

---

**UN JURISTA DEL MODERNISMO**  
**Raymond Saleilles**  
**y los orígenes**  
**del derecho comparado**

---



**ALFONS ARAGONESES**



Un jurista del Modernismo.  
Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado



Un jurista del Modernismo.  
Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado

Alfons Aragoneses

18

2009

BIBLIOTECA DEL INSTITUTO ANTONIO DE NEBRIJA  
DE ESTUDIOS SOBRE LA UNIVERSIDAD

© Alfons Aragoneses

© Universidad Carlos III de Madrid  
c/ Madrid 126 - 28903 Getafe (Madrid)  
Tlf. (+34) 91 624 95 00  
internet: <http://www.uc3m.es>

Venta: Editorial Dykinson  
c/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 MADRID  
Tlf. (+34) 91 544 28 46  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
Internet: <http://www.dykinson.com>

Diseño Cubierta: Antonio Lozano

ISBN: 978-84-9849-786-1  
Depósito Legal: M

Versión electrónica disponible en e-Archivo: <http://hdl.handle.net/10016/5778>

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN ¿PADRE DEL DERECHO COMPARADO? SALEILLES VISITADO CIENTO AÑOS DESPUÉS .....	11
1 RAYMOND SALEILLES: RECORRIDO VITAL DE UN JURISTA “FIN DE SIÈCLE” .....	21
1. Introducción .....	21
2. Infancia y juventud: entre el “terroir bourguignon” y París .....	24
3. Los primeros años como profesor .....	27
4. Saleilles profesor de derecho penal en París .....	34
5. 1900-1904: entre congresos y sociedades científicas .....	37
6. París 1900: nacimiento de una nueva disciplina .....	39
7. Los juristas inquietos se organizan: la Société d’Études y la Revue trimestrielle .....	43
8. Saleilles y el turbulento París del fin de siglo .....	46
9. Saleilles y el modernismo .....	48
10. La polémica de la separación de las Iglesias y el Estado .....	51
11. Saleilles enfermo: el jurista en la montaña mágica .....	54
12. Coda: Alemania y el destino trágico de los Saleilles .....	60
2 “UNE SCIENCE À L’ÉTAT INDÉPENDANT, AVEC SON PROPRE OBJET, SES LOIS ET SES MÉTHODES”. LA TEORIZACIÓN DEL DERECHO COMPARADO POR RAYMOND SALEILLES .....	65
1. El momento de Saleilles .....	65
2. ¿Crisis del absolutismo jurídico? Los cambios metodológicos del fin de siglo .....	67
3. La aportación de la escuela histórica del derecho .....	70
4. El reto de las nuevas ciencias sociales .....	74
5. La legislación comparada como precedente de la comparatística ..	76
6. Las nuevas codificaciones como impulso del cambio de método ..	78
7. La lucha por la autonomía del derecho comparado .....	82
8. La difícil frontera entre derecho comparado e historia del derecho .....	92
9. El método comparatístico: entre la historia, la sociología y el “droit commun de l’humanité civilisée” .....	94
10. La función del “droit commun de l’humanité civilisée” .....	103
11. “Droit commun de l’humanité” y Jurisprudencia de intereses ...	109
12. Derecho comparado y unificación jurídica .....	111

13. Como conclusión: derecho comparado y evolucionismo jurídico	116
3 “AU DÉLÀ DU CODE CIVIL MAIS PAR LE CODE CIVIL” EL DESARROLLO DE LA COMPARATÍSTICA SALEILLIANA	119
1. Las fuentes del derecho	120
a) “Un código poco codificado”: la crítica saleilliana al legalismo	121
b) La costumbre	127
c) Conclusión: derecho de juristas en la era de la descodificación	132
2. La doble vida del Derecho de obligaciones	133
a) El intento de construir una teoría objetiva de la obligación: “Essai d’une Théorie générale”	135
b) Saleilles bautiza al contrato de adhesión	136
c) El contrato de trabajo y la negociación colectiva	138
d) A vueltas con la voluntad: De la déclaration de volonté.	141
3. La crisis de la responsabilidad subjetiva: los accidentes de trabajo	145
4. La personalidad jurídica	158
a) Saleilles y la lucha por la personalidad jurídica	160
b) La teoría sobre la persona jurídica: entre la historia y el derecho comparado	161
c) De la teoría a la práctica: la defensa de la fundación	166
5. El Derecho de sucesiones	175
CONCLUSIONES EL MODERNISMO JURÍDICO EN LA ERA DE LA DESCODIFICACIÓN	189
ANEXOS	191
1 CARTAS DE RAYMOND SALEILLES A EUGEN HUBER	191
2 <i>QUESTIONNAIRE</i> PARA LA <i>COMMISSION DES FONDATIONS</i>	231
3 CARTAS DE EUGEN HUBER A RAYMOND SALEILLES	233
4 CARTAS DE OTTO GIERKE A RAYMOND SALEILLES	237
5 BIBLIOGRAFÍA DE RAYMOND SALEILLES	243
6 BIBLIOGRAFÍA	253

## AGRADECIMIENTOS

El trabajo que aquí se presenta es el fruto de un largo recorrido que se inicia en Frankfurt am Main. Allí comencé la redacción de una tesis doctoral que defendí en la Universitat de Girona en junio de 2006. Fue su director el profesor José-María Pérez Collados, sin cuya ayuda, guía y comentarios este trabajo no habría visto la luz.

El tribunal de aquella tesis lo compusieron los profesores Julio González Campos, Jacques Krynen, Tomàs de Montagut, Joan Miquel y Manuel J. Peláez. Gracias a todos ellos. Sin Tomàs y José María, además, mi carrera habría llegado a su estación de término el día de lectura de tesis.

Manuel Martínez Neira, persona enormemente motivadora, me ofreció publicar este libro en la colección de los Cuadernos Antonio de Nebrija y pacientemente supervisó su edición.

Mención especial merece Michael Stolleis, director del Instituto Max Planck de historia del derecho. Sin su apoyo y confianza yo habría abandonado años atrás este largo viaje dejando éste y otros trabajos inacabados.



## INTRODUCCIÓN

### ¿PADRE DEL DERECHO COMPARADO? SALEILLES VISITADO CIEN AÑOS DESPUÉS

«Demandez aux socialistes, demandez aux féministes, de quelle arme ils comptent se servir pour faire pénétrer sans trop de secousses leurs revendications dans notre état social: De la méthode juridique, vous répondront-ils. Il y avait autrefois un socialisme révolutionnaire. Je ne veux pas dire, hélas! Qu'il n'y en ait plus. Mais il y a en plus, aujourd'hui, un socialisme juridique.»

(Raymond Saleilles, “Allocution”, AA.VV., *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des Sciences sociales en 1910*, Paris, V. Giard, 1911, XV-XXV, XXII)

Raymond Saleilles (Gigny-par-Beaune, Borgoña, 1855-París 1912) está considerado como uno de los máximos representantes de la Escuela antiformalista francesa, como uno de los profesores que reaccionaron a finales del siglo XIX contra el Absolutismo jurídico<sup>1</sup>. Al autor se le presenta también como católico implicado en los problemas sociales de la época<sup>2</sup>, pero sin duda destaca en la literatura científica posterior a 1912 el papel de Saleilles como uno de los creadores del derecho comparado moderno.

Pese a que no fue el único comparatista de su época ni tampoco el más prolífico ni el que estableciese un método elaborado de esta disciplina, los comparatistas posteriores a Saleilles le han considerado siempre como precursor de la comparatística en Francia, llegando a calificársele en ocasiones como “padre” del derecho comparado.

Si duda esto se debe, al menos en parte, al importante papel de Raymond Saleilles en la organización del primer congreso internacional de derecho comparado, celebrado en París entre el 29 de julio y el 1 de agosto de 1900. Ciertamente

1 Paolo Grossi, “Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l’itinerario scientifico di Raymond Saleilles”, *Rivista di Diritto Civile* 39 (1993), 345-398.

2 Marco Sabbioneti, *Un Cattolico “Protestante”. La crisi della separazione tra Stato e Chiesa nelle lettere inedite di Raymond Saleilles a Louis Birot (1906-1909)*, Giapichelli, 2005.

hay un antes y un después de 1900 para la mayoría de comparatistas. En palabras del profesor Leontin-Jean Constantinesco en ese congreso 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 internacional”<sup>3</sup>. Si antes de 1900 ya se practicaba de la comparación jurídica, en el congreso de París ésta fue tematizada, discutida, elaborada intelectualmente. Como dice Constantinesco, el derecho comparado aparece en 1900 porque es entonces cuando se da “ein Denkprozess der systematischen Gegenüberstellung” de la comparación jurídica<sup>4</sup>.

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”<sup>5</sup>. Pero este advenimiento de la ciencia no coincide, según él, con la “phase constitutive de la science juridique comparative”<sup>6</sup>: Esta se inicia, según su modo de ver, con el congreso parisino de 1900. Durante este encuentro y no antes se da lo que él 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 1971<sup>7</sup>. La toma de conciencia del derecho comparado como ciencia autónoma determina la creación de un método científico determinado y aleja a la disciplina definitivamente de la vía, excesivamente superficial, que seguía el estudio de la legislación comparada.

Ralf Michaels, 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

3 Léontin-Jean Constantinesco, *Rechtsvergleichung I. Einführung in die Rechtsvergleichung*, Köln/Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, 1971, 270.

4 Ibid.

5 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.

6 Marc Ancel, *ibid.*, 18.

7 Marc Ancel, “La tendance universaliste dans la doctrine comparative française au début du XX<sup>ème</sup> siècle”, en Hans Dölle, Max Rheinstein, Konrad Zweigert (eds.), *Festschrift für Ernst Rabel*, I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1954, 17-38, 17.

practicar de forma consciente el derecho comparado como ciencia diferenciada y autónoma con un objetivo propio<sup>8</sup>.

Recientemente destacaba el papel del congreso de 1900 Jérôme Porta, que afirmaba “[c]’est seulement avec le premier Congrès de cette discipline [...] que la pratique du droit comparé s’est affirmée dans sa spécificité et dans son autonomie scientifique”<sup>9</sup>. En el mismo texto defendía Porta el nombre de Saleilles como indisoluble de “la théorisation et la défense d’une conception ‘utilitaire’ du droit comparé”<sup>10</sup>.

Los 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 un peso determinante. Los dos profesores alemanes sitúan el nacimiento del derecho comparado a mediados del siglo XIX y contemplan el desarrollo de esta disciplina como un proceso gradual y paralelo al desarrollo 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 fundacional<sup>11</sup>. A diferencia de Contantinesco y 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 la fijación de un método y un objeto propios. Por esta razón la “prise de conscience” de la comparación jurídica no tiene demasiada importancia en la obra de Zweigert y Kötz.

La postura de los dos profesores de Hamburgo es coherente con su concepción de la comparatística. Como ya citábamos al inicio de esta obra, en su *Einführung in die Rechtsvergleichung* 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 funcionalidad<sup>12</sup>. Si consideramos el método como un problema más que como una característica determinante para diferenciar una ciencia de

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

9 Jérôme Porta, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Manuscrito, Nanterre, Université Paris, X, 2006, 207.

10 Íd.

11 Ralf Michaels, “Im Westen nichts Neues?”, *op. cit.* 99.

12 Hein Kötz, Konrad Zweigert, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 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.

otra, entonces el congreso en el que se discutieron por primera vez estas cuestiones para el derecho comparado evidentemente pierde su importancia.

Con esta excepción los comparatistas consideran el congreso parisino de 1900 como punto y aparte en la evolución de las disciplinas jurídicas comparadoras. También en el congreso de derecho comparado en el año 2000, conmemorando la reunión parisina, los comparatistas asistentes concluyeron también que se debía considerar el año 1900 como 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”<sup>13</sup>. Esto significa que, pese a la diversa posición del derecho comparado en muchas universidades, existe un consenso científico en diferenciar la comparatística, que apareció en 1900, de la mera comparación literal de textos legales de países distintos, que se practicaba en Francia desde mucho antes.

Los mismos comparatistas que califican al congreso parisino de 1900 como momento inicial del derecho comparado moderno reservan un papel destacado en su organización, y por tanto en todo este proceso, a la figura de Raymond Saleilles. El 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, “c’est, en effet, de nos jours seulement qu’a été entreprise l’étude méthodique des institutions actuelles des différents peuples, et que cette étude a été élevée au rang de discipline scientifique poursuivant un but propre”<sup>14</sup>. 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 disciplina<sup>15</sup>. Según Capitant el planteamiento y la visión del derecho comparado de Saleilles se convertirían en la base de la concepción moderna de la comparatística<sup>16</sup>.

En la opinión del comparatista Marc Ancel, Raymond Saleilles fue “le véritable fondateur de l’Ecole comparative française moderne”<sup>17</sup> 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 estudiarla<sup>18</sup>.

13 Ibid., 98.

14 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.

15 Ibid., 75 y 110-114.

16 Ibid.

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

18 Ibid.

Ralf Michaels, por su parte, recordaba la “Hauptverantwortung”, la responsabilidad principal de Saleilles como organizador del congreso internacional de derecho comparado en el que éste apareció como “eigenständige Wissenschaft”<sup>19</sup>. Si los más prestigiosos juristas acudieron a París fue precisamente para reflexionar sobre método y objeto del derecho comparado, reflexión sin la cuál la ciencia comparatística no habría recibido ese gran impulso<sup>20</sup>. Evidentemente sólo puede considerarse el congreso parisino organizado por Saleilles como momento de nacimiento del derecho comparado si esta disciplina se entiende como ciencia que supera la mera yuxtaposición o traducción de normas extranjeras<sup>21</sup>.

Por su parte, Constantinesco destaca también el importante papel de Saleilles en el congreso de 1900 que tanto significó tanto para la comparatística<sup>22</sup>. 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”<sup>23</sup>. Y este fin 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 construir doctrinalmente hablando sobre estas cuestiones<sup>24</sup>.

Pero 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, su obra no fue tanto un punto de llegada como un punto de partida para el derecho comparado moderno. La obra del borgoñón 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 y, especialmente, del uso que le da Saleilles como instrumento de superación del legalismo. 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 compa-

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

20 *Ibid.*, 98

21 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.

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

23 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.

24 *Ibid.*, 162.

rado que tiene como objetivo principal extraer conclusiones sobre las semejanzas y diferencias entre sistemas y no tanto superar el legalismo.

La mayoría de comparatistas coinciden al afirmar que fueron los seguidores de la obra comenzada por Saleilles y no él mismo los que practicaron una comparatística del todo diferenciada no solamente de otras ciencias sociales sino también del antilegalismo y del iusnaturalismo que salpicaba la doctrina saleilliana. Ancel destaca el peso del derecho natural, en forma de “droit commun de l’humanité civilisée”, en la obra de Saleilles y señala que, pese a su método y a sus preocupaciones científicas, el autor borgoñón “a encore largement conçu le droit comparé comme un art visant à reconstituer un droit idéal”<sup>25</sup>.

Entonces, ¿Cuál fue la gran aportación de Raymond Saleilles al derecho comparado? La pregunta podría ser planteada en otros términos ¿Qué concepción tuvo Raymond Saleilles del derecho comparado para ser diferente de la comparatística anterior y de la posterior a él?

En esta monografía intento responder a esta cuestión abordando un aspecto poco estudiado hasta el momento cuál es la función que tuvo el derecho comparado saleilliano y su “droit commun de l’humanité civilisée” en su lucha en contra del advenimiento de lo que Caroni llama “era de la descodificación”<sup>26</sup>.

Y es que la doctrina de Saleilles sobre la comparación de ordenamientos no se puede descontextualizar de su momento histórico, social y científico-jurídico. En mi opinión, los años del “tournant du siècle” en Francia no son tanto de la reacción contra el absolutismo jurídico<sup>27</sup> como de lucha en contra del creciente intervencionismo del Estado en la sociedad y en la economía. El código civil había supuesto un tremendo cambio en la concepción del derecho a muchos niveles. Pero el orden de la economía y de la sociedad –capitalista, patriarcal, cristiano, discriminatorio hacia los desposeídos– había quedado sin tocar durante todo el siglo XIX.

El momento Saleilles es el de una economía industrial y proletarizada, con grandes retos planteados por las nuevas tecnologías, con movimientos sindicales y partidos de inspiración socialista, con luchas entre católicos y laicos. La III República, como el II Reich, había comenzado a regular las relaciones sociales y económicas, hasta entonces en manos de las élites económica y política. Y lo hacían regulando los accidentes de trabajo, la jornada laboral, el derecho sindical y,

25 M. Ancel, “La tendance universaliste dans la doctrine comparative française”, *op. cit.* 32.

26 Pío Caroni, *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

27 Paolo Grossi, *Absolutismo jurídico y derecho privado*, Bellaterra, 1991. En versión italiana: “Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX”, en Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, 127-141.

en el caso de Francia, intentando separar la Iglesia del Estado. Se trataba de ceder a las cada vez mayores presiones del socialismo y garantizar al mismo tiempo la supervivencia de la mano de obrera.

Contra esta intervención, y no contra el supuesto absolutismo jurídico o la exégesis alzan sus voces los juristas inquietos franceses como Raymond Saleilles<sup>28</sup>. Estos juristas adaptaron el discurso jurídico, abriéndolo a las ciencias sociales y a un nuevo método intentando frenar lo que Jean-Louis Halpérin llamó “Essor de la législation spéciale”. Estos juristas en realidad luchan por la supervivencia del viejo orden liberal decimonónico en el que el derecho se adaptaba a un supuesto orden natural de las cosas y en el que la élite de los juristas tenía una posición privilegiada en la aplicación y creación del derecho. Por ello proponen continuar con un viejo código civil francés aplicado con imaginación y “método histórico” a las relaciones laborales o a la sucesión “mortis causa” en las áreas campesinas. Así, frente a la legislación estatal que pretendía violentar la evolución natural de la sociedad, esta corriente doctrinal opta por normas “souples” aplicadas por jueces y juristas inspirados por el método histórico.

El derecho comparado “à la Saleilles” supone la válvula de escape de esta concepción del derecho. La existencia de un ideal “droit commun de l’humanité civilisée” al cuál, en la teoría de Saleilles, debía orientarse el derecho positivo nacional, permite esquivar el peso cada vez mayor de la ley, buscando soluciones en la costumbre y justificando la suavidad con la que el derecho debía acompañar la evolución de la sociedad. Y lo hace defendiendo una disciplina comparatística que podía superar el análisis puramente normativista introduciendo elementos históricos, sociológicos e incluso morales.

Mediante el derecho comparado y mediante la categoría del derecho común de la humanidad civilizada Saleilles reaccionaba contra el Estado francés que, por vía de legislación especial, regulaba materias como los accidentes de trabajo, los contratos laborales o la posición de la mujer en la sociedad. Para ello defendió la autonomía del derecho comparado y un método, en cierto modo superador de la exégesis, pero tendente a introducir un método histórico que no era otra cosa que el reconocimiento de un iusnaturalismo conservador de corte católico.

Y es que el derecho civil tenía en aquella época, como señalaba Frédéric Tellier, un carácter político, pues nacía de los mismos conflictos de intereses<sup>29</sup>. La

28 Juristas inquietos es una expresión de los años veinte del siglo XX que utiliza Marie-Claire Belleau para designar a estos juristas que, según ella, rompieron con el formalismo anterior, Marie-Claire Belleau “Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XX<sup>e</sup> siècle”, *Cahiers de droit* 40 (1999), 507-620.

29 Frédéric Tellier, “Le droit à l’épreuve de la Société. Raymond Saleilles et l’idée de droit social”, *Revue d’histoire des facultés de droit et de la science juridique* 20 (1999), 147-177, 177.

doctrina de Saleilles tomaba partido políticamente en contra del estatismo que se desarrollaba en esa época.

En cierta manera podemos referirnos a la doctrina de Saleilles y sus colegas como modernismo jurídico, una aproximación a los nuevos problemas de la era industrial con instrumentos del pasado, como hacían los artesanos y arquitectos que construían nuevas estructuras en París o en Barcelona adaptadas a la industria y a la urbanización pero usando el arte de la sillería, de la forja o de la cerámica de tiempos pretéritos.

La historiografía jurídica no había abordado en profundidad este elemento antiestatalista y reaccionario de la comparatística saleilliana que se presenta como trascendental para la comprensión del derecho comparado de Saleilles. En realidad podríamos incluso preguntarnos si era derecho comparado en el sentido moderno del término lo que practicó y teorizó Raymond Saleilles. La continuidad terminológica es clara, no tanto la semántica. Incluso si aplicamos la reflexión tan pobre de Zweigert y Kötz sobre la comparatística y nos fijamos en la funcionalidad del derecho comparado, vemos que el objetivo buscado por Saleilles dista mucho del que más tarde buscaron Lambert, Lévy-Ullman y otros.

La reflexión sobre los intereses que hay detrás de una determinada construcción del derecho comparado no es síntoma de enfermedad. En mi opinión es enferma la reflexión que parte de la supuesta neutralidad de los proyectos legislativos o doctrinales y que niega que, bajo cada propuesta de reforma del derecho privado o de unificación de reglas jurídicas, subyace un proyecto de sociedad, de economía y de relaciones de éstas con el poder público.

Este es el enfoque que he adoptado al escribir este trabajo. En primer lugar presento una biografía del jurista que nos acerca a su contexto y a sus motivaciones científicas, políticas y religiosas. A continuación parto del análisis del contexto de la aparición de este modernismo jurídico para desgranar después los diferentes elementos del método y objeto del derecho comparado saleilliano, ambos elaborados de manera vaga e imprecisa por el propio Saleilles.

La última parte la dedico al análisis de la aplicación de esta doctrina a los diferentes temas que abordó el jurista francés. En el momento Saleilles se dan importantes discusiones sobre la personalidad jurídica, sobre el derecho de obligaciones, sobre la responsabilidad objetiva o sobre otra cuestión con una importante carga social y política: el derecho de sucesiones. Estas cuestiones son el cuerpo temático más importante que aborda la escuela antiformalista francesa y todas ellas pivotan, pese a su fuerte carga dogmática, sobre la piedra de toque del derecho de la época: la cuestión social y los retos del obrerismo y el socialismo.

A través del análisis de su obra, en esta segunda parte intento mostrar como la aproximación de Saleilles a estos grandes problemas de su tiempo es antiesta-

talista, reaccionaria y usa el derecho comparado en parte para articular su rechazo a la intervención del Estado en la economía y en la sociedad.

La batalla contra la descodificación estaba perdida. Pero es evidente que la imaginación e inteligencia usadas por Saleilles en la elaboración de un nuevo método y en la apertura a la aproximación científica al derecho comparado sobrevivieron esta batalla y constituyeron la base sobre la que otros juristas, más adaptados a los nuevos tiempos, construyeron lo que hoy llamamos derecho comparado.

El mismo Saleilles describió bastante bien su objetivo en 1911 en la frase que encabeza estas páginas: los juristas liberales debían buscar un método alternativo al de los socialistas. Debía renovarse el método jurídico para que no cambiase el viejo orden liberal. Este fue sin duda el leitmotiv del modernismo jurídico y de Raymond Saleilles.



RAYMOND SALEILLES:  
 RECORRIDO VITAL DE UN JURISTA “FIN DE SIÈCLE”

«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, opuscles que vous m’aviez envoyés.»

(Carta de Raymond Saleilles a Eugen Huber,  
 24.11.1911)

### 1. *Introducción*

Después de las críticas que vertiese Pierre Bourdieu contra el método biográfico<sup>1</sup> 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 un científico dentro de sus parámetros sociales, culturales y personales: ello 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 por él firmadas 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 posicionamiento sobre cuestiones polémicas. El escenario de las discusiones religiosas, científicas y políticas en las

<sup>1</sup> Pierre Bourdieu, “L’illusion biographique”, *Actes de la Recherche en sciences sociales*, 62/63 (1986), 69-72.

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 de fuentes disponibles evitando así una visión apologética o monocolor de la vida del profesor borgoñón. Los textos que me han servido proceden en parte de la biblioteca Cujàs de París<sup>2</sup> y también de los archivos nacionales franceses<sup>3</sup> y suizos. He combinado biografías tendenciosas que se redactaron tras su muerte con su expediente profesional, residente actualmente en la sección de personal del Ministerio de Educación de los archivos nacionales franceses. Este expediente nos aporta bastantes datos pese a su incompletud: en el legajo faltan los informes personales que debía redactar anualmente el Decano a partir de 1895. Fue precisamente 1895 la fecha de inicio de la fase más interesante de su obra.

Sin duda los documentos que mejor ilustran el recorrido personal y profesional de Raymond Saleilles son los que componen 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. Edité estas cartas en 2008<sup>4</sup>.

Desgraciadamente las cartas de Huber a Saleilles se encuentran en paradero desconocido y mis intentos por localizarlas han resultado infructuosos. Sí se sabe que las cartas entre François Géný y Raymond Saleilles se encuentran en la universidad de Osaka en el Japón<sup>5</sup>. Las cartas de Saleilles a juristas alemanes se

2 En la biblioteca Cujàs encontré dos textos que me aportaban información sobre su vida. El primero es un importante artículo-biografía que Eugène Gaudemet escribió en 1912, el mismo año en que falleció 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'œuvre 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.

3 El expediente profesional de Saleilles se encuentra en los Archivos nacionales franceses bajo la rúbrica F<sup>17</sup> 25908.

4 Alfons Aragoneses, *Recht im "fin de siècle". Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2007.

5 Obtengo la noticia sobre la existencia de estas cartas del Profesor Pio Caroni quien me

encuentran en archivos alemanes y fueron editadas en 1990 por Olivier Motte<sup>6</sup>. 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 apuntadas por Aldo Mazzacane según el cuál, “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 lettore”<sup>7</sup>. 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 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 también intelectual de nuestro autor.

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 o sus gustos artísticos. Busqué estos materiales sin éxito. Cómo explicaré, los dos únicos hijos de Saleilles murieron sin descendencia. El primero, Jean, en 1917, durante la I Guerra Mundial. El segundo, François, murió en París en 1943. 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 Gény 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 parisi-

indica que fue el Profesor profesor Yakuo Okibo quien se ocupó de la recepción de las cartas en el Japón.

<sup>6</sup> Olivier Motte, *Lettres inédites de juristes français du XIX<sup>ème</sup> siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, I-II, Bonn, Bouvier Verlag, 1989-1990.

<sup>7</sup> Aldo Mazzacane, “Alle origini della comparazione giuridica. I carteggi di Carl Joseph Anton Mittermaier”, en *La comparazione giuridica fra ottocento e novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milano, Istituto lombardo Accademia di Scienze e Lettere, 2001, 15-38, 16.

no. 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, en el 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 región<sup>8</sup>. Pero, probablemente, al escribir esto, Thaller trataba de excusar la germanofilia de nuestro jurista en una época (1914) en la que en Francia no se veía a Alemania con muy buenos ojos<sup>9</sup>.

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 escribe 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 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

<sup>8</sup> Edmond Thaller, “Avant-propos”, en Edmond Thaller (ed.), *L’oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, 5-38, 30.

<sup>9</sup> Íd.

aquellos años del fin de siglo mantenía todavía unas formas de vida que pronto desaparecerían. Saleilles mantuvo lazos con su 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”<sup>10</sup>, 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 destino 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 época<sup>11</sup>. No disponemos de más datos sobre estos años de estudio, quienes 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 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 Derenne<sup>12</sup>.

10 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”, en *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, *op. cit.*, 32.

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

12 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.

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 política. París era entonces la capital de la III República y el escenario de las transformaciones tecnológicas, sociales y culturales del momento. París, además, 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 centro de producción e intercambio. Era París también la capital de un gran Imperio colonial que se extendía por varios continentes. Al mismo era una ciudad caótica, y violenta, si hemos de creer al historiador rumano-americano Eugen Weber<sup>13</sup>. Aglutinaba a grandes masas de obreros venidos de zonas rurales en las cuales ni siquiera se hablaba francés y también obreros de fuera del Hexágono, especialmente del Este de Europa. La industrialización había traído consigo la secularización de la sociedad, y el desarraigo de muchas personas de orígenes rurales instaladas en barrios obreros insalubres, mal iluminados y poco seguros. Para una persona de origen rural y de familia católica el choque con la realidad de la gran ciudad no era en absoluto desdeñable<sup>14</sup>.

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. Saleilles comenzó a implicarse en su Iglesia desde los años de estudio en el *Institut Catholique* y después, durante sus años como doctorando, participando 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 prac-

13 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.

14 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.

ticantes 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 mantuvo Saleilles una larga amistad que se truncaría con la muerte de aquél en 1910. El epistolario de Faucon 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.

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*<sup>15</sup>. 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 italiano<sup>16</sup>, 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 y su rechazo a la intervención transformadora del Estado en la sociedad ayudarían a encuadrarle dentro del poliédrico movimiento intelectual conocido como modernismo.

### 3. Los primeros años como profesor

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

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

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

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 cual se proveían las plazas docentes en las universidades francesas. El examen era estatal y no 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”<sup>17</sup>. 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 fue destinado a la facultad de Grenoble como profesor del curso de Historia general del Derecho francés público y privado. 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, 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 destacaba la sobresaliente aptitud de Saleilles para la enseñanza. Le calificaba de pro-

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

fesor “très instruit, chercheur” y añadía 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”<sup>18</sup>. Este primer informe prueba que las críticas del examinador de Saleilles fueron tomadas en cuenta por el examinado.

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 enseñanza<sup>19</sup>.

Durante sus primeros años como profesor la producción científica escrita de Saleilles es escasa, por no decir inexistente<sup>20</sup>. 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*<sup>21</sup>. 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 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 París<sup>22</sup>.

No es de extrañar que Saleilles se casase con la hija de su maestro. Se trata de un fenómeno muy característico de los juristas del momento. La endogamia intelectual y el “embourgeoisement” eran habituales a la hora de relacionarse, como ha demostrado Christophe Charle<sup>23</sup>. Según este historiador 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

18 Expediente personal de Raymond Saleilles, *Archives Nationales*, pliego F<sup>17</sup> 25908.

19 *Ibid.*

20 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”, en *Rentrée solennelle des Facultés de Dijon*, Dijon, Darantière, 1886, 50-74.

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

22 Se conserva una copia de la invitación de boda en la biblioteca del *Collège de France* con la referencia 4° rec. AA 256<sup>1</sup> (nº. 17).

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

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 pública<sup>24</sup>. 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 cuando, en realidad, fue escasa y nada innovadora. Sí destacó en cambio en la política académica: fue miembro de la *Société de l'Enseignement supérieur*, del *Comité consultatif de l'Enseignement supérieur*, del *Conseil supérieur de l'instruction publique*, organismos asesores del Ministerio de Instrucción Pública en materia de enseñanza universitaria. Esta posición le otorgaba a Bufnoir un cierto 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 República<sup>25</sup>.

Saleilles criticaba como sus colegas la apropiación que el Parlamento prac-

24 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.

25 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.

ticaba 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”<sup>26</sup>.

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 XVIII<sup>ème</sup>” 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 según él 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<sup>27</sup>. Se trataba de posicionamientos antidemocráticos y profundamente elitistas.

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 alumbra sus obras de derecho privado: la crítica al legalismo, 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

26 Raymond Saleilles, “La représentation proportionnelle”, *Revue de Droit public*, 9 (1898), 215-234.

27 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.

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 de la Borgoña, se opuso firmemente a este proyecto. La estrategia que desplegó fue la de 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 fue 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 centripetos.

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 amistad<sup>28</sup>. A partir de entonces se enlazaron 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*<sup>29</sup>. Al fallecer Saleilles Gény le dedicó su

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

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

otra gran obra *Science et technique en droit privé positif*<sup>30</sup>. La dedicatoria reza. “En recuerdo del célebre y apreciado Raymond Saleilles” y le sigue una frase de *La Divina commedia* 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 1895<sup>31</sup>. 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*<sup>32</sup>, 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 avances del proceso de codificación y cuando conocía alguna novedad escribía a Huber preguntándole por más detalles<sup>33</sup>.

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 escrita por 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 la

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

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

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

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

enfermedad que iría mermando la salud del jurista. Desconozco cuál era el mal 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 profesional<sup>34</sup>. 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 7<sup>ème</sup>. *Arrondissement*, vecino al 5<sup>ème</sup>, 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. Era el itinerario típico que describe Christophe Charle para los profesores de derecho de la época: “en droit, bien peu s’écarterent de la règle suivante: 22 professeurs sur 32 ont réussi l’agrégation entre 24 et 27 ans. Ils sont attachés à une faculté de 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”<sup>35</sup>.

Saleilles siguió casi 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 III 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. Algunos de sus

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

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

colegas calificaban sus métodos como poco exactos, oscuros, exóticos y faltos de adaptación a la mentalidad francesa<sup>36</sup>. 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, algo poco común en la época.

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 que 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 frutos<sup>37</sup>. El más destacado fue la monografía sobre la individualización de la pena<sup>38</sup>. 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 1911<sup>39</sup>. 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 de las ideas psicologicistas de Gall, negaban la idea de libertad humana<sup>40</sup>. 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 y Carl

36 Edmond Thaller, “Avant-propos”, en *L’oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, op. cit., 8.

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

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

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

40 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.

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”<sup>41</sup>.

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 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 montrer le malentendu et la confusion qui règnent sur tous ces points<sup>42</sup>.

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:

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

42 Carta de Saleilles a von Liszt de 10 de agosto de 1898. En Olivier Motte, *Lettres inédites des juristes français du XIX<sup>ème</sup> siècle*, op. cit. 1600.

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<sup>43</sup>.

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: Para Saleilles en cada ser humano había “un fond d'individualité psychique auquel se ramène tout notre être moral”<sup>44</sup>. Para Saleilles, en el fondo un iusnaturalista, la justicia de los hombres no podía aspirar a sustituir la justicia divina.

##### 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 cartas<sup>45</sup>. Pese a ello, Saleilles continuó participando en las discusiones y proyectos de la *Société générale des prisons* y escribiendo en su revista<sup>46</sup>.

Saleilles editó poco después un libro con las lecciones del fallecido Bufnoir<sup>47</sup>. Según él no se trataba únicamente de un tributo u homenaje al maes-

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

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

45 Íd.

46 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 ss; “Rapport sur les sentences indéterminées. Recueil des rapports présentés par la Société générale des prisons”, en *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.

47 Claude Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900. Edición y prólogo

tro: 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 Géný. 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 su obra. 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.

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 Huber, como ya indiqué<sup>48</sup>.

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: *Essai d'une Théorie de l'Obligation* y *De la Déclaration de volonté*<sup>49</sup>.

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 Laboulaye se practicaba a finales de los años noventa una comparación consistente en una traducción literal de textos jurídicos franceses y su yuxtaposición con normas francesas. Pero la mayoritaria presencia a finales del siglo XIX de juristas prácticos y de parlamentarios había convertido esta sociedad en una institución

(I-XII) de Raymond Saleilles.

48 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.

49 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.

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.

## 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 superior<sup>50</sup> y en el dedicado a los derechos de la mujer<sup>51</sup>.

Ese momento coincidía con la crisis entre partidarios de un derecho comparado nuevo y científico y los estudiosos de la legislación comparada. 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 borgeño 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.

La *Société de législation comparée*, con el empuje destacado de Saleilles, decidió organizar un congreso internacional sobre el derecho comparado. Con un

50 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.

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

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 no estaban todavía del todo diferenciadas entre ellas. Tampoco lo estaba la ciencia 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 ocupó 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 punto<sup>52</sup>.

Saleilles participó en las secciones de derecho privado, en la sección general, en la de derecho público, y en la de derecho penal. Pero sin duda destaca su participación en la Sección General<sup>53</sup>. El éxito de ésta era fundamental para la aparición de una ciencia autónoma del derecho comparado<sup>54</sup>. Si no, seguiría practicándose la comparación superficial a la que Saleilles estaba acostumbrado

52 Ver apéndice documental.

53 Christophe Jamin, “Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris”, *Revue Internationale de Droit comparé* 52 (2000), 733-751, 735. Véase también 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.

54 Eugène Gaudemet, “Raymond Saleilles (1855-1912)”, *op. cit.*

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<sup>55</sup>.

Los aspectos científicos de este congreso serán tratados con más profundidad en el capítulo segundo. Me interesa ahora destacar 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 y que estudió recientemente Carlos Petit<sup>56</sup>. 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<sup>57</sup>.

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<sup>58</sup>.

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

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

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

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

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 Saleilles<sup>59</sup>. 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, tomaran 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 avions 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 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<sup>60</sup>.

Las cartas nos muestran la importancia del factor 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 personales constituían un capital 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 derecho<sup>61</sup>.

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

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

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

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

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 muerte<sup>62</sup>.

### 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 debía ser uno de los estandartes de ese movimiento innovador. 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 francesa<sup>63</sup>. 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 tema<sup>64</sup> e intentó generar entre sus compatriotas el interés por tan interesante proyecto legislativo. 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 escuela antilegalista francesa. El anteproyecto de código que había dirigido Eugen Huber reconocía el papel de la costumbre y especialmente de la jurisprudencia como fuente del derecho. Establecía un sistema de derecho privado asimétrico en el que

62 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.

63 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.

64 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.

los Cantones tenían amplias competencias para regular numerosos temas y en el que las comunidades campesinas también veían reconocida su especificidad.

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 Géný. Saleilles envió un ejemplar a Huber de la *Méthode d'interprétation* de Géný e incluso organizó un encuentro entre Géný, Huber y él mismo en Berna en 1899. Como más adelante explicaré, se ha especulado mucho sobre la supuesta paternidad de Géný 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 Géný<sup>65</sup>.

Entre tanto la enfermedad seguía acosando a nuestro jurista. Por esta razón en el verano de 1901 vuelve a Champel para practicar la hidroterapia. Desde allí escribió a Huber: “J’avais espéré, comme toujours, que votre Suisse serait le remède de tous mes maux<sup>66</sup>”. 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.

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 fuesen posibles reformas legislativas en el derecho francés. Saleilles fue uno de los artífices de esta sociedad y se mostró muy activo en ella participando en las discusiones, promoviendo encuestas e impulsando reformas legislativas. Saleilles hizo de la *Société* el foro científico-jurídico en el que presentaba sus propuestas de reformas modernistas del derecho privado francés.

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 1902<sup>67</sup> y también a ser miembro de la misma sociedad de estudios<sup>68</sup>.

La *Société* publicaba una revista, el *Bulletin de la Société d’Etudes législatives*. En él encontramos monografías, encuestas, recensiones pero también la

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

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

67 Carta de Raymond Saleilles a Eugen Huber de 29 de marzo de 1902.

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

transcripción de sus sesiones. Estas transcripciones constituyen hoy un importante testigo 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 jugaba con armas (encuestas, cartas de profesores extranjeros) que, en otros contextos, no usaba.

Este aspecto de la actividad de Saleilles y también del resto de la comunidad científica es claramente visible en el debate sobre las fundaciones. Saleilles pretendía que legislador y doctrina reconociesen esta institución. Consiguio que el tema se discutiese en la *Société d'Etudes législatives* en el seno de una "Commission des Fondations" creada en 1906<sup>69</sup>. 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*<sup>70</sup>.

En 1903 Saleilles viajó a Roma para asistir al congreso de ciencias históricas, en el que presenta una comunicación sobre codificación y método histórico<sup>71</sup>. Aprovechó el viaje para visitar a su amigo Maurice Faucon, quien trabajaba entonces en el Palacio Farnesio<sup>72</sup>.

En 1904 la *Société d'Etudes législatives*, animada por Saleilles, organizó en 1904 los actos de conmemoración del centenario del código civil. Fueron invitados a él profesores de varios países, jueces, notarios, parlamentarios y miembros del gobierno<sup>73</sup>. 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

69 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.

70 Véase el anexo documental.

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

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

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

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. Pero, al mismo tiempo, muchos juristas eran reacios a importar modelos extranjeros y menos del país que había derrotado en 1871 a Francia. 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 país<sup>74</sup>. Durante la celebración Saleilles estuvo guardando reposo a la orilla del lago Léman en 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 tema<sup>75</sup>.

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 sus miembros y formó la sección más importante: la dedicada al título preliminar del código. Esta comisión, formada por parlamentarios y por profesores, debía investigar y documentar las reformas necesarias. Dentro de la sección se creó una sub-sección 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 la universidad de 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, entre socialistas y conservadores, entre nacionalistas y defensores de las minorías.

El cambio de siglo fue también el momento del *Affaire Dreyfuss* con todas sus consecuencias para la sociedad francesa y, especialmente, para la Iglesia, que,

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

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

como sabemos, jugó un importante papel en el bando *anti-dreyfussard*<sup>76</sup>. Era, en definitiva, un París “agrío”<sup>77</sup> como dice Lacasta. 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 esa época fue la religión uno de los mayores polos de la tensión social y política, tensión reflejada también en las facultades de derecho. Basta consultar las hemerotecas jurídicas de la época 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 défense religieuse*, publicada en París entre 1906 y 1914. Todas estas revistas se ocupaban de 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.

Según André-Jean Arnaud 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”<sup>78</sup>. Pero la realidad de la sociedad en general y la de la iglesia en concreto era más compleja. Es cierto que la doctrina mayoritaria en la Iglesia francesa respondía a la descripción de Arnaud; nacionalista, antisemita, intolerante y protectora de grupos integristas y violentos<sup>79</sup>. Pero también es cierto que existió un catolicismo social y, hasta cierto punto, comprometido con la democracia, al que perteneció Saleilles.

Los años del cambio de siglo fueron los de la aparición de las corrientes sociales de la Iglesia, de los sindicatos y movimientos obreros católicos. La Encíclica *Rerum novarum* de 1891 no se había escrito en vano, y expresaba una

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

77 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.

78 Así lo describe André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société. Du XIX<sup>ème</sup> Siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, 77.

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

preocupación por las cuestiones sociales más urgentes, básicamente la cuestión obrera, que daría origen a las doctrinas sociales de la Iglesia que tanto interesaron a Saleilles. En ese contexto se daban posiciones religiosas innovadoras, en particular las del 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 1907 con la Encíclica *Pascendi dominici gregis*, que cortó 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 mostraba en 1993 esta faceta del jurista borgoñón<sup>80</sup>. De hecho éste hacía referencia directa a valores divinos en su monografía sobre la individualización de la pena<sup>81</sup>. Desde su época de estudiante en París, Saleilles frecuentó varias asociaciones católicas, en las que pronunció conferencias<sup>82</sup>. Su sentimiento religioso fue para la época relativamente abierto, tolerante y conciliador. Las ideas religiosas de Saleilles las podemos apreciar en sus artículos sobre la separación de la Iglesia y del Estado

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 apoyase a 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. Saleilles y el modernismo

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 prerafaelismo. El modernismo reaccionaba contra el historicismo pero no se debatía

80 Paolo Grossi, “Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l’itinerario scientifico di Saleilles”, *op. cit.* También como capítulo de libro en Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, 193-261.

81 Raymond Saleilles, *L’individualisation de la peine*, *op. cit.* Sobre este aspecto religioso de la obra penalística de Saleilles, *vid.* Alfons Aragoneses, “Strafrecht im Fin de siècle”, *op. cit.*

82 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.

en la tensión entre pasado y presente, mirando hacia el futuro pero recogiendo los elementos que el pasado había aportado. Era en definitiva una corriente basada en la contradicción y que rompía con el racionalismo revolucionario del siglo XVIII que se había arrastrado en las artes en el XIX<sup>83</sup>.

El modernismo era una reacción a las transformaciones profundas de su época. El desarrollo tecnológico generaba un afán por inventar, 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 logros y de estas contradicciones<sup>84</sup>.

Era una tendencia que movía a arquitectos, pintores y literatos pero también afectaba también a la religión y al derecho. También se hablaba a comienzos del siglo XX de “modernismo jurídico”<sup>85</sup>. Este movimiento rechazaba la abstracción del racionalismo jurídico y defendía el estudio del derecho en relación con la realidad en la que actuaba. El modernismo criticaba la creciente intervención del Estado mediante el desarrollo de la legislación especial y se interesaba por el estudio de las fuentes no escritas del derecho que habían estado escondidas durante décadas, especialmente por la costumbre<sup>86</sup>. Los planteamientos de Saleilles encuadran perfectamente en este movimiento. Dedicó muchas páginas de esta obra a demostrar el carácter modernista de la obra de Saleilles. Me interesa ahora hablar de su implicación en otra rama del modernismo: la religiosa.

La teología católica intentaba en esa época renovar algunos de sus planteamientos con ayuda de la razón y de la síntesis de la filosofía del siglo XIX postkantiana. El modernismo católico recuperó en esos años la obra de un teólogo fallecido en 1890 que había intentado renovar la teología aplicando la racionalidad científica sobre los textos religiosos: John Henry Newman.

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. Saleilles, en su reposo a orillas del lago Léman, se dedicó a traducir los discursos universitarios de John Henry Newman<sup>87</sup>. En el

83 Gabrielle Fahr-Becker, *El Modernismo*, Köln, Könnemann, 1996, 7.

84 *Ibid.*, 73.

85 El primer jurista que utilizó el término fue Cesarini Sforza. Lo cita Paolo Grossi en una obra en la que aborda la doctrina de finales del siglo XIX: Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè Editore, Milano, 2000, 163.

86 *Ibid.*, 109.

87 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.

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”<sup>88</sup>. Esta no fue la única obra de Newman que tradujo, pues en 1906 vería la luz *Le Chrétien*, otra colección de sermones del Cardenal inglés<sup>89</sup>.

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 profundamente 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 consecuencias<sup>90</sup>. No buscaba el sentido literal de los textos bíblicos sino que, aplicando la analogía, intentaba explicar, basándose en el “misterio divino”, cada fragmento de las Sagradas escrituras. Esto le hacía defender una ciencia teológica que comprendiera todas sus posibilidades: desde la patristica hasta la metafísica, pasando por el estudio de la Escolástica. Se debían conocer todas 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, 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 reseña a un estudio de Marie-Joseph Lagrange, defendía la aplicación del método histórico al estudio de

88 *Ibid.*, VIII.

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

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

la Biblia<sup>91</sup>. Esta recensión sorprendió, quizás por su osadía, a muchos colegas de Facultad de Saleilles, según nos cuenta Robert Beudant<sup>92</sup>.

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 eclesíástica. 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, como avancé, 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 de la sociedad de masas y del 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 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.

#### 10. 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 de su tiempo. En 1905, en el punto álgido de los conflictos entre católicos radicales y republicanos, el parlamento aprobaba una ley que separaba totalmente las Iglesias del Estado y que obligaba a transformar las congregaciones religiosas, sostenidas hasta entonces por los poderes públicos, en *associations culturelles* sometidas al régimen general de las asociaciones marcado por la ley de 1901 aunque con algunas excepciones. Con esta Ley la República pretendía limitar el enorme poder de la Iglesia demostrado años antes durante el asunto Dreyfuss pero también visible en la gestión de la educación de muchos jóvenes.

Muchos católicos se opusieron de forma ferviente a esta ley. Muchos fueron los que llamaron a la desobediencia civil e incluso al levantamiento contra su aplicación. Como nos explica Jean-Marie Mayeur, detrás de ellos se encontraban monárquicos, grupos reaccionarios y antiguos miembros de *Action Française*: lo

91 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.

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

más granado, pues, del tradicionalismo y del nacionalismo radical en Francia<sup>93</sup>. 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. 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 intentando así 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 París con el Vaticano. Circuló una famosa carta de opiniones dirigida a los obispos de Francia en este mismo sentido, suscrita también por Saleilles<sup>94</sup>.

Nuestro jurista se lamentaba 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 escribió 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<sup>95</sup>.

Saleilles era católico militante pero su defensa de la religión la articuló, como profesor que era, desde escritos discusiones o conferencias. Defendía su fe con argumentos técnico-jurídicos, no con proclamas ideológicas, criticando al

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

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

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

Estado republicano por la simplificación que hacía del hecho religioso. En una carta a Huber escribía:

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<sup>96</sup>.

Saleilles era muy crítico con la Iglesia oficial y con la mayoría de los movimientos católicos y 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.

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<sup>97</sup>.

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 Hauriou<sup>98</sup>. 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*<sup>99</sup>. 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

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

97 Raymond Saleilles, "Le régime juridique de la séparation", *Revue des institutions culturelles*, 2 (1907), 185-208, 200-201.

98 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.

99 Raymond Saleilles, "Le régime juridique de la séparation", *op. cit.*

la Iglesia, ni para el culto: “[c]’était un système qui nous protégeait contre l’anarchie”, dice Saleilles<sup>100</sup>. 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 *Action 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.

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 *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 urbano<sup>101</sup>. En las líneas siguientes muestro algunos de los rasgos de esta nostalgia saleilliana.

## 11. *Saleilles enfermo: el jurista en la montaña mágica*

Precisamente en esta época de convulsiones políticas y de intensa actividad de un

100 *Ibid.*, 198.

101 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 ss.

Saleilles maduro en varias sociedades científicas y religiosas, 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 hicieron más y más frecuentes. Saleilles pasaba 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. Es durante esta estancia cuando visitó con François Gény a Eugen Huber<sup>102</sup>.

En este período se intensificó la actividad de Saleilles como redactor de cartas. Nos cuenta Gaudemet en la biografía del maestro que escribió en 1912, que desde su cama continuaba escribiendo cartas a colegas y amigos<sup>103</sup>; 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 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 tuvo 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 legislativas<sup>104</sup>.

La mayoría de estas cartas, escritas para ser publicadas, responden a un mismo patrón. Comenzaban exponiendo su enfermedad y su imposibilidad de estar presente en el acto en cuestión, continuaban exponiendo sus argumentos, sus posiciones o críticas y acababan 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 defendía con fuerza sus argumentos, de forma que transmitía a la tinta la contundencia y el convencimiento que habría querido expresar oralmente.

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. Tampoco las notas biográficas disponibles contienen más información, aunque hablan de ella

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

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

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

y le conceden bastante importancia<sup>105</sup>. 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: neurastenia<sup>106</sup>. 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 tratase<sup>107</sup>. 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*<sup>108</sup>. 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 delincuencia<sup>109</sup>. Saleilles, además, venía de una zona rural, por lo que, quizás, se le hacía más pesada todavía la vida en la gran ciudad. El estrés de la ciudad iba unido, según Weber, a un *énervement d'esprit*, a una degradación general de la energía<sup>110</sup>. Saleilles, en todo caso, dio muestras en diversos textos de sus preocupaciones morales, de su nostalgia por un pasado preindustrial. Julien Bonnecase nos habla en un texto de "l'âme tourmentée et consciencieuse à l'excès de Raymond Saleilles"<sup>111</sup>.

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

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

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

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

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

109 *Ibid.* 51 ss.

110 *Ibid.*, 12.

111 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.

reciente texto sobre la melancolía, incide también en esta diferente concepción de la enfermedad que ligaba a cualquier mal físico una causa espiritual<sup>112</sup>.

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 psiconerviosas, “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 de Christian Müller que destaca su papel en los inicios de la psicoterapia<sup>113</sup>.

Si consultamos las obras del Doctor Dubois, vemos reproducida la concepción del organismo arriba descrita. El doctor de Berna escribió artículos sobre la influencia del espíritu sobre el cuerpo, sobre trastornos de la sensibilidad en estados neurasténicos y nostálgicos<sup>114</sup>. 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 terapias<sup>115</sup>.

El método de Dubois era conocido como método persuasivo<sup>116</sup>. 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 racionaliza-

112 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.

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

114 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.

115 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.

116 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.

se y eliminase<sup>117</sup>. En ocasiones el proceso de curación exigía el aislamiento del paciente en su clínica e incluso la restricción del acceso del paciente a la luz<sup>118</sup>. Dubois era bastante paternalista con sus pacientes pero, al mismo tiempo, estricto. No aceptaba a cualquier enfermo y establecía unas condiciones mínimas de racionalidad<sup>119</sup>.

Este aislamiento lo debió conocer Saleilles. En una carta a Huber de 1901 explicaba 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 graves<sup>120</sup>. Las visitas de Saleilles al doctor Dubois fueron frecuentes tal y como reflejan las cartas. Incluso en alguna se percibe cierta urgencia del borgoñón de contactar con el médico<sup>121</sup>.

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 côté 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'apercevais 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 moral<sup>122</sup>.

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 científica<sup>123</sup>. Es difícil valorar hasta qué punto la enfermedad de Saleilles repercutió sobre su labor de científico del derecho.

117 Ibid., 115 ss.

118 Ibid., 118.

119 Íd.

120 Carta de Saleilles a Huber de 18 de abril de 1901.

121 Íd.

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

123 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 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).

Materialmente la influencia está clara: dejó obras inacabadas y tuvo que suspender cursos debido a lo que él llamaba *surmenage*. Estas ausencias de las tareas docentes están documentadas en su expediente personal<sup>124</sup>.

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 pudieran 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 percibida como “otra” respecto a la propia”<sup>125</sup>. 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”<sup>126</sup>. Este aislamiento selecto se combinaba con la diversidad nacional de los pacientes. El lugar mágico acababa produciendo un verdadero efecto en el que seguramente se inspiraría Thomas Mann al escribir su *Montaña mágica: el Zauberbergeffekt*<sup>127</sup>.

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, aparentemente, según viejas tradiciones<sup>128</sup>. Hacia esos paisajes bucólicos que describía

124 Estas ausencias de las tareas docentes se documentan en su expediente personal (ANF, F<sup>17</sup> 25908).

125 Gian Paolo Marchi, “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, 96 ss.

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

127 Thomas Mann, *Der Zauberberg*, Berlin, S. Fischer Verlag, 1924.

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

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 viajeros<sup>129</sup>.

En mi opinión, los viajes de Saleilles a los Alpes buscando remedio a sus males le pudieron hacer construir una imagen imaginada –arcádica, bucólica– de un país en proceso de industrialización. Saleilles admiraba a Suiza y creía que el derecho tenía mucho que ver en la conservación de esa Arcadia. Saleilles en Suiza 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 país<sup>130</sup>, 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 practicaron<sup>131</sup>.

## 12. Coda: Alemania y el destino trágico de los Saleilles

El Saleilles enfermo todavía tuvo tiempo de editar sus lecciones de doctorado sobre la persona jurídica<sup>132</sup>. En 1910 un grupo de profesores argentinos le invitaron a visitar el país suramericano pero Saleilles tuvo que rechazar la oferta por causa de su enfermedad. Incluso parece que hacia esos años comenzaba el borgoñón a

129 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.

130 Raymond Saleilles, “De la succession paysanne dans l’avant-projet de Code civil suisse”, *Réforme sociale, op. cit.*; “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.

131 Pio Caroni, “Eugen Huber. Il mito svelato”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 110 (1991) I, 381-419, 389.

132 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.

preparar un libro sobre teoría general del derecho<sup>133</sup>. Durante el curso 1910-1911 Saleilles dio sus clases en la universidad. Pero, a 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 viuda<sup>134</sup>. 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<sup>135</sup>.

La noticia se transmitió con velocidad por las facultades francesas, alemanas y suizas. Las revistas jurídicas francesas y extranjeras dieron cuenta de esta pérdida con necrológicas<sup>136</sup> y pocos años después, en 1914, apareció la obra homenaje de sus colegas y amigos<sup>137</sup>.

Desaparecía uno de los profesores más importantes de su época poco antes de que comenzase un conflicto bélico que introduciría importantes cambios en el

133 Edmond Thaller, “Avant-Propos”, en *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, *op. cit.*, 35-36.

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

135 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.

136 En la biblioteca de la Facultad de derecho de París hay una recopilación de ellas. He aquí un resumen: Eugène Gaudemet, “Raymond Saleilles” (1855-1912), *op. cit.*; 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; Brouchet, “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; 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 di Raimondo Saleilles”, *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, 48 (1912), 1-7; Dantz, “Nekrologer”, *Tidsskrift for Retsvidenskab*, 1912, 486.

137 Edmond Thaller (ed.), *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, *op. cit.*

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 a 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 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, representativas de un siglo XX, tan opuesto al siglo XIX que había vivido su padre. La historia de los dos hijos acabó de manera dramática, muriendo ambos en conflictos bélicos contra el país que tanto interés profesionalmente a su padre.

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 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 bien<sup>138</sup>.

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 Marne<sup>139</sup>.

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

139 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/>

Al acabar la guerra sus amigos le dedicaron una publicación<sup>140</sup>. 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 alemanes<sup>141</sup>. 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 y que honraba 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 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*<sup>142</sup> dedicado a estos juristas “morts pour la France”. Sorprende el lenguaje patriótico y nacionalista en que se expresaban 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 trincheras<sup>143</sup>. Después de la contienda comenzó a trabajar como bibliotecario.

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?”<sup>144</sup>. En todo caso, si hemos de creer la obrita que le dedicaron sus amigos después de su muerte, Cisco era un *dandy*, un *bon vivant* amante de la buena mesa<sup>145</sup>.

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

141 *Ibid.*, 34.

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

143 *Le lieutenant Jean Saleilles*, X.

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

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

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 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”<sup>146</sup>, 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.”<sup>147</sup> Muerto Cisco desaparecía el espíritu de Saleilles sin dejar rastro más allá del que quedaba en las obras de Raymond Saleilles.

146 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 exquisita elegancia y “dudosa moralidad”. “Dandysmo” y homosexualidad, según el escritor, solían coincidir. Luis Antonio de Villena, *Corsarios de guante amarillo. Sobre el dandysmo*, Barcelona, Tusquets, 1983.

147 François Saleilles, 27.

“UNE SCIENCE À L’ÉTAT INDÉPENDANT, AVEC SON PROPRE OBJET,  
SES LOIS ET SES MÉTHODES”. LA TEORIZACIÓN DEL DERECHO  
COMPARADO POR RAYMOND SALEILLES

«[N]ous 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.»

(Raymond Saleilles, carta a Eugen Huber de 17 de diciembre de 1899)

1. *El momento de Saleilles*

En los años del cambio de siglo se daban en Europa en general y en Francia en particular unas condiciones ambientales que provocaron la crisis de la concepción decimonónica del derecho privado y, al mismo tiempo, la apertura geográfica de los estudios científicos. Este medio ambiente fue el que permitió la aparición de elaboraciones intelectuales como las de Raymond Saleilles sobre el derecho comparado.

Una de las consecuencias del advenimiento del liberalismo y la codificación fue que, durante el siglo XIX el derecho legislado quedase en parte cerrado por las fronteras estatales<sup>1</sup>. Se partía, como escribe Bartolomé Clavero, del supuesto de la nacionalidad del derecho y éste se recluía en espacios estatales: “sólo así, celebrándolo, se le contemplaba”<sup>2</sup>. Estas afirmaciones son válidas sobretudo para la normativa, ya que las doctrinas seguían atravesando fronteras. Pero es cierto que los juristas franceses, como consecuencia del prestigio del Código napoleónico, estudiaban leyes patrias menospreciando la normativa que se produjese fuera de Francia. Eran en todo caso los prácticos del derecho los que se interesaban por las leyes allende las fronteras del Hexágono.

A finales del siglo XIX el panorama jurídico europeo había cambiado. Se intensificaban las relaciones internacionales y los intercambios de todo tipo; intelectuales, comerciales y personales. La tecnología había acercado las diferentes

1 Paolo Grossi, *Absolutismo jurídico y derecho privado*. *Op. cit*

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

capitales europeas entre ellas. El proceso de industrialización que afectaba a la mayoría de países de Europa Central y Occidental presentaba problemas similares y requerían soluciones también similares.

Los actores económicos requerían agilizar los intercambios económicos y requerían la unificación o estandarización de instrumentos jurídicos<sup>3</sup>. La internacionalización de los intercambios no sólo exigía la unificación de las reglas de la ingeniería y la economía sino la estandarización de algunas normas jurídicas<sup>4</sup>. La unificación de reglas de construcción técnica aceleraba los intercambios y influía la estandarización de normas jurídicas, lo que a su vez permitía intensificar todavía más la circulación de bienes y saberes<sup>5</sup>.

Esta internacionalización de las relaciones económicas y sociales fue uno de los factores que animaron a un grupo de juristas a crear a mediados del siglo XIX la *Société de législation comparée*, sociedad que fue foro de discusión sobre el derecho extranjero con revista, traducciones y reuniones, y también impulsora del derecho comparado en Francia y generadora de lo que Marc Ancel calificó “climat de curiosité, d’attention et de sympathie pour les expériences étrangères”<sup>6</sup>.

Pero la aparición de esta Sociedad y de la comparatística en general no fue consecuencia únicamente de la citada internacionalización de los intercambios. En mi opinión el derecho comparado aparece como consecuencia de las transformaciones que se produjeron en las ciencias sociales en general y en las ciencias jurídicas en particular. La aparición de esta nueva disciplina tiene que ver con el agotamiento de un determinado método y, en parte, con la necesidad de unos juristas de escapar de la expansión de la legislación especial y la consiguiente descodificación del derecho.

3 Sobre el impacto de la industrialización en la producción y estandarización jurídicas véase. Milos Vec, “Technik oder Recht? Steuerungsansprüche in der Zweiten Industriellen Revolution”, en 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”, en Becker, Peter (ed.), *Normalising Diversity–EUI Working Paper*, HEC No. 2003/5, Badia Fiesolana/San Domenico, 2003, 23-44.

4 Milos Vec y otros, “Standards, Norms and the Law”, *op. cit.*, 27.

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

6 Marc Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé. op. cit.*, 13.

## 2. *¿Crisis del absolutismo jurídico? Los cambios metodológicos del fin de siglo*

Mucho se ha escrito sobre el absolutismo jurídico en la Francia de la primera mitad del siglo XIX<sup>7</sup>. En palabras de Paolo Grossi, autor de este término, a partir de 1804 “la esfera de lo jurídico se anquilosaba en la esfera de lo legal” y “el jurista pasó de ser intérprete dotado de una *interpretatio* [...] a ser relegado al rango de exegeta”<sup>8</sup>. Pero en realidad esta reducción de la ciencia jurídica a la mera exégesis de los textos no fue tan radical como en ocasiones se describe. No fue total la supremacía de la ley escrita y tampoco podemos hablar de marginación de la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia.

Sí es cierto que la ciencia jurídica en Francia había dormido un largo sueño debido a la enorme repercusión legal, científica y política del Código civil de 1804. Este gran monumento legislativo había inaugurado una etapa de primacía del derecho francés a nivel internacional. La autoridad del Código había traspasado las fronteras francesas en parte gracias a las campañas bélicas de Napoleón pero sobretudo por el prestigio jurídico-político del propio código francés que lleva a muchos países a importarlo. El *Code Napoléon* representaba el nuevo orden liberal burgués, era la constitución económica del liberalismo. Los países en tránsito hacia este sistema en Europa o hacia el liberalismo y la independencia en América Latina lo usaron como fetiche.

Ello hizo que, con algunas excepciones, el interés de los juristas franceses por el derecho extranjero cayese bajo mínimos. Más bien eran los alemanes o los americanos los que leían, citaban y traducían a los juristas franceses, a los representantes de la llamada *École de l'Exégèse*.

El problema no era tanto la sumisión del jurista al papel de exegeta o el valor absoluto de la ley como el aislamiento del científico jurídico. La devaluación del derecho natural en el primer liberalismo había separado la ciencia jurídica del resto de ciencias humanas y sociales. El derecho estaba “aislado a nivel interdisciplinar y con una clara distancia con las ciencias sociales empíricas y con la racionalidad de la economía”<sup>9</sup>. Afirmaba Niklas Luhmann que este aislamiento no había supuesto ningún problema mientras las ciencias sociales habían estado “teórica e institucionalmente infradesarrolladas y limitadas a cortos encadenamientos argumentales”<sup>10</sup>. La producción de las ciencias sociales era entonces medianamente comprensible para el jurista medio. Pero a medida

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

8 Ibidem 14

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

10 Íd.

que las ciencias sociales fueron evolucionando, los contactos entre disciplinas no podían ya ser mediados con unos conceptos de principios del siglo XIX como Función, Institución, Interés. En ese momento se presentaba un importante reto para el derecho respecto las ciencias sociales. Los juristas debían plantearse qué relaciones entablar con el resto de disciplinas. A medida que las ciencias sociales iban adoptando un método y un objetivo y dejaban de ser un ejercicio cultista sin trascendencia práctica se le planteó 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.

El jurista de 1804 podía permitirse no dialogar con el resto de ciencias sociales por otra razón fundamental: el paradigma del ciudadano burgués libre y racional todavía tenía cierto recorrido y el terreno del idealismo racionalista y liberal le servía al científico del derecho. No reflejaba la realidad de la compleja sociedad pero en las representaciones intelectuales solamente aparecían sujetos racionales, propietarios, libres: los miembros de la burguesía. Cuando llegaron lo que André-Jean Arnaud llama “les temps des trublions”<sup>11</sup>, los tiempos de la industrialización, de la cuestión obrera y del ascenso del socialismo, el jurista no pudo por más tiempo ignorar lo que sucedía fuera de su despacho de la facultad jurídica, no podía menospreciar la existencia de sindicatos, de trabajadores que reclamaban más derechos, de mujeres que tenían hijos sin estar casadas o de grupos de correligionarios que se organizaban en partidos políticos. El viejo código napoleónico no daba respuesta a estas cuestiones y no le servía al jurista para abordar los conflictos que se daban en la sociedad. Ni siquiera una interpretación imaginativa de la norma o la integración de la costumbre y la jurisprudencia podía ayudarle a superar la distancia entre código y realidad.

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 planteaba. 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<sup>12</sup>.

Este es el contexto que enmarca el despertar de algunos juristas inquietos en las facultades francesas. Se trata de jóvenes profesores conscientes del agotamiento del método exegético para adaptar el derecho a la cambiante realidad y de la necesaria apertura a las ciencias sociales. Estos juristas habían estudiado con maestros de la vieja escuela pero conocían también las teorías alemanas de la Escuela histórica o de la “*Interessenjurisprudenz*” y veían en las emergentes

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

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

ciencias sociales un importante reto ante el que no podían quedar indiferentes. 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 Alfred 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*.

Estos juristas 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.

Mas el problema no era tal si se aceptaba que, ante estos cambios radicales en la economía y la sociedad, el Estado debía intervenir utilizando nuevas armas y abandonando la doctrina del “laissez faire” absoluto. Es lo que el Imperio Alemán primero y más tarde Francia y España hicieron redactando leyes especiales, interviniendo decididamente en las relaciones laborales y arbitrando medidas de defensa de los débiles.

Pero estos jóvenes juristas en realidad estaban empapados de la vieja filosofía liberal. Ante un Estado que había iniciado la senda de la descodificación y de lo que más adelante se llamaría Estado social, estos profesores intentaron salvar al código y al viejo método de la amenaza del legalismo y el estatalismo. No se trataba de una reacción contra la exégesis o contra el absolutismo jurídico de 1804 sino contra el legalismo que se iniciaba en 1900 con la legislación especial. Para ello estos juristas modernistas acudieron a herramientas antiguas, como el llamado método histórico, con frecuencia citado por Raymond Saleilles sin que concretase nunca en qué consistía exactamente.

Saleilles y otros juristas inquietos opusieron a la legislación especial el código, a la intervención del Estado un método científico vago y el respeto a la evolución natural de la sociedad y la economía, frente a unas ciencias socia-

les que buscaban sistematización rigurosa el “método instintivo”, frente a Emile Durkheim, Henri Bergson.

En este sentido conviene comparar los métodos de Raymond Saleilles y François Géný. El lorenés, más joven que el borgoñón, sí que logró elaborar un método científico sistemático y riguroso de análisis del derecho. Su “libre recherche scientifique” era en realidad una metódica herramienta de aproximación a los fenómenos jurídicos elaborada en primer lugar en *Méthode d'interprétation*<sup>13</sup> y más tarde asentada con *Science et technique*<sup>14</sup>. Como escribía Paolo Grossi, “I problemi che lo dominano [a Géný] sono la scientificità del diritto (soprattutto del diritto privato) e, quindi, ben al centro delle attenzioni, la ricerca di un metodo che salvaguardi interamente quella scientificità”<sup>15</sup>. Esta búsqueda va más allá de la que hace Saleilles, conforme con la aplicación del método histórico que le acerca a la costumbre y la jurisprudencia y lo aleja del análisis sistemático, riguroso del texto de la ley, como apuntaron Grossi<sup>16</sup> y también Bartolomé Clavero<sup>17</sup>.

Destaca este último que esta diferencia entre Géný y Saleilles se expresaba perfectamente en el prólogo del último al primero. Recordemos que Saleilles declaraba en ese texto que él se proponía ir “au-delà du code civil mais par le code civil” y contraponía esta aproximación al derecho con la de Géný, que según Saleilles pretendía ir “Par le Code civil mais au delà du code civil”<sup>18</sup>. Si Saleilles practicó una ciencia anclada en un método histórico que no se concreta, Géný supera esta rémora de la escuela histórica y sienta las bases de un verdadero método científico.

### 3. La aportación de la escuela histórica del derecho

La aparición del derecho comparado estuvo influida por este movimiento científico. Su existencia demuestra que no es del todo cierto que en el siglo XIX la ciencia jurídica expulsase por completo la moral, la historia o el interés por los fenómenos sociales de sus dominios. Desde inicios del siglo XIX hubo juristas en Francia que, pese a la supuesta dictadura del código, intentaron interpretar el derecho de acuerdo con parámetros no textuales, extraídos de la historia, de la

13 François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit.

14 François Géný, *Science et Technique en droit privé positif*, (IV) Paris, Sirey, 1914-1924.

15 Paolo Grossi, “Pagina introduttiva (Ripensare Géný)”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 20 (1991), 1-51, 7.

16 Íd.

17 Bartolomé Clavero, “El método entre infieles o el código en España”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 20 (1991), 271-317, 303.

18 Raymond Saleilles, “Préface”, François Géný, *Méthode d'interprétation*, op. cit. XXV.

observación de la realidad social o incluso de la moral cristiana. Su obra no fue por tanto del todo impermeable a lo no jurídico.

Philippe Sturmel ha estudiado el alcance de este grupo de juristas influidos por la ciencia alemana del momento<sup>19</sup>. Las ideas y propuestas de Savigny y de la Escuela histórica habían sido recibidas en Francia y, si bien sería discutible si hubo o no una “Ecole historique française”, es innegable que algunos juristas franceses como Jourdan, Klimrath, Lerminier o Laboulaye, vieron en los métodos de Savigny una forma de librarse del “joug de l’exégèse et d’imposer des nouvelles méthodes”<sup>20</sup>. Este grupo de seguidores de la Escuela Histórica alemana consiguieron importar parcialmente una forma de aproximarse al derecho que resultó ser una importante alternativa a la *Exegèse*. Su proyecto cristalizó en la fundación de la revista *Themis* en una fecha tan temprana como 1819. Los juristas activos alrededor de esta revista desarrollaron un método que enseguida calificaron como “méthode historique” en el que se fijaría, a finales del siglo XIX, Raymond Saleilles.

Mas, ¿en qué consistía el llamado método histórico? A grandes rasgos se trataba de algo complicado pero descrito de manera muy sencilla: estudiar los textos jurídicos dentro de su contexto histórico, fuese presente o pasado. Ni más ni menos. Algo así era un atrevimiento en la primera mitad del siglo XIX, pues seguir los dictados de la historia y no los de la voluntad de la Nación expresada a través del legislador rompía los esquemas de los juristas más dogmáticos.

La forma en que se aplicaba este método histórico o sociológico importaba poco. Lo importante era su valor para poder integrar elementos extrajurídicos en el discurso del derecho. Poco importa que su método se alejase bastante del originario elaborado por Savigny unas décadas antes: importaba sobretudo abrir la puerta de la historia que describía un orden pretérito, basado en parte en la doctrina cristiana, que el jurista debía seguir a la hora de interpretar o elaborar doctrinalmente el derecho.

Estos juristas no rechazaban ni el código ni la codificación. Pero, como decía Olivier Motte, “en réponse à la prétention d’une rationalité –celle de Napoléon– délibérément ignorante du passé comme de la diversité des situations” oponían la visión histórica y “en recréant un passé de la norme, elle dégage une perspective d’évolution”<sup>21</sup>. Estos juristas aceptan pues el código civil pero como un momento

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

20 Íd.

21 Olivier Motte, *Sur la genèse allemande d’un nouveau paradigme de l’histoire du droit*, Berne, P. Lang, 1986, 163

en una historia que tiene un largo recorrido y que, por tanto, debía continuar su libre evolución.

En esta idea de evolución está la clave de este método. La concepción del derecho como fruto de un proceso de evolución histórica, por simple que parezca era fundamental para introducir la idea de un orden natural de las cosas que el derecho –normativo, jurisprudencial o doctrinal– debía respetar.

Sturmel afirma que estos entonces jóvenes juristas historicistas desarrollaron un método científico “qui allait quelques décennies plus tard devenir la norme”<sup>22</sup>. Esta forma de entender el derecho tuvo un eco limitado en las facultades jurídicas francesas, pero permitió la aparición de la revista *Themis*, de la *Société de Législation comparée* y de una manera alternativa de mirar el derecho

La *Themis* permitió un foro de discusión y difusión de la obra de los juristas alemanes del momento, de sus métodos y de la obra de sus seguidores en Francia. A falta de estudios sobre el seguimiento de la revista entre los juristas franceses podemos afirmar que su existencia demuestra la existencia, ya en las primeras décadas del siglo XIX, de un método no por rudimentario y sencillo menos innovador. Esta revista permitía a los juristas estudiar las relaciones de derecho y sociedad.

Esta revista enlaza con la creación, en 1869, de la Sociedad de legislación comparada. Su fundador fue el jurista Edouard Laboulaye, “officiellement du moins, le seul représentant de la législation comparée” según él mismo<sup>23</sup>. Laboulaye tenía entonces muy claro el objetivo de la comparación jurídica y así lo plasmó en el discurso inaugural de la nueva Asociación: “nous n’allons pas simplement chercher quelques points de rapprochement plus ou moins intéressants. Nous cherchons les principes qui président à telle loi, nous sommes amenés à étudier la philosophie du droit, à remonter aux principes de notre législation; nous faisons là, tout ensemble, une étude de morale, de politique dans le sens élevé du mot, d’économie politique. La comparaison des lois étrangères est une étude de législateur bien plus encore que de jurisconsulte; mais il n’y a de bon jurisconsulte que celui qui sait remonter jusqu’à l’esprit des lois”<sup>24</sup>. Laboulaye acababa con la siguiente declaración: “La science du droit doit être, comme la physique ou la chimie, une science positive”<sup>25</sup>. Estas palabras, que constituyen una verdadera declaración programática, recuerdan sin duda el lenguaje utilizado

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

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

24 *Ibidem*, 4.

25 *Íd.*

por la escuela histórica y sus seguidores franceses: se habla de principios de la ley, de remontar los principios de la ley.

La de Laboulaye fue la primera asociación dedicada a la legislación comparada que se creó en Europa en esa época y fue siempre referente de la comparatística en Europa. La *Société de Législation Comparée* combinaba los objetivos científicos marcados por Laboulaye con el de traducir y divulgar normas jurídicas extranjeras entre los juristas franceses. De esta manera, sus publicaciones se convirtieron en el único medio para conocer las novedades legislativas extranjeras, a falta de traducciones oficiales del Ministerio de Justicia. 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 Sociedad de legislación comparada.

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. Pero el éxito de este lado práctico de la *Société* fue a la vez la causa de su fracaso o, en todo caso, del fracaso del objetivo científico, historicista, antilegalista que le había marcado Laboulaye<sup>26</sup>. Pronto dejó de importar el análisis científico del derecho desde una perspectiva social. En la dirección de la sociedad estaban presentes representantes de la *Cour de Cassation*, del Consejo de Estado, de los abogados y de las facultades jurídicas. Si en los primeros años el peso de los científicos, con Duverger y el mismo Laboulaye a la cabeza, fue determinante, al cabo de unas décadas pesaba más el interés de los prácticos del derecho, hecho del que se quejaría a finales de siglo Raymond Saleilles.

No únicamente a través de la *Société de législation comparée* influyó el historicismo jurídico en la aparición del derecho comparado. Juristas e historiadores practicaron una comparación vertical que, en ocasiones, incluía también la comparación horizontal. El más representativo de ellos fue Ernest Glasson, conocido de 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 1880<sup>27</sup>.

En esta monografía Glasson realizó, como avanzaba, un estudio de comparación vertical o histórica y también, y como consecuencia de la primera, una

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

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

comparación horizontal o comparación jurídica *sensu stricto*. En este libro destaca el análisis histórico que llevó a su autor a clasificar diferentes tipos de reglas en familias jurídicas según su origen y su evolución. Glasson diferenciaba 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 de Glasson: *Le droit de succession au moyen age*<sup>28</sup>. En esta obra aplicó la idea de evolución, tan querida por los historicistas, a diversas instituciones sucesorias de diferentes países europeos. Así mostraba la existencia de unas reglas de evolución histórica que el derecho había respetado hasta el siglo XIX.

Ernest 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.

Historia, método histórico y evolucionismo estuvieron muy presentes en la ciencia jurídica de finales del siglo XIX. La idea de una evolución libre, marcada por la historia y que el Estado y el derecho no debían alterar estaba muy presente en Lermnier, Laboulaye y también en Glasson y Saleilles. Estos autores coincidían también en la crítica a la Ilustración y la Revolución que habían sesgado esta evolución violentando las reglas de la evolución social. Según estos autores el derecho debía regresar a la función que había tenido en el pasado: la de acompañar esta evolución sin interferirla.

#### 4. *El reto de las nuevas ciencias sociales*

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 respecto a estas 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 utilizaban el método comparatístico.

Los juristas de la escuela francesa antiformalista o del llamado “romantis-

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

me juridique français”<sup>29</sup> vieron en estas nuevas disciplinas una manera de superar el legalismo, aunque en ocasiones, y sería el caso de Saleilles, la adscripción a un método sociológico era más nominal que real, y se utilizaba un historicismo vestido de sociología.

La apertura de las facultades jurídicas a las ciencias sociales fue provocada, entre otros factores, por la aparición de centros de estudio que rompían el monopolio de los juristas en el análisis de los fenómenos sociales. Destaca en este sentido la creación por Emile Boutmy de la Escuela Libre de Ciencias Políticas en 1872. Esta institución rompía la posición de las facultades jurídicas como única institución que formaba a las élites políticas francesas, de los “hommes d’état”<sup>30</sup>.

La primera reacción de los juristas fue de rechazo. Y en ella tuvo mucho que ver Claude Bufnoir, maestro y suegro de Saleilles<sup>31</sup>, quien defendió el monopolio del Estado, por tanto de las facultades de derecho, para investigar y enseñar fenómenos sociales<sup>32</sup>. El Estado, asesorado por Bufnoir, intentó crear una Escuela estatal de la Administración y una facultad de ciencias políticas pero sin éxito.

La segunda reacción fue protagonizada por algunos juristas que vieron la necesidad de adaptarse a la nueva situación, que supieron que las facultades de derecho debían ofrecer algo más que cursos de derecho civil o derecho romano y abrirse a la economía, las ciencias de la administración o del Estado. Entre estos juristas que promovieron la apertura de las facultades jurídicas encontramos a Duguit, Esmein y Saleilles<sup>33</sup>.

Como consecuencia de la presión de estos y otros juristas, algunos planes

29 Esta expresión corresponde a Julien Bonnecase, *Science du Droit et romantisme*, op. cit.

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

31 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 de enseñanza universitaria

32 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.

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

de estudios fueron reformados. 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 ese momento, se vieron obligados a 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 momento habían sido los únicos autorizados para pensar la política y la relación entre Estado y sociedad.

##### 5. *La legislación comparada como precedente de la comparatística*

Fue la crisis del método jurídico, el historicismo y la aparición de las ciencias sociales los factores que provocaron la aparición del derecho comparado a finales del siglo XIX. Pero no podemos obviar que la nueva disciplina se construía sobre una actividad intelectual dedicada al estudio de la legislación extranjera.

Escribía Aldo Mazzacane que “[n]ella Germania del secolo XIX il diritto comparato nasceva dunque come pratica assai prima della teoria.”<sup>34</sup> Lo mismo podríamos decir del origen del derecho comparado en Francia. Cuando Saleilles comenzó a escribir sobre derecho comparado en los años ochenta del siglo XIX el estudio de la legislación extranjera como disciplina existían desde hacía ya varias décadas.

Durante la segunda mitad del siglo XIX el interés por el derecho extranjero había crecido gracias a la labor de la Sociedad de legislación comparada. Este interés se veía reflejado en las publicaciones y en las facultades jurídicas. A finales de siglo existían en Francia siete cátedras de legislación comparada desde las que se enseñaban materias jurídicas, generalmente del derecho privado, desde un punto de vista comparado<sup>35</sup>. Había por tanto un público y diversos foros científicos en los que se trataba la legislación comparada.

En 1875, la *Société* detectó la necesidad de traducir de forma sistemática las normas jurídicas extranjeras que tuviesen más interés para el derecho francés.

34 Aldo Mazzacane, “Alle origine della comparazione giuridica. I carteggi di Carl Joseph Anton Mittermaier”, en AAVV, *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milano, Istituto lombardo di Scienze e lettere, 2001, 15-38, 16.

35 Carlos Petit, “Absolutismo jurídico y derecho comparado: método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert”, *op. cit.*

Con esta finalidad se inició la publicación del *Annuaire de législation étrangère*. Los poderes públicos no eran ajenos a los frutos que la traducción jurídica podía aportar. De ahí que el Ministerio de Justicia decidiese crear en el año 1878 el *Comité de législation étrangère* que, en colaboración con la *Société de législation étrangère*, debía llevar a cabo la traducción de textos jurídicos extranjeros que, por unas razones de política comercial o científicas, interesasen al Estado<sup>36</sup>. La creación de este comité supuso un impulso más a las traducciones y a los estudios sobre derecho extranjero.

Las traducciones, los foros académicos y el apoyo del Estado permitieron la creación de unos medios importantes para todo aquel jurista interesado en el estudio del derecho extranjero. De esta manera crecía el interés por leer, citar y comparar normas extranjeras. La *Société de législation comparée* había puesto la base para un análisis de la pluralidad de ordenamientos jurídicos existentes en Europa. Pero la comparatística moderna no fue únicamente el resultado de la evolución de esta legislación comparada sino del desarrollo de un método que deriva del método histórico y de la naciente sociología y que encuentra en el análisis de ordenamientos diferentes un campo de desarrollo importante.

De hecho, 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 Georges Cuvier había abierto el camino con sus *Leçons d'anatomie comparée* (1800-1805)<sup>37</sup>. 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 de los fenómenos sociales.

La Sociedad de Laboulaye había sido fundada con un carácter científico pero al cabo de los años acabó adoptando un carácter auxiliar de la práctica y la dogmática jurídicas. En ello tuvo que ver la composición de la misma *Société*: creció el número de miembros provenientes de la práctica jurídica como jueces, abogados, notarios o diputados que se interesaban en conocer la producción legislativa de otros países pero sin pretender indagar en su contexto o en las implicaciones doctrinales de las diferencias entre normativas<sup>38</sup>. Para muchos de

36 Así lo establecía el *Arrêté* de 27 de marzo de 1878 que creaba este organismo. En 1909 ganó personalidad jurídica pasándose a llamar *Office de législation étrangère et de droit international*.

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

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

estos prácticos el estudio de las leyes extranjeras constituía tan solo un elemento auxiliar a la aplicación o interpretación del derecho.

Por ello, a finales del siglo XIX, el método practicado por muchos comparadores jurídicos se reducía a una yuxtaposición de textos jurídicos de diferente origen para mostrar sus diferencias y semejanzas. Esto resultaba productivo a corto plazo. Pero no servía, por ejemplo, para abordar códigos más complejos para un jurista francés como el BGB o para aproximarse a culturas jurídicas no continentales.

Edouard Lambert escribía en 1903 que 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”<sup>39</sup>. De ahí que algunos juristas como Saleilles, partiendo de la base material proporcionada por la legislación extranjera, intentaron realizar un cambio de método que necesariamente pasaba por la autonomía del derecho comparado respecto el estudio de la legislación comparada y en la fijación de un método, un objeto y una finalidad determinados

Para ello los vientos en el extranjero soplaban a favor: la proximidad de la aprobación del BGB y los trabajos de redacción del ZGB suizo impusieron la necesidad de cambio metodológico.

#### 6. *Las nuevas codificaciones como impulso del cambio de método*

Los cambios sociales, económicos y científicos de finales del siglo XIX coincidieron con dos importantes labores de codificación del derecho civil en Europa. En Alemania estaba en proceso de elaboración el *Bürgerliches Gesetzbuch*, que sería publicado en 1896. A su vez en Suiza Eugen Huber estaba dirigiendo los trabajos de redacción del *Zivilgesetzbuch*, que entraría en vigor en 1907.

Estos dos procesos codificatorios no dejaban en absoluto indiferentes a los juristas franceses. Los nuevos códigos no seguían como hasta ahora los principios, el lenguaje y la estructura del código de Napoleón. Partían de la tradición científica alemana en el caso del BGB y de la alemana, la francesa y la suiza en el caso del ZGB. Además intentaban dar solución a los problemas de la sociedad industrial de finales del siglo XIX. El legislador alemán discutía el problema del abuso del derecho, planteaba una teoría de las obligaciones más realista que la francesa. En definitiva superaba el paradigma liberal-individualista del *Code civil*. El proyecto de código suizo, además, establecía un sistema de fuentes del derecho más respetuoso con la pluralidad jurídica y social del país alpino.

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

Los juristas franceses mostraron un gran interés por esos procesos legislativos. Algunos veían en las reformas legislativas de aquellos países un modelo a seguir. Para otros se trataba de amenazas a la hegemonía de la ciencia francesa como explicaré más adelante. Prueba de este interés 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 manera francesa de entender el derecho<sup>40</sup>.

La recepción de estos códigos provocó interés por su conocimiento y divulgación pero animó también la reflexión de los juristas franceses sobre su derecho patrio, las posibilidades de su reforma y la posible influencia en el derecho francés de los nuevos códigos. Los juristas franceses veían como a su prestigioso y hasta entonces influyente código francés le habían aparecido competidores en calidad técnica y, sobretodo, en prestigio y capacidad de influencia en el plano internacional. Este ambiente intelectual quedó plasmado claramente durante los actos académicos de conmemoración del centenario del código civil, en 1904. La preparación de este acontecimiento coincidió con los primeros años de vigor del BGB y con la presentación del proyecto de ZGB.

La *Société d'études législatives*, en la que Saleilles participaba activamente, pretendían conmemorar el centenario con un acto político y científico. En París se organizaron conferencias sobre diferentes temas relacionadas con el *Code civil*. Basta acudir al índice del *Livre du Centenaire*<sup>41</sup> para ver como 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 respecto al BGB. 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 por parte de la jurisprudencia y la doctrina a la hora de aplicar e interpretar el enorme potencial del código.

Este acontecimiento muestra por tanto la importante "Irritation", en el sentido luhmanniano del término, que supuso la promulgación sobretodo del BGB

40 Ello explicaría, por poner un ejemplo curioso, el interés que en toda Europa pero especialmente en la *Société de Législation comparée* levantó el Código civil de Montenegro de 1898. Vid. Carlos Petit "The Code and the Goats. Western Law in less western cultures", *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 20 (1998), 212-224.

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

pero también del ZGB<sup>42</sup>. El código francés había sido un fetiche de los movimientos liberales y emancipatorios en medio mundo. Las nuevas reglas del intercambio burgués dictadas por los juristas de Napoleón, como decía Clavero fueron normas que, en el mismo grado que la Constitución, traían causa de los Derechos<sup>43</sup>. Por ello tuvo el código una difusión y un impacto globales: allí dónde regía el Código napoleónico regían también la libertad contractual, la propiedad privada y el respeto a la autonomía de la voluntad<sup>44</sup>.

La importación por motivos políticos del código implicaba la importación de otro bien “Made in France”: la doctrina jurídica. Los autores franceses gozaron por ello de un gran prestigio en los medios jurídicos de los países que habían importado, copiado o adaptado el código francés, lo que explicaría que se tradujesen al castellano tantas obras de los juristas de la exégesis. Todo ello repercutía en la reputación y proyección internacional del derecho francés y de la ciencia jurídica francesa.

La elaboración y posterior promulgación de otros códigos rompía este monopolio. Los principios que aportaban unos principios eran más modernos y más sensibles a las nuevas realidades del final de siglo y subrayaban la crisis de un modelo en el que la regulación de las relaciones entre privados estaba basada en un código de 1804. El código alemán era el resultado de las elaboraciones doctrinales de la Pandectística, admirada en toda Europa y nacía con un alto prestigio científico. 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 doctrina francesa se vio obligada a abrir las fronteras de la ciencia jurídica a la *Jurisprudenz* extranjera. El jurista francés no podía ignorar las soluciones jurídicas dadas por los legisladores alemán y suizo a problemas que también afectaban a la sociedad francesa pero que el legislador napoleónico no había podido prever. Para abordar estos códigos era necesario comprender el nuevo lenguaje jurídico que aportaban. No era suficiente con traducciones literales al francés para comprender el significado de las nuevas instituciones jurídicas. Para aproximarse al código alemán no bastaba con saber leer y traducir el alemán

42 Utilizo esta palabra alemana en el sentido luhmanniano del término. Ver Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981 (1999).

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

44 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: Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI Editores, 1994.

sino que era necesario el conocimiento de la ciencia alemana. Ello suponía un argumento favorable a aquellos que defendían un estudio científico del derecho extranjero.

De todos los códigos que se promulgaron en Europa a finales del siglo XIX el más importante fue sin duda 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 un “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”<sup>45</sup>. Quizás es exagerado achacar este dualismo a la coincidencia de fechas, pues el interés por el BGB en Francia había aparecido 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 transformaciones económicas y sociales. Se discutían la reforma de las sobre los derechos de los hijos naturales y los de la mujer casada. 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 derecho<sup>46</sup>.

Estos factores determinaron este 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 desarrollos ulteriores de la ciencia. Este sistema dual se enriqueció más tarde, tal como explica Marc Ancel, gracias al proceso de elaboración del código suizo<sup>47</sup>, 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 de Europa.

El “bipartisme” de la comparación jurídica dio un fuerte primer impulso a

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

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

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

la ciencia jurídica comparada durante sus primeros años de desarrollo. En sus primeros balbuceos esta nueva disciplina partía de dos sistemas de derecho privado de prestigio, con sus aparatos científicos detrás y con los que la comparación era posible y motivadora. La aparición de otros códigos, el descubrimiento del derecho anglosajón y, sobretodo, la I Guerra Mundial, acabaron con este dualismo y con el interés francés por el derecho alemán.

Escribía Jean Henri Robert: “Saleilles fut comparatiste parce qu’il naquit non-conformiste dans une période inventive”<sup>48</sup>. Ciertamente el interés de Saleilles por el derecho comparado vino determinado por el momento que vivía. Los juristas eran conscientes de las limitaciones del código francés y de su método de investigación, así como de los logros de la legislación y la doctrina de otros países. Conocían también la amenaza de la intervención estatal mediante leyes especiales y creían que ésta podía ser frenada con una renovación del método jurídico que adaptase el viejo código a las nuevas realidades.

### 7. *La lucha por la autonomía del derecho comparado*

Los fenómenos –sociales, científicos y jurídicos– descritos en el capítulo anterior enmarcan los esfuerzos de renovación y apertura metodológica por parte de algunos juristas. Hubo manifestaciones por parte de privatistas, publicistas e historiadores del derecho. Raymond Saleilles destaca en ese contexto como uno de los impulsores de la nueva disciplina del derecho comparado.

El gran mérito de nuestro jurista fue sin duda detectar, antes que otros, la necesidad de diferenciar el derecho comparado del estudio tradicional de las legislaciones extranjeras que se practicaba en la *Société de législation comparée*. Saleilles había sido muy activo en esta asociación desde su juventud. Su maestro, y más tarde también suegro, fue Claude Bufnoir, que había sido Presidente de la citada *Société* y que le había abierto las puertas de la institución. Por ello desde muy temprano nuestro jurista se hizo un hueco en las páginas del *Bulletin de législation comparée* dándose a conocer con sus escritos sobre el proyecto de Código alemán.

De esta forma Saleilles tomó conciencia de los límites de la legislación comparada y de la necesidad de diferenciar entre el estudio científico del derecho comparado y la traducción literal de textos jurídicos 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.

48 Jean-Henri Robert, “Saleilles et le comparatisme”, *op. cit.*, 143.

Saleilles apostaba por una comparación científica que superase la dogmática, que se inspirase del historicismo jurídico integrando elementos de las nascentes ciencias sociales. Las soluciones jurídicas a los nuevos retos económicos y sociales no estaban en la intervención del Estado mediante leyes especiales sino en un método que permitiese adaptar el derecho existente en los códigos a la sociedad del momento. Para ello era necesario que los juristas buscasen nuevas instituciones a partir del estudio de la historia, la sociología y el derecho comparado. El método de Saleilles persigue la construcción de un derecho adaptado a las reglas “naturales” de evolución de la sociedad. Nuestro jurista, de esta forma, defendía un derecho comparado al servicio del *statu quo* liberal y que servía como dique contra los intentos del Estado de convertir al derecho en instrumento de transformación social.

Si analizamos en profundidad la propuesta científica de Saleilles llegamos a la conclusión que, si bien su defensa de una disciplina autónoma permitió el desarrollo ulterior de la comparatística, su planteamiento metodológico estaba más cerca del historicismo de Laboulaye que del derecho comparado tal como lo entendieron Lambert, Levy-Ullman y sus sucesores. Estos partieron de algunos planteamientos del profesor de Beaune pero desarrollaron un método más moderno, menos historicista y que reconocía el gran cambio que se operaba en esos años en el panorama jurídico: el paso de un derecho que pivotaba sobre el código y su interpretación por parte de los juristas a un derecho formada por multitud de leyes especiales.

Saleilles se doctoró en 1883. En 1884 consiguió la *Agrégation* y marchó a Grenoble como profesor del curso de historia del derecho. En 1885 se trasladó a Dijon, ciudad en la que estuvo diez años. Durante sus primeros años como profesor Saleilles tuvo una producción científica muy discreta. Es en 1889 cuando arrancó con fuerza su itinerario científico con “Etude sur la théorie générale des obligations d’après le projet de code civil allemand”<sup>49</sup> su “Etude sur les Sources de l’obligation dans le projet de Code civil pour l’empire d’Allemagne”<sup>50</sup> y un texto metodológico de carácter histórico, “Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l’enseignement du droit”<sup>51</sup>.

Estos datos de la biografía de Saleilles nos sugieren que durante los años ochenta el futuro profesor de derecho comparado dedicó sus esfuerzos al estu-

49 Raymond Saleilles, “Etude sur la théorie générale des obligations d’après le projet de code civil allemand”, *op. cit.*

50 Raymond Saleilles, “Etude sur les Sources de l’obligation dans le projet de Code civil pour l’Empire d’Allemagne”, *op. cit.*

51 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.

dio de la legislación comparada, de la doctrina y de la historia del derecho y, seguramente, a la búsqueda de un método. Si tenemos en cuenta su etapa como historiador del derecho podemos concluir que la historia jurídica y la doctrina, especialmente la de autores alemanes, ocuparon al joven Saleilles e influyeron en las elaboraciones científicas del resto de su vida.

Saleilles no escogió dar cursos de historia del derecho. Pero sin duda en la historiografía encontraría una determinada forma de entender la evolución de los sistemas sociales. Historiografía y Escuela histórica estaban demasiado ligadas en ese momento para que Saleilles no utilizase esa ciencia para justificar la evolución natural de la sociedad y para que no defendiese una manera de entender el derecho supeditado a la historia.

Saleilles por tanto conocía suficientemente el funcionamiento de esta Sociedad y en general del estudio de la legislación comparada que, al limitarse al análisis textual de leyes, no permitía superar el legalismo. Dado el avance de la legislación especial, el uso del método de comparación textual habría supuesto un paso más en la reducción de la ciencia jurídica al análisis de las leyes emitidas por el Parlamento.

Por ello Saleilles puso tanto el acento en la diferenciación entre derecho comparado y legislación comparada. Dedicó numerosos textos científicos y no científicos a defender esta autonomía. En 1891 escribía: “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”<sup>52</sup>. Para el borgoñón el estudio de la legislación extranjera se limitaba a un contraste o “juxtaposition” como gustaba escribir, entre los textos escritos de normas jurídicas de distinto origen.

El Saleilles de los años 90 del siglo XIX abundó mucho en estas críticas. Saleilles, conocedor del método histórico y lector de los primeros sociólogos, consideraba la legislación comparada como falta de método científico y como poco o nada productiva. El simple estudio de textos, sin tener en cuenta su contexto social, histórico y científico, no aportaba instrumentos para la comprensión de la realidad, ni siquiera para apoyar el tráfico jurídico transnacional<sup>53</sup>.

Para superar estas limitaciones la comparación jurídica científica debía partir del estudio de la realidad concebida como conjunto de fenómenos sociales marcados por unas leyes que regían su evolución. “La science –escribía– doit

52 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.

53 *Ibid.*

suivre les progrès de la vie partout où elle se produit”<sup>54</sup>. La vida jurídica no se manifestaba exclusivamente en las leyes emanadas por el legislador. También formaban parte del derecho la práctica jurídica, las elaboraciones doctrinales y la costumbre. La comparatística científica, a diferencia de la legislación comparada, debía estudiar todas estas manifestaciones del sistema jurídico y no sólo las legislativas.

Para ello era fundamental que el derecho comparado fijase su método a partir del método histórico. El derecho comparado consistía en “l’histoire réduite à un point dans le temps”<sup>55</sup>.

Durante los años previos a la celebración del congreso internacional de derecho comparado de 1900 Saleilles intentó difundir esta idea fundamental para él en un momento en que la comparatística como tal no existía y el estudio del derecho extranjero dependía de los estudios de legislación comparada. El congreso internacional era para Saleilles una gran ocasión para defender esta ciencia autónoma del derecho comparado. Para ello debía justificar la superación de la práctica tradicional de la legislación comparada contra sus propios colegas de la *Société de législation comparée*. En diciembre de 1899 escribía a su amigo y colega Eugen Huber:

La idea de que la comparatística debía pasar su Rubicón abandonando la simple yuxtaposición de normas practicada hasta entonces la encontramos continuamente en los textos de Saleilles. Se explica esta insistencia por la resistencia de sus colegas y también por la enorme oportunidad que suponía el congreso de 1900. 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”<sup>56</sup>.

La yuxtaposición de textos jurídicos no aportaba ningún fruto científico pero tampoco aportaba ayuda a los prácticos del derecho. Este fue también un argumento utilizado por Saleilles, quien defendía que la comparación científica presentaba 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

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

55 *Ibid.*, 219.

56 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 comparée* 29 (1899-1900), 383-405, 383.

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"<sup>57</sup>.

El valor de estos textos era muy relativo pues configuraban únicamente el esqueleto del derecho, pero no el derecho en sí. 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”<sup>58</sup>. Para Saleilles el estudio de textos legales foráneos debía dejar paso a un estudio metódico, profundo, científico. La legislación comparada debía dejar paso al derecho comparado. Si no se realizaba este proceso de diferenciación el derecho comparado corría el riesgo de quedar supeditado al estudio de las legislaciones extranjeras y, por tanto, al legalismo impulsado por el desarrollo de la legislación especial<sup>59</sup>.

La batalla por esta diferenciación la inició Saleilles antes de 1900 durante los trabajos de traducción oficial del BGB al francés. El Ministerio de Justicia había encargado al *Comité de Législation étrangère* una traducción del código civil alemán, todavía en periodo de *vacatio legis*<sup>60</sup>. 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 del proyecto y con la traducción de la parte general y de los artículos dedicados al derecho de obligaciones en el BGB<sup>61</sup>.

No era la primera traducción al francés del BGB. Raoul de la Grasserie había publicado su propia traducción en 1897<sup>62</sup>. Ese mismo año aparecía la publicación de Octave de Meulenaere<sup>63</sup>. Se trataba de trabajos que respondían al tipo de traducción que se practicaba hasta entonces, consistente en transposiciones del texto legal de una lengua extranjera al francés incluyendo alguna nota aclaratoria

57 Íd.

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

59 Íd.

60 *Code civil allemand. Promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> 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).

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

62 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.

63 Octave de Meulenaere, *Code civil allemand et Loi d'introduction*, Paris, Chevalier-Marescq, 1897. Sobre estas dos traducciones ver Werner Schubert, “Das BGB im Urteil französischer Juristen bis zum Ersten Weltkrieg” en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (germanistische Abteilung)*, 114 (1997), 128-181.

en aquellos pasajes en que resultaba necesario para la comprensión del lector. Estas traducciones no estaban acompañadas de ningún aparato científico o de un ensayo doctrinal. 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”<sup>64</sup>.

Si bien una traducción de este tipo tenía cierto sentido con otros textos, en el caso del BGB presentar una traducción literal al francés, sin mayor explicación, resultaba poco útil pues el jurista francés medio no podría entender el nivel de elaboración técnica y científica y, en consecuencia, no podía obtener una visión correcta del nuevo derecho privado del Imperio alemán. Era el caso de las traducciones de Meulaneure y La Grasserie. Eran obras que permitían una cierta aproximación al BGB pero eran del todo insuficientes dado su grado de complejidad.

Saleilles pretendía superar este tipo de traducciones y aspiraba a que la del *Comité de législation étrangère* fuese una verdadera obra científica que explicase las bases doctrinales del nuevo código. Por todo ello 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 Gaudemet<sup>65</sup>, el proyecto de comentario propuesto por Saleilles estaba inspirado por el comentario del BGB que a partir de 1897 publicó el jurista alemán Gottlieb Planck<sup>66</sup>. Para Saleilles se trataba de algo imprescindible en la traducción del BGB: “Il faut évoquer –escribía– le milieu scientifique, doctrinal et pratique, qui en conditionne le fonctionnement”<sup>67</sup>. Pero ni Saleilles era Planck ni los juristas franceses eran los alemanes. El Comité de legislación extranjera rechazó la idea de Saleilles de traducción con comentario aunque sí accedió a la propuesta de Saleilles de acompañar el texto con 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”<sup>68</sup>.

Estas diferencias a la hora de diseñar la traducción al francés del BGB las explica Saleilles, aunque muy elegantemente y elogiando el resultado final del trabajo, en el primer capítulo de su *Introduction à l’Etude du droit civil alle-*

64 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.

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

66 Gottlieb Planck, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Berlin, Guttentag, 1897-1902

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

68 Ibid., 1.

*mand* titulado precisamente “La traduction du Code civil allemand publiée par le Comité de législation étrangère”<sup>69</sup>. Estas páginas presentan positivamente el trabajo del Comité: la obra, escribe 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”<sup>70</sup>.

Pero Saleilles reprochaba a sus colegas 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”<sup>71</sup>.

En parte el libro *Introduction à l’étude du droit civil allemand* responde a la idea que tenía Saleilles de lo que debía haber sido la traducción, si bien con unas dimensiones reducidas y una intención claramente divulgativa entre el público francés de las elaboraciones doctrinales en las que se basaba el código alemán. En esta obra se recogen reflexiones históricas y doctrinales que Saleilles habría querido ver en la edición francesa del BGB.

Estas divergencias entre Saleilles y el resto de miembros del Comité a propósito de la traducción son las que existían entre el nuevo derecho comparado que defendía Saleilles y el viejo estudio de la legislación comparada de la mayoría de juristas de la *Société de législation comparée*. Queda por conocer qué aproximación al derecho comparado tenía Bufnoir. Saleilles, en las primeras páginas de su *Introduction*, las dedicadas a juzgar la traducción oficial del BGB, otorgaba a su difunto suegro y maestro Bufnoir el mérito de haber ideado una edición francesa del BGB profusamente anotada<sup>72</sup>. Pero Bufnoir tenía en realidad una visión muy práctica del derecho y, además, se ocupaba más a la política académica que a la ciencia propiamente dicha. Dudo que Bufnoir compartiese las ideas de Saleilles sobre la dimensión científica de la comparación. En todo caso, Eugène Gaudemet no citó a Bufnoir cuando escribió sobre la traducción del BGB 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

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

70 Íd.

71 *Ibid.*, 2.

72 Íd.

traduction française du Code une valeur scientifique tout à fait exceptionnelle”<sup>73</sup>. La devoción de Saleilles hacia Bufnoir en ocasiones le llevaba a sobrevalorar sus ideas y su obra.

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 anterior a 1900, el congreso internacional de derecho comparado de ese año supuso para el borgoñón la oportunidad de asentar la autonomía de la disciplina a nivel internacional. Saleilles, desde 1898 profesor de derecho civil en París, luchando “contre vents et marées”, consiguió que se aceptase una interesante iniciativa: que la sección primera del Congreso se dedicase a la cuestión de la definición, finalidad y método del derecho comparado.

Saleilles se dedicó a fondo para que el congreso fuese un éxito. El epistolario con Huber nos da una idea de cuál era su estrategia y la implicación que le prestó. El congreso se celebraba con motivo de la Exposición Universal, que atrajo a miles de visitantes. Como ya avancé se organizaron varios congresos internacionales de diferentes disciplinas. Saleilles participó en varios de ellos, como señalé en la parte biográfica, y fue clave en la organización del congreso de derecho comparado.

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. 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.

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 en 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

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

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”<sup>74</sup>.

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 comparado<sup>75</sup>. Era ésta la preocupación que compartía en ese momento con Edouard Lambert, al que Saleilles reservó un papel protagonista en el congreso parisino de 1900, seguramente por la brillantez de unos planteamientos metodológicos ya en su tesis doctoral, como recordaba recientemente Christophe Jamin<sup>76</sup>.

Las aportaciones de Saleilles en la publicación de las actas del congreso también nos ayudan a entender la concepción que en tan temprana fecha tenía Saleilles de la nueva disciplina. 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 yuxtaposición 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”<sup>77</sup>. La ausencia de método condenaba al estudio del derecho comparado a la condición de ciencia auxiliar, de disciplina

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

75 Eugène Gaudemet, “Raymond Saleilles (1855-1912)”, *Revue bourguignonne de l’Université de Dijon*, *op. cit.*

76 Christophe Jamin, “Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité”, *op. cit.*, 735.

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

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 para el Congreso en la repercusión negativa que tenía esta comparación acientífica sobre la práctica jurídica. Cómo 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”<sup>78</sup> y “en tenant compte de l’état social auquel elles s’appliquent”<sup>79</sup>.

Resulta coherente la atención de Saleilles a la función que debía tener el derecho comparado en la práctica jurídica. 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 y 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 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”.

Saleilles 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

78 Íd.

79 *Ibid.*, 384.

du texte par le texte sont de celles qui constitueraient presque toujours une violation manifeste de la loi”<sup>80</sup>. Saleilles 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 Saleilles la necesidad de construir una ciencia “à l’état indépendant, avec son propre objet, ses lois et ses méthodes”<sup>81</sup>.

Vemos en este subcapítulo que Saleilles 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”<sup>82</sup>.

#### 8. *La difícil frontera entre 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* celebrado en Regensburg en 1998 y que produjo varios textos sobre este tema<sup>83</sup>.

La comparatística moderna partió de la base de la legislación comparada pero fue influida directamente por la historia y el historicismo. 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 era algo natural para los juristas que creían en la historia como componente de método jurídico. Como escribió Saleilles en 1904 en ocasión del centenario del *Code civil*, “Le droit comparé n’est que le prolongement dans ce présent de ce

80 Raymond Saleilles, *Introduction à l’étude du droit civil allemand*, *op. cit.* 4.

81 *Ibid.*, 384.

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

83 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.

qui constitue l'histoire dans le passé; c'est de l'histoire qui se réalise"<sup>84</sup>. 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:

“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'elles comportent. Appliquée au droit, elle n'a d'autre objectif que de mettre le droit en conformité avec la vie”<sup>85</sup>.

Aplicado al derecho, el método histórico no acercaba únicamente el derecho positivo a su pasado sino a la vida, a la realidad social del presente. Por tanto el método histórico era una herramienta más sociológica que historiográfica. En contraste, el método jurídico tradicional o legalista frente al que se situaba Saleilles relacionaba la ley con unos principios racionales abstractos alejándola de la realidad.

El derecho era según Saleilles una materia viva en continua evolución. Y qué mejor método para estudiar esta evolución que la historia. El método histórico le permitía a Saleilles determinar las normas que regían la evolución del derecho y de la sociedad no solamente en el pasado sino también en el presente. Recordemos que Saleilles creía en la “identité des lois qui président à l'évolution sociale et l'influence des courants d'assimilation entre peuples voisins”<sup>86</sup>. Si eran idénticas las reglas que marcaban la evolución social, el método histórico podía aplicarse al estudio de cualquier ordenamiento.

Para Saleilles el derecho comparado como ciencia debía intervenir en esta evolución jurídica. El método histórico debía asistir al jurista para determinar cuáles eran las reglas de evolución de la sociedad y su relación con el derecho. La comparatística “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”<sup>87</sup>.

84 Raymond Saleilles, “Le Code civil et la méthode historique”, en *Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, I, *op. cit.* 97-127, 99.

85 Íd.

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

87 *Ibid.*, 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 derecho<sup>88</sup>. Los jueces, en aplicación del método histórico, podían ser los mejores aplicadores del método histórico y, además, servir de contrapeso al estatalismo que tanto criticaba la Escuela histórica del derecho.

Saleilles tenía bastante claro la utilidad y el potencial del método histórico para la comparación jurídica. Pero no determinaba la diferencia entre historia y derecho comparado. Tampoco concretaba exactamente en qué consistía este método histórico más allá de estudiar el derecho en su contexto. La referencia a unas leyes idénticas que regían la evolución de toda sociedad nos hace pensar que el método histórico es en realidad una válvula de escape del legalismo que le permitía a Saleilles introducir elementos de iusnaturalismo en su análisis jurídico. El hecho que basase la comparatística en este método histórico nos da pistas sobre el proyecto científico antilegalista de Saleilles.

#### 9. *El método comparatístico: entre la historia, la sociología y el “droit commun de l’humanité civilisée”*

En la época de Raymond Saleilles método histórico y sociología iban de la mano. Autores como Saleilles utilizan el historicismo vestido de sociología. Por ello la comparatística lindaba con el derecho comparado y el método comparatístico con el 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”<sup>89</sup>. Efectivamente a finales del siglo XIX y comienzos del XX los puntos de contacto entre ambas disciplinas son numerosos, como demuestra

88 Raymond Saleilles, “Le Code civil et la méthode historique”, *op. cit.*

89 Gabriel Tarde, “Sociologie du droit et droit comparé”, en *Congrès international de droit comparé. Procès verbaux* I, Paris, 1905, 437-445, 438.

el hecho de 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 dogmática jurídica del siglo XIX. El sociólogo y este primer comparatismo jurídico pretendían superar una forma de estudiar el derecho basada en el análisis de las leyes cuando no en la interpretación exegética de los preceptos de los códigos. Ello 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 concepción misma 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”<sup>90</sup>. Además de resultado de la vida jurídica, la vida social también debía ser fundamento del derecho: “le droit est à la fois le fondement et la résultante de la vie sociale”<sup>91</sup>. 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”<sup>92</sup>.

Saleilles hablaba de producto social o resultado de la evolución social para definir el derecho. En ocasiones concretaba esta fórmula y afirmaba sin ambages

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

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

92 Íd.

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”<sup>93</sup>. ¿Qué diferencia entonces estos intereses egoístas del derecho? Según Saleilles 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 Saleilles a algunos postulados de la Jurisprudencia de intereses, que concebía el derecho como el interés social amparado por la comunidad. Para realizar esta interpretación resultaba imprescindible la superación del legalismo 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.

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”<sup>94</sup>. 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

93 Ibid. 428.

94 Raymond Saleilles, “Le droit romain et la démocratie”, en *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.

vraiment sociale et progressive”<sup>95</sup>. 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 ce sont tous les inconvenients de l’ancienne école du droit naturel qui se reproduiraient”<sup>96</sup>.

Saleilles no sólo comparaba el método sociológico al de la historia del derecho. Veía paralelismos entre el derecho romano y la sociología. Habla del derecho romano como “source et modèle des procédés rationnels et progressifs d’interprétation du droit”<sup>97</sup>. Evidentemente no se refería a la dogmática romanista sino al estudio del derecho romano en su contexto histórico: “Si le droit romain n’offre d’autre exemple que celui des procédés rationnels mis à la disposition des juristes pour couler les faits dans le moule du droit, la conséquence formelle qui s’en dégage est que, après avoir étudié l’enchaînement des faits dans le passé, pour voir et pour apprendre comment le droit s’est formé, interprété et développé par l’histoire, il est de toute nécessité ensuite d’étudier, par la méthode même de l’observation, qui est celle des sciences sociales, les faits dans le présent, c’est à dire les phénomènes qui se passent sous nos yeux, en tant qu’il s’agit des faits économiques et sociaux, pour en faire sortir, en quelque sorte, les nécessités juridiques qui s’en dégagent et les procédés rationnels d’extension et d’interprétation du droit actuel”.

Pero este paralelismo con el derecho romano tampoco aclaraba en qué consistía exactamente el método comparativo o el método histórico. Se limitaba a la búsqueda de las reglas de la evolución del derecho en una sociedad determinada: “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

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

96 *Ibid.* 430.

97 Raymond Saleilles, “La réforme de la licence en droit”, *Revue internationale de l’enseignement supérieur*, 47 (1904), 320-339, 320.

risque de sacrifier à un progrès imaginaire la liberté, l'ordre et le sentiment même de la légalité"<sup>98</sup>.

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 legalista por un paradigma histórico sociológico. Este método sociológico implicaba también realizar una comparación jurídica. El derecho comparado era una parte integrante de este nuevo método, como ya destacase Christophe Jamin<sup>99</sup>. Saleilles tenía claro que el método comparativo tenía desarrollarse al lado del método sociológico: "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"<sup>100</sup>

Este planteamiento de Saleilles presentaba dos problemas importantes. El primero el de la identidad de método y objeto de la sociología y el derecho comparado. El segundo, la indefinición del método sociológico, identificado con un historicismo practicado por Gabriel Tarde pero falto del método de la sociología desarrollada por Emile Durkheim.

La identidad de métodos y objeto entre derecho comparado y sociología a finales del siglo XIX, cuando la comparatística se empieza a diferenciar de la legislación comparada, era 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

98 Ibid., 731

99 Christophe Jamin, "Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité", *op. cit.*, 733.

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

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 sociología<sup>101</sup>. 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. Pero, a diferencia de la sociología, la comparatística contenía, según el Decano Carbonnier, pensamiento, ideas dogmático-jurídicas<sup>102</sup>. Esto implicaba objetos diferentes para ambas disciplinas, pues, así como la sociología estudiaba “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. 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 ciencias<sup>103</sup>. Así lo hizo también el jurista y sociólogo Gabriel Tarde<sup>104</sup>. 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 disciplinas<sup>105</sup>.

Aunque Saleilles remarcaba con frecuencia la separación entre sociología y comparatística, en realidad construyó un sistema en el que el derecho compara-

101 Manfred Rehbinder, “Einleitung”, en Manfred Rehbinder, Ulrich Drobnig (Hrsg.), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.

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

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

104 Gabriel Tarde, “Sociologie juridique et droit comparé”, *op. cit.* 437-445.

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

do no podía prescindir de la sociología para determinar las reglas de la 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”<sup>106</sup>. “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 doit servir de conception commune pour les réformes législatives à opérer dans les différents pays”<sup>107</sup>.

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”<sup>108</sup>. Esta afirmación 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 législations”<sup>109</sup>. 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 social<sup>110</sup>. 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

106 Ibid. 395.

107 Íd.

108 Íd.

109 Ibid., 389.

110 Ibid. 390.

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”<sup>111</sup>. 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”<sup>112</sup>.

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 de la sociologie, mais il doit s’adapter également aux conceptions dominantes en matière de justice, il doit s’inspirer enfin des nécessités économiques”<sup>113</sup>.

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”<sup>114</sup>. 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”<sup>115</sup>. 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

111 Ibid., 389.

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

113 Ibid., 387-388.

114 Íd.

115 Ibid., 384.

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”<sup>116</sup>. 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”<sup>117</sup>.

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”<sup>118</sup>.

Vemos que la comparatística, según Raymond Saleilles, debía basarse en la sociología pero para extraer datos sensibles sobre la sociedad con los que 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”<sup>119</sup>. 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 com-

116 Ibid., 386

117 Ibid., 387-388.

118 Ibid., 389-390

119 Ibid., 387.

paratística 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.

Además, como ya avancé, Saleilles no va mucho más allá en la concreción del método sociológico. Es significativa la relación del jurista con Gabriel Tarde, quien prologa su obra de derecho penal *L'individualisation de la peine*<sup>120</sup>. Podemos suponer que Tarde y Saleilles compartían la visión de la sociología como disciplina de observación de las reglas de evolución de la sociedad y del derecho. Evolución que para ambos venía marcada por unas reglas naturales inmutables que no debían ser vulneradas. De hecho la obra de Tarde sobre las transformaciones del derecho no deja de ser una constante referencia a estas reglas de la evolución social<sup>121</sup>. Saleilles se adscribe a esta visión antigua de la sociología y no a la de Durkheim por ejemplo, quien desarrolló un método más objetivo y libre de condicionantes históricos o morales.

#### 10. 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. Este derecho común, según mi modo de ver, lejos de ser una prescindible rémora iusnaturalista, constituyó el eje de la construcción saleilliana. A partir de él, podemos articular el método y el objeto del derecho comparado modernista que teorizó Saleilles. No es, por tanto, como han destacado algunos autores, un elemento superfluo resultante del idealismo cristiano de Saleilles.

La idea de un derecho común como “*Thellos*” que debía seguir la práctica comparatística fue 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 gracias a este objeto se podía alejar el derecho del legalismo y acercarlo a la realidad social y a unas iusnaturalistas reglas de la evolución social. El “*droit commun de l'humanité ci-*

120 Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine*, op. Sobre la doctrina penalística de Saleilles, véase Alfons Aragonese, “*Strafrecht im Fin de Siècle*”, op. cit.

121 Gabriel Tarde, *Les transformations du droit*. Etude sociologique (1893), Paris, Berg International, 1994.

vilisée” funcionó como motor del derecho comparado. Era el derecho ideal al que los se orientaban los anhelos reformistas del “romantisme juridique” francés.

El derecho comparado saleilliano está barnizado por una fe en el progreso y en una ideal unificación jurídica que seguiría las reglas naturales de la evolución social. 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<sup>122</sup>. Los primeros comparatistas hacen gala de esta fe en el progreso y en la unificación jurídica en lo que Marc Ancel llamó “universalismo del derecho comparado” consistente 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.<sup>123</sup> 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<sup>ème</sup> siècle”.

Marc Ancel nos recuerda como “[L]a conception comparative de 1900 s’épanouit, en quelque sorte, dans l’euphorie”<sup>124</sup>. Según este jurista, concurrían 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”, el ambiente generado por las diversas conferencias que allí se habían celebrado y que promovían la unificación normativa de amplios sectores del derecho privado. En esta apreciación coincide también Jérôme Porta, que habla de la unificación jurídica como finalidad de este naciente derecho comparado<sup>125</sup>.

122 Rudolf Jhering, *Der Zweck im Rechts*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1884.

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

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

125 Jérôme Porta, *La réalisation du droit communautaire*, *op. cit.*, 206 ss.

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 influir mutuamente de forma beneficiosa<sup>126</sup>.

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 comparado<sup>127</sup>. 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”<sup>128</sup>. 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 eran “mejores” que los propios. De esta forma inconsciente, mediante este trasvase de instituciones jurídicas y métodos de unos países a otros, se iría produciendo una unificación de las leyes, de la doctrina y la jurisprudencia.

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. En general 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 derecho<sup>129</sup>.

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

126 Íd.

127 Ralf Michaels, “Im Westen nichts Neues?”, *op. cit.* 100.

128 *Ibid.*, 101.

129 Marc Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.* 19.

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 y reaccionario que se entiende solamente en el contexto de crítica al parlamentarismo y a la intervención del Estado de la III República en la sociedad y la economía<sup>130</sup>. 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 enorme otorgado al Parlamento, consecuencia del desarrollo de los postulados democráticos de la III República y de 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 Saleilles<sup>131</sup>. 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.

Es en este contexto en el que se enmarca la apuesta de Saleilles por un derecho común de la humanidad civilizada de base doctrinal. 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. El derecho comparado tenía en realidad dos partes 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*”<sup>132</sup>. Estas dos partes habían de ser guiadas por este derecho común. El comparatista debía buscar en el derecho extranjero mediante el uso del método comparado de la solución jurídica más cercana a este derecho ideal: “*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*”<sup>133</sup>.

130 Ver Marie Joëlle Redor, *De l’Etat légal à l’Etat de droit. op. cit.*

131 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, *Nouvelle Revue d’histoire du droit*, 23 (1899), 591-604.

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

133 *Ibid.*, 384.

Por supuesto no hablaba 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”<sup>134</sup>. 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, sobretudo, por la asunción de que existían unas reglas universales e inmanentes que regían la evolución social de la humanidad civilizada.

Pese a la defensa de la existencia de este derecho común, pese a la creencia en la capacidad de los juristas para identificar las reglas de la vida social, este derecho no dejaba de ser un derecho natural de contenido variable “à la Stammler”. Toda la construcción saleilliana de una ciencia del derecho comparado y de un método está determinada por este concepto de derecho ideal. Saleilles partía en todo momento de esta “identité des lois qui président à l’évolution sociale et l’influence des courants d’assimilation entre peuples voisins”<sup>135</sup>. Este punto de partida le llevaba a hablar de historia, sociología, sin diferenciarlas: “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”<sup>136</sup>.

El paralelismo entre derecho comparado y derecho romano es de gran calado. El jurista francés debía tener la misma función creadora del derecho que el pretor romano. En otra ocasión Saleilles crea un paralelismo entre la labor del derecho comparado 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

134 Raymond Saleilles, “Contribution”, *op. cit.* 221.

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

136 Íd.

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”<sup>137</sup>.

Según el borgoñón, Eugen Huber se había guiado por el ideal de un “droit commun de l’humanité helvétique” –la expresión es mía– a la hora de escribir su *System und Geschichte des 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”<sup>138</sup>. 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 Ernst 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 ist eine Frage der Kompromisse und der subjektiven Ermessens, nicht aber einer objektiv feststehenden Zweckmäßigkeit”<sup>139</sup>.

Cómo ya he avanzado, la observación de la realidad, sobre el papel base del derecho comparado de Saleilles y teóricamente neutra, se transforma radicalmente y pierde científicidad cuando se le encarga al comparatista la búsqueda de un fin, de un ideal. La idea de derecho común le servía a Saleilles como elemento que le permitía escapar del legalismo para refugiarse en un historicismo decimonónico, conservador y nostálgico en muchos aspectos del Antiguo Régimen. 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.

Y eso pese al intento de Saleilles de fundamentar científicamente este derecho común y el destacado papel que le otorgaba en la aplicación judicial del derecho por parte de los tribunales. Era en esta aplicación del derecho dónde la comparatística podía jugar un importante papel en la construcción del derecho común. Esta construcción se daría de forma inconsciente en los Estados por la

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

138 Raymond Saleilles, “L’enseignement du droit comparé en Italie”, *Bulletin de la Société d’Études législatives* 2 (1903) 271-273, 272.

139 Ernst Rabel, “Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung”, *Münchener juristische Vorträge*, München, Verlag der Hochschulbuchhandlung Max Hueber, 1925, 6.

propia evolución de la sociedad pero en el plano jurídico estaría bajo la dirección de los juristas, quienes debían determinar el desarrollo que el derecho nacional debía adoptar para acercarse a ese “fonds commun de la civilisation générale de l’humanité”<sup>140</sup>.

## II. “Droit commun de l’humanité” y Jurisprudencia de intereses

La posición y función del derecho común de la humanidad civilizada recuerda en algunos puntos al pensamiento del jurista alemán Rudolf von Jhering. Saleilles apenas cita al jurista alemán en su obra pero sí que utiliza elementos que bien podrían provenir de su pensamiento. Ante la ausencia de referencias claras en su obra, conviene acudir a las cartas de Saleilles a Huber para encontrar respuestas a la cuestión de la posible influencia de Jhering en la construcción saleilliana del derecho comparado. Encontramos en estas castas algunas referencias al “esprit génial” de Jhering.

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<sup>141</sup>.

También nombra Saleilles a Jhering 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 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. Jhering 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”<sup>142</sup>.

140 Raymond Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé”, *op. cit.* 396.

141 Carta de Saleilles a Huber de 13 de septiembre de 1898

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

El llamado “segundo Jhering”, el de la jurisprudencia de intereses pudo tener cierta ascendencia sobre la comparatística de Raymond Saleilles<sup>143</sup>. Wieacker negaba la influencia de Jhering sobre el derecho comparado<sup>144</sup>. Juristas como el privatista François Génny y el comparatista Edouard Lambert, en cambio, reconocían la influencia de Jhering en su obra abiertamente<sup>145</sup>. 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 la noción de “finalidad”, permitía tender puentes con la realidad social, con los intereses sociales. El concepto de derecho común de la humanidad 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.

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, como la “vergleichende Jurisprudenz” de Jhering.

Jhering concebía el derecho como un ente en continua evolución que se movía a partir de la lucha entre diferentes intereses sociales<sup>146</sup>. 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

143 Konrad Zweigert, “Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode”, en 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.

144 Ibid., 247

145 Ibid., 248 ss.

146 Rudolf von Jhering, *Der Kampf um's Recht*, Wien, Manz, 1872,

Saleilles como fin, o “Zweck” de la ciencia del derecho comparado. Este derecho común le permitía a Saleilles por un lado introducir elementos extrajurídicos, extraídos de la historia o la sociología, 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.

### *12. Derecho comparado y unificación jurídica*

Al defender el derecho comparado como ciencia autónoma con un método alternativo y un objeto propio, Saleilles defendía una renovación del método jurídico en general. Como señalaba Jamin, Saleilles pone la comparatística al servicio del derecho natural, de la superación del viejo método jurídico<sup>147</sup>.

El proyecto jurídico científico de Saleilles se inscribía, como ya he señalado, en una visión nostálgica, antiestatalista de la sociedad, un derecho modernista que buscaba no la transformación social sino el “droit commun de l’humanité civilisée”, que se fijase no en un derecho abstracto y racional sino en un sistema jurídico en constante evolución.

Esta concepción del derecho comparado y del derecho común de la humanidad 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 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 de construir un derecho ideal compartido por todos los países que compartiesen el “fonds commun de la civilisation générale de l’humanité”<sup>148</sup>. Desde el punto de vista de la comparatística la creencia en un ideal de justicia

147 Christophe Jamin, “Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité”, *op. cit.*

148 Raymond Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé”, *op. cit.* 396.

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.

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, ejemplo de problema que llevó a Saleilles a implicarse al máximo, el borgoñón planteó 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.

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”<sup>149</sup>. “Rien n’est plus dangereux pour un pays –continúa 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 llegaba 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”<sup>150</sup>.

No es casual según mi parecer el uso de la palabra “civilizadora”. En primer lugar por el ambiente intelectual racista en la época del colonialismo. En segundo lugar porque, para los juristas franceses, 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 có-

149 Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, op. cit. 36.

150 Íd.

digo francés, en cambio, como las legislaciones atrasadas o viejas, “voient leur influence mondiale diminuer. Tel est le fait”.<sup>151</sup>

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.<sup>152</sup> Como escribía en 1911 “Elle doit tenir compte de tous les résultats juridiques et sociaux que l’expérience peut fournir, les juger à la 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”.<sup>153</sup>

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”<sup>154</sup>. 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”<sup>155</sup>.

Saleilles trabajó en esta obra de construcción de un derecho común 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.

En el conjunto de ordenamientos “civilizados” Saleilles reservaba un papel importante al derecho alemán. No es de extrañar. Saleilles dedicó gran parte de su vida a estudiar el derecho de Alemania, país que nunca visitó. “Saleilles –escribía Edmond Thaller– a toujours passé pour celui des nôtres qui est le plus entré

151 *Ibid.*, 37

152 *Ibid.*, 38

153 *Íd.*

154 *Ibid.*, 39

155 *Ibid.*, 40.

dans la science allemande, dans le génie allemand, dans la facture d'expression allemande"<sup>156</sup>. Henri Capitant escribió también “[i]l [Saleilles] 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 a poursuivi, sans prendre sur ce terrain-là ses moyens d'action en Allemagne"<sup>157</sup>. También en Alemania era conocida la admiración de Saleilles por el derecho alemán. Rudolf Leonhard afirmaba en 1906 “Saleilles, [...] ist zwar ein Verehrer des deutschen Gesetzbuches, aber dabei ein guter Patriot. Er fühlt sich vom Kopf bis zur Zehe als Franzose”<sup>158</sup>.

Este profundo conocimiento del derecho alemán, del que parecen excusarlo Capitant y Leonhard, le hizo imaginar un derecho unificado de base franco-alemana. Las por él llamadas “corrientes jurídicas” alemana y francesa debían configurar la base de la futura unificación jurídica al tratarse de dos corrientes jurídicas “qui cherc[h]ai]ent à se pénétrer”<sup>159</sup> 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 ordenamientos<sup>160</sup>. 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 temores<sup>161</sup>.

Esta propuesta que Saleilles publicaba en 1904 la dirigía también a la doctrina y al legislador de su país. Francia debía abrirse a los avances positivos del

156 Edmond Thaller, “Avant-Propos”, en *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, op. cit., 5-38, 31.

157 Henri Capitant, “Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles”, in: *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, 65-114, 75.

158 Rudolf Leonhard, “Französische Stimmen über das Deutsche bürgerliche Gesetzbuch als Vorbild für Civilrechtsreformen”, en *Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft*, Breslau, Verlag von M. & M. Marcus, 1906, 78-104, 83.

159 Raymond Saleilles, “L'enseignement du droit comparé en Italie”, op. cit. 272.

160 Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, op. cit. 123.

161 Ibid., 123.

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 al derecho alemán y francés, que debían abrirse a influencias mutuas. El resultado 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”<sup>162</sup>. En todo caso, para determinar los elementos de universalidad del derecho alemán estaba la ciencia del derecho comparado.

Saleilles intentaba con estos planteamientos motivar la apertura de la ciencia francesa al derecho alemán. En ese momento de aparición de nuevos códigos los juristas galos veían como el código civil perdía su posición de privilegio en el panorama legislativo y científico internacional. Saleilles intentaba que esto sirviese como acicate de la ciencia jurídica patria. No olvidemos que para muchos franceses, juristas o no, lo que venía de más allá del Rin provocaba desconfianza<sup>163</sup>. Para Saleilles 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 sacrifice d’aucun côté; et ce sera l’humanité, dans son ensemble, qui en retirera le profit pour l’avenir<sup>164</sup>.

Por supuesto este texto y tantos otros referidos a la construcción del derecho común ideal están empapados por un idealismo y un iusnaturalismo muy característicos de esta época. Llama la atención especialmente el uso del concepto “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:

162 Ibid., 124.

163 Saleilles pasaría a la historia como admirador del derecho alemán en un momento en que las relaciones franco-alemanas se degradaban y llevarían a una guerra mundial, lo que seguramente le valió críticas.

164 Raymond Saleilles, *Introduction à l’Étude du droit civil allemand*, op. cit. 124

[...] 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!<sup>165</sup>

Y es que, aunque Saleilles dedicase años y páginas al derecho alemán, al final de su vida giró su mirada hacia Suiza. El jurista Saleilles, tras muchos viajes a la “Montaña Mágica” por razones de salud, acabó idealizando el proceso de codificación civil que estaba dirigiendo su colega y amigo Eugen Huber y que creía que, por su “souplesse” y su respeto hacia formas no legales del derecho, se acercaba más que el derecho alemán y que el francés al derecho común de la humanidad.

Francia, en cambio, tenía otra función en este proceso de unificación imaginado por Saleilles. Según escribía en 1911 “[i]l 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 garder son rôle à la tête du progrès juridique universel, ou s'il passera l'hégémonie à d'autres”<sup>166</sup>.

Esta construcción bipartita del derecho futuro no excluía papeles secundarios para otros ordenamientos. Italia, por ejemplo, también había prestado a Francia según Saleilles “des services éminents”<sup>167</sup>. Estas palabras indican que en este proyecto de interpenetración y unificación de los derechos de los países civilizados cada nación tenía aparentemente una función determinada.

### 13. Como conclusión: derecho comparado y evolucionismo jurídico

Como hemos visto en las páginas precedentes, el derecho comparado de Raymond Saleilles dista mucho de la comparación científica que se desarrollaría en las

165 Carta de Saleilles a Huber de 22 de abril de 1899.

166 Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, IX.

167 Raymond Saleilles, “L'enseignement du droit comparé en Italie”, *op. cit.* 272.

décadas posteriores a su muerte. Hay una idea fuerte muy presente en la obra del jurista francés que condiciona su desarrollo: la de evolución. Una evolución natural, espontánea, regida por unas reglas inmutables y que el derecho ha de acompañar pero nunca vulnerar. Saleilles habla de evolución asociándola a la costumbre, a la doctrina y oponiéndola a la rigidez de la ley y del Estado. Habla de evolución libre cuando escribe sobre la obra de los juristas medievales y de su vulneración cuando se refiere al siglo de las Luces.

La de evolución no es una idea extraña en el pensamiento del fin de siglo francés. Estuvo muy presente en la filosofía, la sociología y el derecho de la época. No es de extrañar que Saleilles y otros juristas como Lambert utilizaran esta idea. Ha quedado claro en este capítulo que Saleilles siempre se refiere a una evolución natural, regida por unas leyes insertas en la naturaleza de las cosas. La sociedad debía desarrollarse sin la intervención transformadora del Estado.

En 1907 Henri Bergson publicó *L'évolution créatrice*<sup>168</sup>. No sabemos si Saleilles leyó este libro pero sin duda su obra participaba del mismo caldo de cultivo intelectual. Bergson planteaba en ese libro la idea de una evolución encuadrada en el tiempo y que, poco menos que de manera espontánea, iba generando cambios en la sociedad. El ser humano debía procurar la inserción de sus obras en esta libre evolución incidiendo mínimamente en su entorno<sup>169</sup>. Esta idea de evolución impregnada del vitalismo bergsoniano casa bastante bien con las ideas de Saleilles.

Otros aspectos de la obra del filósofo más relacionados con el inconsciente resultaban también familiares a los lectores de Saleilles. La idea de instinto como motor no la expresa Saleilles. Pero ¿No es el método histórico saleilliano, vago y asistemático, en realidad una concreción de la idea de instinto de Bergson? La idea de la vida creadora, ¿No recuerda a la referencia de Saleilles a la costumbre como parte integrante de la “vie juridique”?<sup>170</sup>

También en Gabriel Tarde, lo he avanzado ya, encontramos estas referen-

168 Henri Bergson, *L'évolution créatrice* (1907), Paris, PUF, 2007, V.

169 *Ibid.*, V

170 Curiosamente encontramos referencias a Bergson en otro momento de la historia jurídica europea. En España, una vez derrotada la República, el pensamiento jurídico rechazó la separación derecho-moral, el uso del derecho como instrumento de transformación social. En el discurso de apertura del año judicial del año 1939, Felipe Clemente de Diego expuso este nuevo programa que en realidad era uno muy viejo y que enterraba los intentos de modernización jurídica de la República. Pues bien, en este discurso Clemente de Diego abiertamente citó a Kelsen, para rechazarlo, y a Bergson para reinvincarlo y, con él, reivindicar el rechazo a la modernidad del pensamiento jurídico franquista. *Vid.* Alfons Aragoneses, “Continuidad del pasado en la justicia del presente”, en Federico Fernández-Crehuet y Daniel J. García López, *Derecho, Dictadura y Memoria*, Granada, Comares, 2009, 61-78, 70.

cias a la evolución. La ciencia sociológica consistía, según el juez y escritor, en la descripción de las reglas de esta evolución sin que fuese necesario ningún método científico elaborado, como en cambio sí consideró fundamental Emile Durkheim.

No destacaría aquí estas coincidencias si no fuese porque estas ideas del momento bergsoniano las utilizó Saleilles para la defensa de su idea de una evolución libre de las relaciones sociales en las que el Estado no debía intervenir y también para la defensa de un método que pretende ir más allá, inspirándose en las reglas de la evolución social sin concretar ningún método concreto.

La idea de historia creadora y de instinto nos llevan inequívocamente a hablar del modernismo en todas sus manifestaciones: arquitectónica, pictórica, literaria y también jurídica. Derecho modernista es el que practicó Saleilles guiándose por la vaguedad del método histórico y rechazando una intervención del Estado en la estructura social.

“AU DÉLÀ DU CODE CIVIL MAIS PAR LE CODE CIVIL”  
EL DESARROLLO DE LA COMPARATÍSTICA SALEILLIANA

«Au-delà du Code civil mais par le Code civil.»

(Raymond Saleilles, “Préface”, en François Géný, *Méthode d'interprétation, op. cit.*, XXV)

«Nos codes sont si vieux! Ils ont plus d'un siècle d'existence; et quel siècle!»

(Raymond Saleilles, “Allocution”, *Les méthodes juridiques, op. cit.*, XVI)

En las páginas anteriores he desarrollado los aspectos más importantes del planteamiento teórico que del derecho comparado hizo Raymond Saleilles. Pretendo ahora abordar de qué manera se encuadró este planteamiento teórico en la obra jurídica, no sólo iuscomparatística, de este jurista. Dicho de otro modo, busco mostrar de qué forma aplicó Saleilles el método, objeto y fin de la ciencia comparatística en las diferentes materias que estudió.

A efectos de analizar la aplicación de la comparatística saleilliana, a lo largo de las siguientes páginas analizaré cómo se aproximó Saleilles a las materias jurídicas más importantes que abordó como profesor. Son temas diversos de derecho civil pero todos están relacionados con el tema sobre el que pivotaba la política, las ciencias sociales y el derecho en esa época. La llamada cuestión social. Incluso los puntos abordados desde la dogmática más pura tenían una conexión con los grandes retos que la sociedad planteó en aquellos años a los juristas.

Y es que la cuestión social o cuestión obrera determinó desde la discusión sobre la responsabilidad objetiva, pues son los accidentes laborales los que ponen en la picota la responsabilidad aquiliana, hasta el derecho de obligaciones pasando por la interesantísima discusión sobre la personalidad jurídica. El derecho de obligaciones escondía la cuestión de los contratos de trabajo y de la negociación colectiva. Tras la crisis de la responsabilidad aquiliana estaban las consecuencias

de los accidentes laborales. Y la cuestión de la personalidad jurídica implicaba consecuencias para las comunidades católicas y para los sindicatos.

Al abordar estos temas también es similar el método usado por Saleilles. Encontramos el historicismo y el comparatismo al servicio de la defensa de un derecho doctrinal y jurisprudencial frente a la intervención del Estado que iniciaba ya la era de la descodificación. Saleilles aplicó recetas imaginativas para problemas que requerían la intervención decidida del Estado para transformar las relaciones sociales.

### 1. *Las fuentes del derecho*

“Sin fronteras, lo más vivo de este complejo siglo XIX es la discusión sobre las fuentes: se abre con el 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’interpretation (sic) et sources en droit privé positif* publicado por primera vez justamente en 1899”<sup>1</sup>.

De esta manera ilustra en 1991 Paolo Grossi la centralidad de la cuestión de las fuentes del derecho en el discurso jurídico a lo largo del siglo XIX. Ciertamente, se trataba de una cuestión fundamental pues implicaba la de la concepción del Estado y de la sociedad. No se trataba solamente de un problema de método jurídico.

Esta cuestión es central también en la obra de Raymond Saleilles que, siguiendo el modelo tradicional de fuentes francés, adoptaba una postura antilegalista, nostálgica incluso de algunos aspectos del *Ius Commune* y sobretodo crítica con la intervención del Estado en la sociedad y en la economía. Desde su punto de vista, la ley, aun jugando un papel fundamental, debía reducirse a la regulación de las cuestiones básicas necesarias para la convivencia y debía ser desarrollada por la jurisprudencia como verdadero órgano interpretador y creador del derecho. Saleilles abogaba por limitar la creación estatal del derecho del Estado a la redacción de códigos lo suficientemente amplios para permitir su desarrollo y adaptación por vía jurisprudencial y consuetudinaria. Sólo así el derecho podría seguir las reglas naturales que organizaban la sociedad siguiendo, claro esta, un modelo social y político de sumisión de unas clases sociales a otras y de preeminencia total de las élites políticas y económicas.

Pero el contexto histórico no acompañaba las ideas de Saleilles, quien vivió el inicio de la “era de la descodificación”<sup>2</sup>. A finales del siglo XIX el código, paradigma de la ley y del derecho en el liberalismo decimonónico, perdía centra-

1 Paolo Grossi, *Absolutismo jurídico y derecho privado*, op. cit., 17.

2 Pio Caroni, *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, op. it., 40 ss.

lidad por la aparición de la legislación especial. El código perdía su función constituyente a favor de leyes que regulaban las nuevas realidades sociales: accidentes de trabajo, seguros sociales, contratos de trabajo. Estas leyes eran el instrumento del Estado para transformar el orden de las relaciones sociales que había regido desde 1804, en el que se partía de una igualdad formal que ignoraba las tremendas desigualdades entre ciudadanos.

La legislación especial, por regla general, nacía con el objetivo de proteger a los trabajadores y a las mujeres, de reconocer nuevos derechos o ampliar los ya existentes a sectores más amplios de la población, de transformar las relaciones sociales y económicas. Esta ley, que desbordaba los muros del código, era precisamente el objeto de las críticas de Saleilles. El derecho comparado era para él una estrategia para defender el viejo orden de cosas. En ocasiones se trata de un método escapista, pues busca soluciones de viejo corte en ordenamientos extranjeros ignorando que también en ellos se daba un auge de la legislación especial.

a) “*Un código poco codificado*”: la crítica saleilliana al legalismo

Las críticas de Saleilles al legalismo se enmarcan en un movimiento científico que reaccionó contra las transformaciones que la III República, con planteamientos radicalmente democráticos, estaba llevando a cabo. Lo que los juristas posteriores llamaron *Etat légal*<sup>3</sup>, partiendo de la identificación entre soberanía nacional y Parlamento, intentaba incidir en la economía y en la sociedad a través de la fuente del derecho de creación parlamentaria por excelencia: la ley. La extensión del sufragio a todos los varones mayores de edad reforzaba aún más la legitimidad de la actividad legislativa de un Parlamento aunque su posición de poder no estaba exenta de problemas, como la falta de control de constitucionalidad de las leyes o el abuso de la delegación legislativa al Gobierno<sup>4</sup>. De esta forma el Estado, a través del derecho legislado, incidía en la realidad social de la Francia de fin de siglo, aunque en ocasiones fuese mediante la promulgación de leyes que podían oponerse a la Constitución o elaboradas en un Ministerio y no en la Asamblea Nacional.

Contra este orden de cosas de base profundamente democrática, reaccionó la élite de los juristas del *fin de siècle*. Y lo hicieron en parte instrumentalizando las disfunciones del sistema parlamentario como la elevada abstención, los abundantes casos de corrupción o la falta de preparación de los parlamentarios. Incluso Léon Duguít, jurista republicano y demócrata, afirmaba que el sufragio

3 Sobre este tema ver la obra de Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, *op. cit.*

4 *Ibid.*, 159.

universal estaba justificando que el legislador siguiese siempre las pasiones de la masa desprotegiendo al individuo del despotismo estatal<sup>5</sup>. Estas ideas elitistas y antidemocráticas las exponía diáfananamente Adhémar Esmein, colega de Saleilles, que afirmaba que “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”<sup>6</sup>.

El objetivo de este grupo de juristas era, evidentemente, acabar con el enorme poder del legislador y, por tanto, del Parlamento democráticamente elegido, difundiendo el poder creador del derecho a la jurisprudencia y a la doctrina, por tanto a ellos mismos. Esto pasaba por limitar el papel del representante de la soberanía nacional, de recortar el derecho de sufragio o de introducir mecanismos correctores para evitar que el parlamentarismo democrático acabase transformando la base del sistema jurídico liberal que había imperado en los últimos cien años. La doctrina, la élite de los juristas, debía dirigir y orientar estas reformas sirviendo de contrapeso al parlamentarismo<sup>7</sup>.

Raymond Saleilles destacó en esta discusión científico-jurídica sobre los riesgos del parlamentarismo democrático y las consecuencias “nefastas” del sufragio universal. Para nuestro jurista la extensión del sufragio a todos los varones estaba basado en una ficción: la de que todos los ciudadanos eran igualmente libres y racionales y por tanto igualmente capaces de incidir en el sistema político. El derecho de sufragio, escribe Saleilles, estaba acaparado por una minoría, exactamente como el derecho de propiedad. Las clases menos educadas se abstendrían de votar o eran fácilmente convencidos con argumentos populistas. Por ello el resultado de las elecciones lo decidían las clases que poseían un cierto capital económico y cultural. Esto falseaba la democracia y la expresión de la soberanía nacional ya que, en realidad, el Parlamento que se creía representar a la Nación era elegido por una parte mínima de ésta. La solución a este problema radicaba, en opinión de Saleilles, en limitación del sufragio o incluso en el establecimiento de un sistema de representación proporcional que diese más peso a las clases educadas, superando así el paradigma un varón –un voto<sup>8</sup>.

Esta crítica al parlamentarismo y al sufragio universal formaba parte de una estrategia de largo alcance de rechazo a la expansión de la legislación espe-

5 Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, 30.

6 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.

7 *Ibid.*, 90.

8 Raymond Saleilles, “La représentation proportionnelle”, *Revue de droit public*, 9 (1898) 215-234, 385-413.

cial y ala identificación entre Ley y derecho. Saleilles y muchos de sus coetáneos, conscientes de que la legislación especial era el instrumento del Estado para intervenir en las relaciones sociales y económicas, reformando así el orden natural/liberal de las cosas, intentaron operar una separación entre ley y derecho basándose, entre otras, en la deslegitimación del sistema parlamentario de la III República<sup>9</sup>. El planteamiento era sencillo, la ley era parte del sistema jurídico pero no abarcaba todo el ámbito de lo jurídico sino que lo compartía con la jurisprudencia y la costumbre. Así, Léon Duguit diferenciaba entre reglas normativas y reglas constructivas<sup>10</sup> y Julien Bonnetcase fuentes reales y fuentes formales<sup>11</sup>.

Raymond Saleilles defendía que la ley se redujese a unos códigos básicos –civil, penal, mercantil– que regulasen los aspectos fundamentales de la convivencia. Su desarrollo y su adaptación a los cambios sociales estarían en manos de los jueces, verdaderos concedores de ese derecho que incluía la costumbre y la doctrina científica. La síntesis del papel que el autor otorgaba al código civil en el sistema de fuentes puede encontrarse en el lema que Saleilles defendía en el prefacio a la obra de Géný “Au-delà du Code civil, mais par le Code civil!”<sup>12</sup>. Esta frase planteaba su propuesta de que este Código fuese “poco codificado”, que regulase los aspectos básicos de cada materia y que dejase a los tribunales más libertad a la hora de interpretarlo y aplicarlo. Para ello era necesario que los jueces y tribunales tuviesen un mayor conocimiento del método histórico o comparativo.

Escribía Saleilles en 1896 una carta a su colega y amigo Eugen Huber en la que expone lo que para él debía ser la función del código:

“Il faut 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

9 En definitiva, estos juristas pretendían alcanzar un sistema en el que la posesión de capital cultural o económico se correspondiese con la del poder político, en el que sólo las élites pudiesen decidir la composición del parlamento, ideas que coinciden con las que, en los años 30, sustentaron las teorías corporativistas.

10 Lo explica el mismo 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.

11 *Ibid.*, 11.

12 Raymond Saleilles, “Préface”, François Géný, *Méthode d’interprétation*, *op. cit.* XXV.

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"<sup>13</sup>.

En esta carta expresaba Saleilles su crítica a la legislación especial que, por su abstracción y generalidad, no podían prever todas las situaciones posibles y tendían por tanto a tratar de manera igual situaciones muy diferentes. Los adjetivos que Saleilles utilizaba para describir estas leyes eran de peso. Hablaba de normas ciegas, brutales y destructivas por su pretensión de igualitarismo y por los efectos sociales y económicos indeseados.

Saleilles era optimista y creía en su planteamiento: las leyes especiales constituían un mecanismo equivocado para resolver los problemas sociales de la época y, por eso, en su opinión, estaban condenadas a desaparecer. Lo que el autor no apreció fue el contexto en el que vivía, el inicio de un proceso de des-codificación que no tendría marcha atrás<sup>14</sup>. Motivo de su optimismo fue quizás la obra legislativa que estaba llevando a cabo Eugen Huber en Suiza y que daba un amplio margen de actuación al Juez. En los años finales de la década de los noventa Saleilles fue muy crítico con el derecho alemán, hasta poco antes objeto de su admiración, y comenzó a presentar el código suizo todavía inacabado como modelo a seguir. En 1896 escribía a su amigo Eugen Huber:

“[I]l ne faut pas [...] 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"<sup>15</sup>.

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 autores, entre ellos Saleilles, el artículo primero del proyecto de ZGB daba forma legal a la teoría de Géný. El artículo en cuestión 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

13 Carta de Saleilles a Huber de 14 de diciembre de 1896.

14 Pio Caroni, *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, op. cit.

15 Carta de Saleilles a Huber de 14 de diciembre de 1896.

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.”<sup>16</sup>

La fórmula escogida otorgaba al Juez el poder de buscar la ley que habría creado como legislador en caso de laguna. Esta opción, en la que los movimientos del derecho libre veían la encarnación de sus postulados<sup>17</sup>, suponía aparentemente toda una revolución en la ciencia jurídica europea. En realidad, no se trataba de un precepto revolucionario o que rompiese la evolución del derecho suizo. Aunque muchos han buscado en esta redacción una influencia de Gény e incluso del propio Saleilles<sup>18</sup>, el precepto respondía perfectamente a la realidad jurídica y política del país alpino. En opinión de Pio Caroni, si bien Eugen Huber pudo apoyarse en las elaboraciones científicas de Gény y en su concepto de “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 suiza.

Pio Caroni ha expuesto mejor que nadie el valor real de este precepto<sup>19</sup>. Según él respondía en parte al estudio de las tradiciones jurídicas suizas. Así se desprendería de una lectura contextualizada de los textos del propio 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 Recht. 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”<sup>20</sup>.

16 1.1. La ley se aplicará en todos los casos siguiendo su literalidad y significado. 1.2. 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. 1.3. Para ello se guiará por la jurisprudencia y la doctrina.

17 Especialmente en Francia dónde Gény había formulado con tanto éxito su idea de libre búsqueda del derecho.

18 *Vid.* Oscar Gauye, “François Gény est-il le père de l’article 1er alinéa 2e du code civil suisse?”, *op. cit.* También Jaro Mayda, *François Gény and Modern Jurisprudence*, *op. cit.*

19 Pio Caroni, “Eugen Huber. Il mito svelato”, *op. cit.*

20 Eugen Huber, *Erläuterungen*, I/36, 39. Citado por Pio Caroni, *Die Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel y Frankfurt am Main, Helbing und Lichtenhahn, 1991, 63.

También recuerda Pio Caroni que la fórmula del artículo 1 del ZGB “würde genau der Übung entsprechen, wie sie bisher vielfach unbewusst beachtet worden war”<sup>21</sup>. 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 bringe [...]. Was uns als neu entgegentritt, ist nur der bewusste Ausdruck für das, was bishin vielfach unbewusst geübt worden ist”<sup>22</sup>.

El legislador suizo, al igual que el constituyente, no seguía el modelo francés de ruptura con el pasado sino que seguía las tradiciones del pasado. Saleilles, influido por la historia jurídica francesa, aplicaba a Suiza el modelo de constitucionalismo y codificación franceses cuando, en realidad, como han afirmado juristas y politólogos, el modelo de evolución del derecho suizo respondía más al historicista, un modelo de transformación paulatina del derecho desde el Antiguo Régimen hasta el liberalismo y que, por ello, respetaba el prestigio y poder que tenían en el *Ius Commune* los Jueces<sup>23</sup>.

Saleilles afirmaba que había sido Huber quien había otorgado al juez suizo estos poderes, que esta nueva creación respondía al hecho que “il fallait, avant tout, créer un organe toujours vivant d’individualisation du droit”, escribía en 1904. Sin embargo, y Saleilles no podía desconocer este extremo dado su amplio estudio del derecho suizo<sup>24</sup>, este órgano de individualización estaba ya creado, formaba parte del papel histórico del juez suizo.

Evidentemente, la idea de un código que otorgara al juez un poder semejante encajaba perfectamente en el discurso de Saleilles, siempre a favor de un código “souple” que dejase en manos de los jueces la individualización/creación del derecho. El autor pretendía que el juez francés tuviese un poder similar al suizo, sin señalar que el poder del segundo no derivaba de un precepto sino de una evolución histórica. Esto muestra uno de los elementos del derecho comparado de Saleilles que ya había avanzado: la selección de los aspectos del derecho extranjero más acordes con su modelo antilegalista y el menosprecio o ignorancia de los elementos estatistas.

21 Pio Caroni, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, op. cit., 160.

22 Eugen Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, (1893) 2. vollst. neu bearb. Aufl. von Paul Mutzner, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1935.

23 Fritz Fleiner/ Zaccaria Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, Schulthess, 1978.

24 Saleilles es quien recensiona en Francia la obra de Eugen Huber *System und Geschichte*: Raymond Saleilles, (Recensión a) Eugen Huber, *System und Geschichte der schweizerischen Privatrechts*, op. cit.

b) *La costumbre*

Dentro del sistema de fuentes que defiende Saleilles la costumbre juega un importantísimo papel. “Il n’y a pas de problème plus urgent, mais peut-être aussi n’y en a t’il pas de plus difficile”<sup>25</sup>. Para Saleilles la cuestión de la costumbre constituía la clave de la evolución del derecho, pues de ella dependía saber “si le droit codifié sera condamné ou non à l’immobilisation”<sup>26</sup>. De hecho, el autor llegó a afirmar que “[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”<sup>27</sup>.

Saleilles elaboró su teoría sobre la naturaleza y función del derecho consuetudinario a partir del análisis de la regulación que de la materia contenía el BGB, estudiando los postulados de la escuela histórica pero también otras teorías alemanas más modernas. Saleilles partía del rechazo a la idea según la cuál el Derecho era producto únicamente de la racionalidad individualista: para él, como para la escuela histórica, el derecho era expresión del sentir jurídico de la colectividad. Esto implicaba que la ley, manifestación imperfecta de una soberanía nacional viciada por la corrupción y el sufragio universal, no podía ser entendida como la única expresión jurídica. La costumbre, en tanto que norma de carácter colectivo, era una forma válida de expresión jurídica a la que se debía reconocer no sólo validez sino el potencial para coadyuvar en la evolución del derecho<sup>28</sup>. El derecho codificado debía reservar un espacio a la costumbre para mantenerse en evolución y no quedar anquilosado.

Partiendo de estos presupuestos, y con el objetivo de legitimar la función de la costumbre, Saleilles elaboró su teoría sobre el origen del derecho consuetudinario. Citaba especialmente a Ernst Zitelmann<sup>29</sup>, jurista alemán crítico con algunos de los postulados más radicales de la escuela seguidora de Savigny. Para esta “historische Schule” el fundamento filosófico e histórico del derecho consuetudinario era la conciencia jurídica colectiva de la comunidad<sup>30</sup>. Nuestro au-

25 Raymond Saleilles, *Introduction à l’étude du droit privé allemand*, 67.

26 *Ibid.*, 66.

27 *Íd.*

28 *Ibid.*, 83.

29 Saleilles cita el artículo de Ernst Zitelmann, “Gewohnheitsrecht und Irrtum”, *Archiv für civilistische Praxis*, 1883, Raymond Saleilles, *Introduction*, *op. cit.*, 70.

30 *Íd.* 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 alemanes. Ni el *Landrecht* prusiano ni 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.

tor, siguiendo en parte a Zitelmann, entendía la costumbre como regla objetiva de obligado cumplimiento cuya validez no estaba basada en la conciencia de la colectividad de haberla creado sino en la conciencia por parte de los miembros de la comunidad de que se trataba de una regla de obligado cumplimiento<sup>31</sup>. 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 norma 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”<sup>32</sup>.

La costumbre estaba basada por tanto en la adhesión de la colectividad a la misma. Esto implicaba que la costumbre no podía considerarse como fuente del derecho en todos los casos, pues esto significaría reconocer la validez de cualquier norma consuetudinaria por injusta que fuese por el solo hecho de haber sido creada por la comunidad<sup>33</sup>. En otras palabras, no era posible aceptar cualquier costumbre practicada como derecho positivo puesto que, de hacerlo así, podrían llegar a imponerse creaciones espontáneas del derecho, sin ninguna relación con la tradición jurídica lo que, en palabras de Saleilles “serait l’arbitraire, l’incertitude des relations privées, et tout un procédé inorganique et par trop primitif d’adaptation juridique”<sup>34</sup>.

De esta manera, Saleilles aceptaba la costumbre solamente en tanto que hecho jurídico susceptible de ser considerado derecho: “[s]ans 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”<sup>35</sup>. A diferencia de Zitelmann, Saleilles aceptaba la costumbre como expresión de una “conscience juridique collective” pero hacía depender su validez jurídica de que se pudiese determinar que se daban estos elementos de adhesión colectiva a la costumbre como norma jurídica.

En el sistema elaborado por Saleilles, por tanto, la validez de la norma con-

31 Raymond Saleilles, *Introduction à l’étude du droit privé allemand*, 70.

32 Íd.

33 *Ibid.*, 70.

34 Raymond Saleilles, “Préface”, François Gény, *Méthode d’interprétation*, *op. Cit.*, XX.

35 Raymond Saleilles, *Introduction à l’étude du droit privé allemand*, 69.

suetudinaria dependía de la prueba de la adhesión de la colectividad. Pero ¿Cómo se determinaba este sentimiento colectivo? A diferencia de otros autores, incluidos Zitelmann, este papel lo reservaba Saleilles a los jueces y tribunales. Y es que toda la elaboración doctrinal sobre la costumbre iba dirigida a legitimar el papel preponderante de la jurisprudencia. Saleilles defendía la costumbre como fuente fundamental del derecho pero se trataba de una costumbre filtrada, elaborada por la jurisprudencia. La detección de la costumbre válida entraba dentro de la tarea integradora y creadora del derecho de Jueces y Tribunales.

Para Saleilles la jurisprudencia permitía desarrollar un sistema intermedio entre el de la ley abstracta y la “reconnaissance aveugle et brutale de la coutume”. La costumbre sería fuente del derecho y elemento que permitía el desarrollo del derecho, en tanto elemento de la interpretación jurídica. El derecho consuetudinario, en manos de los jueces, era parte de “l’interprétation évolutive de la loi”<sup>36</sup>.

Evidentemente Saleilles pensaba en una aplicación del método histórico-comparativo por parte de los jueces. El juez tenía, “d’après la méthode historique d’interprétation des lois, la mission de tenir compte de la coutume, pour lui adapter la loi et la mettre elle-même en harmonie avec la loi”<sup>37</sup>. De esta manera, mediante la jurisprudencia se aseguraba que el reconocimiento de la costumbre no fuese arbitrario o primitivo y también que la ley respetase la conciencia colectiva. Por tanto no reconocía Saleilles la validez de la costumbre pura sino un derecho de creación jurisprudencial que integrase ley y costumbre.

Saleilles expuso estas ideas sobre la naturaleza y funciones de la costumbre en su *Introduction à l’étude du droit allemand*. Sin embargo no era el BGB un código que respetase la costumbre como Saleilles pretendía. Después de exponer las diferentes posturas doctrinales, de la escuela histórica, de Zitelmann y la suya, nuestro autor describía la posición del derecho consuetudinario en el nuevo sistema de fuentes que establecía el BGB<sup>38</sup>, señalando la marginación de la costumbre respecto al sistema anterior. Según el nuevo código alemán el derecho consuetudinario sería derogado siempre que fuese contrario a las nuevas disposiciones del BGB incluso en el caso de materias no reguladas por el código civil<sup>39</sup>.

Teniendo en cuenta esta disposición, Saleilles creía que el derecho consue-

36 Íd.

37 Íd.

38 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 de páginas. El resto del pensamiento saleilliano sobre esta cuestión lo hemos de buscar en sus textos metodológicos y también en sus cartas a Eugen Huber, fuente importante de información también en este punto.

39 Así se derivaría del artículo 55 de la Ley de Introducción, Raymond Saleilles, *Introduction à l’étude du droit civil allemand*, op. Cit., 79.

tudinario tendría un desarrollo ulterior a la promulgación del BGB únicamente en el caso del derecho local: “[l]e 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”<sup>40</sup>. Se salvaba así, por tanto, la posibilidad de que los Estados reconociesen la costumbre en las materias de su competencia normativa.

Por otro lado, el borgoñón se preguntaba también por las relaciones que cabía esperar entre la ley que entraba en vigor en 1900 y unas costumbres que, en ocasiones, tenían siglos de existencia. Saleilles, siguiendo su interpretación sociológica de las normas jurídicas, apoyaba aquí la posición de Konrad Cosack según el cual la determinación de la costumbre válida era una cuestión de hecho y no de derecho, por tanto competencia de la jurisprudencia<sup>41</sup>. Pero podía darse de hecho, defendía Saleilles, una oposición consuetudinaria a la ley escrita. Podía incluso darse que una costumbre y no un precepto del código tuviese eficacia jurídica. Los tribunales estaban obligados a tener este hecho en cuenta, según Saleilles<sup>42</sup>.

Saleilles introducía con esta idea el argumento de la eficacia frente al de la validez<sup>43</sup>, defendiendo como posible y legítima la posibilidad de que una costumbre se impusiese de facto a una norma del código. Así relativizaba el poder de las normas del BGB y el de la doctrina y situaba la cuestión de las fuentes del derecho en el plano de la realidad, por tanto en el plano fáctico que la jurisprudencia debería valorar: “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”<sup>44</sup>.

De todos modos la posibilidad de que en Alemania la jurisprudencia permitiese el desarrollo armónico de ley y costumbre no dejaba de ser bastante hipotética. La costumbre, en todo caso, podía tener otra función en la articulación del sistema de fuentes como influir sobre la ley, modificar la interpretación originaria de las fuentes legales “en les fécondant d’une vie réflexe, qui crée entre elles une harmonie nouvelle”<sup>45</sup>. 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.

40 Íd.

41 *Ibid.*, 80.

42 Íd.

43 Íd.

44 *Ibid.*, 81.

45 *Ibid.*, XX.

Más allá del tratamiento realizado al analizar el sistema alemán, el estudio del papel de la costumbre llevó a Saleilles a destacar muy positivamente el sistema de fuentes establecido por el proyecto de código suizo, cuyo artículo 1.2 establecía que, en caso de laguna legal, el juez debería aplicar el derecho consuetudinario<sup>46</sup>. Sin embargo, es posible afirmar que la percepción de Saleilles del peso de la costumbre en el país helvético no era ajustada. La costumbre estaba en franca retirada ante la intensa urbanización e industrialización de la sociedad alpina sin olvidar que hasta cierto punto este respeto por la costumbre había sido fruto de la decisión de Eugen Huber o del legislador en general que durante el proceso de codificación suizo estuvo sujeto a la pluralidad lingüística, religiosa y social de la Confederación Helvética. Además los jueces eran allí suficientemente flexibles para reconocer o no el valor de una costumbre o no sin que se tambalease todo el edificio jurídico. El código suizo era respetuoso con la tradición anterior<sup>47</sup>. En Francia no se podía plantear un sistema similar.

Como se ha venido demostrando, la costumbre tiene en la obra de Saleilles un enorme valor como fuente del derecho pero siempre como instrumento del Juez, el cual debía valorar en todo momento su validez y eficacia. Nuestro autor reconocía el valor de la costumbre siempre mediatizada, interpretada por las élites jurídicas, lejanas al sentir de las comunidades populares rurales o urbanas.

Cuando Saleilles abordaba la tensión entre ley y costumbre lo que pretendía era mostrar como el punto de equilibrio entre ambas lo debían encontrar los Jueces y Tribunales. Estos debían integrar las normas escritas y las no escritas. Mediante el reconocimiento de la la costumbre ya no como fuente directa del

46 Es interesante subrayar que el proyecto de código suizo reconocía la costumbre *intra legem* al igual que el BGB, así como también reconocía en su artículo 1.II la costumbre *praeter legem*. ¿Qué hacía el proyecto suizo con la costumbre *contra legem*? En principio, por la aplicación del artículo 1.II que establecía la obligada aplicación de la ley a cualquier caso jurídico la costumbre contraria a la ley venía derogada automáticamente. La falta de una alusión expresa a esta costumbre coincidía con la actitud tendente a relativizar la importancia de la misma sostenida por parte de la doctrina suiza, y también por Eugen Huber, diferenciándose de aquellos 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. Eugen Huber justificaba esta omisión del código suizo de la siguiente manera: “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 irgendeiner 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”. En Pio Caroni, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, *op. cit.*, 70.

47 *Ibid.*, 121.

derecho sino como elemento de la interpretación jurídica se reforzaba la función de la jurisprudencia y también de la interpretación historicista o sociológica del derecho, única que podría determinar cuál era la costumbre bálida y cuál no<sup>48</sup>.

En manos de los jueces estaba por tanto el respeto a la conciencia colectiva y a la evolución del derecho. Esto equivalía a decir que la conciencia de la colectividad no se expresaba mediante elecciones al parlamento sino que era identificada y expresada por “l’ensemble de l’opinion des juristes, mais certainement par l’unanimité de la jurisprudence”<sup>49</sup>. Conviene destacar este aspecto antidemocrático y reaccionario oculto tras la reivindicación como fuente de derecho de la costumbre.

c) *Conclusión: derecho de juristas en la era de la descodificación*

Evidentemente la postura mantenida por Saleilles no se adecuaba al contexto socio político de su época. La era de la descodificación se aceleraba y frente a las leyes especiales que el Estado desplegaba no podía hacerse valer ya ni la costumbre ni el método histórico. Saleilles rechazaba el llamado “essor de la législation spéciale”<sup>50</sup>, 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.

Es evidente que nuestro autor 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”<sup>51</sup>. 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. Al contrario, 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.

Aquí radica una de las mayores divergencias entre Raymond Saleilles y François Géný. Saleilles no planteó un método adaptado a la descodificación y al papel en realidad muy limitado de la jurisprudencia y la costumbre. Le bastaba con la referencia al método histórico y a la búsqueda de las reglas de la evolución social. Géný sí puso empeño en desarrollar un método, su “libre recherche scien-

48 Íd.

49 *Ibid.*, 84.

50 Jean Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, *op. cit.*, 235.

51 Pio Caroni, *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, *op. cit.* 101 ss.

tifique”, que partía del reconocimiento del papel que la ley, en forma de código o en forma de ley especial, tenía dentro del ordenamiento. La fortuna de Géný se debió no a su longevidad sino a la solidez y actualidad de sus planteamientos científicos y a su realismo a la hora de plantear alternativas.

## 2. *La doble vida del Derecho de obligaciones*

El Derecho de obligaciones constituyó un tema central en las discusiones doctrinales de la época, alimentadas por la entrada en escena de la llamada “question sociale” al problematizar el paradigma de la autonomía de la voluntad de las partes. Como es bien sabido, el Derecho de obligaciones tenía el reto de regular distintas realidades en las que subyacía la cuestión de la desigualdad real entre los sujetos que se obligaban, mediante nuevas figuras jurídicas como el contrato de trabajo o el contrato de adhesión. En ese momento, el Código mantenía la “toute-puissance de la volonté”<sup>52</sup> y, partiendo de una paridad de fuerzas formal entre las partes contratantes, privilegiaba, por cuestiones de seguridad jurídica, la apariencia frente a la voluntad real de los individuos. El reconocimiento de que no todos los contratantes tenían las mismas armas económicas o culturales, inevitable ya en el 1900, provocó el cuestionamiento de la regulación francesa del momento, basada en la ficción del paradigma racionalista individualista, insuficiente para explicar y regular una realidad social que no estaba conformada por individuos libres e iguales<sup>53</sup>. Recogiendo esta crítica, Paul Lerebours-Pigeonnière hablaba acertadamente de la doble vida del derecho de obligaciones: la vida dogmática, doctrinal y la vida social<sup>54</sup>.

La discusión de estas cuestiones coincidió con la aprobación del código civil alemán, que, en lo tocante al Derecho de obligaciones, aportaba una aproximación más realista y menos individualista. Tanto la norma como las discusiones doctrinales alemanas que la acompañaron tuvieron una notable influencia en Francia, en buena medida a través de la obra de Saleilles.

Los juristas franceses, en general, 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 se había

52 La expresión es de Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, op. cit., 198.

53 Christophe Jamin, “Plaidoyer pour le solidarisme contractuel”, en A.A.V.V., *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001. Citado 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](http://www.courdecassation.fr/_rapport/rapport03/etudes&doc/2-etude-M-Cedras.htm).

54 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”, A.A.V.V., *L’oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, op. cit., 397-433, 400.

sabido adaptar a las nuevas circunstancias<sup>55</sup>. Entre los juristas que más destacaron en esta crítica al derecho de contratos liberal fueron Léon Duguit, René Demogue y el mismo Raymond Saleilles.

Nuestro jurista dedicó dos importantes monografías al tema. La primera, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*<sup>56</sup>, fue publicada en 1890 a partir de textos publicados en el *Bulletin de la Société de législation comparée* en 1889<sup>57</sup>. La segunda, *De la déclaration de volonté*, data de 1901<sup>58</sup>. Son dos estudios de derecho comparado en los que Saleilles diseccionó la doctrina y la normativa alemanas. Ninguna de las dos monografías son obras de su periodo de madurez, el que más le acercó a la cuestión social. Son trabajos de análisis dogmático y doctrinal, relacionadas con el trabajo de traducción de los artículos del BGB y aparentemente lejos de otros textos de contenido más cercano a la realidad social. Pero en realidad abordan temas muy de actualidad como el tema del contrato de trabajo o la negociación colectiva.

*La Théorie générale* presenta la doctrina de Saleilles sobre la cuestión a partir de un análisis de la dogmática alemana. Se trata de una obra construida como monografía doctrinal tradicional, ordenada por tanto según materias y considerablemente encorsetada por la dogmática al uso<sup>59</sup>. En cambio, el estilo de *De la Déclaration de volonté*, es diferente, considerablemente más original aunque analice por orden los diferentes preceptos del código alemán que tratan el tema, concretamente los artículos 116 a 144. En esta ocasión, el autor concentró su estudio en los puntos que, a su juicio, provocaban cambios de mayor envergadura en el panorama jurídico del momento, como son la interpretación de los actos jurídicos (en particular la interpretación judicial), la declaración entre ausentes.

55 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 dem Code civil weitere Stufe der Entwicklung des auf dem römischen Recht basierenden Zivilrechts sah, an der auch der französische Gesetzgeber nicht vorübergehen sollte". Werner Schubert, "Das BGB im Urteil französischer Juristen", *op. cit.*, 130

56 Raymond Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*, *op. cit.*

57 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; Raymond Saleilles, "Étude sur les Sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne", *op. cit.*

58 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.

59 En este punto coincido en general 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.

En estas páginas me centraré en los temas más directamente relacionados con la cuestión social y con la aproximación historicista de Saleilles.

Según Paul Lerebours-Pigeonnière, coetáneo de Saleilles, la teoría general de las obligaciones tenía “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”<sup>60</sup>. Por este motivo, según afirmaba el mismo autor, 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”<sup>61</sup>.

Coincidiendo con este argumento, es posible afirmar que Saleilles supo detectar las consecuencias prácticas, en el tráfico jurídico y en general en la sociedad, de las reglas abstractas y generales del Derecho de obligaciones. Asimismo y de manera paralela, nuestro autor observó y destacó la especial influencia del tráfico económico y jurídico sobre esta parcela del ordenamiento. Ambas cuestiones fueron para Saleilles un sugestivo y novedoso objeto de estudio que puede apreciarse en las construcciones del autor relativas a la objetivación de las obligaciones, a las nuevas formas contractuales como el contrato de adhesión o el contrato de trabajo o a la vieja pero siempre interesante cuestión de la declaración de la voluntad.

a) *El intento de construir una teoría objetiva de la obligación: “Essai d’une Théorie générale”*

Como he mantenido en las páginas anteriores, a través del análisis histórico y de la comparación jurídica Saleilles mantuvo que la doctrina y la ley debían acompañar la evolución del derecho. Por este motivo, y a pesar de la crítica a la regulación alemana de las fuentes del Derecho que he comentado en epígrafes anteriores, nuestro autor ensalzó la regulación del Derecho de obligaciones realizada en el BGB. En este código, la doctrina había materializado en normas positivas sus elaboraciones científicas, teniendo los preceptos sobre derecho de obligaciones un “caractère d’œuvre rationnelle et par suite d’œuvre scientifique plus accentuée”<sup>62</sup>. Esta plasmación demostraba, para Saleilles, la trascendencia

60 Íd.

61 Paul Lerebours-Pigeonnière, “La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l’obligation”, *op. cit.* 400.

62 *Ibid.*, 1.

en el país germánico de la doctrina, que el autor consideraba imprescindible para la adaptación del derecho a la evolución de la sociedad<sup>63</sup>.

En la misma línea, Saleilles valoró positivamente la aportación del BGB a la objetivación de la obligación. Basándose en parte en las doctrinas de Jhering, el legislador alemán se alejaba de la preeminencia de la apariencia de la declaración de voluntad, base del código napoleónico, e intentaba objetivizar los elementos que mostraban el compromiso de los contratantes<sup>64</sup>.

El BGB, a diferencia del código francés, había reunido en un único capítulo todas las formas del negocio jurídico: la donación, el préstamo, la compra-venta, la permuta, el arrendamiento, el mandato y la asignación. Al estudio de estas figuras jurídicas dedica Saleilles una buena parte de su obra sobre la teoría general de la obligación<sup>65</sup>, destacando particularmente el análisis del contrato bautizado como contrato de adhesión y el examen del contrato de arrendamiento de servicios, clave en aquella época porque canalizaba las relaciones laborales.

#### b) *Saleilles bautiza al contrato de adhesión*

Saleilles abordó el estudio del llamado contrato de adhesión en las páginas dedicadas a la interpretación del contrato<sup>66</sup>. Apartándose de la consideración del negocio jurídico como acuerdo de voluntades, Saleilles conceptuaba el contrato como “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”<sup>67</sup>.

Esta definición de contrato de nuestro autor chocaba con la realidad jurídica imperante, salpicada por la aparición de nuevas formas de negocios jurídicos en los que la parte débil tan sólo podía adherirse incondicionalmente a las cláusulas inamovibles impuestas en los contratos por la parte detentadora del poder económico.

Saleilles no ignoraba esta realidad y abordó su estudio crítico construyendo una excepción a su teoría general de la interpretación de la voluntad de las

63 *Ibid.*, 2.

64 Saleilles cita el texto de Rudolf von Jhering *Unsere Aufgabe*, Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts 1 (1857), 1-52 en Raymond Saleilles, *Essai d’une théorie générale*, *op. cit.*, 31 ss

65 *Ibid.*, 27-83

66 Raymond Saleilles, *Essai d’une théorie générale*, *op. cit.*, 229.

67 *Íd.*

partes basada en la atipicidad de estos contratos, afirmando que “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”<sup>68</sup>.

Los contratos de adhesión constituían, según nuestro autor, negocios jurídicos “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 adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s’emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même”<sup>69</sup>.

Para Saleilles, si bien era inevitable el reconocimiento de estos nuevos contratos, la interpretación de los mismos debía realizarse según las reglas de interpretación de las leyes. Así, al interpretar un contrato de adhesión, fuese entre una compañía de ferrocarril y un viajero o entre una empresa y un obrero, debía buscarse el interés de la colectividad a la que se dirigían las condiciones generales de esos contratos y no la voluntad individual de las dos partes obligadas por el contrato “dans le sens de ce qu’exigent et la bonne foi et les rapports économiques en jeu, en combinaison 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 sociale de l’individu”<sup>70</sup>.

Es este un planteamiento muy “à la Saleilles” de una nueva realidad, la de los contratos de adhesión, que constituía una clara manifestación de las enormes desigualdades, económicas, de poder político o culturales, dentro de la sociedad del momento. Como se ve en su crítica, Saleilles reconocía implícitamente la injusticia que se derivaba de esta desigualdad, proponiendo como solución una interpretación jurisprudencial de estos contratos de acuerdo con el método histórico, es decir, encargando a los jueces la determinación del interés de la colectividad para adaptar al mismo las disposiciones de estos contratos. Por tanto, Saleilles pretendía dejar en manos de la élite de los juristas, con sus concepciones de la sociedad y de la justicia, la protección de los más débiles de la sociedad. De nuevo vemos aquí la aplicación de viejas recetas sin especificar a un problema moderno que exigía un cambio en el papel del Estado y la sociedad.

68 Íd.

69 *Ibid.*, 229-230.

70 *Ibid.*, 230.

c) *El contrato de trabajo y la negociación colectiva*

A pesar de las notables novedades que contenía el BGB en el ámbito del derecho de obligaciones, el nuevo código alemán no creaba ninguna nueva categoría contractual para regular las obligaciones derivadas de la prestación de un trabajo por cuenta de otro. Saleilles se mostró particularmente crítico con esta omisión del legislador alemán, mostrando su decepción por la falta de acogida de una de las reivindicaciones sociales más acuciantes del momento: la de un contrato de prestación de servicios más adaptado a las nuevas relaciones laborales. De hecho, en 1899 nuestro autor expresaba claramente esta crítica al afirmar que “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”<sup>71</sup>.

Saleilles criticaba así que el BGB, tal y como había hecho 100 años antes el *Code Napoléon*, no adaptase la figura del arrendamiento de servicios a la desigualdad entre patrón y obrero de las relaciones laborales, manteniendo en cambio la regulación tradicional. En este sentido afirmaba el autor que “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, pris de la logique romaine plutôt que des besoins de la vie moderne”<sup>72</sup>.

Como señalaba nuestro autor, la utilización de esta modalidad contractual para regular las relaciones de laborales sin adaptarla a la desigualdad inherente a las mismas implicaba que se le aplicasen al obrero no cualificado prácticamente idénticas reglas de responsabilidad por guarda de la cosa o por el servicio prestado que a un transportista o a un abogado. La única excepción en el BGB la encontraba Saleilles en el artículo 562 según el cuál el trabajador enfermo no era responsable de un incumplimiento del contrato y, por ello, tenía derecho a recibir la contraprestación acordada.

Preocupado por esta cuestión el jurista francés intentó buscar soluciones doctrinales, desechando desde el principio la opción que sería finalmente adoptada tanto por el legislador alemán como por el francés, es decir la utilización de la legislación especial para regular las relaciones entre obreros y patronos. Este rechazo es una muestra más de las reticencias ya comentadas de Saleilles respecto de la legislación especial la cual, según nuestro autor, impedía una solución

71 Raymond Saleilles, *Etude sur les sources de l’obligation*, op. cit., 47.

72 *Ibid.*, 48.

individualizada de cada caso concreto. En su lugar, el autor proponía una reforma del código que incluyese reglas específicas de protección de la parte más débil del contrato de arrendamiento de servicios, regulando las relaciones laborales, en su parte individual y colectiva dentro del código.

Evidentemente, se trataba de una operación jurídica difícil, en particular en aquello referente a las normas laborales pactadas entre empresarios y trabajadores: los convenios colectivos. Saleilles era plenamente consciente de esta dificultad y así lo plasmó en 1908 en una nota sobre el convenio colectivo de trabajo publicada en el *Bulletin de la Société d'études législatives*<sup>73</sup>, afirmando que estas normas colectivas necesitaban “une adaptation de nos idées traditionnelles à une situation toute nouvelle qui exigera, dans l'avenir, une meilleure compréhension de la réalité”<sup>74</sup>.

Saleilles pretendía regular la negociación colectiva con las reglas liberales del contrato del código civil. Partía para ello de la igualdad entre empresario y grupo de obreros: “ne parlons plus d'une lutte inégale entre celui qui parle en maître et l'inférieur qui dépend de lui. C'est peut-être le cas des contrats auxquels adhèrent les travailleurs. Ce n'est plus le cas de la convention qui doit fixer les lois de ces contrats individuels”<sup>75</sup>. “Ils traitent d'égal à égal” escribía Saleilles, quien basaba esta pretendida igualdad entre las partes en el poder que tenía la colectividad organizada de obreros, detentadora, decía, de “armes terribles”<sup>76</sup>

Saleilles sostenía en consecuencia que el convenio colectivo no debía ser entendido como algo novedoso que obligase a replantear las reglas de la contratación sino como un fenómeno inserto dentro del derecho de obligaciones de los códigos y que, por tanto, debía ser regulado mediante las reglas del código civil. Evidentemente, esta operación no estaba exenta de dificultades, destacándose dos cuestiones particularmente complejas: en primer lugar la determinación de la parte contratante del lado obrero; en segundo, la conceptualización de la naturaleza del convenio colectivo. ¿Era un mandato o una estipulación “par autrui”?

Respecto de la primera cuestión, Saleilles afirmaba que si el sujeto contratante era una agrupación espontánea, formada durante una huelga o derivado de la reivindicación de demandas obreras, la validez del contrato colectivo caía al faltar una de las partes contratantes. El problema desaparecía en el caso de existir

73 Raymond Saleilles, “Note sur le contrat collectif de travail”, *Bulletin de la Société d'études législatives* 7 (1908) 79-88.

74 *Ibid.*, 84.

75 Raymond Saleilles, “Préface”, en Charles de Visscher, *Le contrat collectif de travail (théories juridiques et projets législatifs)*, Gand, A. Siffer, Paris, A. Rousseau, 1911, V-XXIII, VII.

76 *Íd.*

una asociación o sindicato<sup>77</sup>. Si la parte obrera formalmente estaba representada por un sindicato formalmente constituido, entonces se podía aplicar la teoría de la estipulación por otro o la del mandato<sup>78</sup>.

La determinación de la parte contratante implicaba también otras cuestiones como la responsabilidad del comité de empresa por incumplimiento de un convenio o por la convocatoria de una huelga para novar el convenio. Para el borgoñón, si un hecho así generaba un daño se debían pedir responsabilidades penales al comité por haber violado la “paix industrielle”<sup>79</sup>.

Saleilles era lo suficientemente despierto como para ver que estos conflictos afectaban a la paz social y política pero, convencido de que el convenio colectivo tenía naturaleza puramente contractual, por tanto de derecho privado, el autor le aplicaba los principios individualistas del código Napoleón. Saleilles pretendía de esta manera sustraer la negociación colectiva de la intervención del Estado. No negaba que la administración debía intervenir en los casos en que la paz social estuviese en riesgo. Pero negaba que esta intervención se impusiese como regla general. Era favorable a un control judicial del convenio colectivo, como el establecido en el caso australiano<sup>80</sup>.

Las ideas de Saleilles en este punto no prosperarían. El derecho laboral, como afirma Adoración Guamán, estaba actuando como una cuña, sustrayendo ámbitos de la disciplina del mercado y, por tanto, sustrayéndolos también de la disciplina del código civil<sup>81</sup>. De hecho, en un primer momento, los convenios colectivos eran fruto de una filosofía humanitaria pero también, así lo defiende Georges Lyon-Caen, del deseo de los empresarios de forzar estándares que garantizaran condiciones equitativas en la competencia<sup>82</sup>. Saleilles no ignoraba que los convenios colectivos, como afirma Guamán, eran un paso más en el proceso de disociación entre el derecho del trabajo y las normas orientadas a disciplinar el comportamiento de los agentes económicos<sup>83</sup>. De hecho se refería a las “idées nouvelles” que abogaban por una mayor regulación legislativa de las relaciones

77 Raymond Saleilles, “Note sur le contrat collectif de travail”, *op. cit.*, 80.

78 *Ibid.*, 82.

79 *Ibid.*, 88.

80 Raymond Saleilles, “Préface”, en Charles de Visscher, *Le contrat collectif de travail*, *op. cit.*, VI

81 Adoración Guamán, *Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2008, 39 ss.

82 Antoine Lyon-Caen., “Les droits fondamentaux et l’Europe du droit du travail”, en Antoine Nayer., *Droit du travail: effectivité, efficacité?*, Bruxelles, La Charte, 1996, 145. Citado por Adoración Guamán, *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, 40.

83 Adoración Guamán, *Derecho del trabajo y defensa de la competencia*, Valencia, Universitat de València, 2008, 28.

laborales, pero seguía creyendo que el convenio colectivo tenía naturaleza contractual, por tanto de derecho privado, y, en consecuencia, le aplicaba los principios individualistas del código Napoleón.

Saleilles ignoraba o pretendía ignorar que, si el Código alemán no había adaptado el contrato de servicios a las relaciones laborales era porque el legislador había decidido regular este campo mediante leyes especiales, la fuente de derecho tan odiada por Saleilles por lo que suponía de intervención estatal en las relaciones económicas y sociales. Y es que es precisamente en el ámbito de las relaciones laborales donde más aflora la visión caduca y nostálgica y antiestatalista del católico Saleilles. Una reacción que mira a su tiempo, el de la legislación especial, y no al pasado, al tiempo del código de 1804 y su paz burguesa.

d) *A vueltas con la voluntad: De la déclaration de volonté.*

Al abordar el derecho de obligaciones Saleilles dedicó esfuerzos a una cuestión clásica para la doctrina jurídica pero no sin trascendencia en el tráfico económico como la declaración de voluntad. En su *Introduction à l'Étude du droit civil allemand*, Saleilles criticaba la regulación que de esta cuestión había hecho el código francés, al que en ocasiones hacía referencia con la eufemística expresión de “*législations antérieures*”, porque seguía un modelo basado en el valor absoluto de la declaración de voluntad, que no atendía a la voluntad real de las partes<sup>84</sup> y que permitía por tanto, el abuso de derecho, que sí regulaba el BGB.

El código francés prevenía límites al abuso del derecho pero sólo de manera indirecta. Estos límites se canalizaban no a partir de una cláusula general de nulidad de los negocios en los que hubiese abuso del derecho sino a través de la idea de falta de causa del negocio jurídico. Así, el artículo 1131 del *Code* declaraba la nulidad de la obligación sin causa o con causa falsa o ilícita, por lo que si no existía justo precio o contraprestación faltaba la causa y, por tanto, el contrato era inválido. En cambio, si se demostraba la existencia de causa el juez no podía invalidar el contrato aunque hubiesen otros elementos que hiciesen pensar en su invalidez, como la manifiesta inferioridad, intelectual o económica de una de las partes<sup>85</sup>. El derecho francés por tanto impedía al juez indagar en la voluntad o capacidad real de las partes, el juzgador no tenía el derecho “*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*”<sup>86</sup>.

84 Raymond Saleilles, *Introduction à l'Étude du droit civil allemand*, op. cit., 44.

85 Íd.

86 *Ibid.*, 255.

Saleilles era consciente de los problemas que presentaba la teoría de la apariencia. En 1911 escribía “les juristes [...] ont abusé de la notion de contrat. [...] Le droit était l’expression de ce qui avait été voulu, sans que l’on eût à considérer la valeur de ce qui avait été voulu. Consacrer légalement le fait de la volonté exprimée, sans avoir à apprécier la valeur sociale de l’objet voulu par elle, telle était la fonction suprême du droit”<sup>87</sup>

Como contraposición a esta vieja teoría, Saleilles presentaba en su *Introduction à l’Étude du droit civil allemand* la regulación del BGB, que abordaba la declaración de voluntad valorando la voluntad real y no la apariencia, algo más acorde con la realidad social del momento. El estudio de la normativa alemana permitía desarrollar una teoría, basada en buena medida en las ideas del alemán Ernst Zitelmann, sobre la necesidad de un sistema objetivo de determinación de la declaración de voluntad de las partes que permitiese buscar la voluntad real de las partes a través de “tous les procédés qui, d’après les usages de la vie, [qui] sont considérés comme étant destinés à la manifestation de la pensée et de la volonté”<sup>88</sup>.

Las ideas de Saleilles respecto de la delimitación de la voluntad evidencian la adopción de un posicionamiento antiindividualista que sometía la libertad contractual al bienestar social o a valores como la equidad y acotando así el abuso de derecho<sup>89</sup>, institución por otro lado y como ya hemos visto desconocida por el *Code civil* francés. Así, el autor consideraba que la ley debía tutelar las 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”<sup>90</sup>.

Para Saleilles esta construcción doctrinal de la declaración de voluntad del BGB se ajustaba más a las necesidades sociales al permitir que el juez pudiese individualizar la norma en cada caso. En palabras de Paul Lerebours-Pigeonnière “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

87 Raymond Saleilles, “Préface”, en Charles de Visscher, *Le contrat collectif de travail*, op. cit. VII.

88 *Ibid.*, 4.

89 Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, op. cit., 196

90 *Id.*

l'obligation, idée qui ne saurait être réalisée, même partiellement, sans un élargissement de la fonction du juge"<sup>91</sup>.

Efectivamente, el BGB integraba esta teoría en la que la intervención del juez se convertía en el pilar fundamental del sistema de objetivación de la declaración de voluntad. Por ello Saleilles se vio inevitablemente atraído al estudio y análisis de este sistema de reglas que articulaban la socialización judicial del derecho de obligaciones. Son varios los ejemplos de esta socialización del derecho privado tratados por Saleilles. Por un lado, el artículo 137 del BGB dejaba fuera de la libre disposición del sujeto los derechos inalienables<sup>92</sup>. Se trataba de una enorme limitación de la autonomía de la voluntad y de una protección de los derechos subjetivos que no se daba en el código Napoleón. Esta norma era aplicable a las 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 o a los derechos de consumidores y trabajadores<sup>93</sup>.

Por otro lado, Saleilles destacaba el artículo 138, que junto con la cláusula común que declaraba nulos los actos jurídicos contrarios a las buenas costumbres, presente en otros códigos como el francés, incluía la nulidad de “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 choquante"<sup>94</sup>.

Como puede apreciarse, en este largo artículo se contenía una cláusula que protegía a la parte débil del contrato, rompiendo así, al igual que otros preceptos del BGB, con el paradigma individualista racionalista del Código francés. En definitiva, en esta disposición se materializaba ese derecho privado social que defendieron Gierke y otros en Alemania y Saleilles en Francia y que partía de la desigualdad entre individuos y de la necesidad de amoldar a ésta el derecho privado.

Evidentemente, este artículo, como en general los preceptos similares en el BGB, otorgaban un enorme poder al juez, que se convertía en defensor del débil

91 Paul Lerebours-Pigeonnière, “La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation”, *op. cit.*, 418.

92 *Ibid.*, 244.

93 *Ibid.*, 246.

94 *Ibid.*, 251.

y, en ocasiones, suplía su falta de capacidad<sup>95</sup>. El juzgador podía así indagar las causas, la voluntad real o las circunstancias sociales o económicas de un negocio jurídico. Por añadidura, la referencia a las buenas costumbres como elemento con el que valorar la validez o invalidez de un contrato profundizaba este poder del juez, permitiéndole partir “non pas de la rigidité d’un critérium 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”<sup>96</sup>.

De esta manera, el juzgador alemán, obligado a indagar en la realidad social, moral y económica y no solamente a aplicar criterios abstractos<sup>97</sup> se erigía, según nuestro autor en “gardien des intérêts généraux, en ce qui touche le maintien de la moralité publique”<sup>98</sup>, acaparando un poder que Saleilles entendía como adecuado y necesario en el futuro sistema jurídico de la humanidad civilizada.

Tamaña responsabilidad exigía igualmente, según nuestro autor, que el juez actuase basándose el método histórico-comparativo puesto que únicamente de esta manera, sería posible actualizar las buenas costumbres o determinar la “moralidad actual” a que hacía referencia el artículo 138 para aplicarlas a cada caso concreto. Es más, Saleilles creía incluso que el BGB, al imponer estos límites a la autonomía de la voluntad, había acudido, a “un critérium concret et variable, de caractère historique”<sup>99</sup>.

Ciertamente, es de valorar el acierto de Saleilles al mostrar la superación del modelo individualista racionalista en derecho de obligaciones y su defensa de un derecho privado con contenido social. Sin embargo, como se deriva de lo mantenido en las páginas anteriores, la teoría del autor merita dos críticas fundamentales.

Por un lado, Saleilles identifica correctamente los ámbitos de las relaciones económicas que necesitan especialmente un tratamiento por parte del derecho que supere el paradigma racionalista individualista, el contrato de adhesión y el contrato de trabajo, pero propone una solución para la regulación de estas cuestiones claramente insuficiente. Como hemos visto, el autor, de forma coherente con las líneas maestras de su pensamiento, rechaza que estas relaciones especiales sean reguladas al margen del derecho civil. Al contrario, Saleilles, como Gierke y otros, cree en el derecho privado social y que éste puede solucionar los graves desequilibrios en las relaciones jurídicas de la época. Esta solución no está

95 Íd.

96 Íd.

97 *Ibid.*, 281.

98 Íd.

99 *Ibid.*, 264.

adaptada al momento de eclosión del derecho laboral en que el Estado, consciente de las desigualdades tremendas entre contratantes, decide aplicar normas especiales extramuros del código.

Por otro lado, Saleilles, siempre fiel a su método, sitúa la individualización judicial en el centro del sistema pero no acompaña este encargo a la jurisprudencia con la elaboración de un método de aplicación de la norma. Así, Saleilles olvida plantear unas reglas metodológicas que dirijan y al mismo tiempo limiten al juez limitándose a vagas alusiones al método histórico y a las reglas de evolución del derecho. Lo cual puede conllevar una aplicación del derecho que incorpore elementos extrajurídicos como la naturaleza de las cosas o la armonía social. Para Saleilles el derecho debía respetar siempre la natural evolución de la ciudad, una evolución que no era otra que la impuesta por los detentadores del poder económico y político.

### 3. *La crisis de la responsabilidad subjetiva: los accidentes de trabajo*

Una de las cuestiones clave en el fin de siglo científico jurídico es la llamada “question sociale”. Como ya avancé la mayoría de discusiones de los juristas de la época fueron provocados por los graves problemas de los “temps des trublions”<sup>100</sup>: la aparición del proletariado, los accidentes laborales, el nuevo papel de la mujer... Todos estos fenómenos provocan la crisis del liberalismo individualista de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX.

El viejo código napoleónico de 1804, inspirado por ese individualismo, no regulaba la nueva realidad social. Pero este *Code* individualista 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.

Esta limitación de Saleilles se advierte claramente en la discusión sobre los accidentes de trabajo. 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. En estos textos podemos observar los diferentes aspectos de la concepción saleilliana del derecho; el antilegalismo, el conservadurismo ca-

100 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*, op. cit. 75-125

tólico y su rechazo a que el Estado regulase las relaciones sociales y económicas para modificarlas.

La cuestión era central en las discusiones jurídicas: hablar de los accidentes de trabajo significaba abordar la crisis de la responsabilidad subjetiva. Este tema implicaba también la emancipación de las relaciones laborales del código civil y la aparición del derecho laboral. 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 daños<sup>101</sup>.

El proceso de industrialización francés y europeo había comportado la mecanización de la producción. Las máquinas introducían cambios en la ejecución y organización del trabajo y en las relaciones laborales. El obrero dejaba de ser un artesano de taller y pasaba a convertirse 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 entrañaba riesgos. Las calderas de estas máquinas podían explotar<sup>102</sup>, caer de sus soportes o desarmarse. Las máquinas cortadoras podían herir o amputar o causar la muerte. 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.

Estos accidentes tenían tremendas consecuencias para el obrero y para sus familias: obreros heridos, minusválidos o fallecidos. Familias que se quedaban sin fuente de ingresos. Al lado de estos daños humanos existían daños para el sistema de producción ya que se ponía en peligro la supervivencia y reproducción de la fuente de mano de obra imprescindible para la continuidad del sistema capitalista industrial.

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.

El obrero que fallecía o que quedaba herido como consecuencia de un ac-

101 Giovanni Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991.

102 Sobre la repercusión en el ámbito jurídico de los accidentes causados por calderas de vapor, *vid.* la tesis doctoral de Ina vom Feld, *Dampfkesselgesetzgebung und-überwachung in Preußen 1831-1914*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2007. También su escrito "Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser? Dampfkesselüberwachung in Preussen zwischen Fremdsteuerung und Selbststeuerung 1870-1914", en Josef Pauser (y otros) *Ad fontes, op. cit.*, 121-140.

cidente quedaba del todo desamparado desde el punto de vista jurídico por la aplicación de las reglas de la responsabilidad por daños, contenidas en el Capítulo II del Título IV del código civil francés. De hecho toda la trágica cuestión de los accidentes de trabajo se regulaba en tres artículos del viejo código napoleónico:

“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 le 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 no concurrían estos dos elementos subjetivos no existía responsabilidad.

En los accidentes de trabajo no solía haber culpa del empresario o del trabajador, por ello tampoco existía responsabilidad y, por consiguiente, no había obligación del empresario o ingeniero de reparar el daño sufrido por el obrero. Si la máquina había sido diseñada e instalada correctamente, si el accidente no era atribuible a una falta del ingeniero o del propietario, entonces el trabajador, víctima de una máquina que generaba beneficios para otro, quedaba sin posibilidad alguna de reclamar una indemnización o una pensión.

Hasta 1899 las únicas normas que regulaban en Francia este tema eran los ya citados artículos del código francés 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”<sup>103</sup>. En 1880 se presentaba en el Parlamento un proyecto de norma sobre accidentes de trabajo que tardaría casi veinte años en ser aprobada.

103 Íd., 14.

Ante la falta de normas legales fue la jurisprudencia la que comienza a introducir una nueva interpretación de los artículos 1382 a 1384. Esta nueva interpretación, que se inaugura con el célebre *Arrêt Teffain*, apuntaba a la responsabilidad del propietario en casos de accidentes sufridos por el obrero<sup>104</sup>. Asimismo los tribunales administrativos empezaron a reconocer la responsabilidad del Estado por daños causados por sus agentes y funcionarios<sup>105</sup>.

El 16 de junio de 1896 la *Cour de Cassation* emitía la sentencia que sería conocida como *Arrêt Teffaine*. Los hechos eran los siguientes: el tubo de una máquina de vapor había explotado, el vapor se había escapado y había herido a un mecánico, que había fallecido de sus heridas<sup>106</sup>. El alto tribunal francés decidió el caso, no en base al artículo 1382 ni en base a 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. Se presumió que en la máquina había un defecto de soldadura y, en base a éste, el juez hizo cargar sobre el empresario la responsabilidad del accidente al ser el adquirente, propietario y por ello responsable de la máquina<sup>107</sup>.

Los argumentos de esta sentencia, como recuerda Jean-Louis Halpérin<sup>108</sup>, fueron rebatidos por otra posterior sobre la explosión de una máquina de vapor<sup>109</sup>. Pero esta decisión no mereció mucha atención por parte de los juristas que buscaban una solución jurídica a este grave problema y que creían haberla encontrado en el *Arrêt Teffaine*. Para muchos juristas 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 hecho años atrás el legislador alemán.

Y es que en 1871 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*<sup>110</sup>. Estas leyes des-

104 Sentencia “Grenoble, 10 février 1892”. Citada por Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, 192.

105 CE 21 juin 1895. Citado por Jean-Louis Halpérin, *Ibid.*, 192.

106 Civ. 16 juin 1896.

107 Raymond Saleilles, *Les accidents de travail, op. cit.*, 3.

108 Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, 192.

109 Req. 30 mars 1897.

110 *Gesetz betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen (RhaftpflichtG)* 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:

codificaban esta materia y aplicaban un criterio totalmente opuesto al de la responsabilidad aquiliana al ámbito laboral. Según estas normas en el caso de los accidentes laborales no era necesario probar la culpa para atribuir la responsabilidad por daños al propietario de la máquina que causaba un accidente.

Durante la discusión del BGB se había discutido esta cuestión y se había barajado la posibilidad de reconocer la responsabilidad objetiva dentro del código. Pero finalmente el legislador había optado por el llamado “duales Schuldrecht”<sup>111</sup>: 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.

Saleilles, lo he avanzado ya, fue especialmente sensible a estas cuestiones sociales o “problèmes de haute portée morale et sociale” como él las llamaba. Como avancé ya era un jurista católico implicado en las corrientes sociales de la Iglesia. 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 sucesoria<sup>112</sup>. Dedicó su trabajo a un texto sobre los enajenados mentales<sup>113</sup>. También escribió el “borgoñón sobre los derechos de la mujer”<sup>114</sup>.

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.

111 Alessandro Somma, “Le tecniche di imputazione del danno”, *op. cit.* 279 ss.

112 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.

113 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.

114 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 pécu-*

Pero entre las monografías de Saleilles sobre la llamada cuestión social destacan los textos dedicados a las consecuencias jurídicas de los accidentes de trabajo, consecuencia del hecho de que el hombre “n’est plus la force dirigeante de l’outil; c’est l’outil qui l’asservit à son fonctionnement mécanique et brutal”<sup>115</sup>.

En 1897 publicó un librito sobre los accidentes de trabajo a partir del *Arrêt Teffaine: Les accidents de travail et la responsabilité civile*<sup>116</sup>, “une brochure qui fit sensation” según el jurista Pierre Bettremieux<sup>117</sup>. Poco antes había escrito Saleilles un texto sobre el mismo tema dirigido al público más amplio y no siempre jurídico de *Réforme sociale*, la revista de los seguidores de Le Play. Este texto fue la base de una conferencia celebrada en la institución de Le Play que fue seguida por un interesante debate que más adelante comentaré.

Saleilles, todavía joven cuando escribió estos textos, abordaba la cuestión a partir del estudio de las doctrinas francesa y alemana, de las normas de ambos países pero ignorando completamente las leyes especiales que desde 1871 regulaban los accidentes laborales en Alemania, lo que ya nos indica que el borgoñón, fiel a su concepción del derecho, defendió una solución basada en el respeto al código civil, en el papel individualizador de la jurisprudencia y en el rechazo a la intervención del Estado mediante leyes especiales. En todo caso es innegable la aportación de Saleilles a la discusión científica y su responsabilidad en la creación del concepto de riesgo profesional.

“La rançon de l’activité moderne”<sup>118</sup>. Así califica Saleilles la plaga de los accidentes de trabajo: un tributo que resignadamente debían pagar los hombres por los beneficios de la modernización. Ante esta inevitabilidad de los accidentes los juristas debían solucionar la situación de desamparo económico y jurídico que sufrían los trabajadores accidentados y sus familias.

Raymond Saleilles analizó la sentencia del caso Teffaine para defender que la más grave cuestión de la sociedad industrial podía resolverse en base a los artículos 1384 y 1386 del código civil de 1804. Por consiguiente no era necesario resolverla mediante ley especial ninguna. Para extraer este principio era suficiente

*naires*, 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.

115 Raymond Saleilles, “Le risque professionnel dans le code civil”, *Réforme sociale* 35 (1898), 634-665, 637.

116 Raymond Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d’une théorie objective de la responsabilité*, Paris, Arthur Rousseau, 1897.

117 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

118 Ibid., 637.

con una aplicación moderna y científica de la ley por parte de jueces y tribunales que tuviese en cuenta no solamente la noción de culpa sino la de riesgo<sup>119</sup>.

Según el borgoñón la responsabilidad regulada por el artículo 1384 se fundamentaba en el deber de guarda diligente de una cosa: una persona propietaria de un objeto peligroso estaba obligada a procurar por su diligente guarda de forma que no causase daño alguno a nadie. Cuando el trabajador no tenía la dirección completa de su instrumento, “là il [est] 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”<sup>120</sup>.

Saleilles consideraba que, si bien los artículos 1382 y 1383 regulaban la responsabilidad subjetiva, los artículos 1384 y 1386 contenían la idea de riesgo o de fuente de peligro. Según estos preceptos el propietario de un objeto considerado fuente de peligro era responsable por el daño que pudiese causar. Aplicando estos preceptos a la posesión de maquinaria industrial se podría solventar el problema, obligando al empresario a reparar por accidentes provocados por sus máquinas. De esta manera se podía establecer la existencia de casi-delito o delito civil en el caso de los accidentes de trabajo sin necesidad de probar la culpa. El delito civil lo constituía la situación de riesgo: “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”<sup>121</sup>.

Esta era la única solución posible 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”<sup>122</sup>.

Mediante la extensión del concepto de deber de guarda del artículo 1384 se lograba establecer una relación de causalidad entre el accidente y el riesgo prescindiendo de la falta subjetiva<sup>123</sup>. 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

119 Raymond Saleilles, *Les accidents de travail*, op. cit., 9.

120 Raymond Saleilles, “Le risque professionnel”, op. cit., 643.

121 Ibid., 646.

122 Íd.

123 Raymond Saleilles, *Les accidents de travail*, op. cit., 36.

consecuencia, este individuo aún no siendo culpable era el responsable jurídico del accidente.

Sailleilles reconocía que era necesario que la idea de riesgo profesional se consagrara como principio de orden público para evitar excusas de la responsabilidad pero rechazaba que esto se llevara a cabo mediante ley especial. Era suficiente con el reconocimiento jurisprudencial<sup>124</sup>.

Sailleilles dedica varias páginas de su estudio sobre los accidentes a defender el papel de la jurisprudencia en este tema: “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”<sup>125</sup>, lo que permitía a Sailleilles declararse como “partisan très convaincu du risque professionnel dans le Code civil”<sup>126</sup>.

Sailleilles se ocupó también de las consecuencias prácticas de este nuevo dogma. El Juez debía medir el riesgo, el grado de responsabilidad si concurría para determinar la procedencia o cuantía de la indemnización. Pero también en este punto se rechazaba la existencia de un modo único de reparación. No siempre había una sola causa de responsabilidad y de riesgo y, por tanto, la reparación integral solucionaba todos los casos. Para determinar la cuantía de la indemnización se debía partir de las reglas sobre ejecución de las obligaciones pero yendo más allá<sup>127</sup>. 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 Sailleilles 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. El perjuicio había de tenerse en cuenta y también la relación entre las partes y su situación de desigualdad<sup>128</sup>.

La idea del riesgo profesional la extraía Sailleilles de la doctrina del caso Teffaine. Pero también se apoya nuestro jurista en el derecho comparado a la hora de extraer la respuesta jurídica más adecuada al problema de los accidentes de trabajo, la respuesta que él consideraba más de acuerdo con el derecho común de la humanidad civilizada.

Sailleilles se apoyaba en la doctrina alemana para defender su idea de riesgo profesional. Sailleilles defendía las ideas de los juristas alemanes que creían en un

124 Ibid., 37.

125 Íd.

126 Raymond Sailleilles, “Le risque professionnel”, *op. cit.*, 638.

127 Ibid., 40 y 80.

128 Ibid., 81.

derecho privado social<sup>129</sup>. Otto Gierke, admirado por Saleilles, se contaba entre estos últimos y había dedicado a la cuestión social tema una monografía en 1889 en la que afirmaba “unser Privatrecht wird sozialer sein oder es wird nicht sein”<sup>130</sup> aunque en otro trabajo reconocía la falta de determinación de lo que era social.

Pero la discusión en Alemania tenía connotaciones muy diferentes a las que tenía en Francia. Por dos razones. En primer lugar porque en Alemania los diferentes gobiernos de Bismarck habían promulgado ya leyes especiales reglando las relaciones laborales. A la ya comentada ley sobre accidentes de trabajo hay que añadir la ley promulgada en 1883 sobre seguro de enfermedad<sup>131</sup>. En 1884 se aprobaba la ley sobre seguro laboral de accidentes<sup>132</sup>. En 1889 se sancionaba la ley sobre seguro de invalidez y de jubilación<sup>133</sup>.

En segundo lugar, detrás de la cuestión sobre el carácter social del derecho privado se encontraba la disputa entre germanistas y romanistas. Los romanistas defendían el carácter individualista del derecho privado mientras los germanistas defendían una visión social de éste. 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 responsabilidad<sup>134</sup>.

Saleilles se apoyó en textos de juristas alemanes, especialmente en un artículo de Huber<sup>135</sup> y en un texto de Sjögren en la revista de Jhering<sup>136</sup>. Saleilles, además, adoptó algunos postulados de Gierke sobre la protección a los débiles que el código civil debía prestar<sup>137</sup>. Nuestro autor utiliza estos textos científicos para fundamentar la aplicación de la responsabilidad objetiva dentro del código civil.

Lo sorprendente es que, tratándose de accidentes de trabajo, Saleilles no dedicase atención a la ley alemana de 1871 que regulaba esta cuestión. Saleilles

129 Tilman Reppen, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001

130 Otto von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, (1889), en Otto Gierke, *Aufsätze und kleinere Monographien*, Hildesheim u. a., 2001, 605-642, 610.

131 Krankenversicherung. Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883, RGBl. 73-103.

132 Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884, RGBl 69-111.

133 Invaliditäts- und Altersversicherung Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22 Juni 1889, RGBl. 97-144

134 Raymond Saleilles, *Les accidents de travail*, 7.

135 Eugen Huber, “Deutsches Privatrecht”, *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, 20 (1898), 93-163.

136 Wilhem Sjoegren, “Zur Lehre von Formen des Unrechts und den Thatbestaenden (sic.) der Schadenstiftung”, *Revue d'Ihering*, 1896, 343 ss. Citado por Saleilles, “Le risque professionnel et le code civil”, *op. cit.*, 648, nota 3

137 Otto von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, *op. cit.*

sabía que, en la redacción final del BGB, el legislador prescindió de los postulados de Sjögren, Gierke y otros porque apostó por la responsabilidad subjetiva dentro del código y la objetiva en la legislación especial sobre accidentes de trabajo. En sus escritos Saleilles omitió cualquier referencia a estos hechos. Tan sólo los nombra tangencialmente en un párrafo de su introducción al derecho privado alemán:

“Le projet [de BGB] 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 dérogoires 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 fabriques<sup>138</sup>”.

Saleilles menospreció la importancia de estas normas y, en base a doctrinas de derecho civil alemán y a la sentencia Teffaine construyó su teoría del riesgo profesional dentro del código y, en consecuencia, alejada de las soluciones que podían aportar las leyes especiales. Saleilles criticaba duramente estas leyes que se estaban aprobando cuando él escribía su texto sobre riesgo profesional. Esas leyes constituían una “réglementation [...] trop étroite et [...] tyrannique”<sup>139</sup>. El 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 de la misma manera a realidades muy diversas. Por ello Saleilles proponía “découvrir dans le Code civil lui même, non seulement le principe, mais l’application même du risque industriel”<sup>140</sup>.

¿Era ciego Saleilles a las enormes transformaciones que se estaban operando en el derecho? ¿Tan alejada era la realidad alemana de la francesa? Creo que precisamente por la similitud de ambas situaciones Saleilles intentaba oponer a la fuerza con la que irrumpía el Estado con la legislación especial una solución basada en el viejo orden liberal católico: una solución “au delà du code civil mais par le code civil”. Eso sí: hemos de reconocer que la teoría de Saleilles sobre el riesgo profesional dentro del código civil era coherente, completa, muy elaborada.

El texto de la conferencia de Saleilles sobre el riesgo profesional resulta interesante por el debate posterior que generó en la asociación de los seguidores

138 Raymond Saleilles, *Etude sur les sources de l’obligation dans le projet de code civil de l’Empire d’Allemagne*, op. cit. 88.

139 Raymond Saleilles, “Le risque professionnel”, op. cit., 637.

140 Íd.

del reformista social Frédéric Le Play. En este debate destacaron por un lado Raymond Saleilles y, por otro, Emile Cheysson, ingeniero, reformista social e ideólogo de la idea de ingeniería social. Cheysson era favorable a que el Estado interviniese en este tema mediante la promulgación de una ley especial de responsabilidad derivada de accidentes de trabajo. Para él, una interpretación de los artículos del código, por osada que fuese, no podía ser suficiente para dar solución a los problemas generados por estos trágicos accidentes. 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 a favor de una ley especial era el de las consecuencias de accidentes en los que concurría culpa del obrero. En estos casos el modelo de responsabilidad objetiva diseñado por Saleilles no reconocía derecho a indemnización, lo que le parecía injusto a Cheysson. 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 recibir ninguna compensación e incluso a la demanda del empresario, quien podía acusarle de negligencia.

La opinión de Cheysson provenía no desde el Republicanismo sino desde el reformismo social católico. Cheysson defendía la idea de que el Estado llevase a cabo lo que él llamaba una ingeniería social para corregir los desequilibrios sociales y asegurar la cohesión social aplicando criterios científico-técnicos<sup>141</sup>.

Pero Cheysson no era el único liberal crítico con Saleilles: Raymond Teisseire, civilista, consideraba en una obra de 1901, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*<sup>142</sup>, que Saleilles, al elaborar su sistema de responsabilidad objetiva, había sido demasiado cándido al presuponer siempre la buena fe del empresario. Inteligentemente Teisseire acusaba al borgoñón de haber reemplazado la ficción del “bon père de famille” del código Napoleón por la del “homme d'affaires soucieux du seul intérêt”. Teisseire en definitiva rechazaba, como Cheysson, que la prevención y reparación de los accidentes laborales estuviese en manos de los empresarios o de la discrecionalidad de los tribunales<sup>143</sup>.

Teisseire también coincidía con el ingeniero Cheysson al proponer el reconocimiento de la responsabilidad objetiva dentro de una ley especial como la que ya existía en 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

141 Robert Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris, Gallimard, 1995, 388.

142 Raymond Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. Etude de droit civil*, Paris, Rousseau, 1901.

143 *Ibid.*, 70.

de obras públicas reconocía la obligación de indemnizar en el caso de obras públicas por retraso en la obra o por daños incluso en ausencia de culpa<sup>144</sup>. 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 de la idea 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 soit réparée sur le patrimoine de l’Etat”<sup>145</sup>. Detrás de esta afirmación había 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 porque el acto que había causado el daño se había ejecutado para alcanzar un fin buscado por el mismo Estado. Este debía, por tanto, asumir la responsabilidad. Si esta teoría se aplicaba al mundo empresarial, se llegaba a conclusiones similares a las de Emile Cheysson y se imponía por tanto la obligación del empresario de indemnizar al obrero o a su familia.

Duguit tenía una idea muy elaborada sobre el tema probablemente influencia de su colega y amigo Emile Durkheim. Este había ya mostrado que las reglas de la solidaridad y la cohesión social debían cambiar radicalmente como consecuencia de las transformaciones que la industrialización había operado en las relaciones sociales. Dados los desequilibrios existentes entre diferentes clases, los viejos conceptos del Antiguo Régimen como el de caridad, solidaridad social, etc, habían quedado invalidados. La solidaridad social era necesaria pero debía ser desarrollada desde el mismo Estado. Esta idea de Durkheim la desarrolló Duguit en el plano jurídico.

Duguit, Teisseire o Cheysson diferían en ideología y en la concepción del Estado. Pero todos ellos coincidían en defender una idea moderna de haber superado una vieja concepción de las relaciones sociales. Todos ellos hablaban de relaciones de trabajo y de la necesidad de que el Estado interviniese para corregir unas desigualdades sociales fruto de la acumulación desigual del capital y al desequilibrio entre capital y trabajo.

Saieilles, en cambio, seguía confiando en la solidaridad social espontánea, en la buena fe de empresarios y jueces, los representantes de la élite económica, social y política. El borgoñón defendía la suficiencia de una regulación mínima por parte del código y de su individualización en cada caso por parte de unos

144 Ibid., 85

145 Leon Duguit, *Etudes de Droit public II*, Paris, Fontemoing, 1903, 637.

jueces que determinarían en qué casos el obrero merecía una compensación por sus lesiones y en qué casos no. En otras palabras, Saleilles defendía una mínima intervención del Estado y una adaptación del derecho liberal a las nuevas circunstancias por parte de la élite de los juristas, élite que, según el borgoñón “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”<sup>146</sup>.

Saleilles se apoyaba en la “conciencia de la justicia social” de los jueces para defender que la batalla entre legislación especial e individualización jurisprudencial del derecho civil no había acabado: “les partis n’ont pas désarmé pour cela; et de part et d’autre on continue à batailler sur ce point”<sup>147</sup> llegó a escribir. El código alemán había tenido que defenderse contra “les progrès grandissants de l’idée nouvelle”<sup>148</sup> y eso ya indicaba la fuerza de la nueva teoría del riesgo profesional dentro del código que, según él, se acabaría imponiendo. Esta postura es una muestra excelente de este modernismo jurídico saleilliano que respondía con instrumentos del pasado a problemas de la sociedad industrial de masas.

Saleilles debía saber que Alemania estaba liderando el cambio de paradigma en este tema no mediante reformas del código civil sino mediante la transición del sistema de responsabilidad subjetiva al del riesgo social, una vez superada la idea de riesgo profesional con la aprobación de la ley de 1871 de accidentes. Saleilles menospreciaba también la creación en Alemania de un sistema de seguros por enfermedad y por accidente o el sistema de rentas para la vejez. Saleilles ignoraba que las ciencias sociales en Alemania apoyaban la intervención del estado en las relaciones laborales<sup>149</sup>. Pero Saleilles se imponía también contra una parte de la doctrina jurídica o de la sociología que creían en la intervención del Estado como única solución para incidir en los grandes desequilibrios sociales en el mundo del trabajo.

Saleilles debía saber que el Parlamento francés en 1900 estaba a punto de publicar una ley reguladora de los accidentes de trabajo siguiendo el ejemplo francés. Sus escritos debemos interpretarlos como un intento lúcido y potente de frenar el avance de la intervención estatal y el inicio del fin del orden liberal decimonónico. Saleilles reaccionaba contra los tiempos modernos.

146 Raymond Saleilles, *Les accidents de travail*, op. cit. 2.

147 Raymond Saleilles, “Le risque professionnel”, op. cit., 648

148 Ibid., 648

149 Ibid., 117

#### 4. *La personalidad jurídica*

El fin de siglo francés que le tocó vivir a Saleilles fue la época de la superación del individualismo filosófico, político y jurídico. El derecho nacido de la Revolución había negado, cuando no condenado, la existencia de las personas jurídicas, entendiéndolas como entes que se situaban entre los individuos y el Estado. No en vano, una de las primeras señales del triunfo del *laissez faire* fue la ley *Le Chapelier* de 14 de julio de 1791<sup>150</sup>. La norma, como comenta Alonso Olea<sup>151</sup>, se orientó directamente a la prohibición de los gremios y corporaciones del Antiguo Régimen, en aras de asegurar la total libertad de empresa y de elección de profesión, eliminando las asociaciones y coaliciones de “gentes del mismo oficio”. Sin embargo, con el tiempo, las repercusiones de esta ley fueron más allá, suponiendo dicha norma una condena que impidió las asociaciones profesionales formadas por obreros. De hecho, el Código penal francés de 1810 realizó una diferencia entre estos dos tipos de organizaciones, reprimiendo más duramente las segundas.

La concepción individualista de la sociedad que había fundamentado estas normas entraba en crisis a finales del siglo XIX, cuando ya era evidente que las organizaciones de individuos —obreros, patronos, artistas, religiosos, mujeres— proliferaban, tomando la forma de asociaciones y fundaciones para defender sus intereses. En el ámbito de lo jurídico se iniciaba “La grande querelle de la personnalité morale”<sup>152</sup>.

La evolución mencionada durante los “temps des troubles” se reflejó claramente en las ciencias sociales. Alejándose de la perspectiva abstracta e individualista que había dominado la primera mitad del siglo XIX, comenzaban a tener en cuenta las agrupaciones de individuos e abordando, incluso, visiones organicistas de una sociedad<sup>153</sup> que ya no se podía concebir como un conjunto de individuos racionales, libres y autónomos<sup>154</sup>.

Esta evolución colocó el debate acerca de la personalidad jurídica en el

150 La Ley recogía el espíritu del pre-revolucionario edicto de 1776, conocido como edicto Turgot. Este célebre representante de la escuela fisiócrata suprimió las organizaciones gremiales para asegurar la libertad de industria y comercio. Sobre la cuestión véase John Kenneth Galbraith, *Historia de la economía*, Barcelona, Ariel, 1992, 62.

151 Manuel Alonso Olea, *Introducción al derecho del trabajo*, Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1981, 276.

152 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.

153 Emile Durkheim, *De la division du travail social* (1893), Paris, PUF, 1991.

154 Durkheim construye en este momento la idea de una sociedad formada individuos organizados en grupos que desarrollaban funciones determinadas, esta la solidaridad mecánica

centro de las ciencias sociales de la época. Se sucedían estudios doctrinales sobre solidarismo, sobre el papel del individuo en las llamadas asociaciones naturales (Estado, familia y religión), sobre las asociaciones jurídicas, etc. De entre los juristas que abordaron la cuestión cabe destacar particularmente a Léon Duguit, Léon Michoud y Maurice Hauriou.

Léon Duguit, amigo y colega de Emile Durkheim, escribió sobre el solidarismo y teorizó el principio de “service public” y de solidaridad social. Duguit contraponía su teoría tanto a la idea rousseauiana de una sociedad abstracta formada por individuos como a la idea nostálgica de una cohesión social basada en la economía de la gracia<sup>155</sup>.

Junto a este autor, también Léon Michoud abordó la cuestión, defendiendo la realidad de las personas jurídicas, rechazando los argumentos de la escuela de Savigny, defensora de la teoría de la ficción, y sosteniendo la existencia de una persona real dotada de una voluntad formada por la conjunción de voluntades diversas<sup>156</sup>.

Por su parte, Maurice Hauriou, desde el derecho público, desarrolló la idea de institucionalismo partiendo de la idea de persona jurídica<sup>157</sup>. Hauriou consideraba la asociación como institución fundamental del Estado que producía y reproducía formas de organización y que estaba en la base de la noción de servicio público. Este autor introdujo la idea de institución como elemento básico en la construcción de Estado y del derecho, sustentando la teoría institucionalista que dio el empuje definitivo a la concepción del Estado que triunfaría en los años posteriores a la I Guerra Mundial.

A diferencia de la doctrina jurídica, el derecho positivo reflejó esta evolución en la concepción de la sociedad de manera muy lenta y tímida, con limitados cambios que fueron introduciéndose fundamentalmente a partir de 1870. De hecho, a pesar de la existencia de numerosas asociaciones, especialmente obreras y patronales, que tenían relaciones con el gobierno, la libertad sindical no se aprobó hasta 1884 pero el artículo 291 del código penal seguiría prohibiendo las asociaciones de más de veinte personas sin acuerdo de la autoridad pública.

Uno de los pasos fundamentales en la regulación de la personalidad jurí-

constituía para el autor el fundamento de la existencia de la sociedad. Ver Emile Durkheim, *De la division du travail social*, op. cit., 83 ss,

155 Ver especialmente Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris Colin, 1913.

156 Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Paris, Librairie générale de Droit & de Jurisprudence, 1906.

157 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.

dica se produjo en 1901, al aprobarse la ley reguladora de las asociaciones<sup>158</sup>. En esta norma, aun cuando reconocía finalmente la realidad de asociaciones y fundaciones, puede encontrarse todavía el temor del Estado frente a estos entes. Así, la ley sometía el ejercicio del derecho de asociación y las potestades de las personas jurídicas a un régimen estricto de autorizaciones administrativas, quedando igualmente otros aspectos del funcionamiento de las asociaciones sometidos al Estado y al derecho administrativo.

a) *Saleilles y la lucha por la personalidad jurídica*

En el tratamiento de la personalidad jurídica destacó particularmente Raymond Saleilles. Nuestro autor pronto entendió que las mismas circunstancias sociales y científicas descritas obligaban a un acercamiento global al fenómeno de las asociaciones y fundaciones, que no se limitase a la doctrina o a la historia, aproximándose al tema con una perspectiva sociológica y comparatística. Cómo escribía Michoud en el libro homenaje a Saleilles, “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”.<sup>159</sup> Si tenemos en cuenta la tendencia antiindividualista y antiestatalista y la nostalgia por el viejo orden católico y tradicional no es de extrañar que Saleilles dedicase varias obras de madurez a este tema, en las que se percibe nítidamente su visión antiigualitaria y organicista de las sociedades humanas.

Estoy de acuerdo con Tellier cuando afirma que “[l]a vision de Saleilles tend vers une vision corporative de l’Etat dans laquelle l’ensemble des devoirs et des droits individuels auront leur fondement premier dans l’idée de groupes sociaux considérés comme des sujets actifs de souveraineté”<sup>160</sup>. Saleilles estaba interesado por la personalidad jurídica sobretudo por tener una visión organicista, antiindividualista y antiestatalista de la sociedad.

Es necesario señalar que en el interés del autor por el estudio de la regulación de la personalidad jurídica cooperaron diversas motivaciones, entre ellas, la cuestión religiosa. Los conflictos entre laicos y católicos de la Francia del *tour-nant de siècle* se plasmaron en la Ley de Separación de las Iglesias y del Estado de 1905. Esta norma, que estuvo cerca de generar un conflicto de grandes dimensiones en Francia, al desvincular la Iglesia del Estado, obligó a las comunidades

158 Loi de 1er juillet de 1901 relative au contrat d’association. Décret d’application du 16 août 1901.

159 Léon Michoud, “La théorie de la personnalité morale dans l’oeuvre de Raymond Saleilles”, en *L’oeuvre juridique*, 301-337, 301.

160 Frédéric Tellier, “Le droit à l’épreuve de la société”, *op. cit.*, 177.

religiosas a organizarse como asociaciones de culto de acuerdo con un régimen excepcional que sólo en parte coincidía con el régimen de las asociaciones previsto en la ley de 1901.

La ley de 1905 garantizaba la permanencia de la jerarquía eclesiástica, pero el Parlamento, vistas las enormes protestas de los sectores católicos y de su jerarquía, decidió dar un golpe decisivo con una ley de 2 de enero de 1907 que imponía a las asociaciones de culto el mismo régimen que a cualquier otra asociación, incluida la exigencia de un funcionamiento democrático. Saleilles se pronunció en varias ocasiones sobre esta ley de separación. Consciente de la importancia de la cuestión de la personalidad jurídica consciente para los católicos a partir de 1905, el autor escribió un texto en respuesta a un artículo que sobre la ley de 1905 elaboró Maurice Hauriou<sup>161</sup>, pronunciando un año más tarde una conferencia sobre la mencionada norma de separación en la *Ecole des hautes études sociales*, publicada en la *Revue des Institutions culturelles*<sup>162</sup>.

Saleilles 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 y podía permitir que los fieles católicos pudiesen ver cumplidas sus aspiraciones por encima de los proyectos de una jerarquía demasiado politizada. Esto, claro está, si se reconocían ciertas particularidades a las asociaciones de culto que impidiesen el intervencionismo estatal. La solución propuesta por Saleilles fue la de las asociaciones de culto como figuras intermedias, entre la asociación y la fundación, con amplios poderes para gestionar su patrimonio y, por tanto, con un gran potencial de desarrollo<sup>163</sup>, rechazando, nuestro autor la imposición del régimen general de las asociaciones a las asociaciones de culto. El problema es que en 1907 se sometió a las asociaciones de culto al régimen general de la ley de 1901. Ello despertó la urgencia de reformar la regulación sobre las asociaciones: era imprescindible para el pleno desarrollo de las asociaciones de culto y para que la Iglesia pudiese desplegar su programa social mediante la creación de fundaciones.

b) *La teoría sobre la persona jurídica: entre la historia y el derecho comparado*

Esta urgencia se vio reflejada en la actividad de Saleilles. Nuestro jurista dedicó a la dogmática alemana y al proyecto de regulación del BGB sobre persona jurídica

161 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”, *op. cit.*

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

163 Raymond Saleilles, “Étude sur l’exposé fait par Maurice Hauriou”, *op. cit.*, 855.

su monografía *De la personnalité juridique*<sup>164</sup>, en realidad un compendio de las lecciones de sus cursos de doctorado sobre la materia. Por otro lado, Saleilles se implicó en las discusiones de la *Société d'études législatives* dedicadas a la posible reforma de la normativa francesa sobre personas jurídicas, participando en las discusiones o presentando informes y cuestionarios, que constan por escrito en el Boletín de esa sociedad.

Saleilles abordó el estudio de estas cuestiones desde la historia, la doctrina y el derecho comparado, utilizando para ello una ingente pluralidad de fuentes que abarcan esta amplitud de registros. Su aproximación es especialmente historicista si bien es de destacar el valor del análisis de las diferentes teorías vigentes en Alemania en el siglo XIX y su adaptación a la realidad francesa.

La historia del derecho tiene una gran importancia en los estudios de Saleilles sobre la persona jurídica, ocupando más de la mitad de la monografía señalada. Además, el autor le dedicó un artículo de 1895<sup>165</sup> y parte de su estudio sobre las asociaciones en el BGB publicado en 1901 en la *Revue du droit public*<sup>166</sup>. En estas obras, Saleilles mira al pasado, al Antiguo Régimen y a las discusiones de la Escuela histórica alemana para extraer conclusiones a la hora de regular la creación y el funcionamiento de la persona jurídica del siglo XX. Una de las conclusiones de este acercamiento histórico apunta a la importancia de la doctrina a la hora de adaptar el derecho a la realidad social. Saleilles subraya como, de todos los periodos analizados, el que permite una mayor floración de la persona jurídica es la Edad Media, época en la que la doctrina tenía el poder necesario para adaptar las viejas instituciones romanas a una realidad bien diferente.

Si la doctrina de los glosadores y los post-glosadores había jugado con la noción de personalidad ficticia, adaptándola a las necesidades del momento sin grandes problemas ni impedimentos, ¿Por qué la doctrina actual, ante el mismo fenómeno de las sociedades, veía tamaño problema en la teoría de la personalidad ficticia? Esta sería la pregunta que Saleilles intentaba lanzar con su estudio de la doctrina medieval<sup>167</sup>.

Saleilles dedicó las primeras lecciones de su libro sobre la personalidad jurídica a rebatir los argumentos filosóficos del Iluminismo que habían sostenido el rechazo jurídico a la persona jurídica. A continuación presentó las diferentes teorías, muchas del Antiguo régimen, algunas del siglo XIX, sobre esta institución,

164 Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique. op. cit.*

165 Raymond Saleilles, "Etude sur l'histoire des sociétés en commandite", *Annales de droit commercial* 9 (1895), 10-26. 49-63; 11 (1897) 29-49.

166 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.

167 Raymond Saleilles, "Etude sur l'histoire des sociétés en commandite", *op. cit.*, 31.

analizando la teoría de la universidad<sup>168</sup> y la teoría de la fundación<sup>169</sup>, con gran predicamento ambas en el mundo romano y medieval, mostrando el contraste la flexibilidad y sentido práctico de los juristas medievales a la rigidez y estrechez de miras de los juristas del siglo XIX: la Edad Media como modelo a seguir<sup>170</sup>.

Del siglo XIX analizaba Saleilles en primer lugar la teoría de la ficción defendida por Savigny y sus sucesores, valorando su intento de construir jurídicamente la persona jurídica a partir de una ficción: la de la persona ficta<sup>171</sup>. 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. Saleilles consideraba que esta teoría no podía ser importada a Francia pues el legislador francés, “méfiant” de cualquier agrupación, podía recelar de una “persona ficta” pues, al no haber personalidad, fácilmente podía escapar del control del Estado<sup>172</sup>.

Además Saleilles criticaba algunas exageraciones de algunos sucesores de Savigny que llevaban a una separación entre los componentes de la persona jurídica y la personalidad jurídica en sí<sup>173</sup>. Consideraba Saleilles que era ésta una posición basada en un artificio alejado de la realidad y que ponía en riesgo los derechos subjetivos de los individuos que componían la persona ficticia<sup>174</sup>.

Saleilles consideraba además que esta teoría tenía consecuencias prácticas muy negativas y que por ello era inviable en Francia<sup>175</sup>. 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 una ficción, el Estado debía autorizar su existencia. A partir de ésta la persona jurídica podía desarrollar sus derechos de acuerdo con el ordenamiento jurídico<sup>176</sup>. Esto significaba que solamente el Estado podía otorgar la personalidad moral de acuerdo con su concepto de la “utilité publique”. Saleilles, en este tema como otros, huía de la intervención estatal. En Alemania el clima era radicalmente diferente. Había tolerancia y confianza en asociaciones

168 Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, *op. cit.*, 68 ss.

169 *Ibid.*, 116 ss.

170 *Ibid.*, 220 ss.

171 *Ibid.*, 305.

172 *Ibid.*, 309.

173 *Ibid.*, 223 ss y 309 ss.

174 *Ibid.*, 382.

175 *Ibid.*, 360 ss.

176 Raymond Saleilles, “Les associations dans le nouveau droit allemand”, *op. cit.*, 232.

y fundaciones. Por ello algunas asociaciones funcionaban sin tener personalidad jurídica como asociación, fenómeno que interesaba a Saleilles<sup>177</sup>.

Una alternativa a estas teorías era la de la realidad, que basaba la personalidad jurídica en la existencia de un patrimonio de varias personas puesto en común o afectado a un fin. El patrimonio en cuestión quedaba protegido de las pretensiones de los acreedores de los miembros, con lo cual se creaba una persona jurídica separada de sus componentes individuales. Este acercamiento valía para legitimar a las fundaciones o incluso a algún tipo de asociación<sup>178</sup>.

Saleilles, conocedor de la legislación y la mentalidad francesas y consciente de los problemas a los que se enfrentaban las comunidades religiosas, se decantaba por la teoría de la realidad como fundamento de la existencia de las personas jurídicas. 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”<sup>179</sup>. 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 individual<sup>180</sup>.

Se trataba de una constatación objetiva, científica. Históricamente la idea de realidad aplicada a las personas jurídicas se había dado “comme un fait indéniabile, avant toute élaboration de théories savantes”<sup>181</sup>. Sólo en el siglo XIX el derecho rechazaba la personalidad moral:

“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 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”<sup>182</sup>.

177 Ibidem, 235.

178 Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, op. cit., 386 ss.

179 Raymond Saleilles, “Les associations dans le nouveau droit allemand”, op. cit., 236.

180 Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, op. cit., 570 ss.

181 Ibid., 659.

182 Ibid., 607.

La teoría de la realidad que defendía Saleilles era prácticamente el principio y el 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 una voluntad colectiva detrás de la persona jurídica. Esta voluntad podía provocar efectos jurídicos, *ergo* podía generar la existencia jurídica de la persona moral. 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”<sup>183</sup>.

¿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, la *Willenstheorie*. Saleilles era el primero en defender la idea de orden público como límite al derecho de asociación. 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, una idea de Rudolf Jhering. Para el francés la existencia de una persona moral se basaba en un derecho subjetivo, “un pouvoir mis au service d’intérêts de caractère social et exercé par une volonté autonome”<sup>184</sup>. Por tanto voluntad e interés se constituían en los dos conceptos 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”<sup>185</sup>.

La teoría de la realidad permitía algo fundamental para Saleilles: la sumisión de la asociación al derecho civil y no al derecho administrativo. No existía ningún principio de derecho público que justificase que fuese el Estado el que concediese carta de naturaleza a asociaciones o fundaciones: si se daban los requisitos formales la persona jurídica existía como titular de derechos sin necesidad de ningún acto del Estado<sup>186</sup>. Solamente una vulneración del orden público implicaría una intervención del poder estatal par variar esta realidad<sup>187</sup>. Con la teoría de la ficción, en cambio, era necesario un acto del estado para que la persona ficta obtuviese naturaleza jurídica real<sup>188</sup>. Vemos aquí nuevamente uno de

183 Raymond Saleilles, “Les associations dans le nouveau droit allemand”, *op. cit.*, 246.

184 Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, *op. cit.*, 543.

185 *Ibid.*, 544.

186 *Ibid.*, 626.

187 *Ibid.*, 627.

188 En este punto Saleilles contraponía su teoría, que reconocía los derechos subjetivos, a

los *Leit Motifs* de la teoría saleilliana: que las personas jurídicas escapasen de la actuación de Estado.

Otra consecuencia práctica de la teoría de la realidad era el reconocimiento de una serie de derechos de la persona jurídica en sí como la capacidad contractual o procesal: “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”<sup>189</sup>. Esto resultaba interesante para asociaciones como sindicatos que, según la idea de Saleilles, podrían defender los intereses de los trabajadores sin esperar un mandato concreto de éstos. No olvidemos que detrás de la defensa del derecho de asociaciones estaba también la cuestión de la negociación colectiva.

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 ella, lo cuál podía acarrear problemas en caso de delitos o faltas cometidos por sus miembros<sup>190</sup>. En todo caso se evitaba la irresponsabilidad de la persona moral que se desprendía en ocasiones de la teoría de la ficción. Saleilles en todo caso se declaraba partidario de la responsabilidad penal general de la persona jurídica<sup>191</sup>, siguiendo aquí las ideas de de Maurice Hauriou<sup>192</sup>.

Estas eran básicamente las consecuencias prácticas de la teoría de la realidad. Este planteamiento partía en parte de las teorías alemanas pero se adaptaba mucho mejor al intervencionismo del Estado francés. A partir de este planteamiento teórico Saleilles plantearía sus propuestas legislativas tendentes a la liberalización del derecho de asociaciones y fundaciones

### c) *De la teoría a la práctica: la defensa de la fundación*

Saleilles dedicó muchos esfuerzos a defender la aceptación de unas fundaciones con amplios poderes por parte del derecho positivo. Estas no existían práctica-

la de Léon Duguit, que se apoyaba en los vínculos sociales de la comunidad para legitimar la persona jurídica. El solidarismo de Duguit 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 que la persona jurídica existiese. *Vid.* sobre este punto Saleilles, *De la personnalité juridique, op. cit.*, 630.

189 *Ibid.*, 633-634.

190 *Ibid.*, 638.

191 *Ibid.*, 639.

192 *Íd.*

mente en el derecho francés ya que únicamente las personas jurídicas públicas autorizadas por la administración podían administrar un patrimonio afectado a una finalidad de utilidad pública. En realidad los republicanos temían que la Iglesia, a través de fundaciones privadas que escapasen al control del Estado, pudiese torpedear su programa reformista en el ámbito laboral, educativo o cultural.

En 1893 Saleilles trató el tema en ocasión de un comentario a una sentencia emitida por un tribunal borgoñón<sup>193</sup>. 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 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 tan restrictiva con las fundaciones. Pero solamente era aplicable al caso de bienes públicos con afectación a un fin de reconocida utilidad pública.

Saleilles comentó otra sentencia sobre un tema similar diez años más tarde. En este caso se había aceptado la donación a favor de una entidad privada<sup>194</sup>. Pese a ello Saleilles reconocía que en Francia estaban “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”<sup>195</sup>. Saleilles concluía su artículo anunciando la inminente llegada de un cambio en el derecho francés: “La jurisprudence s'approche progressivement de ce résultat qui est fatal”<sup>196</sup>.

Saleilles puso los medios a su alcance para ayudar a éste reconocimiento total de la fundación. Jugó un papel importantísimo en las discusiones sobre la materia en la *Société d'études législatives*, iniciadas en 1906 y alargadas durante 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.

La *Société d'Etudes législatives* le encargó a Saleilles un dictamen sobre

193 Raymond Saleilles, “Chronique. Jurisprudence civile de la Cour d'Appel de Dijon”. *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 3 (1893), 782-801.

194 Raymond Saleilles, “Note sur Civ. Rej. 29 avril 1901”, *Recueil Sirey* 1903, 321-325, 321.

195 *Ibid.*, 325.

196 *Íd.*

la reforma del derecho de fundaciones. Fue la gran oportunidad para difundir, con todos los instrumentos a su alcance, sus ideas sobre la materia: recurrió a la opinión de prestigiosos colegas extranjeros para reforzar sus argumentos, realizó cuestionarios, escribió artículos, participó en las discusiones... Cualquier esfuerzo era pequeño vista la oposición, en el Parlamento y en la Sociedad de estudios, al reconocimiento de la fundación pura. Todo este material, incluidas las cartas de profesores extranjeros, está recogido en el *Bulletin de la Société d'études législatives*.

El dictamen de Saleilles sobre la fundación fue presentado en 1906<sup>197</sup>. 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 en el derecho francés, alemán e inglés<sup>198</sup>. 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 social<sup>199</sup>.

Saleilles se quejaba de que, mientras se daban avances en el derecho de las asociaciones, la fundación quedaba sometida al intervencionismo estatal, perjudicial para la dinámica natural de la sociedad que, según el borgoñón, tendía a la agrupación de voluntades coincidentes para conseguir fines caritativos, científicos o artísticos<sup>200</sup>. El régimen jurídico francés suponía “que l'Etat prenne l'oeuvre sous son patronage et entende 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”<sup>201</sup>. Saleilles contraponía con frecuencia el sistema francés al alemán que, si bien sometía la existencia de las fundaciones a la autorización del Estado, reconocía su plena autonomía.

La Sociedad de estudios no recibió la propuesta de Saleilles de forma unánime. Algunos juristas la apoyaron pero dudaron incluso de la oportunidad de la discusión sobre una institución de dudosa utilidad<sup>202</sup>. Ante esta respuesta Saleilles

197 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.

198 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.

199 *Ibid.*, 472.

200 *Ibid.*, 478 ss.

201 *Ibid.*, 483.

202 Así lo vio Léon Michoud, “La théorie de la personnalité morale dans l'oeuvre de

no dudó en pedir el auxilio de un profesor alemán reconocido internacionalmente: Otto Gierke, por quien Saleilles profesaba verdadera devoción, hasta el punto de afirmar que su *Deutsche Genossenschaftsrecht* era la obra capital del estudio de la persona jurídica<sup>203</sup>.

Aprovechando la fluida relación profesional con Gierke<sup>204</sup>, Saleilles le pidió una carta que publicaría en el Boletín de la *Société*<sup>205</sup>. La carta que Otto Gierke escribió desde Charlottenburg ocupa siete páginas y constituye un verdadero compendio de derecho de las personas jurídicas. El alemán, al igual que Saleilles, legitimaba la fundación privada con argumentos históricos.

Gierke defendía la especificidad de la fundación privada, diferenciándola de las asociaciones o los establecimientos públicos y negando que se tratase de una “institution superflue et inutile”<sup>206</sup>. 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 et développé, et y était restée extrêmement vivante”<sup>207</sup>. Por todo ello, “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 durante la discusión sobre la fundación había sido la de la autorización del Estado.

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, por tanto, ejercía su poder sobre personas vivas. Gierke, consciente del rechazo francés a toda cosa que se asemejase a la “main-morte”, defendía los beneficios de estas instituciones para la sociedad y la garantía que suponía el control del Estado. Gierke, fiel a los intereses de Saleilles defendía en su carta que la autorización del Estado no debía ser un acto de creación de derecho público sino “la simple confirmation d’un acte de création purement privée”<sup>208</sup>.

Gierke consideraba que era fundamental superar el miedo a la afectación de bienes: “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

Raymond Saleilles”, *op. cit.*, 316

203 Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, 56.

204 Las cartas de Saleilles a Gierke fueron publicadas por Olivier Motte, *Lettres inédites de juristes français, op. cit.*

205 “Lettre de M. Otto Gierke”, *Bulletin de la Société d’études législatives* 6 (1907), 68-72. Véase el apéndice documental.

206 *Ibid.*, 5.

207 *Ibid.*, 67.

208 *Ibid.*, 4.

telle infraction?'"<sup>209</sup>. Gierke animaba a Saleilles a superar este temor para lograr con del reconocimiento de las fundaciones "un moteur extraordinairement actif et puissant, en vue de la socialisation des biens"<sup>210</sup>. Por tanto un instrumento contra el individualismo y favorable a la idea comunitarista de la sociedad que él y también Saleilles defendían.

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.

Saleilles defendía la fundación pero sabía que existía la posibilidad de que el Parlamento pudiese crear un sucedáneo de ésta. Tenía dos temores: Por un lado temía que el parlamento canalizase los deseos de los favorables a la fundación privada mediante el derecho de asociación: En segundo lugar Saleilles alertaba sobre el peligro que se reconociese una fundación privada fuertemente intervenida por el Estado

La idea de que la asociación podía cumplir los objetivos de la fundación pura se había hecho fuerte. 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 la que la afectación de patrimonio era fundamental<sup>211</sup>. 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 asociaciones<sup>212</sup>. En este punto el borgoñón recibió el apoyo de Léon Michoud dentro y fuera de la *Société d'études législatives*<sup>213</sup>. Pero, como veremos a continuación, el ambiente legislativo y académico no era precisamente favorable a la creación de la fundación pura.

Saleilles también temía que se aprobase un régimen intervencionista de las fundaciones. Nuestro jurista, lo he señalado ya, no rechazaba la existencia de un control del Estado sobre las personas jurídicas, pero sí que fuese el Estado el que

209 Ibid., 7

210 Ibid., 6.

211 Raymond Saleilles, "Note sur les fondations", *Bulletin de la Société d'études législatives* 8 (1909), 161-172, 170

212 Ibid., 171.

213 Léon Michoud, "Note sur le projet relatif aux Fondations", *Bulletin de la Société d'études législatives* 8 (1909), 172-179

crease la fundación después de haber constatado su inocuidad social. El acto estatal debía ser un acto de reconocimiento y no de creación de la persona jurídica.

El tema de la autorización estatal fue de los más discutidos en la *Société d'Études législatives*. Y en ella planteó Saleilles sus ideas sobre la materia derivadas de la teoría de la realidad. Para verter luz sobre la discusión, la Comisión de Fundaciones encargó a Saleilles en 1906 la redacción de un cuestionario sobre las fundaciones que debía enviarse a profesores y profesionales<sup>214</sup>. El cuestionario debía aportar datos de la realidad y de la práctica jurídica a los juristas encargados de estudiar la reforma del derecho de fundaciones. Las preguntas se agrupaban en dos sectores. En primero lugar trataba el tema de la autorización de las fundaciones. En segundo lugar se preguntaba sobre la autoridad de vigilancia de las fundaciones<sup>215</sup>.

De las siete preguntas sobre la autorización del Estado seis parecen ir dirigidas a defender un sistema reglado de causas por las que no se autorizaría la fundación. Detrás de estas preguntas estaba la estrategia de Saleilles de defender que, excepto en casos de amenaza para el orden público, el Estado debía limitarse a autorizar a la fundación. Saleilles preguntaba si la negativa a autorizar una fundación debe ser dejada al arbitrio de la autoridad o sometida a una serie de condiciones legales, preguntaba también si para determinadas categorías de fundaciones no debía establecerse un sistema de causas de no-autorización más restrictivo.

En la parte del cuestionario dedicada a la autoridad de vigilancia Saleilles preguntaba si el fundador podría escoger la autoridad entre las varias que pudiese proponer la ley. El resto de preguntas pretendía conocer la opinión de los agentes jurídicos sobre las competencias de la autoridad de vigilancia. 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.

Las preguntas de Saleilles iban dirigidas, en general, a que los destinatarios se pronunciasen sobre su modelo de intervención estatal, cerrando la puerta a modelos más intervencionistas. Creo que intentaba además que los juristas de la *Société d'Études* reflexionasen sobre el grado de control y de discrecionalidad que la administración debía tener sobre las fundaciones.

La discusión sobre el tema continuó en febrero de 1908. Y Saleilles, pese a no estar presente físicamente en las discusiones, seguramente por razones de

214 “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.

215 Ver Anexo documental.

salud, participó activamente en ellas mediante el envío de cartas.<sup>216</sup> 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*<sup>217</sup>. Gracias a estas cartas conocemos las ideas de Saleilles sobre esta cuestión.

En la carta expresaba Saleilles que 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 finalidad<sup>218</sup>. En el momento de la creación de una fundación era necesaria una autorización. 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 público<sup>219</sup>. 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 mirase su actuación con una "méfiance instinctive"<sup>220</sup>. 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 carta a la Comisión de Fundaciones<sup>221</sup>. Pero muchos otros juristas de la Sociedad de Estudios que no creían en las fundaciones privadas sí preferían este 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

216 Carta de Saleilles a Huber de 18 de abril de 1908.

217 "Lettre de M. Saleilles à M. Le Président de la Commission des Fondations", *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 7 (1908), 188-191.

218 *Ibid.*, 188.

219 *Ibid.*, 190.

220 *Íd.*

221 *Ibid.*, 190

fundaciones privadas desarrollasen la misma actividad que los llamados establecimientos públicos de utilidad pública.

Saleilles, en cambio, defendía instituciones descentralizadas como los *Commissioners of charities*. Se trataba de una comisión que 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.

Para reforzar estas ideas Saleilles escribió a otro colega extranjero, esta vez a Eugen Huber, al que en carta de 8 de enero de 1908 le detalles sobre la autoridad de vigilancia en Suiza<sup>222</sup>. Huber respondió a Saleilles y éste, como en el caso de la carta de Gierke, tradujo y publicó la respuesta. 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 leurs communes respectives, quelle sera l’autorité de surveillance, et de quelle manière la surveillance sera exercée”<sup>223</sup>. El derecho suizo preveía también que los Cantones o el Consejo federal suizo pudiesen crear 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 otro profesor alemán, Carl Crome, sobre la cuestión de la autoridad de vigilancia. Crome envió una carta que también publicó el *Bulletin* a continuación de las de Saleilles y Huber<sup>224</sup>. 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 agrandar especialmente a Raymond Saleilles<sup>225</sup>.

222 “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. Véase apéndice documental.

223 *Ibid.*, 191.

224 “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.

225 En Alemania existía la posibilidad de crear una fundación por testamento. Esto supo-

También acudió Saleilles a un jurista francés 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 1909<sup>226</sup>. Hauriou consideraba “fâcheux” 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”<sup>227</sup>.

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 continuaban sin que se recogiesen estos argumentos. Los juristas se inclinaron en el informe final por un sistema de control permanente sobre las fundaciones y centralizado por el Consejo de Estado<sup>228</sup>. 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 y, no lo olvidemos, para que la Iglesia pudiese desplegar su actividad social en la Francia laica y republicana.

En 1909 publicaba una nota en el Boletín criticando el planteamiento de su colega en la Comisión de Fundaciones Paul Grunebaum-Ballin<sup>229</sup>. Según éste 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 futuras<sup>230</sup>. Grunebaum-Ballin, jurista, *Auditeur* en el Consejo de Estado, defendía que no eran necesarios cambios legislativos en la regulación de las fundaciones y amenazaba con que una reforma legislativa de las fundaciones podría frenar las reformas en curso en materia de asociaciones<sup>231</sup>.

Saleilles rechazaba estas ideas. Afirmaba que los supuestos avances doctrinales del Consejo de Estado se referían solamente al legado en favor de persona jurídica pública o al reconocimiento de la utilidad pública de un legado futuro.

nía que los causahabientes no eran tratados bajo el principio de igualdad.

226 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.

227 Íd.

228 Ver *Bulletin de la Société d’études législatives*, 7 (1908) y 8 (1909).

229 Raymond Saleilles, “Note sur les fondations”, *Bulletin de la Société d’études législatives* 8 (1909), 161-172.

230 *Ibid.*, 161.

231 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 ss, 124 ss.

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 determinar 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 fundación<sup>232</sup>.

Saleilles defendía la doctrina de la *Cour de Cassation* frente a la del Consejo de en el que trabajaba Grunebaum-Ballin. Según el borgoñón el *Conseil d'Etat* 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 liberalidades<sup>233</sup>. 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 interpuesta<sup>234</sup>.

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?”<sup>235</sup>.

Las páginas anteriores muestran que la de Saleilles fue una verdadera lucha a favor de la fundación pura. Con ésta defendía Saleilles una mayor autonomía de los privados y menos Estado pero, sobretudo, el mantenimiento de la obra social que la Iglesia había desarrollado hasta entonces y que, a partir de la ley de separación de 1905, se veía obstaculizada por la intervención del Estado. Vemos pues el trasfondo político de una discusión doctrinal pero que levantaba pasiones

##### 5. *El Derecho de sucesiones*

El derecho de sucesiones era un ámbito en el que confluían las líneas más importantes del pensamiento jurídico de la época: el derecho privado social, la discusión sobre las fuentes del derecho, el orden familiar y la organización de la so-

232 *Ibid.*, 162.

233 *Ibid.*, 163.

234 *Ibid.*, 165-166.

235 *Ibid.*, 167-168.

ciudad y el respeto a las relaciones sociales tradicionales y la autonomía privada versus su limitación por parte del Estado.

Las sucesiones tenían implicaciones sociales, económicas y políticas y, por ello, generaban controversia entre juristas y no juristas. Y es que, como afirmaba Rainer Schröder, en el siglo XIX, elaborar una teoría sobre el derecho de sucesiones implicaba una teoría sobre la sociedad<sup>236</sup>. Cuesta entender esta afirmación cuando el derecho sucesorio hoy en día regula un ámbito totalmente privado reducido a la transmisión de la propiedad del causahabiente a sus sucesores, de una generación a otra. El derecho de sucesiones en la época de Saleilles todavía tenía la función de, cito de nuevo a Schröder, “die Familie zu versorgen und wirtschaftliche und soziale Macht zu vermitteln”<sup>237</sup>. Mediante el derecho de sucesiones se aseguraba la supervivencia económica de la familia del causahabiente pero también se transmitía su poder económico y social al heredero.

Vemos pues que, incluso en el siglo XIX, el derecho de sucesiones –también el derecho matrimonial –pertenecía también al ámbito de lo político. Las normas sucesorias, por tanto, pueden ser estudiadas, como recordaba Pierre Legendre “non seulement comme fait social [...], mais en tant que montage relevant du principe de causalité dans la reproduction de l’humanité comme espèce”<sup>238</sup>. El derecho de sucesiones, según el antropólogo francés, 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”<sup>239</sup>. Las normas de sucesión del antiguo régimen, otorgando al padre de familia prácticamente todo el poder de disponer *mortis causa* sobre su patrimonio, permitía que el modelo de sociedad patriarcal perviviese y se reprodujese.

El Código francés había unificado los diferentes modelos sucesorios existentes en el territorio del Hexágono antes de 1804 imponiendo un tipo de sucesión burgués según el cuál el padre disponía tan sólo de una parte de su patrimonio, estando obligado a repartir el resto entre sus hijos. En caso de sucesión *ab-intestato*, el patrimonio se dividía por partes iguales entre éstos. De esta manera se garantizaba la igualdad entre hermanos, se transmitían derechos, se agilizaba el tráfico económico pero, al mismo tiempo, se desposeía al padre de familia de

236 Son las palabras de 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.

237 Sigo aquí la teoría de Rainer Schröder, *op. cit.*, “Der Funktionsverlust des bürgerlichen Erbrechts”, *Ibid.*, 282.

238 Pierre Legendre, “Instituer la Reproduction. Remarques sur la contribution de l’histoire du droit à l’étude de la structure”, en Heinz Mohnhaupt, *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts*, 247-265, 248.

239 *Íd.*

una parte importante de su autoridad<sup>240</sup>. Por ello, como afirmaba Rainer Schröder: “Erbrechtsreform bedeutete zugleich einen Angriff auf die aufgestiegene bürgerliche Schicht, die ihren jüngst erworbenen Status natürlich heftig verteidigte”<sup>241</sup>.

Precisamente por este contenido político del derecho de sucesiones, el desarrollo del modelo sucesorio del código francés, especialmente las reglas de partición, fue durante todo el siglo XIX, “un sujet de passions et de controverses” por utilizar la expresión de Halpérin<sup>242</sup>. El artículo 913 del código imponía unas reglas muy severas segun las cuáles el causahabiente podía disponer solamente de “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”. En realidad el legislador de 1804 se preocupaba por la igualdad entre hermanos pero también por socavar la autoridad del padre de familia.

La III República introdujo algunos cambios en el régimen familiar: se restableció el divorcio, se impuso la escolarización obligatoria y se limitó el trabajo de los menores<sup>243</sup>. En la década de los noventa se empezaron a introducir también algunos cambios en el régimen sucesorio: en 1891 se reconoció 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) y en 1896 se reconocieron parcialmente los derechos sucesorios de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

El pensamiento conservador era el principal defensor, aunque no el único, de la reforma del derecho de sucesiones, no tanto por defender a los hijos nacidos fuera del matrimonio o los derechos de las viudas como por el interés en la supervivencia de un modelo de familia tradicional y de la autoridad del padre de familia. Y estos puntos estaban directamente relacionados con las reglas de la partición hereditaria y de la disposición del causahabiente sobre su patrimonio.

Desde la burguesía urbana no se cuestionaban las reglas del artículo 913 del código. Pero sectores conservadores rurales, terratenientes y nostálgicos del Antiguo Régimen criticaban las consecuencias de la partición forzosa para las familias de las zonas rurales. En Francia incluso en las zonas rurales las familias se habían amoldado al modelo burgués de familia, si bien es cierto que en las zonas de montaña todavía quedaban familias tradicionales, con numerosos miembros sometidos a un único *pater familias*. Se trataba de un modelo de familia exótico y cercano a la desaparición en una Francia completamente inmersa en un proce-

240 *Ibid.*, 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.

241 Rainer Schröder, “Der Funktionsverlust”, *op. cit.*, 287.

242 Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, *op. cit.*, 105.

243 *Ibid.*, 206.

so de industrialización y en la que el código Napoleón había ejercido su potencial uniformizador<sup>244</sup>. Pero para una buena parte del pensamiento conservador se construyó la idea de que estas comunidades rurales y de montaña debían protegerse de la disolución con que las amenazaba el régimen sucesorio del código. Se trataba de un rechazo a la intervención del estado en estas comunidades y en la defensa de la familia como unidad social y política impermeable a la acción del Estado.

Frédéric Le Play, pensador católico y conservador nostálgico del Antiguo régimen, escribió en 1871 una célebre monografía sobre la familia Mélouga, de Lavedan, en el Macizo Central, formada por numerosos miembros que trabajaban en la misma empresa siempre bajo la autoridad de un *pater familias*<sup>245</sup>. En este texto se acusaba al derecho sucesorio del código de romper este tipo de familias y sus lazos humanos y económicos por la división forzada de la propiedad obligando a los hijos a abandonar la granja y emigrar. Esta monografía y la familia en ella estudiada se convirtieron en icono y despertó el interés de otros estudiosos por el derecho de sucesiones.

Ni este tipo de familia era significativo, ni era importante su supervivencia ni tampoco era tan dogmático y ciego el legislador republicano en materia sucesoria. En 1894 se aprobaba una ley que permite la indivisión de las “viviendas baratas” de obreros y su transmisión a un solo heredero, en 1908, se extendía esta posibilidad a los llamados “jardines obreros”, en 1909 se permitía la creación del “bien de famille insaisissable”<sup>246</sup>. En definitiva, el legislador no seguía el dogma de la partición forzosa y era sensible a los sujetos merecedores de protección: los obreros. Pero los conservadores no consideraban suficientes estos cambios y seguían reclamando un orden sucesorio no igualitario y reaccionario para las comunidades rurales.<sup>247</sup>

Por todo lo expuesto parece claro que el derecho sucesorio y la cuestión de la sucesión campesina eran campos idóneos para que nuestro jurista modernista desplegara sus ideas y sus propuestas. Raymond Saleilles dedicó los últimos esfuerzos de su vida a estudiar diversos aspectos del derecho suizo de sucesiones.

244 Louis Assier-Andrieu, “Le Play et la famille-souche des Pyrénées: politique, juri-disme et science sociale”, *Annales. Economies. Histories. Civilisations* 39 (1984), 495-509.

245 Frédéric Le Play, *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.

246 *Ibid.*, 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, F<sup>17</sup> 25908).

247 Raymond Saleilles escribe en 1895 un artículo sobre una institución similar a “bien insaisissable” en el derecho americano, “Le *Homestead* aux Etats-Unis. Constitution d'un patrimoine de famille insaisissable”, *Bulletin de la Société des amis de l'Université de Dijon*, 3 (1895) 23-54.

Esto debe entenderse en sentido literal ya que murió antes de ver publicado un texto suyo sobre el beneficio de inventario<sup>248</sup>. En sus textos sobre este tema vemos a un jurista nostálgico, muy tradicionalista e implicado en la cuestión social desde el campo conservador.

Saleilles creía firmemente en los valores de la sociedad de antaño y en la familia, la familia tradicional, como unidad social fundamental. La familia rural, creyente y sometida a la autoridad de un padre de familia era una institución que el derecho burgués napoleónico ponía en riesgo. Raymond Saleilles criticaba el dogma igualitarista del derecho sucesorio napoleónico que rechazaba reglas diferentes para realidades también diferentes. Nuestro autor 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. Saleilles pretendía que el legislador francés abriese la posibilidad de un tipo de sucesión diferente al burgués urbano en regiones dónde las reglas generales del *Code* llevaban consigo consecuencias sociales y económicas nefastas según él.

Se quejaba Saleilles 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”<sup>249</sup>. Saleilles, por ello, a la hora de estudiar esta institución, se fijó en las reglas del anteproyecto de código civil suizo. Saleilles estudió las reglas sucesorias que ese texto 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*, la revista ya nombrada aquí 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*.

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 maux sociaux que nous souffrons”<sup>250</sup>. 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 en 1895: “Je ne crois à la succession légitime

248 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.

249 Raymond Saleilles, “Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse”, *op. cit.*, 538.

250 Raymond Saleilles, “De la succession paysanne dans l’avant-projet de Code civil suisse”, *op. cit.*, 145.

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"<sup>251</sup>.

Saleilles sí pensaba en cambio que la aplicación del modelo de sucesión burguesa y urbana a todas las familias de Francia, fuesen rurales o no, propietarias o no, traía consigo nefastas consecuencias sociales y económicas: "il n'est personne qui ne déplore la division forcée des grandes exploitations agricoles et industrielles ou même des entreprises commerciales après décès"<sup>252</sup>.

Saleilles creía que la normativa sobre la sucesión debía tener en cuenta las consecuencias sociales y económicas del reparto forzoso de los 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 empujando a la familia que la explotaba a la ruina y a la emigración a las ciudades<sup>253</sup>. En otras palabras, las reglas sucesorias debían respetar las formas de organización familiar y social que existían desde mucho antes de 1804 sin introducir apenas cambios.

Evidentemente no se trataba solamente de respetar a cualquier tipo de familia sino de proteger a las familiar que todavía se regían por el viejo orden tradicional:

"Les pays agricoles et surtout les pays de montagnes sont certainement les régions où les anciennes communautés de famille se sont conservées le 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 moeurs 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"<sup>254</sup>.

Estas ideas pretendían mantener unas estructuras familiares del pasado sin tener en cuenta el derecho a la igualdad y a la propiedad de todos sus miembros y sin tener en cuenta, por supuesto, la libertad y el derecho a desarrollar una

251 Carta de Saleilles a Huber de 10 de octubre de 1895.

252 Raymond Saleilles, "De la succession paysanne dans l'Avant-projet de Code civil suisse", *op. cit.*, 145.

253 Raymond Saleilles, "Le partage et la transmission intégrale", *op. cit.*, 590.

254 Raymond Saleilles, "De la succession paysanne dans l'avant-projet de Code civil suisse", *op. cit.*, 151

vida propia de los hijos y, especialmente, de las mujeres. Este planteamiento se desplegaba en un momento en que también el campo se industrializaba mediante la mecanización de la agricultura y el aumento de la capacidad productora. En ese momento de grandes cambios, de inicios de la disolución entre vida urbana y vida rural, Saleilles seguía profesando su fe en la sencillez de la vida rural como reserva de los valores cristianos.

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 a la libertad absoluta de testar. Según el juicio de Saleilles, Eugen Huber, en el anteproyecto de código suizo, había materializado un modelo ideal avanzado: “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”<sup>255</sup>.

La solución dada por el anteproyecto era, en cierta manera, una solución de compromiso. Durante la tarea de codificación, Huber se había encontrado con muchas y diversas normas sucesorias, algunas escritas otras consuetudinarias, a lo largo y ancho del territorio helvético. Al regular la sucesión campesina tuvo que respetar las costumbres existentes en algunas 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. La solución suiza, por tanto, era consecuencia de la peculiar estructura social y política suiza que se impuso al legislador, consciente que las familias tradicionales de montaña acabarían desapareciendo por la fuerza del progreso económico y social.

Saleilles defendió ante sus lectores franceses las bondades de las tres fórmulas suizas de atribución de la herencia en las comunidades campesinas mostrando que el objetivo máximo de estas reglas era favorecer la transmisión íntegra y evitar la partición de unas explotaciones agrarias que, según Saleilles, jugaban un importante papel en el tejido económico y social de las zonas montañosas.

El código suizo 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”<sup>256</sup> creía Saleilles quien seguía “Si donc un bien doit rester 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

255 *Ibid.*, 146.

256 *Ibidem*, 147

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 anteproyecto<sup>257</sup>. 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<sup>258</sup>. Mediante este mecanismo se podía salvar la integridad de un bien inmueble o de un negocio pues se había atribuido mediante *allotissement*.

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 querido hacer uso de esta facultad, el código preveía que la indivisión fuese acordada por los mismos coherederos. Estos podían hacer que una explotación agrícola configurase una comunidad indivisible quedando todos los herederos 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 según él extendida 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”<sup>259</sup>.

Este tipo de comunidad de bienes 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 indi-

257 Ibid., 149.

258 Ibid., 150.

259 Ibid., 151.

vis forme une masse à part; c'est un patrimoine séparé, qui ne prend pas contact avec aucun des patrimoines individuels des associés"<sup>260</sup>.

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"<sup>261</sup>. Gracias a estas reglas suizas se conseguía, según Saleilles, “unité d'action dans les rapports extérieurs, communauté dans les rapports internes"<sup>262</sup>.

La tercera forma de transmisión de la propiedad agraria a falta de pacto entre coherederos o atribución íntegra del causahabiente era la atribución judicial. En realidad 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. Pero Saleilles, admirador del poder que tenía el juez suizo, creía que era evidente que “dans la plupart des cantons, cette autorité sera[it] le juge"<sup>263</sup>.

Según Saleilles, en el derecho suizo “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"<sup>264</sup>. La partición judicial, según nuestro jurista, intentaría respetar la indivisión de la propiedad rural y la comunidad de propietarios si al juez se le planteaba un conflicto entre partidarios de la atribución íntegra y partidarios de la partición forzosa. 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. Esta era la regla del artículo 621 del anteproyecto

El jurista francés hacía, como era fácil de esperar, una interpretación favorable a la transmisión íntegra del artículo 621. 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 conclue 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

260 *Ibid.*, 152.

261 *Ibid.*, 160.

262 *Ibid.*, 156.

263 *Ibid.*, 557.

264 Raymond Saleilles, “De la succession paysanne dans l'avant-projet de Code civil suisse”, *op. cit.*, 157.

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<sup>265</sup>.

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: si la costumbre era favorable a la transmisión íntegra, ésta debía respetarse. 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”<sup>266</sup>.

Al defender la transmisión íntegra y esta particular comunidad rural de propietarios frente a la comunidad romana o la germánica Saleilles estaba defendiendo, en los tiempos de la industria y la globalización, una unidad social y económica fundamentada en la armonía y el amor entre sus miembros o en la autoridad de un jefe de esta unidad familiar. De ninguna otra manera se podía sostener esta comunidad que, por otro lado, podía atentar contra la autonomía de la voluntad de los individuos que se encontrarían en la tesitura de aceptar integrar esta comunidad o perder todos sus derechos patrimoniales, aunque, según Saleilles, tuviesen derecho a una renta en caso de manifestar su voluntad de salir de la comunidad<sup>267</sup>.

Saleilles era perfectamente consciente de que, defendiendo este modelo de sucesión campesina, estaba defendiendo la aplicación de reglas del pasado al presente. El modelo suizo que admiraba Saleilles “fut la forme historique française et allemande, franque et burgonde, si vous préférez remonter aux époques primitives, de la copropriété de famille”<sup>268</sup>. Este patrimonio histórico-jurídico europeo se había mantenido en Suiza y, desgraciadamente, se había perdido en el resto de países occidentales. Pero Saleilles, en el fondo, estaba defendiendo la extensión de este “altro modo di possedere” del pasado<sup>269</sup>.

La clave estaba en mantener el patrimonio del causahabiente individuo, lo que implicaba que se transmitiese a una comunidad o a un único propietario.

265 Carta de Saleilles a Huber de 7 de junio de 1909.

266 Ibid., 565.

267 Raymond Saleilles, “Le partage et la transmission intégrale”, *op. cit.*, 553.

268 Ibid., 153.

269 Paolo Grossi, “Un altro modo di possedere”. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano Giuffrè Editore, 1977.

Esta era la orientación suiza: “alors que le droit français [...] n’organise que le droit, le moyen et presque l’obligation, de sortir 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’indivision”<sup>270</sup>.

Para Saleilles las normas del anteproyecto suizo constituían la cristalización de las costumbres y del derecho histórico de lo que llamaríamos “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.

Esto es una muestra más de esta nostalgia del modernista Saleilles, que idealizó hasta el extremo el proyecto suizo. 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”<sup>271</sup>. En algunos puntos el legislador suizo siguió, por cuestiones de equilibrios políticos, reglas ya existentes en los cantones franceses. En otros ámbitos se impusieron las reglas de Zúrich. El nostálgico Saleilles veía otra realidad: un legislador racional que, pudiendo optar entre el modelo francés o el *Anerbenrecht* alemán había decidido libremente respetar la pluralidad social y los dispares sistemas sucesorios del territorio helvético.

Saleilles, además, perdía de vista que el Estado y el código no eran los únicos actores que influían sobre la sociedad rural que él había idealizado. También influían, especialmente en la época en la que él escribía, el desarrollo de la economía y la internacionalización de los intercambios. Suiza, como toda Europa, estaba sufriendo un fuerte proceso de industrialización, de urbanización y de modernización de las comunicaciones. Quizás algunos parajes suizos todavía conservaban cierta pureza pero en breve ni siquiera las alturas descritas por Thomas Mann no tardarían en perderla.

Pese a ello Saleilles 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 podría aplicar también el viejo derecho consuetudinario en materia sucesoria. En definitiva, el derecho suizo que Saleilles describe y

270 Raymond Saleilles, “Le partage et la transmission intégrale”, *op. cit.*, 153.

271 Pio Caroni. Manuscrito de sus lecciones en Dijon en marzo del 2002. He accedido a la versión manuscrita por gentileza del profesor de Berna.

difunde en sus escritos no deja de ser, en cierta medida, un mito, una idealización, una proyección de su nostalgia en la realidad social y jurídica.

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, fundadas en el derecho tradicional suizo y en una determinada concepción de la familia que existía en Suiza. En un texto publicado después de su muerte, Saleilles criticaba las normas suizas sobre la materia<sup>272</sup>.

Es interesante ver como Saleilles, siempre respetuoso con la tradición de cada lugar criticase la regla de la sucesión universal en Suiza. Esta norma estaba contenida en el artículo 560 del ZGB que Saleilles tradujo de la siguiente manera: “Les héritiers acquièrent de plein droit l’héritité en tant qu’universalité par l’effet même de la loi”<sup>273</sup>. 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 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”<sup>274</sup>.

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.

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

272 Raymond Saleilles, “Du rôle de l’inventaire dans la procédure du bénéfice d’inventaire”, *op. cit.*

273 *Íd.*, 478.

274 *Íd.*, 482.

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.”<sup>275</sup>

El sucesor que aceptaba, callaba o entraba en la gestión del patrimonio, quedaba asimilado automáticamente al heredero “pur et simple” del derecho francés. “De lors, il ne peut plus 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”<sup>276</sup>. Las consecuencias de este sistema eran radicales y el heredero difícilmente podía librarse de ellas.

La opinión de Saleilles sobre estas normas era muy crítica: “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”<sup>277</sup>.

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”<sup>278</sup>.

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 responsabilité de l’héritier

275 Carta de Saleilles a Huber de 4 de febrero de 1911.

276 Raymond Saleilles, “La Responsabilité de l’héritier”, *op. cit.*, 487.

277 Íd.

278 Íd., 489.

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 concordance<sup>279</sup>.

Saleilles 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.

Saleilles, defensor de la tradición suiza, en este punto rechazó la regulación del código alpino. Sus críticas se encuadran perfectamente en el pensamiento de Saleilles, 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.

279 Íd., 488, nota 1.

## CONCLUSIONES

### EL MODERNISMO JURÍDICO EN LA ERA DE LA DESCODIFICACIÓN

“Nous avons un code civil fair pour une société individualiste;  
et nous allons de plus en plus vers une organisation des droits collectifs”

Raymond Saleilles, “Allocution”, en *Les méthodes juridiques, op. cit.*, XVI.

Creo que los textos de Raymond Saleilles sobre el derecho de sucesiones resumen a la perfección su visión general sobre el derecho que he analizado en este trabajo. Encontramos en sus páginas sobre la sucesión campesina todos los elementos de la teoría saleilliana del derecho.

Defendía Saleilles un derecho basado en un código amplio, redactado de manera vaga para dejar lugar al desarrollo de la costumbre y sobretodo la la jurisprudencia. Este código debía adaptarse a la sociedad sin vulnerar su evolución natural: el Estado debía respetar las comunidades campesinas, debía dejar en manos de jueces y empresarios la cuestión de la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo y, sobretodo, no debía regular mediante leyes especiales las relaciones laborales.

El método histórico o comparativo que aparecía en los escritos sobre derecho sucesorio es una constante en toda la obra de Raymond Saleilles. Este método que yo llamaría modernista o historicista se reduciría a observar el producto de la evolución histórica de la sociedad para no alterar las relaciones sociales. Si bien este método se podía desarrollar a partir de cuestionarios, escritos de sociología o de historia, no se trataba de una gran elaboración científica.

El proyecto jurídico saleilliano implicaba también la defensa de formas de organización social premodernas e irrespetuosas con las libertades de las personas. Como hemos visto en las últimas páginas, se trata de un proyecto antiliberal y antiindividualista que pone por encima de los derechos individuales a agrupaciones de individuos, en este caso la familia. Esta visión llevaba aparejada un proyecto organicista, visible también en sus escritos sobre la persona jurídica

Hay otro punto a destacar en la obra de Saleilles que se refleja también

en los textos sobre derecho sucesorio: la aproximación interesada y parcial a los ordenamientos extranjeros. Saleilles no tenía en cuenta los fenómenos jurídicos que no pudiesen casar con su visión del derecho y de la sociedad. Ignoró la legislación alemana sobre accidentes de trabajo al escribir sobre el riesgo profesional y criticó la regulación del beneficio de inventario en Suiza, coherente con la tradición jurídica helvética. En ambos casos se trataba de excluir aquellos elementos estatalistas o sencillamente no compatibles con la visión arcádica de Saleilles.

El iusnaturalismo era también un elemento central. Lo hemos encontrado al hablar del “*droit commun de l’humanité civilisée*” pero en realidad estaba presente tras cada referencia a la evolución jurídica, social o histórica. Este iusnaturalismo católico y conservador le llevaba en ocasiones a ignorar que en la evolución de la sociedad no sólo incidían el derecho y el Estado sino también el desarrollo de la economía industrial. Le llevó incluso a ignorar las tremendas transformaciones sociales y económicas que se estaban dando en un país, Suiza, que él veía como una Arcadia perdida entre los Alpes.

Este fue el derecho modernista de Raymond Saleilles. Un derecho que, partiendo del valor de la historia y a través de una comparatística iusnaturalista, intentó la adaptación del viejo orden liberal decimonónico a las transformaciones que se estaban dando en la sociedad, la economía y la política de la *belle époque*. Sus doctrinas no pudieron sobrevivir a la irrupción del Estado como actor social y económico. Sin embargo es evidente que los juristas posteriores a él pudieron desarrollar una comparatística gracias a la lucha por la autonomía del derecho comparado que concluyó en el congreso de 1900, acta de nacimiento de esta disciplina.

## ANEXOS

### 1

#### CARTAS DE RAYMOND SALEILLES A EUGEN HUBER<sup>1</sup>

### 5

Gigny par Beaune  
(Côte d'or) France<sup>2</sup>  
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 Succession<sup>3</sup> 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 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 droit<sup>4</sup>.

Mon adresse sera, soit à la Faculté de Droit, soit 10bis Rue du Pré aux Clercs. Paris.

1 El número del encabezamiento hace referencia al número de la carta en el epistolario completo.

2 France] *Subrayado en el original.*

3 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.

4 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 Nationales de France, Expediente Raymond Saleilles, F<sup>17</sup> 25908).

Veillez, Monsieur et Savant collègue, agréer l'expression de mes sentiments respectueux et dévoués,

R. Saleilles

6

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'adresser<sup>5</sup>, 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.

Veillez, Monsieur et Savant Maître, recevoir, avec mes remerciements, l'hommage de mes sentiments respectueux et reconnaissants,

R. Saleilles

7

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

*5 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.*

Suisse<sup>6</sup>. 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 pénal<sup>7</sup>, 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 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 fausement 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

6 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", *Bundes Blatt*, 4. Bern 1896, 733-786.

7 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, F<sup>17</sup> 25908).

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 Rümelin<sup>8</sup>, m'a été connue, un peu trop tard malheureusement, après seulement la publication de ma petite étude. Mais j'ignorais celle de Merkel<sup>9</sup>, et surtout je regrette infiniment de n'avoir pas été mis sur la piste de votre article paru dans la Revue de Schmoller<sup>10</sup> 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 matière<sup>11</sup>. Et, me trouvant

8 La obra de Rümelin podría ser la siguiente: Max Rümelin, *Obligation und Haftung*, Freiburg 1885.

9 Johannes Merkel, *Lex Salica. Mit einer Vorrede von Jacob Grimm*. Berlin MDCCCL.

10 Eugen Huber, "Deutsches Privatrecht", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, (Neue Folge) 20 (1896), 441-511.

11 Se trata del célebre "Arrêt Teffaine" (Civil 16, juin 1896, 1897, 1, 17). Esta sentencia

obligé de me placer au point de vue de notre Jurisprudence française, et d'entrer dans la méthode 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 concevais 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'analogue, 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 prévision 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<sup>12</sup> toutes ces questions de Méthode juridique<sup>13</sup>. 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

le sirve a Saleilles para escribir su obrita *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie de la responsabilité délictuelle*, Paris 1897.

12 sur] sur sur

13 François Gény: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899. Préface (I-XIII) de Raymond Saleilles.

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.

Veuillez recevoir, Monsieur et Savant maître, avec mes remerciements, l'assurance de mes sentiments les plus respectueux et les plus dévoués

R. Saleilles

### 13

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 civil<sup>14</sup>. Cela m'intéresse d'autant plus, que depuis cet hiver j'ai dû abandonner le droit criminel pour passer au Droit civil<sup>15</sup>; 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

### 14

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 compétence<sup>16</sup>.

Je crois en effet qu'on aura beau faire on ne pourra écarter d'aucun raisonnement humain

14 *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.

15 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, F<sup>17</sup> 25908).

16 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".

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.

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<sup>17</sup> 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.

J'ai dû certainement commettre une injustice de ce genre en ce qui touche Mr. le Professeur Gretener<sup>18</sup>, dont la forte éducation philosophique m'avait profondément frappé, bien qu'il m'eût 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.

17 faire] *repite y tacha* faire.

18 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".

Malheureusement, je doute maintenant que je puisse d'ici à longtemps mettre ce nouveau Projet à exécution<sup>19</sup>.

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.

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 civil<sup>20</sup>. 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

## 16

Paris 10bis rue du Pré aux Clercs  
21.II.99

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 méthodes<sup>21</sup>.

19 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.

20 François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899. Préface (I-XIII) de Raymond Saleilles.

21 François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899. Préface (I-XIII) de Raymond Saleilles.

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<sup>22</sup>.

Je joindrai à cet envoi un volume de Leçons que je viens de faire paraître de mon beau-père Mr. Bufnoir<sup>23</sup>, 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. Géný.

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

## 17

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 civil<sup>24</sup>. 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 Prisons<sup>25</sup> à laquelle

22 Se refiere a la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. No se publicó ninguna reseña de la obra de Géný.

23 Claude Bufnoir, *Propriété et contrat*, Paris 1900. Préface (I-XII) et Edition de Raymond Saleilles.

24 Raymond Saleilles, "La condition de la femme dans le futur Code civil Suisse", *Revue de morale sociale*, 1 (1899), 19-34.

25 *Revue Pénitentiaire*, 23 (1899). Cf. también: E. Larcher, J. Olier, "Les institutions pénitentiaires en Algérie" (1899), *ibid.* 999-1008 (Raymond Saleilles).

était venu von Liszt, dont j'ai été très heureux de faire la connaissance, autrement que par notre correspondance<sup>26</sup>. 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

## 18

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-Voir<sup>27</sup>.

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 Suisse<sup>28</sup>; et Stooss l'a fait aussi pour le droit pénal<sup>29</sup>.

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

26 Las cartas de Raymond Saleilles a von Liszt fueron editadas por Olivier Motte: *Letras inéditas de juristas franceses del XIXº siglo conservadas en las archivos y bibliotecas alemanas*, I-II, Bonn 1990, 1599-1608.

27 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).

28 Eugen Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, I-IV, Basel, 1886-1893.

29 Carl Stooss, *Die schweizerischen Straftgesetzbücher, zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrathes*, Basel & Genf 1890.

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.

Veuillez présenter à nouveau mes hommages à Madame Huber, et recevez, cher Monsieur, l'expression de mes sentiments respectueux et dévoués,

R. Saleilles

## 19

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 Congrès<sup>30</sup>.

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

Nous nous donnons 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

30 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.

la jurisprudence et la législation<sup>31</sup>. 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.

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.

Veuillez, 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.

## 20

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 matière<sup>32</sup>. 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.

31 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.

32 Richard Schröder, *Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland*. Stettin 1863-1874.

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.

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

### 33

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 envoyée<sup>33</sup> 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

33 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.

über die Reform und Vereinheitlichung des schw. Erbrechts”<sup>34</sup>. 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.

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

### 43

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 nous<sup>35</sup>.

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 civil<sup>36</sup>

34 Eugen Huber, *Betrachtungen über die Reform und Vereinheitlichung des schweizerischen Erbrechts*, Basel 1895.

35 Eugen Huber se adhiere a la *Société d’Études législatives* como miembro ese año.

36 Raymond Saleilles, “De la Succession paysanne dans l’avant-projet de Code civil Suis-

et je vous adresse également une petite Etude<sup>37</sup> 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 Bérissal avant de rentrer en Bourgogne. Mais je crains là de n'en avoir plus la possibilité.

Veuillez 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

## 58

Paris 29.XII.4  
14, Rue Saint-Guillaume  
Paris VII<sup>e</sup>

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 nerveux-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 Justice<sup>38</sup>.

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

se", *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).

37 Raymond Saleilles, "École historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents (de R. Stammler, F. Gény, L. Duguit, O. Bülow, L. von Savigny)", *Revue trimestrielle droit civil*, 1 (1902), 80-112.

38 En diciembre de 1904 el Ministerio de Justicia francés instituyó una comisión con la función de estudiar la revisión del código civil. Miembros de esta primera comisión fueron, entre otros, Saleilles, Esmein y Glasson.

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 parlez<sup>39</sup>.

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

## 59

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.

39 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.

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

60

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<sup>40</sup> 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.

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.

40 de] tachado hasta méthode.

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

## 61

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 prochainement<sup>41</sup>.

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 pouvez peut-être pas faire, de la Revue Universelle où il doit paraître<sup>42</sup>.

41 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).

42 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'apprête à faire paraître dans le numéro d'avril de la Bibliothèque universelle de

Merci par avance et recevez encore mes sentiments les plus cordiaux et reconnaissants,

R. Saleilles

## 62

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 choses<sup>43</sup>. 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 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 pourrions 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 refe-

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".

43 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".

rendum, 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 votée<sup>44</sup>, 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 petites choses 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

## 63

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

44 "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.

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

64

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 civil<sup>45</sup>. 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!

45 Raymond Saleilles, "Rapport présenté à la première sous-commission de la 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'Etudes Législatives*, 5 (1906), 251-274.

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

65

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 meubles<sup>46</sup>. 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

46 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: "A 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 fondations<sup>47</sup>. 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 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 suffisaient 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. Vou-

47 La *Société d'Etudes* organizó 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'Etudes 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'Etudes 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.

driez-vous me les fournir? Et, au besoin, m'autoriseriez-vous à publier votre réponse dans notre Bulletin?<sup>48</sup> Nous commencerions ainsi une petite enquête qui peu à peu éclairerait notre public juridique.

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

67

14, Rue Saint-Guillaume  
Paris VIIe  
Paris 25.1.07

Mon bien cher collègue et ami,

J'ai à vous remercier très vivement de vos deux lettres si intéressantes et si concluantes, et qui suffissent 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

48 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.

14, Rue Saint Guillaume  
Paris VIII<sup>e</sup>  
Paris 8.I.08

Mon cher collègue et ami,

Tous mes remerciements pour votre traduction française du Code civil<sup>49</sup>. 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 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 points<sup>50</sup>.

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.

Veillez, je vous prie, redire mes hommages respectueux à Madame Huber et acceptez avec mes remerciements tous mes meilleurs et plus dévoués sentiments,  
R. Saleilles

49 Virgile Rossel, *Code Civil suisse. Édition annotée, précédée d'une introduction à l'étude du Code civil suisse*, Lausanne 1908.

50 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 Suisse<sup>51</sup>; 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 Berlin<sup>52</sup>, 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 impossibilités<sup>53</sup>. 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.

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.

Veuillez 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

51 *Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Mit Auftrage des hohen schweizerischen Justizdepartement neu gefasst von Prof. Carl Stooss*, Bern 1896.

52 En 1908 se celebró en Berlín un congreso internacional de ciencias históricas.

53 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 XIX<sup>e</sup> siècle*, II, Bonn 1989, 1596-1597.

14, Rue Saint Guillaume  
Paris VII<sup>o</sup>  
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 année<sup>54</sup>. 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<sup>o</sup>- 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 successions<sup>55</sup>, sur le point de savoir quel est celui des descendants des bisaïeux, le

54 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".

55 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.

grand-père ou le père du défunt, qui doit être pris en considération, pour le calcul de la part revenant au bisaïeul, 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 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 grands parents.

Et pour plus de clarté je pose la question sur l'exemple suivant, dans lequel je suppose, pour plis 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 bisaïeuls 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.

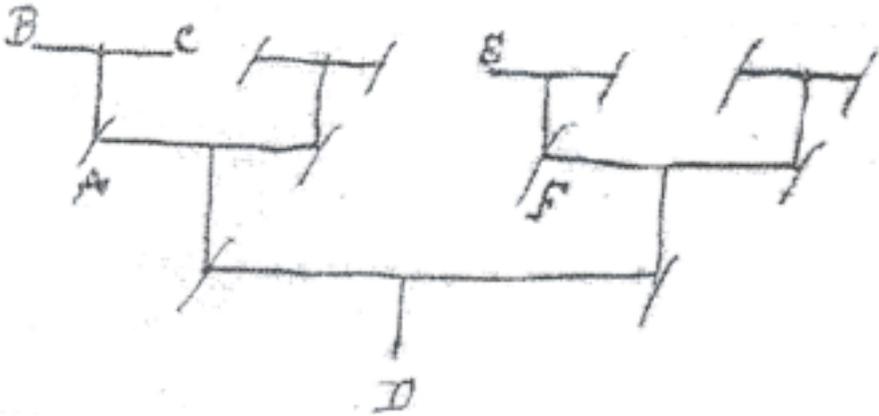
Car le projet initial de 1895, art. 406, disait qu'à défaut de grands parents se partagerait par tête l'usufruit de toute la succession. C'est donc que, s'il ne restait qu'un seul arrière grand parent, il prenait l'usufruit de tout et l'Etat n'avait qu'une<sup>56</sup> propriété.

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 bisaïeuls survivants eût été du tout. Ils auront donc à eux deux l'usufruit du tout,  $\frac{1}{2}$  pour chacun".

56 en] *en en*.



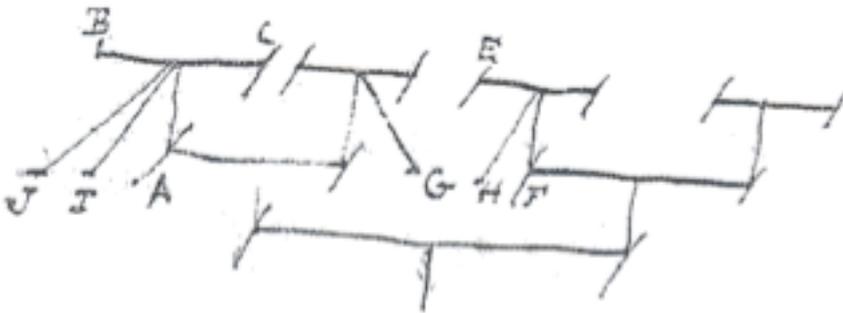
Si on suppose au contraire qu'en face des deux bisaïeux paternels il subsiste un arrière grand père maternel E, le père du grand père maternel F, dans ce cas le raisonnement serait le suivant. On dirait: B et C ne peuvent invoquer que la part de leur descendant A, le grand père paternel. Mais ce grand 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  $\frac{1}{2}$ .

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



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 ligne 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 "à 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.

À 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 "À 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 grands 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<sup>57</sup> 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  $\frac{1}{2}$ .

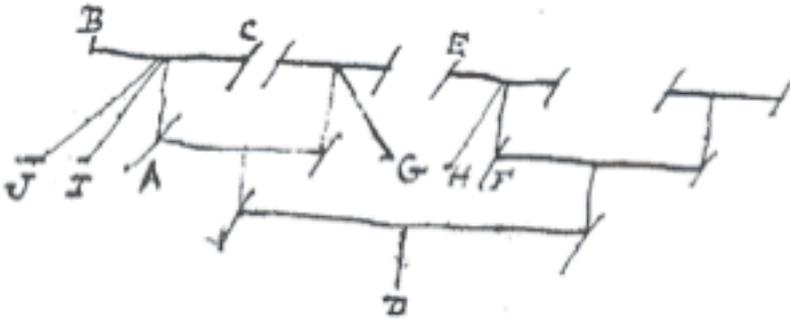
Les arrière grands-parents B et C auront l'usufruit de  $\frac{1}{4}$  et<sup>58</sup> le grand-oncle G recevant la part dévolue à l'autre souche paternelle, pour représenter la part de la grande mère paternelle, aura l'autre  $\frac{1}{4}$ .

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.

57 à la] *tachado en el original.*

58 l'arrière] *tachado en el original.*



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 bisaïeuls 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

82<sup>59</sup>

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.

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

84

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 Suisse<sup>60</sup>. Je voudrais compléter mes travaux antérieurs sur la succession pay-

59 Carta no fechada. Anterior a la muerte de la señora Huber (4 de abril 1910).

60 Raymond Saleilles, "Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse",

sanne. 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 dans ce cas on mettait sur le même point la considération de l'usage local et les autres éléments d'appréciation.

L'art. 621 actuel établie 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

## 95

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 général<sup>61</sup>, 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.

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?

61 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.

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 fautive.

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'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.

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 officielle<sup>62</sup>. Moi aussi j'étais à la veille d'être pris dans ce traquenard.

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.

Veuillez 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

## 97

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 Chironi<sup>63</sup> 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

62 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.

63 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.

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.

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. Percerou<sup>64</sup> 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

## 98

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 cours<sup>65</sup>.

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*<sup>66</sup>".

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*<sup>67</sup> 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

64 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 suscité se encuentran reproducidos en las páginas del boletín: *Bulletin de la Société Etudes législatives* 10 (1911), 23-48 y 105-135.

65 El título de curso fue "La responsabilité de l'heritier en droit comparé".

66 Purement et simplement] *subrayado en el original*.

67 *acceptation sous inventaire*] *subrayado en el original*.

faisant la preuve exigée par l'art. 594, demandent à leur profit 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

## 99

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 contribution<sup>68</sup>.

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 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).

68 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.

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<sup>69</sup> 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

<sup>69</sup> *Repit y tacha* dans.



## QUESTIONNAIRE PARA LA COMMISSION DES FONDATIONS<sup>1</sup>

### *Autorisation en matière de fondations*

- 1° Quelle doit être l'autorité appelée à donner l'autorisation en matière de fondations?
- 2° 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?
- 3° 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?
- 4° 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?
- 5° 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?
- 6° Faudrait-il, au contraire, admettre pour toutes les fondations sans distinction le droit d'appréciation discrétionnaire de l'autorité appelée à donner son autorisation?
- 7° Faudrait-il, au moins, dans ce dernier système, exiger de l'autorité compétente, lorsqu'elle refuse l'autorisation, qu'elle motive son refus?

### *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 mem-

1 Publicado en *Bulletin de la Société d'études législatives*, 6 (1907), 237-239.

bres 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 des 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?

## CARTAS DE EUGEN HUBER A RAYMOND SALEILLES

Lettres de M. le professeur Eugène Huber<sup>1</sup>  
 Professeur à l'Université de Berne (Suisse)

N° I

Berne, le 21 janvier 1907

Mon cher collègue et ami,

Si intéressante que soit la question que vous voulez me poser relativement aux fondations privées, je ne puis malheureusement pas vous en donner une réponse suffisante, comme j'aurais voulu pouvoir le faire. Immédiatement après avoir reçu votre lettre, je me suis adressé au Bureau fédéral de statistique, ainsi qu'à un de mes collègues qui a une compétence spéciale en matière de statistique juridique ; et des deux côtés j'ai reçu cette même réponse, que nous ne possédons aucun relevé numérique des fondations privées existant en Suisse. Il y a bien, sans doute quelques classifications d'ensemble des libéralités et donations ayant un caractère de bienfaisance. Mais, comme dans les relevés auxquels je fais allusion, les dispositions faites au profit de personnes morales publiques, tels que l'Etat ou les communes, avec charge d'emploi à certaines destinations charitables, et, de même, celles qui seraient adressées à es fondations déjà existantes, ne sont pas distinguées des fondations nouvelles, devant avoir une existence autonome et réellement indépendante, tous ces relevés, par suite de la confusion que je vous signale, seraient donc, pour le but que vous avez en vue, complètement dépourvus de valeur.

Les choses étant ainsi, on ne pourrait se procurer les documents indispensables pour dresser un état des fondations que par une enquête auprès de tous les cantons, de tous les fonctionnaires de districts et de toutes les communes, avec demandes et réponses. Et c'est seulement à la suite d'une enquête de ce genre, et en la prenant pour base, que l'on pourrait dresser un état d'ensemble de toutes les fondations privées. Mais ce ne serait pas là un petit travail, et surtout il ne faudrait pas croire qu'il pourrait se faire vite. En tout cas, je ne le perdrai pas de vue. Et peut-être pourra-t-il en résulter quelques conclusions intéressantes.

Mais s'il m'est impossible de vous procurer une statistique proprement dite de la matière, je puis cependant bien vous donner l'assurance la plus formelle que, dans toute la Suisse, les fondations privées sont extrêmement fréquentes et nombreuses. Il existe à peine une commune de quelque importance qui ne possède un ou plusieurs établissements dus à des fondations privées et fonctionnant comme tels. L'objet est tantôt purement charitable et philanthropique (sic), tantôt il consiste en un but uniquement de société, comme c'est le cas des cercles et réunions de toute sorte, lesquelles peuvent très bien prendre la forme d'un établissement de société, c'est-à-dire celle d'une fondation proprement dite, au lieu de se constituer en association; tantôt l'administration en est purement privée, uniquement constituée par es organes créés par le fondateur, tantôt elle comprend, d'après les volontés statutaires du fondateur lui-même, la coparticipation de certaines autorités publiques ;

1 Publicadas en *Bulletin de la Société d'études législatives* 6 (1907), 67-76.

tantôt enfin la fondation est créée par acte entre vifs du vivant du fondateur, tantôt elle est instituée par voie testamentaire, ou, d'une façon générale, par acte de dernière volonté. Mais, partout et toujours, la caractéristique principale et le critérium fondamental consistent en ce que la fondation est reconnue comme constituant à elle seule un sujet de droit indépendant et parfaitement autonome, au lieu de se présenter comme un patrimoine faisant partie de la propriété publique, et frappé d'affectation spéciale. Les buts poursuivis comprennent toutes les variétés les plus diverses ; création d'hospices, cliniques, ou maisons de santé locales, assistance scolaire, maisons d'éducation pour la jeunesse, s'adressant à des catégories plus ou moins nettement spécialisées, bourses affectées à des voyages ou des stations de vacances, fonds destinés à favoriser le progrès des arts, instituts scientifiques, etc., etc., et parfois aussi de véritables bizarreries de la fantaisie individuelle. Ainsi, nous avons dans ma petite commune natale, une fondation dont les revenus devaient être consacrés à fournir, une fois dans l'année, un petit pain blanc à chaque enfant de l'école primaire. A Berne, il existe une fondation consistant en ce que, chaque année, un certain nombre de personnes, choisies d'après certaines règles établies par le statut de la fondation, doivent se réunir dans un banquet, afin de boire à la mémoire du fondateur. Naturellement ce sont là tout à fait des exceptions, quelques singularités, d'ailleurs parfaitement inoffensives et qui ne manquent pas d'un certain charme sentimental. Mais, comme résultat général, on doit reconnaître que les effets de cette liberté absolue en matière de fondations ont été extraordinairement avantageux. Il y a un grand nombre d'œuvres de bienfaisance, de bibliothèques locales, d'hôpitaux privés, d'établissements de tir et d'autres de ce genre, que nous ne posséderions pas et que nous n'aurions jamais eus, s'ils n'avaient pu se faire sous cette forme de fondations privées et que ces dernières n'eussent été admises à s'épanouir en pleine liberté, pouvant aller parfois jusqu'à la fantaisie. La possibilité juridique de faire du but de la fondation une institution autonome ayant son existence indépendante en elle-même opère comme une sorte de stimulant, qui suscite des affectations de patrimoines à des buts qui procurent une satisfaction au fondateur ou qui lui tiennent au cœur.

Enfin, je puis vous affirmer que, soit au cours des travaux des différentes Commissions, soit pendant les discussions devant les Chambres fédérales, aucune opposition ne s'est jamais manifestée contre l'introduction de la fondation privée dans le Projet de Code civil suisse. Et en particulier, les fondations privées furent nettement approuvées par des représentants de la Suisse romande ou de la Suisse française, tels que m. Mentha de Neuchâtel, M. Gottofrey de Fribourg, MM. Gobat et Rossel du Jura suisse, qui se prononcèrent chaleureusement en leur faveur, et j'ajoute que M. Martin, de Genève, était aussi pleinement d'accord avec nous sur ce point.

Je me hâte donc de vous adresser cette réponse que j'ai dû quelque peu ajourner à raison des informations que vous désiriez et auxquelles j'aurais voulu pouvoir satisfaire plus complètement encore, et termine en vous envoyant toutes mes meilleures amitiés.

Votre tout dévoué

Eugène Huber

N° II

Berne, le 22 janvier 1907

Mon bien cher collègue,

Au moment même où j'allais faire partir la lettre que je vous ai écrite hier soir, je reçois de Zürich de nouveaux renseignements, que je crois intéressants de vous communiquer et de joindre à ma lettre d'hier.

Pour le canton de Zürich, qui représente 340.000 habitants, il y avait d'après le budget de

l'Etat, comme "Fonds administrés par l'Etat", et qui par conséquent ne sont pas à proprement parler propriété de l'Etat, et cela pour l'année 1905, 34 articles distincts, représentant autant d'établissements indépendants, avec, pour l'ensemble, un patrimoine de 5.445.967 francs. Quant à savoir ce qui, là-dedans, provient de fondations privées, c'est ce que les états fournis par le budget ne permettent pas de distinguer.

Dans le budget de la ville de Zürich, qui représente 170.000 habitants, il y a, pour l'année 1905, 27 fondations, - c'est le mot "fonds" qui se trouve ici officiellement employé, mais le sens est le même, - ayant une destination générale, c'est-à-dire faites sans distinction de nationalité ou de domicile, avec un patrimoine net de 3.453.751 francs, et il y en a 40 destinées uniquement à des citoyens de la ville de Zürich, avec un patrimoine de 17.423.320 francs. Là aussi il est impossible de distinguer ce qui constitue des fondations privées. IL faudrait pour cela demander des informations auprès de chacun des services administratifs ou financiers chargés de la gestion de ces fonds particuliers.

On trouverait des renseignements sur tous les établissements philanthropiques (sic.) du Canton dans le *Zürcher Jahrbuch für Gemeinnützigkeit*, mais là encore sans autre distinction en ce qui concerne les fondations privées. C'est ainsi, par exemple, que l'hôpital d'enfants mentionné dans cet annuaire, auquel je vous renvoie, est une fondation de ce genre, connue sous le nom de fondation Eléonore (*Eleonorenstiftung*).

Je voudrais enfin compléter tous ces renseignements par une allusion aux fondations de famille, les *Familienstiftungen*. Ces fondations de famille sont loin d'être une rareté dans nos pays, tandis que les fidécimmis de famille sont, la plupart du temps, ou interdits, ou tout au moins, très restreints par les droits cantonaux. Notre Projet admet sans restriction les fondations de famille.

Et encore avec tous mes meilleurs sentiments,

Vôtre Eugène Huber



## CARTAS DE OTTO GIERKE A RAYMOND SALEILLES

Lettre de M. le professeur Otto Gierke<sup>1</sup>  
 Professeur à l'Université de Berlin (Allemagne)

Charlottenburg, 29 janvier 1907.

Monsieur et cher collègue,

A la question que vous voulez bien me poser par votre lettre du 14 de ce mois, je ne puis malheureusement pas, étant beaucoup trop surchargé en ce moment par mes autres travaux, faire une réponse qui aille jusqu'au fond du sujet et qui l'épuise entièrement. Cela exigerait tout un traité d'une vaste étendue. Mais je veux, tout au moins, sur les points essentiels, vous dire ce que mes études et mon expérience personnelle me permettent de résumer en quelques traits caractéristiques.

Le Code civil allemand, en édictant ses dispositions sur les fondations, n'a eu, en aucune façon, la prétention de créer *un droit nouveau* ; mais il n'a fait que codifier, sur les points les plus essentiels, ce qui avait constitué jusqu'alors le droit commun d'Allemagne. 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. Parmi les questions de principe soulevées à l'occasion des fondations, la seule qui fut examinée et discutée en détail, au sujet de l'existence même des fondations, fut celle de savoir si, pour la création d'une fondation comme personne juridique, il faudrait ou non l'autorisation de l'Etat. L'opinion qui avait fini par prévaloir sur le terrain du droit commun était contraire à l'exigence de toute autorisation de ce genre. Mais la plupart des législations des Etats particuliers en avaient fait, au contraire, une condition indispensable de la validité de la fondation, en tant du moins que personne juridique indépendante. Le premier Projet laissait ce point à la décision des législations d'Etats et s'en remettait en ce au droit particulariste de la question de savoir si une autorisation administrative serait ou non imposée par la loi. Moi-même, dans ma critique du Projet, alors que je me prononçais, en matière de corporation, pour la pleine liberté des associations (*sic.*), au moins sur le terrain du droit privé, et au point de vue de l'obtention de la personnalité civile, je me déclarais, au contraire, contre l'absolue liberté des fondations et demandais que, sur le terrain du droit d'Empire, et par suite comme droit unitaire, les fondations fussent soumises à l'autorisation administrative. Et c'est dans ce sens également que le Code civil s'est prononcé.

Au moment où fut promulgué le Code civil allemand, *la fondation privée constituait une institution juridique, qui, depuis des siècles, avait pris racine en Allemagne, s'y était partout répandue et développée, et y était restée extrêmement vivante*. Déjà, au moyen âge, il ne faudrait pas croire qu'il n'existât que des fondations ecclésiastiques, régies par le droit canonique, comptées au nombre des "*Ecclesiae*", en tant que "*pia corpora*", et dont faisaient partie, à l'origine, même les fondations ayant un objet purement charitable ou scolaire ; à côté de cette catégorie, je le reconnais, tout à fait dominante et presque absorbante, il y avait des fondations d'essence purement laïque, et constituant une catégorie juridique parfaitement indépendante. Après la Réforme, le caractère des fondations, partout où il ne s'agissait pas de buts exclusivement ecclésiastiques ou religieux, fut complètement transformé et sécularisé. Les fondations furent placées sous la surveillance de

1 Publicada en *Bulletin de la Société d'études législatives* 6 (1907), 68-72.

l'Etat et souvent aussi soumises à celle des communes. Le droit relatif aux fondations apparut alors comme n'étant qu'une partie du droit civil général. Son développement se fit sur le terrain du droit coutumier. Cependant dans quelques Etats d'Allemagne, la législation intervint avec vigueur et ce fut la loi qui entra en scène et se mit à l'œuvre. Il en fut ainsi pour la Prusse, par l'effet de l'*Allgemeines Landrechts*, II, tit. XIX (auquel il faut joindre II, tit. VI, §§ 73 35 193 et suiv.). Ici c'est dans le Code civil général que la matière est traitée. Mais souvent aussi cette réglementation se fit dans les lois et ordonnances sur l'administration municipale, comme en Hanovre dans le *St. Ord.*, §§ 125-126, et de même en Bavière, d'après le *Bayr. Gem. ed. du 1<sup>er</sup> juillet 1834* et la *Gemein. Ord. de 1865*, art. 65 et suiv. (Pour le Palatinat, art 49 et suiv.). Il en fut de même dans le Wurtemberg, pour lequel je puis citer le *Würtemb. Verwaltungs-ed. du 1<sup>er</sup> mars 1822* §§ 120 et suiv., et la *Gesetz über die Verwaltung der Gemeinden, Stiftungen and (sic.) Amtskörperschaften du 21 mai 1891*. Enfin, il y eut dans quelques autres pays des lois spéciales sur les fondations, comme à Bade la loi du 5 mai 1870, et j'indique également une loi de Hambourg du 16 septembre 1870. Fréquemment aussi on vit figurer dans les constitutions et chartes constitutionnelles allemandes des dispositions sur les fondations. On reconnut à l'Etat, sur le terrain du droit public, le droit de transformer ou de supprimer les fondations. Mais, comme l'on tenait à observer le plus possible les égards dus aux intentions du fondateur et à ne rien faire contre la piété qui lui était due, l'exercice de ce droit fut toujours soumis à certaines conditions très précises, ainsi qu'à la coparticipation des organes de la fondation elle-même. Et enfin, pour le cas où le patrimoine de la fondation viendrait à être dévolu à l'Etat ou à la commune, la confusion de ce patrimoine avec celui du fisc ou de la commune fut toujours interdite, et l'on fit obligation à l'Etat ou à la commune d'employer les fonds provenant de la fondation, et ainsi dévolus par voie de succession, à une destination similaire ou au moins approximative (On trouvera des renseignements détaillés sur ces différents points dans mon Livre : "Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung", Berlin, 1887, p. 818-819, et les notes p. 844, note 2, p. 868, note 1 ; et aussi d'autres références plus sommaires dans mon *Deutsches Privatrecht*, I, p. 658, note 75, et p. 659, note 83).

L'opinion que la fondation privée, avec personnalité qui lui soit propre, serait une pure création de théoriciens, due à la théorie juridique, est complètement erronée. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la vieille théorie romano-canonique de la corporation n'était pas arrivée à se faire de la fondation une conception vraiment indépendante ; et alors on faisait rentrer plus volontiers les fondations, au moyen de constructions presque toujours très artificielles, sous l'idée de corporation, mais plus ou moins conçue sous la forme d'établissement, ou bien on les construisait comme des variétés plus ou moins bâtardes de la corporation (Cf. mon *Deutsches Genossenschaftsrecht*, III, 275, 361, 421 et suiv., 718, note 78, 816 et suiv.). C'est seulement depuis le commencement du XIX<sup>e</sup> siècle que l'on introduisit dans la théorie des personnes juridiques une distinction entre corporation et fondation. Elle apparut pour la première fois, autant que je puis savoir, chez HEISE, dans son *Gründriss des Gemeine Civilrechts*, Heidelberg, 1807 (4<sup>e</sup> édit., 1823, § 98 et § 106). L'opposition fut d'autant plus tranchée que l'on en revenait à construire plus fortement le concept de la corporation sous la forme d'association. L'idée d'association se substituait de plus en plus, à cet égard, à l'idée d'établissement ou d'institut. La théorie de la fondation atteignit alors son maximum de développement à partir de 1828, à l'occasion précisément d'une affaire célèbre, le procès relatif à la succession de Städel. *Städel* avait affecté son patrimoine à l'établissement d'un musée à ériger dans sa ville natale, à Francfort-sur-le-Mein, et institué ce même musée pour héritier. On se demanda alors si pareille institution d'héritier visant, comme sujet de droit, une personne qui, à la mort du testateur, n'existait pas encore, était valable. Et la controverse porta, avant tout, sur les points suivants; d'abord si, dans l'espèce, l'autorisation de l'Etat était requise pour donner naissance à une personne juridique; - on se demandait ensuite si l'on devait reconnaître qu'il existait un droit coutumier en faveur de l'efficacité d'une disposition testamentaire faite au profit d'une

fondation artistique (déjà, au moyen âge, on l'avait admis par analogie de l'*infans conceptus*, et encore aujourd'hui le § 84 B.G.B. laisse bien entendre qu'il ne fait que consacrer une fiction); - et enfin, à supposer qu'un droit coutumier de ce genre ne pût être prouvé que pour "les fondations charitables" (les *piae causae*), encore fallait-il savoir si un établissement artistique pouvait être rangé parmi ces dernières ou s'il devait être assimilé à une fondation d'intérêt général. L'institut artistique Städel existe et il est de plus en plus prospère. Ainsi l'emporta à cette époque, et désormais pour toujours, l'opinion favorable aux fondations. Sans doute, des controverses sans fin s'élevèrent dans le domaine de la théorie sur l'essence propre, ou, si l'on préfère, la nature de la fondation. Depuis HEISE on voyait plutôt en elle un patrimoine personnifié (*Universitas bonorum*). C'était l'opinion la plus répandue. Mais cette opinion n'est jamais arrivée à l'emporter complètement (le tribunal d'Empire l'a même nettement repoussé, *Entsch. In civils.* V, n° 37). BRINZ lui substitua sa théorie du patrimoine d'affectation, patrimoine sans sujet (le *Zweckvermögen*). SAVIGNY admit plutôt une personnification du but lui-même. ZITTELMANN fit de la volonté du fondateur le sujet du patrimoine. Et moi-même j'ai essayé de faire pénétrer la conception que la fondation serait un établissement privé, c'est-à-dire un organisme social indépendant, ayant sa vie propre, dont l'âme serait la volonté du fondateur telle qu'elle continue à vivre et à agir dans la fondation, et dont le corps serait constitué par l'appareil humain institué pour la réalisation et la mise en œuvre de cette volonté. Mais ces divergences d'opinions purement théorique, qui se manifestèrent par une infinie variété de solutions au regard du problème de la personne juridique, n'ont tout naturellement offert que des obstacles à peu près insignifiants au développement pratique et à l'efficacité des fondations, à les prendre sur le terrain des faits et des réalités.

Toutefois ce ne fut que peu à peu, et non sans difficultés, que s'opéra une séparation complète entre la *fondation privée* et les *fondations et établissements de droit public*, comme les appelle, pour l'époque actuelle, le § 89 B.G.B. A l'époque de l'absolutisme d'Etat, on inclinait à comprendre toutes les petites unités corporatives, si peu que le lien en fut vraiment solide et étroit, parmi les établissements d'Etat et, par suite, à considérer toute "fondation", comme toute "corporation", plus ou moins comme des instituts *de droit public*. Tel est le point de vue, par exemple, du *Preussisches allgemeines Landrecht*. Mais la brèche se fit sur tous ces points au XIX<sup>e</sup> siècle, en Allemagne, et partout avec la même énergie ; c'est ainsi que, de même que la conception de la *corporation de droit privé*, l'idée de la *fondation de droit privé* commença à faire son chemin ; et elle le fit rapidement et complètement. Il est, du reste, caractéristique que tel fut également le cas même dans la pratique prussienne. Enfin, dans la théorie, dans toutes les lois qui se firent depuis cette époque et dans la pratique qui se forma sur ces bases nouvelles, s'il y eut un point définitivement acquis qui servit de fondement à toute le développement du droit en cette matière, et cela bien avant le Code civil allemand, c'est que la fondation établie par un acte de volonté privée qui lui donne son institution et son affectation qu'il s'agisse de disposition à cause de mort ou d'acte juridique entre vifs, est une création *de droit privé*. Dans l'approbation donnée par l'Etat, et cela dans la mesure où elle était exigée, on ne voyait, en aucune façon, un acte de création du droit public, mais la simple confirmation d'un acte tutélaire de l'Etat, il est impossible que la volonté du fondateur puisse continuer à s'extérioriser et à fonctionner sous sa forme agissante ; et c'est pourquoi l'Etat s'est réservé le droit d'apprécier si, d'après les circonstances qui ont marqué son origine et son établissement, mais surtout si d'après son but, la fondation est apte à recevoir l'investiture et digne, non pas d'être érigée en personne juridique, mais d'être reconnue comme un sujet de droit autonome, c'est-à-dire comme ayant déjà par avance la qualité d'une entité juridique indépendante. Mais ce qui est constitutif et vraiment créateur, c'est l'acte de volonté privée. L'Etat reconnaît une création préexistante ; elle ne vient pas de son intervention. De là vient aussi que l'Etat n'a sur les fondations qu'un droit de haute surveillance, il n'en a pas la direction. De là enfin toutes les restrictions apportées au droit de l'Etat, agissant comme puissance publique, en ce qui touche les pouvoirs de disposition qu'il aurait pu

vouloir exercer relativement aux conditions d'existence ou d'organisation des fondations ou encore relativement au mécanisme qui doit en régler le fonctionnement. Tel était l'état de choses que le Code civil allemand trouva préexistant. Ils s'est contenté de le maintenir et, à la vérité, il n'aurait guère pu procéder autrement, à moins de se mettre en opposition radicale avec la conscience juridique de toute l'Allemagne.

C'est qu'en effet l'idée de la fondation privée *a chez nous profondément pénétré dans les mœurs et les conceptions du pays*. Et, sur le terrain des faits, elle se manifeste aujourd'hui *par un développement et comme une floraison vraiment extraordinaires*. Continuellement, et toujours de plus en plus, se créent de nouvelles fondations privées. Il y a un très grand nombre d'établissements importants consacrés à des œuvres de bienfaisance, à l'assistance des pauvres, au soin des malades, à l'enseignement ou autres buts et objets analogues, qui existent sous la forme de fondations privées. Dans nos Universités, dans nos Ecoles et gymnases ou autres établissements de ce genre, il y a, en très grand nombre, des fondations de bourses, des fondations ayant pour objet un but scientifique quelconque, des fondations de prix et autres encore qui, dans doute, par leurs propres statuts, se trouvent liées à l'organisme et ou fonctionnement d'un établissement public, mais qui, par leur nature, sont encore des fondations privées. Il faut ajouter en outre, les fondations de famille qui jouent encore chez nous un rôle important ; elles jouissent, sous beaucoup de rapports, d'une indépendance spéciale et sont soumises, en dernier ressort, à la "décision de la famille", la *Familienschluss*. Elles bénéficient en Prusse d'un droit particulier, lequel a été à nouveau réglé en conformité avec le Code civil par la *Preuss. A.G. zum B.G.B.*, art. 1-3. La législation d'Etat est autorisée, pour ces sortes de fondations comme pour d'autres encore, à entrer dans une réglementation de détail qui en organise plus à fond le mécanisme pratique ; c'est ce qui résulte du § 85 B.G.B.

Ainsi donc notre fondation privée est certainement loin d'être "*une institution superflue et inutile*". Elle ne pourrait jamais trouver un équivalent suffisant dans le droit des associations et celui des établissements publics. Ce serait là pour nous des cadres trop étroits qui doivent garder leur domaine propre, mais qui ne sauraient jamais se substituer à celui de la fondation privée. Ils ne la remplaceraient pas. Mais si cette dernière est loin d'être pour nous une *institution inutile*, il s'en faut encore plus que nous la tenions pour *dangereuse*<sup>3</sup>.

Il va de soi que nous ne saurions nier que, dans la reconnaissance de la fondation, ne se trouve impliquée une extension tout à fait extraordinaire du principe d'autonomie de la volonté privée. La fondation permet en effet à l'individu d'affecter indéfiniment, et jusque pour un avenir très éloigné, un patrimoine à un but uniquement choisi et fixé par lui, elle lui permet de faire ainsi prévaloir sa volonté bien au-delà de sa mort et de ménager à cette dernière une sorte de souveraineté indéfinie qui persiste alors que lui-même n'existera plus. Une volonté immobilisée, celle de quelqu'un qui n'est plus là pour se réformer lui-même, la volonté du fondateur va rester la loi supérieure de la fondation et dominer sur ce qui est vivant, sur ce qui change avec la vie ; elle va régir des hommes vivants : *Manus mortua!* Mais nous croyons qu'il est paré suffisamment et même au-delà à tous ces dangers et à ceux qui peuvent être inhérents à la fondation par l'exigence d'une autorisation d'Etat à l'origine de la fondation, et par l'établissement, pour la suite, d'un droit de haute surveillance pour l'Etat et les communes, mais surtout par la possibilité de transformer ou même de supprimer complètement la fondation, telle que cette faculté résulte du §87 B.G.B. et des lois d'Etat destinées à compléter le Code civil sur ce point. Et si, malgré tout, il reste encore des inconvénients et des craintes de voir la fondation ne pas donner toute l'utilité qu'on en attendait, tout cela, si je puis dire, nous le prenons, en quelque sorte, par-dessus le marché, parce que nous avons surtout en vue, de l'autre côté, les avantages de beaucoup plus considérables que nous devons en

2 En français dans le texte. (*Nota del traductor-editor*.)

3 En français dans le texte. (*Nota del traductor-editor*.)

attendre. L'existence des fondations est, chez nous, nous avons pu en faire l'expérience, un moteur extraordinairement actif et puissant, en vue de la socialisation des biens. C'est que les fondations ont pour effet d'enlever à la masse accumulé de la fortune privée des fractions considérables qu'elles affectent à des buts d'intérêt commun et d'utilité générale. Il y a là comme une atténation (*sic.*) apportée à ce qu'il peut y avoir d'excessif dans le droit indéfini de succession, surtout dans le droit de succession privée des parents éloignés. Et cependant, d'autre part, il es extrêmement remarquable que l'autorisation administrative semble surtout être utilisée pour empêcher que le fondateur porte un préjudice trop considérable et injustifié à ses héritiers légaux, plutôt que pour restreindre sa propre liberté dans le droit dans le droit qui lui appartient de déterminer le but de la fondation et d'en organiser l'administration. Je na'ji jamais été témoin, relativement aux nombreuses fondations qui ont été créées depuis que je suis à l'Université de Berlin en vue d'intérêts universitaires, d'un seul refus d'autorisation. Mais il s'est présenté de cas nombreux dans lesquels l'autorisation administrative a été subordonnée à certaines conditions à remplis par l'Université, et celle-ci, entre autres, qu'elle verserait à titre volontaire en échange de la fondation une somme destinée à fournir un dédommagement à des héritiers dans le besoin, que le fondateur avait omis dans ses dispositions testamentaires. En général, comme on le voit, la liberté de fondations est toujours, et autant que possible, entièrement respectée. Car c'est un fait qu'il ne faut jamais perdre de vue, que l'habitude des fondations tend à diminuer considérablement dès que els fondateurs n'ont plus de confiance dans l'avenir et qu'ils ne sont plus assurés que leur volonté doive être respectée et mise à exécution ou qu'elle doive se perpétuer sinon indéfiniment, tout au moins pour une durée qui en épuise toute l'efficacité. L'esprit de fondation est précisément lié par ce désir impérieux qu'on tous les hommes de s'assurer sur terre une sorte d'immortalité. C'est pourquoi nous veillons toujours, lorsque la transformation ou la suppression ne peuvent plus être évitées, à respecter la piété due au fondateur au moyen de procédés qui assurent, tout au moins, la perpétuité de son nom et la mémoire de ses bienfaits.

C'est ainsi que, du point de vue *allemand*, se trouvent complètement infirmées toutes les objections que l'on a faites, depuis le début du siècle dernier, à l'introduction de la fondation privée dans le droit français. Il est vrai qu'il y a peut-être à ce sujet une autre question, qui serait de savoir si l'esprit du droit *français* ne lui est pas contraire. La crainte de la "main morte" n'-a-t-elle pas poussé chez vous de racines trop profondes pour qu'il puisse être possible d'admettre à cet égard une telle infraction ? Remarquez, par exemple, que votre Code civil, en matière héréditaire, interdit toute substitution, tandis que nous avons consacré dans le nôtre la succession en sous-ordre. Nous sommes loin d'avoir un droit de réserve aussi rigoureux que le vôtre, et nous ne connaissons pas votre partage forcé entre co-héritiers. Nous avons nos fidéicommiss de famille et notre succession paysanne au profit de l'héritier désigné, notre *Anerbenrecht*, de telle sorte que, dans le voisinage de toutes ces institutions, nos fondations de famille n'on plus rien qui détonne. Mais ce sont là des considérations qu'il ne m'appartient peut-être pas de pousser plus loin. Et, vraisemblablement aussi, l'esprit qui anime ceux qui sont chargés de la révision de votre droit civil a complètement rompu avec les tendances doctrinaires, et purement unilatérales, d'une logique qui voudrait pousser jusqu'au bout les principes dont elle part.

Conformément à votre désir, je vous autorise bien volontiers, si peu que vous y voyiez quelque utilité, à publier mes observations dans votre Bulletin.

Et avec l'expression de ma considération la plus distinguée  
Je suis votre très dévoué Professeur Dr. Otto Gierke.



## 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”, en *Rentrée solennelle des Facultés de Dijon*, Dijon, Darantière, 1886, 50-74
- “Le domaine public à Rome et son application en matière artistique”, *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”, *Revue d'histoire*, 40 (1889), 286-304.
- “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.
- “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 (1888-1889), 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, *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, *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”, *Revue internationale de l'enseignement supérieur*, 19 (1890), 482-503.
- “M Villequez, doyen de la Faculté de droit de Dijon” (necrológica), *Nouvelle Revue d'histoire du droit*, 14 (1890) 927-934.
- Recensión de J. Unger, *Schuldübernahme*, Wien, A. Holder, 1889, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 19 (1889-1890), 150-152.
- Recensión de *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble* (1 y 2), *Bulletin de la Société de législation comparée*, 19 (1889-1890), 285-288.
- Recensión de *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble* (1 y 2), *Nouvelle Revue d'histoire du droit*, 14 (1890), 507-516.
- “De la cession de dettes”, *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), *Annales de législation étrangère*, 19 (1890), 39-49.
- “Préface programme”, *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”, *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”, *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), *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*), *Annales de droit commercial*, 5 (1891), 217-227.
- Con E. Bailly, “Chronique”, *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*”, *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*)”, *Annales de droit commercial*, 6 (1892), 287-296; 7 (1893), 175-216.
- Recensión de E. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, (I), *L’ancien droit*, Paris, Plon et Marescq aîné, 1891, *Nouvelle Revue d’histoire du droit*, 16 (1892), 229-238.
- Recensión de F. Moreau, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Larose et Forcel, 1892, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 21 (1891-1892), 460-463.
- “Chronique universitaire. Les étudiants des Facultés de Dijon”, *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, 2 (1892), 145-178.
- “Variétés et documents” (Reznson 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), *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”, *Bulletin de la Société des amis de l’Université de Dijon*, 2 (1893), 81-91.
- “Questions de jurisprudence”, *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, 3 (1893), 293-403.
- “Chronique. Jurisprudence de la Cour d’appel de Dijon”, *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, 3 (1893), 509-520.
- “M.L. Mouchet, professeur de droit civil à la Faculté de droit de Dijon”, *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, *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, *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, *Nouvelle Revue d’histoire du droit*, 17 (1893), 774-779.
- “Étude sur les éléments constitutifs de la possession”, *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), *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”, *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, *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 XIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, A. Picard, 1892, *Revue d’histoire*, 54 (1894), 149-152.
- Recensión de P. Rencker, *De la non-responsabilité conventionnelle, Thèse de doctorat*, Dijon, 1894, *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, *Revue d’histoire*, 56 (1894), 389-399.
- Recensión de E. Huber, *System und Geschichte des schweizerisches Privatrechts*, Basel, Reich, 1893, *Nouvelle Revue d’histoire du droit*, 18 (1894), 764-776.
- “Le Homestead aux Etats-Unis. Constitution d’un patrimoine de famille insaisissable”, *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”, *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, 5 (1895), 1-94.
- “Development of the present Constitution of France”, *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”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 24 (1894-1895), 721-798.
- “Étude sur l’histoire des sociétés en commandite”, *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”, *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, 5 (1895), 47-97.
- “Note sur Lyon, 10 Juillet 1894”, *Recueil Sirey des lois et des arrêts*, (1895) 185-189.
- Recensión de R. de la Grasserie, *Convient-il d’augmenter en France la quotité disponible du père de famille?*, Paris, Imprimerie Nationale, 1894, *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), *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”, *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”, *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), *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. Facsimile Edition 1969.
- “Le risque professionnel dans le Code civil”, *Réforme sociale*, 35 (1898) 634-649.
- “La représentation proportionnelle” (Recensión de A. Besson, *Essai sur la représentation proportionnelle de la majorité et des minorités*, Dijon, Jobard, 1897), *Revue du droit public*, 9 (1898), 215-234, 385-413.
- “Notice sur le Code civil pour l’Empire d’Allemagne du 18 août 1896”, *Annales de législation étrangère*, 1898, 142-160.
- “M. C. Bufnoir”, *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 60 (1898), 534-545.
- “Note sur l’acquisition de la personnalité dans le Code civil allemand”, *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”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 28 (1898-1899), 452-459.
- “Préface” (I-XIII), François Gény, *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”, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 28 (1898-1899), 260-281.
- “La moralisation par la peine”, *Revue Maurice*, 1899, 275 y ss.
- “Les sentences indéterminées” (Intervenciones en una sesión de la *Société générale des Prisons*), *Revue pénitentiaire*, 23 (1899), 802-807, 810-813.
- “Note sur Besançon 23 février 1898”, *Recueil Sirey des lois et des arrêts*, 1899, 25-27.
- “Les associations dans le nouveau droit allemand”, en *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), *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), *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), *Revue pénitentiaire*, 23 (1899), 999-1008.
- Recensión de N. Saripolos, *La démocratie et l’élection proportionnelle, étude historique, juridique et politique*, Paris, Rousseau, 1899, *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”, *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”, *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”, *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”, *Revue internationale de l’enseignement supérieur*, 39 (1900), 241-250. Tambièn en *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. Tambièn en *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”, en *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, *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, *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” en *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 *XXI<sup>e</sup> Congrès de la Société d’économie sociale*), *Réforme sociale*, 44 (1902), 111-114.
- “Discours d’ouverture”, en *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), en 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), *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, *Revue pénitentiaire* 27 (1903), 1061-1069 y *Bulletin de la Société d’études législatives* 2 (1903) 544-551.

- “Méthode historique et codification”, en *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, en *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”, en *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), en *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”, en *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”, en *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”, en *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. Lethellieux, 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”, en *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”, en 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”, *Mercur de France*, XLVII (1907), 449-451.

- “Les *Piae causae* dans le droit de Justinien”, en *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”, en *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. También en *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”, en *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 fran-

- çais”, *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, en *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), in Charles de Visscher, en *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.
- “Allocution”, en A.A.V.V., *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des Sciences sociales en 1910*, Paris, V. Giard, 1911, XV-XXV
- “L’organisation juridique des premières communautés chrétiennes”, en *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”, en *Scritti in onore di G. P. Chironi*, Torino, 1915, I, 47 páginas (separata).

## BIBLIOGRAFÍA

- A.A.V.V., *Congrès international de droit comparé. Procès Verbaux des séances et documents*, Paris, LGDJ, 1905, (I) 69-113.
- A.A.V.V., *François Saleilles (1894-1943)*, Toulouse, Bousseau, 1945.
- A.A.V.V., *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire*, Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1904.
- 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.
- Alonso Olea, Manuel, Manuel Alonso Olea, *Introducción al derecho del trabajo*, Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 1981.
- Ancel, Marc, “La tendance universaliste dans la doctrine comparative française au début du XX<sup>ème</sup> siècle”, en Hans Döhlle/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, “Continuidad del pasado en la justicia del presente”, en Fernández-Crehuet, Federico y García López, Daniel J. *Derecho, Dictadura y Memoria*, Granada, Comares, 2009, 61-78.
- Aragoneses, Alfons, “Strafrecht im *Fin de Siècle*. Raymond Saleilles und die Strafrechtswissenschaft in Frankreich Ende des 19. Jahrhunderts”, en 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, 2007.
- Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo (1951-1966)*, versión española de Guillermo Solana, Madrid, Taurus, 1998, 143-177.
- Arnaud, André-Jean, *Les juristes face à la société. Du XIX<sup>ème</sup> Siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975.
- Assier-Andrieu, Louis, “Le Play et la famille-souche des Pyrénées: politique, juridisme et science sociale”, *Annales. Economies. Histories. Civilisations* 39 (1984), 495-509.
- Belleau, Marie-Claire, “Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XX<sup>e</sup> siècle”, *Cahiers de droit* 40 (1999), 507-620
- Bergson, Henri, *L'évolution créatrice* (1907), Paris, PUF, 2007.
- 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, Soufflot, 1914, 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.

- Bourdieu Pierre, “L’illusion biographique”, *Actes de la Recherche en sciences sociales*, 62/63 (1986), 69-72.
- Bufnoir, Claude, *Propriété et contrat*, Paris, A. Rousseau, 1900. Edición y prólogo (I-XII) de Raymond Saleilles.
- Capitant, Henri, “Conception, méthode et fonction du droit comparé d’après R. Saleilles”, en Edmond Thaller (ed), *L’oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Soufflot, 65-114.
- Carbonnier, Jean, *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972 ; *Rechtssoziologie*, Berlin, Duncker Humblot, 1974.
- Caroni, Pio, “Eugen Huber. Il mito svelato”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 110 (1991) I, 381-419
- Caroni, Pio, *Die Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel y Frankfurt am Main, Helbing und Lichtenhahn, 1991.
- Caroni, Pio, *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- Castel, Robert, *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris, Gallimard, 1995.
- 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”. Artículo electrónico: [www.courdecassation.fr/\\_rapport/rapport03/etudes&doc/2-etude-M-Cedras.htm](http://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, 170.
- Charle, Christophe, *Les Elites de la République (1880-1900)*, Paris, Fayard, 1987.
- 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”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 20 (1991), 271-317.
- 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.
- 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 Meulenaere, Octave, *Code civil allemand et Loi d’introduction*, Paris, Chevalier-Marescq, 1897
- De Visscher, Charles, *Le contrat Collectif de Travail. Théories juridiques et projets législatifs*, (Préface de Raymond Saleilles), Gand, Paris, A. Siffer, Arthur Rousseau, 1911.
- 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, Librairie Armand Colin, 1913.
- Durkheim, Emile, *De la division du travail social* (1893), Paris, PUF, 1991.
- Fahr-Becker, Gabrielle, *El Modernismo*, Köln, Könnemann, 1996.
- Faucon, Maurice, *Reliquiae*, (Editées par M Costilhes et R. Saleilles. Notice de M. Salomón), Paris, Plon-Nourrit et Cie, 1911.
- Favre, Pierre, *Naissances de la science politique en France. 1870-1914*, Paris, Fayard, 1989.
- Fleiner, Fritz y Giacometti, Zaccaria, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, Schulthess, 1978.

- Flessner, Axel, "Die Rechtsvergleichung als Kundin der Rechtsgeschichte", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 7 (1999), 513-520.
- Galbraith, John Kenneth, *Historia de la economía*, Barcelona, Ariel, 1992.
- 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, "Raymond Saleilles (1855-1912)", *Revue Bourguignonne de l'Université de Dijon*, 22 (1912), 161-263.
- Gaudemet, Eugène, "Raymond Saleilles et le Code civil allemand", en Edmond Thaller, *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Soufflot, 115-151.
- Gauye, Oscar, "Raymond Saleilles et sa correspondance avec le redacteur du Code civil suisse", *Civitas*, 15 (1959-1960), 416-423.
- Gauye; Oscar, "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.
- Gény, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* (avec une préface de Raymond Saleilles), Paris, Chevalier-Marescq, 1899.
- Gény, François, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, (IV), Paris, Librairie du recueil Sirey, 1914-1924.
- Gierke, Otto, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, (1889), en Otto Gierke, Aufsätze und kleinere Monographien, Hildesheim u. a, 2001, 605-642.
- Glasson, Ernest, *Le droit de succession au moyen âge*, Paris, Larose & Forcel, 1893.
- Glasson, Ernest, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe et de législation comparée, précédé 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 Saleilles", *Rivista di Diritto Civile* 39 (1993), 345-398. Tambièn como capítulo de libro en Grossi, Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, 193-261.
- Grossi, Paolo, "Pagina introduttiva (Ripensare Gény)", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 20 (1991), 1-51.
- 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*, Bellaterra, 1991. En versión italiana, "Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX", en Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, 127-141.
- Grossi, Paolo, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè Editore, Milano, 2000.
- Guamán, Adoración, *Derecho del trabajo y defensa de la competencia*, Valencia, Universitat de València, 2008.
- Guamán, Adoración, *Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2008.
- 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.
- Hauriou, Maurice, "Théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social", *Cahiers de la Nouvelle Journée* 4 (1925), 1-45.
- Horwitz, Morton J., *The Transformation of American Law. 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford, New York, 1992.
- Huber, Eugen, "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.

- Huber, Eugen, "Deutsches Privatrecht", *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, 20 (1898), 93-163.
- Huber, Eugen, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts* (1893), 2 vollst. neu bearb. Aufl. von Paul Mutzner, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1935.
- Jamin, Christophe, "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", en A.A.V.V., *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001
- Jamin, Christophe, "Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris", *Revue Internationale de Droit comparé* 52 (2000), 733-751.
- Jhering Rudolf, *Unsere Aufgabe*, Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts 1 (1857), 1-52
- Jhering, Rudolf, *Der Zweck im Rechts*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1884.
- Jones, H.S. *The French State in Question. Public Law and political argument in the Third Republic*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- Kayser, Pierre, "La vie et l'oeuvre de François Gény", *Quaderni Fiorentini*, 20 (1991) 53-117.
- 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, 1994, 21-28.
- Larkin, Maurice, *Church and State after the Dreyfuss Affair. The Separation Issue in France*, London, Macmillan, 1974.
- Le Play, Frédéric, *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, *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts*, 247-265.
- Leonhard, Rudolf, "Französische Stimmen über das Deutsche bürgerliche Gesetzbuch als Vorbild für Civilrechtsreformen", en *Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft*, Breslau, Verlag von M. & M. Marcus, 1906, 78-104.
- 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", en *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Soufflot, 1914, 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.
- Lyon-Caen, Antoine, "Les droits fondamentaux et l'Europe du droit du travail", en Antoine Nayer., *Droit du travail: effectivité, efficacité?*, Bruxelles, La Chartre, 1996.
- Mann, Thomas, *Der Zauberberg*, Berlin, S. Fischer Verlag, 1924. *La montaña mágica*, Edición española de Mario Verdaguer, Barcelona, Plaza Janés, 1993.

- Marchi, Gian Paolo “Culture a confronto nelle terme e nei luoghi di cura” en Prodi, Paolo Prodi / Wandruzska, Adam (ed.), *Il luogo di cura nel tramonto della monarchia d'Asburgo*, Bologna, Il Mulino, 1996, 69-104.
- Mayda, Jaro, *François Génys 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 origine della comparazione giuridica. I carteggi di Carl Joseph Anton Mittermaier”, en AAVV, *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milano, Istituto lombardo di Scienze e lettere, 2001, 15-38.
- Michaels, Ralf, “Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongress für Rechtsvergleichung. Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans”, en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 66 (2002), 97-115.
- Michoud, Léon, “La théorie de la personnalité morale dans l'œuvre de Raymond Saleilles”, en *L'oeuvre juridique*, 301-337.
- Michoud, Léon, “Note sur le projet relatif aux Fondations”, *Bulletin de la Société d'études législatives* 8 (1909), 172-179
- 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.
- Motte, Olivier, *Sur la genèse allemande d'un nouveau paradigme de l'histoire du droit*, Berne, P. Lang, 1986.
- 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 rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur Neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2000.
- Newman, John Henry, *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.
- Newman, John Henry, *Le Chrétien*, Paris, Lethellieux, 1906 (trad. et préface de Raymond Saleilles), IV-XXXII.
- 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, “Absolutismo jurídico y derecho comparado: método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert”, en AAVV, *De la Ilustración al Liberalismo: Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*. Madrid, CEC, 1995, 121-137.
- Petit, Carlos, “Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la Belle Epoque”, en *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001, 39-98.
- Petit, Carlos, “The Code and the Goats. Western Law in less Western Cultures”, en *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 20 (1998), 212-224.
- Planck, Gottlieb, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Berlin, Guttentag, 1897-1902
- Porta, Jérôme, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Manuscrito, Nanterre, Université Paris X, 2006.
- Rabel, Ernst, “Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung”, *Münchener juristische Vorträge*, München, Verlag der Hochschulbuchhandlung Max Hueber, 1925.
- 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.
- Rehbinder, Manfred, "Einleitung", en Manfred Rehbinder/ Ulrich Drobnig (Hrsg), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.
- 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.
- Robert, Jean-Henri, "Saleilles et le comparatisme", *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 12 (1991), 143-149.
- Sabbioneti, Marco, *Un Cattolico "Protestante". La crisi della separazione tra Stato e Chiesa nelle lettere inedite di Raymond Saleilles a Louis Birot (1906-1909)*, Giapichelli, 2005.
- 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.
- Schröder, Paul, "Der Funktionsverlust des bürgerlichen Erbrechts", en Mohnhaupt, Heinz (Hrsg.), *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1987, 281-294.
- Schubert, Werner, "Das BGB im Urteil französischer Juristen bis zum Ersten Weltkrieg", en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (germanistische Abteilung)*, 114 (1997), 128-181.
- 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.
- Sturmel, Philippe, "L'école historique française du droit a-t-elle existé?", en *Rechtsgeschichte*, 1 (2003), 90-122.
- Tarde, Gabriel, "Sociologie du droit et droit comparé", en *Congrès international de droit comparé. Procès verbaux I*, Paris, 1905, 437-445.
- Tarde, Gabriel, *Les transformations du droit. Etude sociologique* (1893), Paris, Berg International, 1994.
- Teisseire, Raymond, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. Etude de droit civil*, Paris, Rousseau, 1901.
- Tellier, Frédéric, "Le droit à l'épreuve de la Société. Raymond Saleilles et l'idée de droit social", *Revue d'histoire des facultés de droit* 20 (1999), 147-177.
- Thaller, Edmond, (ed), *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Soufflot, 1914.
- Thaller, Edmond, "Avant-propos", en Edmond Thaller (ed.), *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, 5-38.
- Vec, Milos, Seckelmann, Margrit, Röder, Tilmann J., "Standards, Norms and the Law: The impact of the industrial Revolution", en Becker, Peter (ed.), *Normalising Diversity—EUI Working Paper*, HEC No. 2003/5, Badia Fiesolana/San Domenico, 2003, 23-44.
- Vec, Milos, "Kurze Geschichte des Technikrechts. Von den Anfängen bis zum Ersten Weltkrieg", en 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: *Kloepfer, Michael (Hrsg.) Kommunikation –Technik –Recht. Strukturen und*

- wechselseitige Beeinflussungen, (*Schriften zum Technikrecht* 6), Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 111-138
- Villena, Luis Antonio, *Corsarios de guante amarillo. Sobre el dandysmo*, Barcelona, Tusquets, 1983.
- Vives, Josep, Introducción a J. H. Newman, *Teoría del desarrollo doctrinal. Sermones universitarios: No. XV*, traducción de Aureli Boix, Cristianisme i Justícia, 1990.
- Vom Feld, Ina, “Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser ? Dampfkesselüberwachung in Preussen zwischen Fremdsteuerung und Selbststeuerung 1870-1914”, en Josef Pauser (y otros) *Ad fontes, Ad Fontes. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Wien 2001*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002, 121-140.
- Vom Feld, Ina, *Dampfkesselgesetzgebung und-überwachung in Preußen 1831-1914*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2007.
- Weber, Eugen, *France fin de siècle*, Cambride (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.
- Wiederkehr, Georges, “La culture des Revues françaises de droit privé”, en André-Jean Arnaud (ed.), *La culture des revues juridiques françaises*, Milano, Giuffrè, 1988, 3-30.
- 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 Vollschläger (Hrsg.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstag von Rudolph von Jhering*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1970, 240-251.

