bufnoir”, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 60 (1898), 534-545.

“Note sur l'acquisition de la personnalité dans le Code civil allemand”, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 28 (1898-1899), 260-281.

“Note sur l'article 54 du Code civil allemand relatif aux associations dépourvues de la personnalité”, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 28 (1898-1899), 452-459.

“Préface“ (I-XIII) a François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, A. Chevalier-Marescq et Cie., 1899.

“Note sur l'acquisition de la personnalité civile dans le Code civil allemand“, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 28 (1898-1899), 260-281.

“La moralisation par la peine”, in *Revue Maurice*, 1899, 275 y ss.

“Les sentences indéterminées” (Intervenciones en una sesión de la *Société générale des Prisons*), in *Revue pénitentiaire*, 23 (1899), 802-807, 810-813.

“Note sur Besançon 23 février 1898”, in *Recueil Sirey des lois et des arrêts*, 1899, 25-27.

“Les associations dans le nouveau droit allemand”, in *Le droit d'association. Études, notes et rapports du congrès sur le droit d'association*, Paris, Gaume et Rondelet, 1899, 229-246.

“Une nouvelle étude sur la transportation en Allemagne” (Recensión de K.A. Mittermaier, “Kann die Deportation im deutschen Strafsystem Aufnahme finden”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 19 (1898), 85-132), in *Revue pénitentiaire*, 23 (1899), 115-119.

“Un nouveau livre sur la cession des dettes” (Recensión de E. Gaudemet, *Étude sur le transport des dettes à titre particulier*, Paris, A. Rousseau, 1898), in *Annales de droit commercial*, 13 (1899), 82-94.

“Les institutions pénitentiaires en Algérie” (Recensión de E. Larcher - J. Olier, *Les institutions pénitentiaires en Algérie*, Paris, 1899), in *Revue pénitentiaire*, 23 (1899), 999-1008.

Recensión de N. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle, étude historique, juridique et politique*, Paris, Rousseau, 1899, in *Nouvelle Revue d'histoire du droit*, 23 (1899), 591-604.

Introducción (I-XII) y edición de Claude Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900.

“Le droit au nom individuel dans le Code civil pour l'Empire d'Allemagne”; in *Revue de critique législative et juridique*, 29 (1900), 94-101.

“Congrès international de droit comparée. Rapport préliminaire présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du Congrès”, *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 29 (1899-1900), 228-236. también en *Procès verbaux et documents du Congrès international de droit comparé*, I, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1905, 9-17.

“Notes sur deux articles du Code civil pour l’Empire d’Allemagne”, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 29 (1899-1900), 149-160.

“Notes sur la théorie de la capacité dans le Code civil pour l’Empire d’Allemagne, articles 2, 3, 6 et 104 à 115 du code civil”, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 29 (1899-1900), 237-245.

“Des rapports à établir entre les facultés de lettres et les facultés de droit”, in *Revue internationale de l’enseignement supérieur*, 39 (1900), 241-250. Auch in *Troisième Congrès international d’enseignement supérieur*, Paris, A- Chevalier-Marescq et Cie., 1902, 8-18.

“Conception et objet de la science du droit comparé”, *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 29 (1899-1900), 383-405. Auch in *Procès verbaux et documents du Congrès international de droit comparé*, I, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1905, 167-189.

“Note sur Paris 1er février 1899”, *Recueil Sirey des lois et des arrêts*, 1900, 121-125.

“Théorie de l’absence dans le Code civil allemand”, *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, 10 (1900) 113-134.

“Edouard Beaudouin, professeur à la faculté de droit de Grenoble”, *Revue internationale de l’enseignement supérieur*, 40 (1900), 310-323.

“Note sur le Congrès international de droit comparé”, *Revue de synthèse historique*, 1900, 213-217.

“Rapport sur les sentences indéterminées”, in *Actes du Congrès pénitentiaire international de Bruxelles, 1900*, II, 585-599, Bruxelles, 1900.

Recensión de J. Imbart de la Tour, *Des biens communaux*, Paris, Pedone, 1899, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 29 (1899-1900), 124-125.

Recensión de M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* (I), Paris, F. Pichon, 1900, en *Nouvelle Revue d'histoire du droit*, 24 (1900), 265-274.

De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144), Paris, F. Pichon, 1901.

L'initiative de la femme dans le domaine du droit (conférence chez la baronne Piérard), Paris, Rousseau, 1901.

Les nouvelles écoles de droit pénal (conférence à l'Institut populaire du Ve. arrondissement), Paris, Rousseau, 1901.

"Les personnes juridiques dans le Code civil allemand", *Revue de droit public*, 15 (1901), 193-250, 428-464, 16 (1901), 212-264.

"La condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand" *Réforme sociale*, 42 (1901), 90-91, 717-744.

"Un nouveau système de réparation aux victimes des délits", *Revue pénitentiaire*, 25 (1901), 339-345.

"Observations sur une communication de M. G. Blondel touchant le Code civil allemand et les ouvriers". *Bulletin de la Société de législation comparée*, 30 (1900-1901), 228-241.

"L'état de nécessité et le délit nécessaire" (intervenciones en las sesiones de la *Société générale des Prisons*), *Revue pénitentiaire*, 25 (1901), 73-76, 84.

"École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents" (Recensión de R. Stammler, F. Gény, L. Duguit, O. Bülow, L. von Savigny), *Revue trimestrielle de droit civil*, 1 (1902) 80-112.

"De la succession paysanne dans l'avant-projet de code civil suisse", *Réforme sociale*, 44 (1902), 144-164.

"La loi du pardon", (intervención en las discusiones de la *Société générale des Prisons*) *Revue pénitentiaire*, 26 (1902), 192-198.

“Note sur Paris 26 juillet 1901”, *Recueil Sirey des lois et des arrêts*, 1902, 1-5.

“Les modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits du travail et de l’industrie et projet de loi à la suite”, (Intervenciones en las discusiones de la *Société d’études législatives*), *Bulletin de la Société d’études législatives*, 1 (1901-1902), 25, 56, 105-107, 115, 131-148, 205-206.

“Des garanties qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif”, (Intervenciones en las discusiones de la *Société de législation comparée*), *Bulletin de la Société de législation comparée*, 31 (1901-1902), 240-246.

“Les méthodes d’enseignement du droit et l’éducation intellectuelle de la jeunesse”, *Réforme sociale*, 44 (1902), 81, 865-888. También en *Revue internationale de l’enseignement supérieur*, 44 (1902), 313-329.

“Le rôle social de la jeunesse” (Brindis del *XXIe Congrès de la Société d’économie sociale*), *Réforme sociale*, 44 (1902), 111-114.

“Discours d’ouverture”, in *Congrès national de la propriété bâtie, Travaux du Congrès national de la propriété bâtie*, Paris 1902, 14-23.

"Toast" *Congrès national de la propriété bâtie, Travaux du Congrès national de la propriété bâtie*, Paris 1902, 153-158.

Con Charles Massigli, “La force motrice des cours d’eau et le droit des riverains”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 1 (1901-1902), 507-529.

“Quelles sont les modifications qu’il serait désirable d’apporter à la législation existante sur le captage, la dérivation et l’utilisation des eaux, pour la création de forces motrices sur les cours d’eau non-navigables ni flottables?” (Intervenciones en las discusiones de la *Société d’études législatives*), *Bulletin de la Société d’études législatives*, 1 (1901-1902), 229-231.

“La protection et la tutelle des enfants naturels”, (Intervenciones en las discusiones de la *Société d’études législatives*), *Bulletin de la Société d’études*

législatives, 2 (1903), 104-120, 122, 126, 153-154, 157, 162-164, 165-179, 183-184, 187-189.

“Tutelle légale et éducation forcée”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 2 (1903), 191-199.

Roman sociologique et roman social (conférence faite à l'Institut populaire du Ve arrondissement, le 21 avril 1903), Paris, A. Rousseau, 1903.

“Le nantissement des fonds de commerce”, (Intervenciones en las discusiones de la *Société d'études législatives*), *Bulletin de la Société d'études législatives*, 2 (1903), 357-358, 378, 380-386.

“Préface” (V-XXXIII) a Léon Lyon-Caen, *La femme mariée allemande. Ses droits, ses intérêts pécuniaires*, Paris, A. Rousseau, 1903.

“Note sur Civ. Rej 29 avril 1901”, *Recueil Sirey des lois et des arrêts*, 1903, 321-325.

“L'extension de la compétence pénales des juges de paix” (Intervenciones en las discusiones de la *Société d'études législatives*), *Bulletin de la Société d'études législatives*, 2 (1903), 584-586.

“Des formes du testament olographe. L'article 970 du Code civil français et le 2231 du Code civil allemand”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2 (1903), 587-614, 3 (1904), 89-152.

“La théorie possessoire du Code civil allemand”, *Revue critique de législation et jurisprudence*, 32 (1903), 592-610, 33 (1904), 33-57.

“Y a-t-il vraiment une crise de la science politique?” (Recensión de M Deslandres, *La crise de la science politique et le problème de la méthode*, Paris, Chevalier-Marescq et Cie, 1902), in *Revue politique et parlementaire*, 36 (1903), 91-123.

La méthode historique et la Bible (Recensión de J. Lagrange, *La méthode historique, surtout à propos de l'ancien testament*, Paris, V. Lecoffre, 1903), Genève, L. Gilbert, 1903.

Intervenciones en la sesión conjunta de la *Société d'études législatives* y la *Société générale des Prisons* sobre la cuestión de la ampliación de las competencias de los jueces de paz, in *Revue pénitentiaire* 27 (1903), 1061-1069 y *Bulletin de la Société d'études législatives* 2 (1903) 544-551.

"Méthode historique et codification", in *Atti del congresso internazionale di scienze storiche*, I-IX, Roma, Tipografia della Reale Accademia dei Lincei, 1904, IX, 3-22.

Participación en las sesiones del congreso de ciencias históricas, in *Atti del congresso internazionale di scienze storiche*, I-IX, Roma, Tipografia della Reale Accademia dei lincei, 1904, IX, XVIII-XIX, XXII,XXIX-XXX.

"La réforme des lois concernant les aliénés" (Intervenciones en las discusiones de la *Société d'études législatives*), *Bulletin de la Société d'études législatives*, 3 (1904), 103, 103-108, 109-110, 158, 162, 173-181, 333, 336-337, 338, 340-347, 430-452, 456, 457-461; 4 (1905), 280, 281, 282, 292-297, 298.

"Lettre sur la police de moeurs", *Revue pénitentiaire*, 28 (1904), 387-396.

"La réforme de la licence en droit", *Revue internationale de l'enseignement supérieur*, 47 (1904), 320-339.

"La réforme des actes de l'état civil des enfants naturels" (Intervenciones en las discusiones de la *Société d'études législatives*), *Bulletin de la Société d'études législatives*, 3 (1904), 229, 231-238, 241.

"Rapport sur la question de la protection des biens et de la capacité civile des aliénés", *Bulletin de la Société d'études législatives*, 3 (1904), 318-331, 410-428.

"Annexe sur la question de la protection des biens et de la capacité civile des aliénés", *Bulletin de la Société d'études législatives*, 3 (1904), 349-361.

“Introduction” (I-XXXIX), “Léxique” (XLI-XLIV), “Livre I: partie générale” (art. 1 240), “Livre II”, Secciones I a VI (art. 241-432), (traducción), *Code civil allemand*, Paris, Imprimerie Nationale, 1904.

“Le Code civil et la méthode historique”, in *Le Code civil, 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, 97-129.

Gian Pietro Chironi, “Le Code civil et son influence en Italie”, (traducción), in *Le Code civil, 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, 763-777.

“Les Rapports du droit et de la sociologie”, *Revue internationale de l'enseignement supérieur*, 48 (1904), 420-432.

“Lettre à M. le Président de la Société d'études législatives sur la revision du Code civil. Genève, 23 octobre 1904”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 4 (1905), 77-79.

“Rapport préliminaire sur les questions relatives à la gestion des biens et à la capacité civile des aliénés”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 3 (1904), 262-305.

“Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au Congrès international de droit comparé sur la question du parlementarisme”, *Procès verbaux et documents du Congrès international de droit comparé*, I, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1905, 69-85.

Intervenciones en el *Congrès international de droit comparé*, *Procès verbaux et documents du Congrès international de droit comparé*, I, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1905, 25-26, 60-61, 86, 94, 109, 110, 112, 117, 137.

“Rapport général sur les travaux du Congrès international de droit comparé”, *Procès verbaux et documents du Congrès international de droit comparé*, I, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1905, 141-153.

“Toast” (del *Congrès international de droit comparé*), *Procès verbaux et documents du Congrès international de droit comparé*, I, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1905, 162-164.

“Projet accepté par la Commission sur les questions relatives à la gestion des biens et à la capacité civile des aliénés”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 3 (1904), 306-314, 4 (1905), 135-177.

“Rapport sur la question de la protection des biens et de la capacité civile des aliénés”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 3 (1904), 318-331, 410-428.

“Annexe sur la question de la protection des biens et de la capacité civile des aliénés”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 3 (1904), 349-361.

“Le droit romain et la démocratie”, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto publicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, (I-II), Prato, Giachetti, Figlio e c., 1905, 713-730.

“Travaux de la première sous-commission de la Commission de revision du Code civil. Compte rendu”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 4 (1905), 247-251, 323-325.

Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts, in Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts (traducción de Rudolf Leonhard), Breslau, Verlag von M.&M. Marcus, 1905.

“De l'abus de droit”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 4 (1905), 325-350.

“Préface” (VII-XXXV) y traducción de John-Henry Newman, *La foi et la raison*, Paris, P. Lethellieux, 1905.

“Préface” (IV-XXXII) y traducción de John Henry Newman, *Le Chrétien*, Paris, P. Lethielleux, 1906.

“L'extension possible des causes de divorce” (intervenciones en las sesiones de la *Société d'études législatives*), *Bulletin de la Société d'études législatives*, 5 (1906), 199-201, 204-205, 277-280, 287, 288-292.

“Lettre au Secrétaire général de la Société d’études législatives sur la question du contrat de travail”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 5 (1906), 209-232.

“Note sur le projet de la commission relative au contrat de travail”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 5 (1906), 493-503.

“Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de revision du Code civil sur la question de savoir s’il y aurait lieu de traiter de la matière des personnes juridiques dans le futur Code civil”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 5 (1906), 251-274.

“Rapport sur les concours de licence de l’année scolaire 1905-1906 et sur le concours pour le prix du Comte Rossi”, in *Université de Paris. Faculté de droit. Distribution des prix. Concours de 1906*, Paris, Delalain frères, 18-35.

“Rapport préliminaire présenté à la Commission nommée par la Société d’études législatives pour l’étude de la question des fondations”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 5 (1906), 467-493.

“Étude sur l’exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi de 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l’État”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 5 (1906), 467-493.

“Il Santo” (Recensión de A. Fogazzaro, *Il Santo*), *La Quinzaine*, 68 (1906), 524-542.

De la possession des meubles (Études de droit allemand et de droit français), Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1907.

“Réponse à l’enquête philosophique et religieuse sur le retour au catholicisme” in Marcel Rifaux, *Le retour au catholicisme*, Paris, Plon, 1907, 371-401.

“Le régime juridique de la séparation”, *Revue des institutions culturelles*, 2 (1907), 185-208.

“La nouvelle réglementation des conditions de nomination et d’avancement des magistrats” (intervenciones en las sesiones de la *Société générale des Prisons*), *Revue pénitentiaire*, 31 (1907), 50-51, 177-178.

“Note sur le projet relatif à l’abolition de la peine de mort et à son remplacement par un internement perpétuel”, *Revue pénitentiaire*, 31, 1907, 430-436.

Con la *Commission de revision du Code civil*: “Questionnaire sur le mariage”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 6 (1907), 323-356, 453-493.

“Réponse à l’enquête internationale sur la question religieuse”, *Mercure de France*, XLVII (1907), 449-451.

“Les *Piae causae* dans le droit de Justinien”, in *Mélanges Gérardin*, Paris, Larose et Tenin, 1907, 513-551.

“Réponse à l’enquête sur les catholiques et les oeuvres sociales”, *Le Sillon* (Paris), 10 septembre 1907, 168-175.

“Le contrat collectif de travail” (intervenciones en las sesiones de la *Société d’études législatives*), *Bulletin de la Société d’études législatives*, 6 (1907), 533-534.

“Le principe du libre salaire de la femme mariée érigé en règle d’ordre public”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 6 (1907), 563-595.

“Questionnaire pour la séance de la commission des fondations”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 6 (1907), 237-239.

“Note sur le contrat collectif de travail”, *Bulletin de la Société d’études législatives*, 6 (1907), 79-88.

“De la responsabilité précontractuelle à propos d’une étude sur la matière” (Recensión de G. Faggella, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera de esatta costruzione scientifica*, Napoli, 1906), *Revue trimestrielle de droit civil*, 6 (1907), 699-751.

“Lettre à M. le président de la commission des fondations (31 janvier 1908)”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 7 (1908), 188-191.

“Rapport préliminaire présenté à la Société d'études législatives sur le projet relatif aux fondations”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 7 (1908), 357-417, 417-421.

“Annexe au rapport préliminaire sur les fondations”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 8 (1909), 75-80, 81-82.

“La législation sur les fondations” (intervenciones en las sesiones de la *Société d'études législatives*), *Bulletin de la Société d'études législatives*, 8 (1909), 66-71, 108, 109-118, 124-134, 135-137, 139-143, 149-156, 158-159, 241, 242-246, 248, 252-264, 311-341.

“La fonction juridique du droit comparé”, en *Juristische Festgabe des auslandes zu Josef Kohlers 60 Geburtstag*, Stuttgart, 164-175.

“Allocution sur les devoirs de la jeunesse”, *Conférence Olivaint. Assemblée générale*, Paris, A. Quelquejeu, 1909, 31-46.

“Note sur les fondations”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 8 (1909), 161-172

“Rapport sur la partie administrative du projet sur les fondations”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 8 (1909), 188-234.

“La situation de la femme mariée en Suisse”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 38 (1908-1909), 151-161.

“L'origine du droit et du devoir”, *Revue Montalembert*, 1909, 241-263; Auch in *Revue de philosophie*, 15 (1909), 140-162).

“Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 8 (1909), 537-610.

De la personnalité juridique. Histoire et théories (Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques), Paris, A. Rousseau, 1910.

“Un compromis hongrois en matière successorale”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 9 (1910), 83-120.

"Brief Raymond Saleilles' an der Redaktion" (de la SJZ), *Schweizerische Juristenzeitung*, 16 (1911) 258-259.

“L'enseignement du droit comparé en Italie”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 9 (1910), 271-273.

“Le principe de la continuation du défunt par l'héritier en droit romain”, in *Festschrift Otto Gierke (zum 70 Geburtstag)*, Weimar, H. Böhlau, 1015-1034.

“De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 9 (1910), 296-325, 10 (1911) 56-102. Se publica aparte: *De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français*, Paris, A. Rousseau, 1911.

“Droit civil et droit comparé”, *Revue internationale de l'enseignement supérieur*, 61 (1911), 5-32.

“Lettres à M. le Secrétaire général de la Société d'études législatives à propos de la discussion sur le règlement du passif héréditaire”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 10 (1911), 26-29, 50-55.

“Le règlement du passif héréditaire” (intervenciones en las sesiones de la *Société d'études législatives*), *Bulletin de la Société d'études législatives*, 10 (1911), 107-112, 115-122, 126-131, 134.

Con Maurice Costilhes, Edición y “Déclaration des exécuteurs testamentaires” (I-IV), de Maurice Faucon, *Reliquiae*, Paris, Plon-Nourrit et Cie., 1911.

“La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 10 (1911), 23-59.

“La réforme de la législation des syndicats professionnels” (intervenciones en las sesiones de la *Société d'études législatives*), *Bulletin de la Société d'études législatives*, 10 (1911), 274, 283.

“Les grèves et leur réglementation” (Antwort an die Enquête des *Bulletin de la semaine*), *Bulletin de la semaine* (Paris), 7 juin 1911, 271-272.

“La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 10 (1911), 351-387, 387-398.

"Préface" (V-XXIII) von Charles de Visscher, *Le contrat collectif de travail (théories juridiques et projets législatifs)*, Gand, A. Siffer, Paris, A. Rousseau, 1911.

“La responsabilité de l'héritier dans le Code civil suisse”, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 10 (1911), 476-512.

“L'organisation juridique des premières communautés chrétiennes”, in *Mélanges P.-F. Girard*, (I-II) Paris, A. Rousseau, 1912, 469-509.

De l'établissement des conseils de tutelle en France, Paris, Rousseau, 1913.

“Du rôle de l'inventaire dans la procédure du bénéfice d'inventaire” in *Scritti in onore di G. P. Chironi*, Torino, 1915, I, 47 páginas (separata).

XII.- Bibliografía

A.A.V.V., *François Saleilles (1894-1943)*, Toulouse, Bousseau, 1945.

A.A.V.V., *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Soufflot, 1914.

A.A.V.V., *Le lieutenant Jean Saleilles*, Dijon, Imprimerie Jean Darantière, MCMXVI.

A.A.V.V., *Livre d'or de la Faculté de Droit de Paris. Guerre 1914-1918*, Paris, Impr. J. Langlois, 1925.

Ancel, Marc, "La tendance universaliste dans la doctrine comparative française au début du XXème siècle", en Hans Dölle/Max Rheinstein/Konrad Zweigert (Hrsg) *Festschrift für Ernst Rabel*, I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1954, 17-38.

Ancel, Marc, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1971.

Aragoneses, Alfons, "Der Allgemeine Teil und das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Urteil von Raymond Saleilles (1855-1912)", *Ius Commune* 28 (2001), 502-504.

Aragoneses, Alfons, "Strafrecht im *Fin de Siècle*. Raymond Saleilles und die Strafrechtswissenschaft in Frankreich Ende des 19. Jahrhunderts" in Josef Pauser y otros (Hrsg.), *Ad Fontes. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Wien 2001*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002, 11-22.

Aragoneses, Alfons, *Recht im "fin de siècle". Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, en prensa.

Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo* (1951-1966), versión española de Guillermo Solana, Madrid, Taurus, 1998.

Arnaud, André-Jean (ed.), *La culture des revues juridiques françaises*, Milano, Giuffré, 1988.

Arnaud, André-Jean, *Les juristes face à la société*, Paris, PUF, 1975.

Asheri, Maia/Sternhell, Zeev/Sznajder, Mario, *The birth of fascist ideology. From cultural rebellion to political revolution*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1994.

Assier-Andrieu, Louis "Le Play et la famille-souche des Pyrénées: politique, juridisme et science sociale", *Annales. Economies. Histoires. Civilisations* 39 (1984), 495-509.

Autores varios (en adelante A.A.V.V.), *Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire*, Arthur Rousseau Éditeur, 1904.

Bailly, M. "Nécrologie", *Revue internationale de l'enseignement*, 63 (1912), 361-363;

Ballot-Beaupré, M., "M. R. Saleilles (1855-1912)", Allocution prononcée au début de l'Assemblée générale, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 11 (1912), 59-64

Bettremieux, Pierre, *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, Lille, Robbe, 1921.

Beudant, Robert, "Les travaux de Raymond Saleilles sur la séparation de l'Église et de l'État", en Edmond Thaller, *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 511-537.

Bonnecase, Julien, "La science juridique française. Quelques aspects fondamentaux de l'œuvre de Léon Duguit", [edición a parte de] *Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger*, 1929.

Bonnecase, Julien, *Science du Droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Paris, Recueil Sirey, 1928.

Borne, Dominique/Dubief, Henri, *La crise des années 30. 1929-1938*, Paris, Editions du Seuil, 1989.

Bourdieu, Pierre, "L'illusion biographique", *Actes de la Recherche en sciences sociales*, 62/63 (1986), 69-72.

Brouchet, M., "A la mémoire de M. Raymond Saleilles", *Allocution prononcée à la Conférence Bufnoir, Séance du 13 mars 1912*, 3-10.

Bufnoir, Claude, "De la part à faire aux sciences politiques dans l'enseignement des universités", *Revue internationale de l'enseignement*, 31 (1896), 527-535.

Bufnoir, Claude, "La réforme du doctorat en droit", *Revue internationale de l'enseignement*, 26 (1893), 35-48

Bufnoir, Claude, "Rapport au nom de la commission du Conseil supérieur de l'Instruction publique (inséré dans le rapport au président de la République) ", *Recueil Beauchamp*, 5 (1895), 466-477.

Bufnoir, Claude, "Rapport sur l'organisation de l'enseignement des sciences politiques et administratives", *Revue internationale de l'enseignement*, 1 (1881), 378-398.

Bunfnoir, Claude, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900.

Bureau, Paul, "In Memoriam", *Correspondance. Union pour la Vérité*, 21 (1913), 1-23.

Canepa, Giovanna/Ullman, Sabine, "Eugen Huber als international bekannter Privatrechtler": Frankreich und Italien, in: *Eugen Huber (1849-1923) Akten des im Sommersemester 1992 durchgeführten Seminars*, Bern 1993, 260-326.

Capitant, Henri, "Conception, méthode et fonction du droit comparé b Raymond Saleilles", in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Soufflot, 1914, 65-114.

Carbonnier, Jean, *Rechtssoziologie*, Berlin, Duncker Humblot, 1974.

Carbonnier, Jean, *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972.

Caroni, Pio, Manuscrito de sus lecciones en Dijon en marzo del 2002.

Caroni, Pio, "Eugen Huber. Il mito svelato", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 110 (1991) I, 381-419.

Caroni, Pio, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing, und Lichtenhahn Verlag AG, 1996, 121.

Caroni, Pio, *Lecciones Catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

Casanovas, Pompeu, *Gènesi del pensament jurídic contemporani*, Barcelona, 1996, Edicions Proa.

Cazzetta, Giovanni, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991.

Cedras Jean, "Liberté- Egalité – Contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation", en internet: www.courdecassation.fr/_rapport/rapport03/etudes&doc/2-etude-M-Cedras.htm

Charle, Christophe, "La toge ou la robe? Les professeurs de droit à Paris à la Belle Epoque", *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 7 (1988), 167-175.

Charle, Christophe, *Les Elites de la République (1880-1900)*, Paris, Fayard, 1987.

Chironi, Giampietro, "In memoria di Raimondo Saleilles", *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, 48 (1912), 1-7.

Clavero, Bartolomé, "Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio", *Quaderni fiorentini*, 18 (1989), 79-145.

Clavero, Bartolomé, "El método entre infieles o el código en España", in, *François Gény e la scienza giuridica del novecento*, *Quaderni Fiorentini*, 20 (1991), 271-317, 305.

Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI Editores, 1994.

Constantinesco, Léontin-Jean, *Rechtsvergleichung I. Einführung in die Rechtsvergleichung*, Köln/Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, 1971.

Dantz, M. "Nekrologer", *Tidsskrift for Retsvidenskab*, 1912, 486.

De la Grasserie, Raoul, *Code civil allemand et Loi d'introduction, suivis de la loi sur les livres fonciers et de celle sur la vente et l'administration forcées*, Paris, Pedone, 1897.

De Villena, Luis Antonio, *Corsarios de guante amarillo. Sobre el dandysmo*, Barcelona, Tusquets, 1983.

Dölle Hans/Rheinstein, Max/Zweigert, Konrad (Hrsg) *Festschrift für Ernst Rabel*, I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1954.

Dubief, Henri/Borne, Dominique, *La crise des années 30. 1929-1938*, Paris, Editions du Seuil, 1989.

Dubois, Paul, "Troubles de la sensibilité dans les états neurasthéniques et mélancoliques", *Comptes rendus du congrès des médecins aliénistes et neurologistes*, Bruxelles, 1903, 1-3.

Dubois, Paul, *De l'influence de l'Esprit sur le corps*, Berne, A. Francke, 1901;

Duguit, Léon, *Etudes de Droit public II*, Paris, Fontemoing, 1903.

Duguit, Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Colin, 1913.

Durckheim, Emile, *De la division du travail social* (1893), Paris, PUF, 1991.

Elsener, Ferdinand, "Die Anfänge des Schweizerischen Zivilgesetzbuches nach dem Briefwechsel zwischen Eugen Huber und Max Rümelin", *Autores Varios*, Festschrift Karl Siegfried Bader. Zürich, Schulthess Böhlau, 1965, 101-114.

Eugen Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, 2 vollst. neu bearb. Aufl. von Paul Mutzner, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1935.

Fahr-Becker, Gabrielle, *El Modernismo*, Köln, Könnemann, 1996.

Favre, Pierre, *Naissances de la science politique en France. 1870-1914*, Paris, Fayard, 1989.

Feuilletoy, Nécrologique, *Revue pénitentiaire*, 36 (1912), 1133

Filippo Ranieri, "Französisches Recht und französische Rechtskultur in der deutschen Zivilrechtswissenschaft heute: Eine unwiderrufliche Entfremdung?", in Heyen, Erk Volkmar/Beaud, Olivier (Hrsg.) *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft: Erträge und Perspektiven eines unterentwickelten Kulturaustausches*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, 183-196.

Flessner, Axel, "Die Rechtsvergleichung als Kundin der Rechtsgeschichte", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 7 (1999), 513-520

Gast, Birte, *Der Allgemeine Teil und das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Urteil von Raymond Saleilles (1855-1912)*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000.

Gaudemet, Eugène, "Les codifications récentes et la révision du Code civil", in: *Code civil. (1804-1904). Livre du Centenaire*, 967-986.

Gaudemet, Eugène, "Raymond Saleilles (1855-1912)", *Revue Bourguignonne de l'Université de Dijon*, 22 (1912), 161-263.

Gaudemet, Eugène, "Raymond Saleilles et le Code civil allemand", in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 115-151.

Gauye, Gauye, "François Gény est-il le père de l'article 1er alinéa 2e du code civil suisse?". *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 92 (1973) I, 271-281.

Gauye, Oscar, "Raymond Saleilles et sa correspondance avec le redacteur du Code civil suisse, *Civitas*, 15 (1959-1960), 416-423.

Gény, François, "La technique législative moderne (à propos du centenaire du Code civil)", in : *Code civil. (1804-1904). Livre du Centenaire*, II, 989-1038.

Gény, François, "La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'oeuvre de Raymond Saleilles", *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Soufflot, 1914, 1-63

Gény, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*. (Préface de Raymond Saleilles), Paris, Pichon et Durand Auzias, 1899.

Gény, François, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1913.

Gény, François, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1913.

Gide, André, *Les Faux-Monnayeurs* Paris, Gallimard, 1925.

Gierke, Otto von, *Aufsätze und kleinere Monographien*, Hildesheim u. a, 2001, 605-642.

Gierke, Otto, "Lettre de Otto Gierke", *Bulletin de la Société d'études législatives* 6 (1907), 69-75

Gierke, Otto, "Diskussionsbeitrag beim Evangelisch-sozialen Kongreß zum Thema: die sittliche und soziale Bedeutung des modernen Bildungsstrebens" in, A.A.V.V., *Die Verhandlungen des 13. Evangelisch-sozialen Kongresses, abgehalten in Dortmund vom 21 bis 23 Mai 1902*, Göttingen 1902, 29-33.

Gierke, Otto, *Soziale Aufgabe des Privatrechts*, 45 (5)

Glasson, Ernest, *Le droit de succession au moyen age*, Paris, Larose & Forcel, 1893

Glasson, Ernest, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe. de législation comparée, préc. d'un aperçu sur les origines du droit civil moderne*, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1880.

Grossi, Paolo, "Assolutismo giuridico e Diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles", en Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, 193-261.

Grossi, Paolo, "*Un altro modo di possedere*". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano Giuffrè Editore, 1977.

Grossi, Paolo, *Absolutismo jurídico y derecho privado. Doctor honoris causa Paolo Grossi*, Bellaterra, UAB, 1991. En versión italiana, "Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX", in Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, 127-141.

Grossi, Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 1998.

Grossi, Paolo, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.

Halpérin, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996.

Hauriou, Maurice, "Lettre [de 27 de diciembre de 1908] à M. R. Saleilles sur le Projet relatif aux Fondations", *Bulletin de la Société d'études législatives*, 8 (1909), 82-84.

Hauriou, Maurice, "Théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social", *Cahiers de la Nouvelle Journée* 4 (1925), 1-45.

Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Zur Geschichte des Familien-und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1987.

Hohmeister, Claudia, *Die Standardisierung von Fabril und Arbeitsordnungen*, Frankfurt am Main (en prensa).

Hohmeister, Claudia, *Die Standardisierung von Fabril und Arbeitsordnungen*, Frankfurt am Main (en prensa).

Horwitz, Morton J., *The Transformation of American Law. 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford, New York, 1992.

<http://www.memoiredeshommes.sga.defense.gouv.fr/>

Huber, Eugen, "Deutsches Privatrecht", *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, 20 (1898), 93-163.

Huber, Eugen, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- u. Polizeidepartements*, I, Bern, 1902, Böhler

Huber, Eugen, *Erläuterungen*, I/36, 39. Citado por Pio Caroni, *Die Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel y Frankfurt am Main, Helbing und Lichtenhahn, 1991, 63.

Imbart de la Tour, Joseph, "Raymond Saleilles (1855-1912)", *Bulletin de la semaine*, 9 (1912), 3-32.

Jellinghaus, Lorenz, *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur. Zum Funktionswandel von Verwaltungswissenschaften und Verwaltungsrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2006.

Jhering, Rudolf von, *Der Kampf um's Recht*, Wien, Manz, 1872.

Jhering, Rudolf, *Der Zweck im Rechts*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1884.

Jhering, Rudolf, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 2. Aufl. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1866

Jones, H.S., *The french State in Question. Public Law and political argument in the Third Republic*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

Kaelble, Hartmut, *Nachbarn am Rhein. Entfremdung und Annäherung der französischen und deutschen Gesellschaft seit 1880*, München, C.H. Beck, 1991, 102 y ss.

Kayser, Pierre, "La vie et l'oeuvre de François Géný", *Quaderni Fiorentini*, 20 (1991) 53-117.

Kloepfer, Michael (Hrsg.), (Hrsg.) *Kommunikation – Technik – Recht. Strukturen und wechselseitige Beeinflussungen*, (Schriften zum Technikrecht 6), Berlin Duncker & Humblot, 2002

Kötz, Hein/Zweigert, Konrad, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996.

Laboulaye, Edouard, "Discours", *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1 (1869-1870), 3-6.

Lacasta-Zabalza, José-Ignacio, *Georges Sorel en su tiempo (1847-1922). El conductor de herejías*, Madrid, Talasa, 1994.

Lambert, Edouard, *La Fonction du droit comparé*, Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé, Paris, Giard & Brière, 1903.

Lanteri-Laura, Georges, "Phrénologie et criminologie: les idées de Gall", en Laurent Mucchielli (ed.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, Editions L'Harmattan, 1994, 21-28.

Larkin, Maurice, *Church and State after the Dreyfus Affair. The Separation Issue in France*, London, Macmillan, 1974.

Larnaude, Ferdinand, "R. Saleilles et sa dernière oeuvre" *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 12 (1913), 251-255.

Lasserre-Kiesow, Valérie/Luzeaux, Didier, "Le droit civil allemand dans la science juridique française. Pladoyer pour une meilleure connaissance", in Heyen, Erk Volkmar/Beaud, Olivier (Hrsg.) *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft: Erträge und Perspektiven eines unterentwickelten Kulturaustausches*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, 163-182.

Le Play, Ferdinand, *L'organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous temps*, Tours, A. Mame et fils, 1871.

Legendre, Pierre, "Instituer la Reproduction. Remarques sur la contribution de l'histoire du droit à l'étude de la structure", en Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Zur Geschichte des Familien-und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1987.

Leonhard, Rudolf, "Französische Stimmen über das Deutsche bürgerliche Gesetzbuch als Vorbild für Civilrechtsreformen", in: *Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft*, Breslau, Verlag von M.&M. Marcus, 1906, 78-104, 83.

Lepelletier, Emile, "Rapport", *Réforme sociale*, 33 (1913) 37-49

Lerebours-Pigeonnière, Paul, "La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté", in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 397-433.

Luhmann, Niklas, "Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 12 (1972) 1, 201-253.

Luhmann, Niklas, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981 (1999).

Luig, Klaus, "Was kann die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung bieten", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 7 (1999) 521-530.

Luzeaux, Didier/Lasserre-Kiesow, Valérie, “Le droit civil allemand dans la science juridique française. Pladoyer pour une meilleure connaissance”, in Olivier Béaud/Erk Volkmar Heyen (Hrsg.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft, Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft: Erträge und Perspektiven eines unterentwickelten Kulturaustausches*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, 163-182.

Manfred Rehbinder “Einleitung“ in Manfred Rehbinder (Hrsg), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, op. cit.* 1.

Manfred Rehbinder “Einleitung“ in Manfred Rehbinder/ Ulrich Drobnig (Hrsg), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.

Manfred Rehbinder/ Ulrich Drobnig (Hrsg), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.

Marchi, Gian Paolo, “Culture a confronto nelle terme e nei luoghi di cura” en Paolo Prodi - Adam Wandruzska (ed.), *Il luogo di cura nel tramonto della monarchia d'Asburgo*, Bologna, Il Mulino, 1996, 69-104.

Mayda, Jaro, *François Gény and Modern Jurisprudence*, Baton-Rouge [Louisiana], Louisiana State University Press, 1978.

Mayeur, Jean Marie, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Paris, Les éditions ouvrières, 1991.

Mazzacane, Aldo, “Alle origini della comparazione giuridica. I carteggi di Carl Joseph Anton Mittermaier”, in *La comparazione giuridica fra ottocento e novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milano, Istituto lombardo Accademia di Scienze e Lettere, 2001, 15-38.

Mazzacane, Aldo, “Epistolari giuridici del secolo XIX. Progetto di edizione. Lettere a Carl Joseph Anton Mittermaier”, *Rechtshistorisches Journal* 14 (1995),437-443.

Meulenaere, O de, *Code civil allemand et Loi d'introduction*, Paris, Chevalier-Marescq, 1897.

Michaels, Ralf, "Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongress für Rechtsvergleichung. Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 66 (2002), 97-115.

Michoud, Léon, "La théorie de la personnalité morale dans l'oeuvre de Raymond Saleilles", in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris Rousseau, 1914, 301-337.

Michoud, Léon, "Note sur le projet relatif aux Fondations", *Bulletin de la Société d'études législatives* 8 (1909), 172-179.

Michoud, Léon, "Raymond Saleilles et le droit public", *Revue de droit public*, 29 (1912), 369-378

Michoud, Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Paris, Librairie générale de Droit & de Jurisprudence, 1906.

Motte, Olivier, *Lettres inédites de juristes français du XIXème siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, I-II, Bonn, Bouvier Verlag, 1989-1990.

Motte, Olivier, *Savigny et la France*, Berne, Lang, 1983.

Mucchielli, Laurent (ed.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, Editions L'Harmattan, 1994.

Müller, Christian, *Sie müssen an Ihre Heiligung glauben! Paul Dubois (1848-1918). Ein vergessener Pionier der Psychotherapie*, Basel, Schwabe & Co., 2001.

Naucke, Wolfgang, *Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts. Materialien zur Neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2000.

Newman, John Henry, *Teoría del desarrollo doctrinal. Sermones universitarios: No. XV*, traducción de Aureli Boix, Cristianisme i Justícia, 1990.

Pauser, Josef y otros (Hrsg.), *Ad Fontes. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Wien 2001*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002.

Pérez Collados, José-María, "La tradición jurídica catalana (Valor de la interpretación y peso de la historia)", *Anuario de Historia del Derecho español*, 64 (2005), 139-184.

Petit, Carlos (ed.), *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 115-157.

Petit, Carlos, "Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la Belle Epoque", in: *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001, 39-98.

Petit, Carlos, "Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert", en *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi. Madrid-Miraflores, del 11 al 14 de enero de 1994*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, 121-137.

Petit, Carlos, "The Code and the Goats. Western Law in less western cultures", in *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 20 (1998), 212-224.

Pilon, Eustache, "Réforme du code civil par voie de révision générale", in: *Code civil. (1804-1904). Livre du Centenaire*, 933-951.

Planiol, Marcel, "Inutilité d'une révision générale du Code civil", en : *Code civil. (1804-1904). Livre du Centenaire*, 953-963.

Prodi Paolo/Wandruzska, Adam (ed.), *Il luogo di cura nel tramonto della monarchia d'Asburgo*, Bologna, Il Mulino, 1996.

Rabel, Ernst, "Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung", *Münchener juristische Vorträge*, München, Verlag der Hochschulbuchhandlung Max Hueber, 1925, 6.

Rainer Schröder, "Der Funktionsverlust des bürgerlichen Erbrechts", en Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Zur Geschichte des Familien-und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1987, 281-294, 294.

Ranieri, Filippo, Französisches Recht und französische Rechtskultur in der deutschen Zivilrechtswissenschaft heute: Eine unwiderrufliche Entfremdung?", in Volkmar Heyen/Olivier Beaud (Hrsg.) *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft: Erträge und Perspektiven eines unterentwickelten Kulturaustausches*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, 183-196.

Redor, Marie Joëlle, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française. 1879-1914*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992.

Reimann, Mathias, "Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 7 (1999) 496-512.

Repgen, Tilman, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001

Rheinstein, Max/Zweigert, Konrad/Dölle, Hans (Hrsg) *Festschrift für Ernst Rabel*, I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1954.

Robert, Jean-Henri Robert, "Saleilles et le comparatisme", *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 12 (1991), 143-149.

Röder, Tilmann/ Vec, Milos/Seckelmann, Margrit, "Standards, Norms and the Law: The impact of the industrial Revolution", in Becker, Peter (Ed.), *Normalising Diversity -EUI Working Paper*, HEC No. 2003/5, Badia Fiesolana/San Domenico, 2003, 23-44.

Schiera, Pierangelo, "Melancolía y Derecho. La confrontación entre individuo y disciplina a favor del ordenamiento", en Carlos Petit (ed.) *Pasiones del jurista*.

Amor, memoria, melancolía, imaginación, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 115-157.

Schubert, Werner, "Das BGB im Urteil französischer Juristen bis zum Ersten Weltkrieg" in, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (germanistische Abteilung)*, 114 (1997), 128-181.

Schulte, Martin (Hrsg.) *Handbuch des Technikrechts (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften)*, Heidelberg, Springer Verlag, 2003

Seckelmann, Margrit/Röder, Tilmann/ Vec, Milos, "Standards, Norms and the Law: The impact of the industrial Revolution", in Becker, Peter (Ed.), *Normalising Diversity -EUI Working Paper*, HEC No. 2003/5, Badia Fiesolana/San Domenico, 2003, 23-44.

Sjoegren, Wilhem, "Zur Lehre von Formen des Unrechts und den Thatbestaenden (sic.) der Schadenstiftung", in *Revue d'Ihering*, 1896, 343 y ss.

Somma, Alessandro, "Le tecniche di imputazione del danno extra-contrattuale tra codice civile e legislazione speciale:l'essercizio di attività pericolose nel diritto tedesco", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1-2/3-4 (1995), 277-297.

Sontag, Susan, *La enfermedad y sus metáforas. El sida y sus metáforas*, Madrid, Taurus, 1997.

Sternhell, Zeev/Sznajder, Mario/Asheri, Maia, *The birth of fascist ideology. From cultural rebellion to political revolution*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1994.

Sturmel, Philippe "L'école historique française du droit a-t-elle existé?", in *Rechtsgeschichte*, 1 (2003), 90-122, 90.

Sznajder, Mario/Sternhell, Zeev /Asheri, Maia, *The birth of fascist ideology. From cultural rebellion to political revolution*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1994.

Tarde, Gabriel, "Sociologie du droit et droit comparé", in *Congrès international de droit comparé. Procès verbaux I*, Paris, 1905, 437-445.

Teisseire, Raymond, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. Etude de droit civil*, Paris, Rousseau, 1901.

Thaller, Edmond, "Avant-propos", en Edmond Thaller (ed.), *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914, 5-38.

Thaller, Edmond, "Nécrologie. Raymond Saleilles (1855-1912)", *Annales de droit commerciale et industriel*, 26 (1912), 93-101

Thomas Mann, *Der Zauberberg*, Berlin, S. Fischer Verlag, 1926. *La montaña mágica*, Edición española de Mario Verdaguer, Barcelona, Plaza Janés, 1993.

Tissier, Albert, "Raymond Saleilles"; *Revue trimestrielle de droit civil*, 11 (1912), 293-303.

Ullman, Sabine/Canepa, Giovanna, "Eugen Huber als international bekannter Privatrechtler: Frankreich und Italien", in: *Eugen Huber (1849-1923) Akten des im Sommersemester 1992 durchgeführten Seminars*, Bern 1993, 260-326.

Ullrich Drobniq/Manfred Rehbinder (Hrsg), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.

Vec, Milos, "Kurze Geschichte des Technikrechts. Von den Anfängen bis zum Ersten Weltkrieg", in Martin Schulte (Hrsg.) *Handbuch des Technikrechts (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften)*, Heidelberg, Springer Verlag, 2003, 3-60.

Vec, Milos, "Technik oder Recht? Steuerungsansprüche in der Zweiten Industriellen Revolution", in: Michael Kloepfer (Hrsg.) *Kommunikation – Technik – Recht. Strukturen und wechselseitige Beeinflussungen*, (Schriften zum Technikrecht 6), Berlin Duncker & Humblot, 2002, 111-138

Vec, Milos/Seckelmann, Margrit/Röder, Tilmann, "Standards, Norms and the Law: The impact of the industrial Revolution", in Becker, Peter (Ed.),

Normalising Diversity -EUI Working Paper, HEC No. 2003/5, Badia Fiesolana/San Domenico, 2003, 23-44.

Vives, Josep, Introducción a John Henry Newman, *Teoría del desarrollo doctrinal. Sermones universitarios: No. XV*, traducción de Aureli Boix, Cristianisme i Justícia, 1990.

Vollschläger, Christian/Wieacker Franz (Hrsg.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstag von Rudolph von Jhering*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1970, 240-251.

Vom Feld, Ina, "Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser? Dampfkesselüberwachung in Preussen zwischen Fremdsteuerung und Selbststeuerung 1870-1914", en Pauser, Josef y otros (Hrsg.), *Ad Fontes. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Wien 2001*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002, 121-140.

Vom Feld, Ina, *Kontrollirete Staatsentlastung im Technikrecht. Dampfkesselgesetzgebung und Dampfkesselüberwachung in Preussen 1831-1914*, Frankfurt am Main (en prensa).

von Gierke, Otto, "Die soziale Aufgabe des Privatrechts" (1889), en Otto von Gierke, *Aufsätze und kleinere Monographien*, Hildesheim u. a, 2001, 605-642.

Wandruzska, Adam - Prodi, Paolo (ed.), *Il luogo di cura nel tramonto della monarchia d'Asburgo*, Bologna, Il Mulino, 1996.

Weber, Eugen, *France fin de siècle*, Cambridge (MAS), The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

Weber, Eugen, *La fin des terroirs. La modernisation de la France rurale (1870-1914)*, Paris, Fayard, 1983.

Weiss, Charles-André, "Notice sur la vie et les travaux de M. A. Esmein. Lue dans la séance du 10 février 1917, Institut de France, Académie des sciences morales et politiques, Paris, Imprimerie de Firmin-Didot, 1917.

Wieacker Franz – Vollschräger, Christian (Hrsg.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstag von Rudolph von Jhering*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1970.

Wieacker, Franz/Vollschräger, Christian (Hrsg.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstag von Rudolph von Jhering*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1970.

Wiederkehr, Georges, "La culture des Revues françaises de droit privé", en André-Jean Arnaud (ed.), *La culture des revues juridiques françaises*, Milano, Giuffré, 1988, 3-30.

Winock, Michel, *La France politique. XIXe- XXe siècle*, Paris, Editions du Seuil, 1999.

Zitelmann, Ernst, "Gewohnheitsrecht und Irrtum", *Archiv für civilistische Praxis*, 1883.

Zweigert, Konrad, "Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode", en Franz Wieacker und Christian Vollschräger (Hrsg.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstag von Rudolph von Jhering*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1970, 240-251.

Zweigert, Konrad/Dölle, Hans/Rheinstein, Max (Hrsg) *Festschrift für Ernst Rabel*, I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1954.

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996.