# QUADERNI FIORENTINI

## per la storia del pensiero giuridico moderno

**20**

(1991)

# François Gény
# e la scienza giuridica del Novecento

**giuffrè editore milano**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

# PAGINA INTRODUTTIVA
## (RIPENSARE GÉNY)

1. Gény nel divenire del pensiero giuridico moderno. — 2. L'assillo della scientificità: una palingenesi metodologica per il civilista. — 3. Complessità del sociale e complessità del giuridico: insufficienza espressiva della legge scritta. — 4. La rivincita dei fatti: oltre lo schermo delle fonti. — 5. Dalla ' interprétation des sources ' alla ' interprétation du droit '. — 6. La legge scritta nella coralità delle fonti: una operazione riduttiva. — 7. Produzione e interpretazione del diritto: il ruolo del giurista-interprete nella visione pluralistica dell'ordine giuridico. — 8. Il ruolo del giurista-interprete e la rinnovazione dell'ordinamento: il conio di nuovi strumenti giuridici. — 9. Ripensare Gény.

1. In presenza di una *postface* limpida e autorevole come quella che Jean Carbonnier ci ha fatto l'onore di scrivere per questo ' Quaderno ' con rara generosità, una ' pagina introduttiva ' del Redattore può apparire — e nei fatti è — superflua; a meno che non vi si voglia manifestare e chiarire i motivi che hanno sorretto — e, nella mente del Redattore, legittimato — l'individuazione e la definizione del tema. Il che è proprio quanto intendo fare in queste righe.

Innanzi tutto, una doverosa precisazione: per la scelta dell'opera di François Gény quale oggetto di questo volume sono io e io soltanto il responsabile. Il Consiglio di Redazione aderì prontamente, ma la prima idea e la prima proposta furono mie. Questo dico non per fármene titolo di merito, sibbene per assúmermene pienamente la responsabilità; questo dico, perché — ancor oggi e, forse, soprattutto oggi — su Gény sospetti, equivoci e diffidenze si intrecciano a gelidi silenzii, come ho potuto constatare nella non facile, anzi faticosa, organizzazione del lavoro collettivo.

Una siffatta constatazione è stata per me doppiamente sconsolante: perché costituisce il segno che l'opera del grande giurista di Nancy, o non è stata letta, o è stata letta distrattamente, o è stata

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fraintesa, o, infine — circostanza, ohimè, più probabile — è stata culturalmente rifiutata e quindi prontamente rimossa; perché — tirando una elementare conseguenza da tutte le congetture avanzate — è il segno di un perdurare pervicace nell'atteggiamento dell'odierno giurista di convinzioni ultime ispirate al più rigoroso e rigido positivismo giuridico.

Licenziando, nell'ottobre del 1924, la quarta ed ultima parte della sua seconda massiccia fatica, 'Science et technique en droit privé positif', Gény non riusciva a contenere una espressione di rammarico: «je sens beaucoup de résistance se maintenir à l'état latent» (1), prendendo atto di un atteggiamento sostanziale che durava ormai da venticinque anni, dalla data di apparizione della *Méthode* (2), e che faceva spicco rispetto alle frequenti adesioni formali e alle frequentissime citazioni (3).

Quell'atteggiamento, che il giovane professore di 'Code civil' a Dijon (4) e il maturo 'doyen' della Facoltà giuridica di Nancy (5) sperimentarono nella sua persistenza, è duro a morire; il giurista — almeno quello continentale — ancor oggi, malgrado le adesioni immancabili alle dottrine istituzionalistiche e l'elogio di Santi Romano recitato a fior di bocca (6), è e resta nel fondo dell'animo suo

---

(1) *Science et technique en droit privé positif* - Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique - IV, Paris, Sirey, 1924, p. V (d'ora in avanti sarà citato sempre come: *Science et technique*).

(2) La prima delle due grandi opere di analisi critica e di ricostruzione sistematica di Gény è appunto: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899, la cui seconda edizione apparirà — con il testo immutato ma con cospicue integrazioni — presso la Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, in due volumi, nel 1919 (d'ora in avanti sarà citato sempre come: *Méthode*).

(3) Aggiungerei oggi anche: malgrado le solenni onoranze a lui rese, in vita, poco dopo la sua *retraite*, su iniziativa di Edouard Lambert (si veda il *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, s.d. (ma 1934)), e, non molto dopo la sua morte, in occasione del centenario della nascita (cfr. *Le centenaire du Doyen François Gény*. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris, Dalloz, 1963).

(4) Gény fu nominato professore di *Code civil* a Dijon nel 1892 e vi resterà fino al 1901.

(5) Gény fu eletto *doyen* nel 1919, e confermato nella carica nel 1922. Era pertanto Decano della Facoltà quando scriveva la frase trascritta nel testo.

(6) Cioè, per intenderci, del geniale scrittore di teoria generale del diritto col suo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

statualista e legalista, adagiato nella nicchia comoda e tranquillizzante (ma soprattutto congeniale) della esegesi. Per lui — non soltanto per il giurista operante cento anni fa, ma altresì per quello dei nostri giorni — Gény è un personaggio scomodo, e il suo messaggio rappresenta la turbativa di un ordine giuridico sedimentato da due secoli, l'incrinatura di inveterate certezze e la perdita della *tranquillitas* che da quell'ordine discendeva con semplicità.

Gény ha preso di petto, nel '99 così come oggi, il teorico e l'operatore giurista, lo ha scosso dalla sua sonnolenza, gli ha caricato addosso una pesante croce di oneri e di responsabilità, lo ha perciò provocato e infastidito togliendolo dal cantuccio d'ombra in cui si era volentieri rannicchiato, ma gli ha ridato anche il senso del proprio ruolo e la consapevolezza della propria naturale libertà, della libertà della propria azione intellettuale.

Il giurista — dottrinario e pratico, che fosse o che sia — plagiato nel suo intimo da una sottile propaganda bicentenaria, e perciò statualista e legalista convinto, ne restò (e ne resta) sgomento; forse, lettore distratto e frettoloso di quell'ammasso troppo fitto di pagine e di citazioni dottissime che è ' Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif ', non lo ha compreso nella autenticità del suo messaggio, e, fuorviato da quella locuzione ' libre recherche scientifique ' tanto ripetuta e ribadita e tanto equivoca se la si sottrae alla trama rigorosa del pensiero di Gény, ne ha percepito la sola valenza provocatoria, erosiva delle ' conquiste ' del diritto borghese, e perciò sostanzialmente ripugnante.

Certo, profondamente certo che intorno al civilista lorenese si sono accumulati grossolani fraintendimenti generatori di atteggiamenti apologetici od ostili (gli uni e gli altri culturalmente improduttivi); convinto invece del ruolo insinuante e complesso che egli ha giocato nella storia del pensiero giuridico moderno, profondamente convinto che Gény sia — tra Ottocento e Novecento — motivo di affrancazione da condizionamenti e pregiudizi, nonché di recupero in complessità e ricchezza per l'universo giuridico; in

---

libello ' L'ordinamento giuridico ' (1917), non già del giuspubblicista, sistematore insigne del diritto pubblico positivo italiano, che appare spesso smentire nelle costruzioni positive le proprie riflessioni felicemente e arditamente avanzate su un piano filosofico-giuridico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grazia di questa certezza e convinzione ho ritenuto opportuno riproporre la persona e l'opera gényana come oggetto d'un intero ' Quaderno ' monografico.

La sollecitazione prevalente era storico-giuridica: occorreva ripensare Gény nel suo tempo, soprattutto nello spartiacque fra i due secoli, nel divenire della scienza giuridica da lui segnato a tal punto da caratterizzare col crinale della propria riflessione un prima e un dopo quali territorii storici diversamente contraddistinti.

Forse però l'invitatorio a ripensare Gény non aveva e non ha quale destinatario esclusivo lo storico del diritto; com'è nel programma e nella consuetudine dei ' Quaderni fiorentini ', l'apostrofe può convenientemente rivolgersi anche al teorico del diritto e, più in generale, all'odierno cultore del diritto positivo, in particolare al privatista. Sono convinto che Gény parla ancora per lui un messaggio di straordinaria vitalità e freschezza. Infatti, se il pubblicista — in forza dei suoi legami più intensi con il ' politico ' e con il ' sociale ', in forza delle sue fonti storicamente assai più plastiche — si è affrancato da vecchie e viete mitologie ed ha aggiornato efficacemente i proprii canoni metodici, il giusprivatista — con alle spalle quel fatto totalizzante che è, sul piano delle fonti, la codificazione — si mostra ancora vincolato a certi modelli passati di giurista, impregnato di certi miti e devoto di certi culti, insomma tanto sottilmente plagiato da far fatica a scrollarsi di dosso il peso d'una educazione e quindi d'una caratterizzazione affatto inadeguata al suo ruolo odierno. Offrire anche a lui una occasione di ripensare Gény è dare un contributo a quel rinnovamento psicologico, che, pur in progresso negli ultimi decenni, vede tuttavia in atto resistenze più o meno latenti.

Ma perché, per l'appunto, Gény? Che cosa ha di tanto singolare la sua pagina per poterla rileggere con profitto a quasi cento anni di distanza? Perché l'impietosa usura del tempo non l'ha condannata tra le cianfrusaglie del rigattiere?

Cercherò di dare una risposta plausibile nel corso di questa ' pagina introduttiva ', ma voglio sin d'ora anticipare che il ' segreto ' di Gény sta nel non essere mai un descrittore: le sue pagine non costituiscono mai un dagherrotipo del proprio tempo destinato ad ingiallire rapidamente. Il proprio tempo è sempre per lui non un frammento isolato, ma il punto di una linea, che ha radici lontane ma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che prosegue sicura in un avvenire ugualmente lontano. Gény si muove sempre e soltanto sul piano dei grandi problemi che toccano l'essenza del lavoro del giurista, del grande dibattito di idee sull'assetto costitutivo del diritto moderno. Questo « vigoureux remueur d'idées » (7), con un messaggio fatto di insoddisfazioni per il vecchio e di presentimenti del nuovo, più che chiudere il secolo diciannovesimo apre il secolo ventesimo, collocandosi arditamente fra le consolidazioni moderne del diritto (ma già vecchiotte e anchilosanti) e le prime linee di un suo sviluppo postmoderno.

Insomma, il filo culturale lanciato nel 1899 corre continuo, senza cesure, fino a noi. Gény mi sembra appena alle nostre spalle, in grado di dare suggerimenti che possiamo intendere distintamente e raccogliere per il presente e per il futuro. « C'est aussi indiquer une direction d'avenir » (8): quanto, a distanza di trenta anni dalla pubblicazione della *Méthode*, il civilista Eugène Gaudemet poteva scrivere con la tranquilla coscienza di chi guardando il passato svolgersi del filo lo vedeva proiettarsi con sicurezza nel futuro, credo che possiamo oggi ripetere noi malgrado il molto maggior tempo trascorso.

Mi preme ora darne una prima motivazione avanti della ricca documentazione del volume.

2. Gény ha avuto una lunga, anzi lunghissima esistenza, morendo quasi centenario nel dicembre del 1959, ma non si può dire che sia stato autore di molte opere; al contrario, più di ogni altro, egli può essere qualificato *homo unius libri*. Il *liber*, il libro suo per eccellenza, è l'ampia riflessione su ' Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif ', che pubblica in prima edizione, non ancora quarantenne, nel 1899: in precedenza, aveva scritto poco di

(7) Come lo chiama Edouard Lambert nella sua ' préface ' (p. XXI) al *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, precedentemente citato.

(8) « il y a quelque trente ans que ces deux noms [cioè di Saleilles e di Gény] devinrent le mot d'ordre et le mot de ralliement des jeunes civilistes qui menaient alors en France le bon combat pour la méthode. Mais c'est aussi indiquer une direction d'avenir » (E. GAUDEMET, *L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit*, in *Recueil d'études sur les sources du droit*, cit., II, p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rilevante in campo romanistico e civilistico (9); successivamente, tutto quello che scriverà sarà sviluppo e applicazione del nodo robusto di idee contenute in questo volume, anche l'ampia monografia civilistica sulle lettere missive (10), anche l'altra grossa fatica ' Science et technique en droit privé positif ' la cui pubblicazione in quattro parti lo impegna addirittura per dieci anni (11).

Personaggio d'un sol libro, perché personaggio dalla straordinaria compattezza e coerenza. Gény vive infatti il privilegio di avere ordito e definito un proprio progetto scientifico e culturale fin dagli anni della giovinezza, di averlo costruito con profonde radici nella propria coscienza morale, e di avervi perciò mantenuto saldamente fedeltà per tutto il lungo itinerario successivo. Chi legge lo Gény dopo la *Méthode* non solo vi scopre relativamente di nuovo, ma può restare infastidito da una ripetizione quasi ossessiva di approcci metodici e di idee fondanti: e questo fino agli ' Ultima verba ' stancamente dettati da un vecchio novantenne (12). Ecco perché non è scorretto identificare in quel libro una vita di ricerca e a questo riferirci per misurare sia l'originalità storica di Gény, sia la incisività del suo messaggio anche per l'odierna scienza giuridica.

La *Méthode* appare — lo sappiamo — nel '99, e dobbiamo

---

(9) Le cose di maggiore interesse sono in realtà due anticipazioni della futura *Méthode*, che egli pubblica nella sede appartata di una Rivista borgognona. Cfr. *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique, en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé*, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, VII (1897), e *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique*, ibidem, VIII (1898).

(10) *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*, Paris, Sirey, 1911. Come puntualmente informa Gény nello ' avant propos ', il fine dell'opera consiste nel « tenter ... l'application serrée, minutieuse, sincèrement objective, d'une méthode critique d'investigation du droit positif, dont les principaux traits, déjà doctrinalement esquissés, demandaient, sans plus tarder, à prendre corps dans une ' exemplification ' concrète de quelque étendue » (p. V).

(11) La ' Introduction ' e la prima parte (' Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution ') sono licenziate dall'autore nel '13, la seconda parte (' Elaboration scientifique du droit positif - L'irréductible droit naturel ') nel '15, la terza (' Elaboration technique du droit positif ') nel '21, la quarta (' Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif - Le conflit du droit naturel et de la loi positive ') nel 1924.

(12) *Ultima verba*, Paris, Pichon/Durand-Auzias, 1951 (il libello, tradotto in italiano da G. Ambrosetti, prefato da F. Battaglia, è stato pubblicato dalla Editrice Studium, Roma, 1956).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

veramente collocarla nello spartiacque fra i due secoli: raccoglie infatti i germi di novità che la riflessione giuridica francese aveva fatto emergere nell'ultimo decennio, ma li sviluppa e li sistema in un ampio disegno organico dando loro un volto, una dignità, una forza culturale tanto intensi da poter fungere da breviario per il giurista del Novecento; anche se non lo tocca alcun sentimento di disprezzo per il passato, Gény guarda però al futuro e pretende di costruirlo su basi più solide.

I problemi che lo dóminano e lo tormentano 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; poi, consequenziali e compenetrati ai primi, il problema delle fonti del diritto privato e della vita delle fonti nel tempo e nello spazio, cioè della loro applicazione/interpretazione.

Gény non è né il primo né il solo, nella Francia di fine Ottocento, ad esservi attento. Dal 1890, Raymond Saleilles, giurista sensibilissimo, avvia, per il tramite di un convinto storicismo, un nuovo modo di concepire e valutare le fonti legislative e il rapporto dell'interprete con queste: saranno interventi provocati dal gran travaglio codificatorio tedesco (13), saranno interventi dichiaratamente metodologici (14), saranno più spesso interventi sul delicato tessuto costruttivo di istituti difficilmente inseribili negli schemi della tradizione civilistica (15). Accanto, è tutto un pullulare di

---

(13) Ci riferiamo, in particolare, a: *Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand* e *Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XVIII (1888-89), poi confluiti in: *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1890; *Etude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXIV (1894-95); *Note sur l'art. 54 du Code civil allemand relatif aux associations dépourvues de la personnalité*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXVIII (1898-99); *Les associations dans le nouveau droit allemand*, in *Le droit d'association*. Etudes, notes et rapports, Paris, Gaume-Rondelet, 1899.

(14) In particolare: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XIX (1890, 1°) e *Fondement et developpement du droit*, ibidem, XXII (1891, 2°).

(15) In particolare: *De la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, IV (1890); compte rendu de Paul Rencker, *De la non responsabilité conventionnelle*, in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insoddisfazioni e di tentativi di ricerca da parte di intelligenti *homines novi*, di cui sono efficace testimonianza per tutto il corso dell'ultimo decennio del secolo parecchie significative tesi dottorali (16).

Decennio, insomma, fertile (17) per la civilistica francese, fertile di potenzialità future, che troverà il suo compimento in alcuni straordinari eventi che lo storico ha il dovere di sottolineare: il primo congresso internazionale di diritto comparato del 1900, voluto e promosso in prima persona da Saleilles e che rappresenta non soltanto il primo serio tentativo di dar fondazioni metodologiche salde alla nuova scienza comparatistica, ma altresì di costituirla come

---

*Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, IV (1894); *Le Homestead aux Etats-Unis. Constitution d'un patrimoine de famille insaisissable*, in *Bulletin de la Société des Amis de l'Université de Dijon*, III, I (1895); *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, in *Annales de droit commercial*, IX (1895) e XI (1897); *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie de la responsabilité délictuelle*, Paris, Rousseau, 1897; *Le risque professionnel dans le Code civil*, in *La Réforme sociale*, XXXV (1898, 1°); *Un nouveau livre sur la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, XIII (1899).

(16) Accosto qui qualche titolo di opere prime e non prime, ma comunque di giovani autori (per la più gran parte dottorandi), opere che toccano temi allora incandescenti e, per lo più, in profonda revisione: E. Lambert, *Du contrat en faveur de tiers* (1893); E. Levy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière* (1896); L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées* (1897); H. Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français* (1897); E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier* (1898). Scriverà il civilista montepessulano Joseph Charmont, prendendo buona nota, nel 1902, sul primo fascicolo della ' Revue trimestrielle de droit civil ' di due tesi di dottorato in tema di abuso del diritto (tema allora vivissimo; nello stesso anno Georges Ripert avrebbe redatto la sua tesi sui rapporti di vicinato): « On ne devrait pas avoir besoin de dire que, pour suivre le mouvement des idées juridiques, il faut s'intéresser aux thèses de doctorat » (J.C., *L'abus du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I (1902), p. 113) (ma ripeteva un giudizio che Raymond Saleilles aveva già formulato otto anni prima nella *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, IV (1894), p. 648, a proposito della tesi digionese di Paul Renker. Andrebbero tuttavia qui ricordate anche alcune personalità più mature (per esempio Charles Bufnoir, di cui vedi il complesso profilo, venato anche da riserve, tracciato dallo stesso Gény nel rendiconto critico della raccolta postuma di scritti: *Propriété et contrat*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XLIX (1900), p. 108 ss.). E potrà essere utile un raffronto col profilo, assai più encomiastico che ne tracciò il genero di Bufnoir, Raymond Saleilles, *Monsieur C. Bufnoir*, in *Archivio giuridico*, LX (1898), p. 534 ss.

(17) Gény stesso, nello ' avertissement ' scritto nel 1919 per la seconda edizione della *Méthode* (p. VIII), contemplando con sguardo quasi storiografico il grande dibattito dei suoi anni giovanili, parla di « un mouvement d'envergure aussi vaste et qui devra trouver quelques jour son historien ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

salvataggio culturale per lo studioso di un diritto positivo nazionale (fosse pure quello francese) dandogli aperture e respiro rispetto a un chiuso e limitato sistema normativo (18); la creazione, nel 1902, della *Revue trimestrielle de droit civil*, frutto della collaborazione culturale fra un civilista storicista come Saleilles e uno storico del diritto intimamente giurista (19), eccellente cultore anche del diritto positivo, come Adhémar Esmein (20), Rivista che, sia nell'articolo programmatico di Esmein (21), sia in altri interventi di diversi maestri del diritto (22), dimostrava sin dai primi fascicoli di non essere un

(18) Saleilles vi gioca un ruolo rilevantissimo: è suo il *Rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du Congrès*, che, prima ancora di essere pubblicato negli ' atti ' congressuali, fu stampato e può comodamente leggersi in *Bulletin de la Société de Législation comparée*, XXIX (1899-1900); è sua la relazione di base su *Conception et objet de la science du droit comparé*, ibidem.

(19) Questa precisazione potrà parere a qualcuno del tutto pleonastica, e giustamente, non potendo essere lo storico del diritto altro che un giurista, il quale — per adempiere egregiamente il proprio mestiere — ha da utilizzare gli strumenti specifici della conoscenza giuridica rivolti a comprendere i più svariati tessuti storici. Non è pleonastica, se si pensa alla situazione attuale della storiografia giuridica in Italia, dove aumentano sempre più in maniera sconcertante gli storici del diritto privi di una adeguata preparazione giuridica. È invece assolutamente pleonastica per la Francia di allora, quando non erano infrequenti gli esempii di storici del diritto, che si proponevano provetti cultori anche della teoria generale del diritto e di specifiche branche del diritto positivo francese (vengono subito alla mente i nomi del nostro Esmein, di Ernest Glasson, di Edmond Meynial), e quando essi altro statuto intellettuale non pretendevano che di appartenere alla scienza giuridica intesa unitariamente e professata con una viva percezione di questa unità.

(20) Adhémar Esmein (1848-1913) fu anche un apprezzatissimo cultore del diritto costituzionale e autore di un ' manuale ' assai fortunato.

(21) È il saggio: *La jurisprudence et la doctrine*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I (1902), p. 5 ss. Il suo valore programmatico viene esaltato dalla circostanza che, mancando completamente un programma autonomo, questo primo saggio di apertura, redatto dal suo direttore-fondatore, veniva implicitamente ad assumere un siffatto significato.

(22) Soprattutto il saggio-recensione di R. Saleilles, *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, ibidem, p. 80 ss., dove sono discusse opere di Stammler, di Duguit, di L. von Savigny e la *Méthode* di Gény quali contributi al divenire della scienza giuridica europea tra Ottocento e Novecento; e poi quello di un singolare civilista ' giusnaturalista ' Joseph Charmont su *L'abus du droit*, ibidem, p. 113 ss. (saggio che ho più sopra ricordato) e quello di E. Meynial, *La déclaration de volonté*, ibidem, p. 545 ss. (a proposito di un rilevante contributo teoretico di Saleilles sullo stesso tema uscito proprio in quell'anno). In una simile direzione non può essere taciuto il saggio-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

innocuo contenitore di saggetti e di sentenze ma di voler perseguire il progetto di arricchire il mestiere e l'istrumentario tecnico del giurista con tutte le acquisizioni metodologiche emerse e via via consolidate nel corso di un quindicennio; il centenario del *Code civil*, culminante nelle celebrazioni parigine dell'ottobre 1904 e nei due sostanziosi volumi che tutti conosciamo (23), ma che, al di sopra dei trionfalismi e dei patriottismi, più che erigere un altarino apologetico al Codice, si risolve anche in un elogio di quanto in quei cento anni si era fatto dopo il Codice e malgrado il Codice, e quindi in un elogio di una giurisprudenza francese assai più sensibile del legislatore ai problemi del mutamento sociale ed economico (24).

In questo clima si inserisce la *Méthode* di Gény, e di questo clima essa è espressione, ma non è opera che possa essere mescolata fra le tante. Ad essa debbono ascriversi due straordinari meriti: è grazie al messaggio robusto contenuto nelle sue pagine che lo sparso dibattito fatto di note, cenni, percezioni, atteggiamenti singoli non viene soltanto organicamente sistemato, ma sottoposto a una essenziale palingenesi spingendolo a un livello ben più alto e trasformandolo in un autentico discorso sul metodo, un discorso che reinventa per il secolo a venire la 'scienza nova' del diritto riconducendo l'augusta disciplina di Ulpiano e di Bartolo — ormai ridotta ad esegesi — negli argini filosoficamente rigorosi ma liberi ed aperti d'una indiscutibile scientificità; è grazie ad essa, al suo costituirsi come un indispensabile punto fermo per ogni possibile discussione, che il dibattito acquista vivacità, intensificandosi in quantità e qualità e garantendo alla scienza giuridica francese durante i primi decenni del Novecento uno dei momenti più felici della sua storia.

---

recensione dello stesso GENY: *Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail*, p. 332 ss., cui farò riferimento anche in seguito.

(23) *Le Code civil - 1804/1904 - Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, 1904.

(24) Significativo anche l'atteggiamento della giurisprudenza, che sembra quasi festeggiare il centenario del proprio lavorío interpretativo. Emblematico il discorso pronunciato il 29 ottobre 1904 alla Sorbona, proprio in occasione del centenario, dal Primo Presidente della Corte di Cassazione Alexis BALLOT-BEAUPRE, in *Le centenaire du Code civil*, Paris, Imprimerie nationale, 1904, p. 27 ss. Dello stesso si veda anche il *Discours d'installation à la Cour de Cassation*, pubblicato in *Le droit*, 17 octobre 1900.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non, dunque, un contributo fra i tanti, ma un'opera che segna un prima e un poi, segna uno spartiacque e vi si colloca. Questo fu inteso limpidamente anche dai giovani giuristi francesi, che avevano súbito letto Gény con entusiasmo; dirà puntualmente Marcel Mornet, autore di una tesi parigina di dottorato che avrà onore di larghe citazioni nella seconda edizione della *Méthode*, nel '19: « ce livre lui-même qui fut un couronnement, semble devoir être maintenant un point de départ » (25).

Ed è vero. Il civilista lorenese aveva redatto un manifesto, un manifesto di ben seicento pagine (26), ma un manifesto. È proprio la psicologia dello scrivente, che si compenetra a tutta l'opera sua e da essa in ogni riga traspare, a rendere la *Méthode* un fatto letterario unico: è, innanzi tutto, « un sérieux examen de conscience » (27) compiuto da un giurista, che allo scadere di un secolo coincidente con quasi cento anni di vita giuridica francese sotto l'impero d'una codificazione generale ritiene di interrogarsi per porsi finalmente, con la più aperta franchezza, domande essenziali sul rapporto fra esperienza giuridica e sistema delle fonti, sulla interpretazione quale garanzia di vitalità per ogni ordinamento e quindi anche quale aggancio necessario fra quella esperienza e quel sistema, sulla propria identità di giurista.

Gény è sorretto da una duplice coscienza.

Che a chi, come lui, si accinge a un cómpito tanto delicato e impegnativo, occorre un non facile lavacro interiore, occorrono per l'osservazione occhi mondi, che abbiano saputo sbarazzarsi dei plagi e delle suadenze che il passato inevitabilmente insinua per resistere al nuovo; se si vuol fare un concreto passo innanzi, deve infatti trattarsi di una « enquête intime, franche, exempte de tout préjugé comme de tout parti pris » (28); vergine di pregiudizi, Gény sa di poter far conto solo sui « vierges de préjugés » (29) per non restare

---

(25) M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile - 1804/1904*, Paris, Rousseau, 1904, p. 4.

(26) Così nella prima edizione del '99, nella quale era ristretto a un solo volume.

(27) *Méthode*, Introduction, n. 3: « il nous faut faire un sérieux *examen de conscience* » (il corsivo è di Gény).

(28) *Méthode*, Introduction, n. 3.

(29) L'affermazione è in *Science et technique*, n. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impantanato in uno sterile misoneismo e consentire ai risultati del suo esame di diventar canone accettato della comunità dei giuristi.

Che gli occhi non han da essere soltanto mondi ma anche culturalmente provveduti; non servono occhi miopi, che non vedono perché non ne hanno la capacità. Alla coscienza della propria sincera disponibilità interiore si assomma quella della propria validità e delle proprie personali e singolari possibilità. Anche senza sgradevoli espressioni manifeste, che avrebbero costituito una pesante caduta di stile, le pagine della *Méthode* (e poi di *Science et technique*) sono tutte impregnate d'un siffatto preciso sentimento, ma v'è una circostanza in cui Gény ritiene di doverlo manifestare con icasticità. Nel 1910 il ' Collège libre des sciences sociales ' organizza un corso di lezioni su ' Les méthodes juridiques ', oggi a noi conservato in un assai eloquente volume che le raccoglie. Accanto a Gény, che è l'unico docente di una Facoltà provinciale, parlano Larnaude, Berthélemy, Tissier, Truchy, Thaller, Pillet, Garçon, tutti professori della Facoltà giuridica parigina. L'esordio del Nostro è quasi all'insegna della sfida: dopo le scuse « d'avoir à garder une position décidément personnelle » e di « assumer toute la responsabilité de mon indépendance », ecco la assai netta conclusione: « Mais surtout, je m'estime autorisé à penser que la seule raison, qui puisse expliquer ma présence à cette place, soit qu'on ait voulu m'offrir bienveillamment l'occasion d'exposer, devant un public curieux de ces questions, et dans une Maison ouverte à toutes les audaces de l'esprit, à quel stade j'en suis personnellement arrivé dans la précision de la Méthode juridique. Vous me permettrez donc de vous présenter librement et sincèrement le mouvement de ma pensée propre, tel qu'il s'est développé le long du monument édifié par les jurisconsultes philosophes de l'époque contemporaine et en présence des matériaux accumulés par toutes les forces créatrices de notre droit positif » (30).

È un testo dal valore squisitamente confessorio e su cui conviene indugiare un poco: quanto, nel 1899, il giovane giurista lorenese

(30) *Les procédés d'élaboration du droit civil*, in *Les méthodes juridiques* - Leçons faites au Collège libre des Sciences Sociales en 1910 par Mm. F. Larnaude, H. Berthélemy, A. Tissier, H. Truchy, E. Thaller, Piller, E. Garçon, F. Gény, préface de Paul Deschanel, Paris, Giard et Brière, 1911, pp. 174-75.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

preferiva far scaturire implicitamente dal contesto d'una pagina o affidare alla indiretta mediazione di accenni, rilievi, giudizi, qui il maturo civilista, già forte del successo ottenuto e in procinto di pubblicare l'anno di poi il documento applicativo delle sue premesse metodiche e cioè il volume intorno alle lettere missive, non ha proprio peli sulla lingua e tiene a dichiarare espressamente la volontà di non essere mescolato e confuso con gli altri giuristi in un pubblico palcoscenico dove — per l'appunto — l'attenzione verteva direttamente, senza il filtro della interpretazione che poteva servire ad attutirne la valenza filosofica sotto un mantello tecnico, sul metodo giuridico, sul metodo giuridico e basta. Il tono è polemico, e polemica è la solitudine in cui egli vuole arroccarsi. È evidente il compiacimento di chi si volge indietro e contempla soddisfatto l'opera sua (31): opera personalissima, indipendente, di chi ha presentito la direzione storica e ha tentato di segnarla tenendo dietro a un senso di consapevole responsabilità, ma anche con una di quelle mirabili ' audaces de l'esprit ' non infrequenti nella storia della umana avventura.

« Le moment est venu » aveva scritto Gény nella introduzione alla *Méthode* (32), proponendosi come lettore attento dei segni e come investito d'un cómpito tra il profetico e il missionario. Ora, 1910, undici anni dopo, dovendo parlar con franchezza di metodo, constata apertamente la giustezza della direzione e tiene a marcare la separatezza del suo indagare da quello della massa indistinta dei giuristi.

La sua audacia interiore, il suo coraggio intellettuale, la sua responsabilità culturale miravano e mirano, in sempre ulteriori conquiste, a un grande disegno: « la précision de la méthode juridique ». La sua ' Méthode d'interprétation et sources en droit privé

(31) Questo compiacimento è nettamente segnato nello ' avertissement ' con cui Gény ristampa, nel 1919, la *Méthode*, aggiornandola di folte note ma lasciandola invariata nel testo, che viene riprodotto nella stesura avuta nel '99: « je n'ai pas pensé, qu'il y eût de modifier les bases essentielles du livre », giacché « les conclusions négatives, qui formaient le but capital de l'oeuvre poursuivie, demeurent, à mon avis, inébranlées » (p. VI-VII). È per le conclusioni ' positive ' che Gény è insoddisfatto, come dichiara in *Science et technique*, Introd., p. 10, e anche nello stesso ' avertissement ' alla ristampa or ora citata della *Méthode* (cfr. p. VII).

(32) *Méthode*, Introduction, n. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

positif ' era il primo punto d'una linea tutta da disegnare, e cioè il tentativo di scrivere — per la seconda volta in terra di Francia — nel campo più circoscritto della scienza giuridica ma con le generali consapevolezze filosofiche che, sole, potevano garantirne la scientificità, un vero e proprio ' discours de la méthode ', un ' discours de la méthode ' per quel singolare personaggio operante tra arte e scienza, che è il giurista di sempre, troppo spesso sonnolento, troppo spesso indifferente, troppo spesso involuto in una insensata astrattezza senza metafisica.

L'esame di coscienza di Gény è dunque la sua ricerca della verità; come ogni esame di coscienza, da avventura intellettuale diventa anche una avventura morale, e non può non avere una forte tensione verso la ' riforma '. È proprio come itinerario culturale e morale insieme che Gény tiene a separarlo dagli esercizi logici dello stuolo degli esegeti, insistendo sulla caratterizzazione autenticamente personale.

Ma il discorso retrospettivo del '10 ha un ulteriore valore confessorio: non è soltanto — quell'itinerario di ricerca e di riforma — il frutto di un personaggio che vi si è dedicato con la totalità delle sue forze interiori — conoscenza, intuizione, azione morale —, ma è il frutto dell'umiltà con cui questo personaggio solitario e consapevole si è chinato a leggere i giureconsulti-filosofi e a imparare da loro, si è impegnato a osservare e valorizzare *tutte* le forze creatrici del diritto positivo francese.

Qui, in questa *retractatio* fatta alle soglie dei cinquanta anni, con alle spalle l'edificio della *Méthode* consegnato alla critica mondiale e ormai riposato in una sua nicchia definita, in grado di offrire già le primizie dello sviluppo riflessivo — innanzi tutto, la distinzione poi ricevutissima fra *donné* e *construit* (33) — che era in procinto di

(33) Come lo stesso Gény tiene ad avvertire nella ' note de l'auteur ' premessa alla prima stampa del primo volume di *Science et technique*, « les idées essentielles, qui sont à la base des études, dont le présent cahier commence la publication, ont été annoncées dans une leçon faite, en 1910, au *Collège libre des sciences sociales* ». Per il riferimento alla distinzione fra *donné* e *construit*, cfr. *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., pp. 181-182.

È soltanto per il lettore eventualmente digiuno e al solo scopo di far chiarezza che trascrivo qui le parole stesse usate da Gény nella predetta *leçon*:il *donné* è « ce que révèle la ' nature sociale ', interprètée d'après ses conditions propres ou sous les inspirations

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avviare a sistemazione nel primo prossimo volume di *Science et technique*, qui Gény ci porge sinteticamente i motivi e gli elementi costitutivi per comprendere appieno la sua ricerca: egli è un giurista, un giurista senza velleitarismi, un giurista che non vuole indossare altra pelle se non la sua propria, il cui campo d'azione — verità ripetuta infinite volte — è pertanto il puro diritto positivo, addirittura il diritto privato positivo; un giurista che deve misurarsi con tutto il *droit*, che, infrangendo i semplicismi di chi si contenta di forme e di artifici, deve avere una percezione più puntuale della complessità di forze che lo compongono; un giurista che, per far questo, non può non irrobustire il suo sguardo con un indilazionabile arricchimento culturale e soprattutto filosofico.

3. V'è una espressione, felice nella sua inusualità, che mi pare possa esser presa come conveniente punto di partenza per la comprensione del messaggio gényano; è contenuta in uno dei testi più indicativi del Nostro, il discorso del 1900 su « la notion de droit positif à la veille du XXe siècle », dove si parla della « sincérité naturelle de la vie juridique » (34).

' Sincero ', ' franco ' sono aggettivi che appartengono al lessico abituale di Gény, ma sempre attribuiti a se stesso o alle qualità di

---

d'un idéal supérieur, pour aboutir à des directions de conduite, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'il contiendra moins d'artificiel ou d'arbitraire »; il *construit* consiste invece, « en partant des données naturelles une fois acquises », nel « mettre celles-ci en valeur, c'est-à-dire les transformer ou les assouplir de façon à les adapter à la pratique, pour laquelle elles sont destinées ». Il *donné* è natura, il *construit* è artificio. Il primo è oggetto di *science*, il secondo di *technique*. « La notion de technique juridique reprèsente tout ce qu'il y a d'artificiel ou ce qui est oeuvre propre de la volonté humaine dans la constitution du droit positif. Et, l'élaboration technique du droit consiste à donner aux éléments, fournis par la nature des choses, une forme, des contours, des manières d'être, qui les modifient, d'une façon toujours un peu factice et conventionnelle, en vue de les adapter à la vie » (p. 189). Infatti, « nécessaire et suffisante à la fois, pour donner au système du droit positif son fondement et ses cadres, la science, même largement entendue, reste, à elle seule, impuissante à fournir les pièces essentielles de son fonctionnement pratique » (p. 188). Queste idee, già percepite e puntualizzate con sicurezza nel 1910, saranno ripetute qualche anno dopo in *Science et technique*, n. 33 ss.

(34) *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle* - Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Dijon le 8 novembre 1900, Dijon, Venot, 1900, p. 21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un'osservazione o di un giudizio. Il singolare, nella locuzione trascritta, è che si parla di una sincerità naturale della vita giuridica, dove la forzata trasposizione di un carattere squisitamente umano a segno distintivo di una realtà non sensibile come il diritto è l'efficace strumento retorico per sottolineare la convinzione elementare e fondante di Gény che il diritto è espressione della vita e che la manifestazione giuridica — lungi dall'essere forzatura o artificio — è di essa una dimensione connaturale e perciò congeniale e perciò particolarmente espressiva; il diritto, se è diritto e non violenza legale, non può non essere specchio sincero, cioè particolarmente fedele, della natura dell'uomo come animale sociale e della natura più intima della società.

Gény ripeterà più tardi (35) molto volentieri, aderendovi, la formula in cui felicemente si assomma la conclusione di un brillante libello scaturito nel solco fertile del movimento innovatore: « le droit ne domine pas la société, il l'exprime » (36); dove è segnato il nesso inscindibile fra diritto e natura delle cose sociali, ed anche la imprescindibile socialità del diritto.

Per il giurista di fine secolo qui si scrive la degnità prima della propria scienza, ma qui comincia anche per chi guardi attento la società nella sua globalità insoddisfazioni e preoccupazioni. Il sociale è còlto da Gény, così come doveva apparire a un osservatore non superficiale, allo scorcio dell'Ottocento, nella sua complessità e nella sua mutevolezza; una realtà strabocchevole percorsa e complicata da relazioni sempre maggiormente proliferanti, una realtà — per giunta — che conquiste tecnologiche, nuove frontiere economiche, incisive lotte sociali immettevano in un divenire incessante. Gény lo percepisce con puntualità e ne resta affascinato; e per questa realtà il frequente manierismo del suo linguaggio ha le massime indulgenze. Il discorso del 1900 ne reca traccie evidenti, talora stilisticamente assai grevi (« la complexité infinie et la mouvance incessante de la vie sociale », « l'inépuisable richesse et la prestigieuse variété de la vie

(35) Nel 1919, nella seconda edizione della *Méthode*, nel primo dei saggi aggiunti in calce al secondo volume, che si intitola: *Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899* (cfr. n. 189).

(36) J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908, p. 336.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sociale ») (37), ma sono le traccie schiette di un sentimento che è particolarmente intenso.

Con una aggiunta ulteriore: il sociale di Gény è ancora più complicato e più ricco, perché non è confinato e risolto nella mera immanenza, anzi è un sociale aperto verso l'alto, sempre sorretto da una precisa coscienza del metafisico ed orientato a una dimensione metafisica; l'idea di una giustizia superiore come polo di tensione per l'umana giustizia e per tutto l'universo giuridico si presuppone alla intiera opera di Gény, con un crescendo riscontrabile nel procedere della riflessione. Dio — che Gény talvolta nomina espressamente, come fa (con grande coraggio, considerati i tempi di positivismo e scientismo dominanti) nella introduzione alla *Méthode* (38) — è, al pari del coro nella antica tragedia greca, un vero e proprio personaggio ideale; ma senza dubbio spiritualmente protagonista.

E tutto — il religioso, il morale, il sociale, il giuridico — confina e anche si immedesima nel mistero. Nessun giurista, al pari di Gény, ha infatti, con tanta insistenza, parlato esplicitamente di ' mistero ', tanto meno fra i suoi contemporanei cui doveva massimamente ripugnare il riferimento a una dimensione così abdicativa per l'umana ragione; e invece si parla nelle sue pagine dei « mystères de la nature morale » (39), del « mystère du monde moral » (40), della giustizia come « idéal mystérieux » (41) per arrivare imperturbato a discorrere del « mystère du monde » (42) e del « grand mystère du droit » (43).

È proprio da questa coscienza della complessità del reale, di tutto il reale — sia esso morale, fisico, sociale —, è proprio dalla consapevolezza delle rapidissime trasformazioni cui il mutamento

---

(37) *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., rispettivamente p. 17 e p. 21.

(38) *Méthode*, Introduction, n. 3.

(39) *La notion de droit en France. Son état présent. Son avenir - Essai de ralliement autour d'un programme homogène d'études de philosophie du droit*, in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, a. 1931, p. 15.

(40) *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., p. 26.

(41) *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 196.

(42) *Ibidem*, p. 185.

(43) *Science et technique*, Introduction, n. 3, in fine.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sottopone la società moderna, che al giurista convinto della ' sincerità ' espressiva del diritto rispetto al sottofondo sociale ma operante in un paese retto da un rigido sistema codificato, cominciano ad affiorare dubbi e preoccupazioni, incrinature profonde nelle certezze più profonde d'uno scienziato, quelle metodiche.

Nel '99 Gény non può smentire che qualcosa di positivo finalmente fermenta nel gregge dei giuristi e non manca di registrare compiaciuto nomi ed opere, ma constata anche che si tratta solo di semi sparsi, di intuizioni provvide, ma poche e non raccolte (44). Il pericolo che incombe è invece di una rilevante gravità: il distacco sempre più acuto, fino a diventare una rottura insanabile, fra assetto sociale complicato e mobilissimo e un diritto ridotto a corteccia secca e separata, forma inutile perché inadatta a rivestire la realtà sottostante (45).

L'osservazione del giuridico, del giuridico positivo come appare in terra di Francia a un civilista di fine Ottocento, si muta in una pesante invettiva. I mali profondi sono soprattutto due, e sono letali nella loro stretta combinazione: un sistema politico che intende monopolizzare la produzione del giuridico e ridurre il sistema giuridico a un insieme di leggi; una psicologia diffusissima persino nel ceto dei giuristi — impastata insieme di pigrizia e di incapacità — che ha fatto accettare l'estromissione dal ruolo creativo del diritto e ha fatto ritenere naturale che comunità antiche produttrici di consuetudini, giudici, scienziati del diritto siano paghi d'esser soltanto destinatari o passivi applicatori di norme da altri costituite.

Gény conosce benissimo le radici storiche di quel parossismo legalistico e sa perfettamente che un siffatto assolutismo giuridico è soltanto un frutto storico, un frutto che, nel momento in cui lo si toglieva dal grembo di una vicenda relativa e lo si proponeva naturale e durevole al di là del tempo e dello spazio, diventava

---

(44) Nella *Méthode* (Introduction, n. 4) egli cita a un posto d'onore Labbé e Saleilles, ma non può fare a meno di soggiungere: « je crains seulement que ce mouvement n'ait pas encore pénétré assez avant dans la masse des jurisconsultes, qu'il ne reste jusqu'ici, malgré tout, que le fait d'une très faible minorité ».

(45) È il tema che trova la trattazione più icastica da parte di Gény nel discorso del 1900 su *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., passim.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

velenoso e perverso per l'ordine giuridico (46). Quel che bisognava combattere senza risparmi di colpi non era la legge in quanto tale, strumento indispensabile e adeguato per ordinare i difficili meccanismi di una società moderna, bensì la sua mitizzazione, la credenza inconsapevole in un legislatore taumaturgo (47), quasi che egli potesse, nell'istante di promulgazione dell'atto normativo, prevedere tutti i possibili sviluppi e ricomprendere in formule definite tutte le possibili situazioni e relazioni dell'organizzazione giuridica (48).

La seconda degnità metodologica da affermare — dopo quella di un diritto sorpreso come espressione e non coercizione del sociale — è la impossibilità di una coincidenza fra legale e giuridico. Solo « ce fétichisme de la loi écrite et codifiée » (49) — che è superstizione (50), che è illusione (51), che è unicamente « un mirage vulgaire » (52) — ha potuto avvalorare una conclusione contraria, ma è conclusione fideistica, antiscientifica, smentita dalla osservazione della realtà. A rettamente esaminarlo, dopo essersi ben mondati gli occhi da plagi deformanti, il sistema legislativo rivela la sua impotenza a ordinare i fatti (53), mentre la legge appare come una rivelazione assai parziale (54) — e, per giunta, « révélation impar-

---

(46) Per una lucida storicizzazione dei postulati giusnaturalistici del legalismo ottocentesco e per una altrettanto lucida coscienza della destoricizzazione cui viene sottoposto questo legalismo durante i secc. XVIII e XIX fino a farlo diventare il traguardo ultimo e definitivo d'un ordine giuridico progredito, cfr. *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., p. 14 ss.

(47) « cette foi aveugle en la puissance des formules légales » (*Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 176).

(48) « abusant de la délégation du peuple, se tenant pour chargé de sceller d'un coup le contrat social, le législateur a cru parfois pouvoir fixer en un instant tout l'ensemble de l'organisation juridique » (*La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., p. 5).

(49) *Méthode*, n. 35, in principio. La stessa espressione è ripetuta in: *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 175.

(50) *Méthode*, n. 189.

(51) *Science et technique*, P. I, n. 11.

(52) *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., p. 5.

(53) « la législation proprement dite, manifestement impuissante à suivre d'un pas égal et sûr l'évolution incessante des necessités juridiques » (*Méthode*, Introduction, n. 3).

(54) « la loi écrite ... ne peut être tenue pour autre chose, qu'une information, très limitée du droit » (*Méthode*, n. 183, in principio).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

faite » (55) — del vasto territorio del diritto, quasi un continente sommerso di cui le formule legislative sono in grado di segnalare unicamente una cuspide affiorante. A fine Ottocento, sul piano del diritto ufficiale, domina ancora una visione estremamente ridotta e riduttiva (56) del grande fenomeno giuridico, incapace di esprimerlo nella sua vivacità e globalità e incapace quindi di porre in essere quella combinazione armonica che fissa nel diritto un cemento congeniale all'edificio sociale (57).

Ma ad un male si sovrappone un altro male: credendo indiscutibile un siffatto sistema chiuso e ritenendolo intangibile, gli interpreti-applicatori si sono volentieri legati da se stessi le mani e si son sentiti legittimati unicamente a esercizi logici tra i varii frammenti componenti il sistema (58). A una visione riduttiva dell'ordinamento giuridico ha corrisposto pertanto una concezione altrettanto riduttiva del cómpito del giurista interprete, necessariamente confinato al rango passivo di esegeta, utente meccanico di elementari procedimenti di logica formale.

Tutto questo non può che impedire al diritto di svolgere il suo ruolo sociale e al giurista di corrispondere al proprio statuto metodologico. Il diritto è condannato a sclerotizzarsi, il giurista a compiere una attività intellettuale di nessun rilievo scientifico. Gény condanna senza appello due semplicismi, l'uno consequenziale all'altro: a livello filosofico, il semplicismo giusnaturalista di credere nelle capacità illimitate di una intelligenza puramente razionale, che riesce a leggere la natura eterna delle cose e a fissarne le regole in formule dalla universale validità; a livello giuridico, il semplicismo di identificare nel legislatore il lettore-interprete-codificatore delle regole di natura e di affidargli il potere esclusivo di produrre le norme.

---

(55) *Méthode*, Introduction, n. 3.

(56) Terminologia che appartiene al lessico caratteristico di Gény.

(57) « l'insuffisance irrémediable de la loi écrite à fournir à l'interprète *toutes* les solutions requises par la pratique » (*Méthodes*, n. 84).

(58) « malgré tout, pourtant, on restait rivé à ce postulat, d'un droit reposant tout entier sur la loi écrite et soumis à une stricte logique, qui paralysait les efforts les plus décidés » (*Méthode*, n. 188); « la plupart [des jurisconsultes] pratiquent délibérément une sorte de procédure mécanique d'interprétation et d'adaptation des préceptes juridiques, aux visées courtes, aux tendances étroites » (*Science et technique*, Introduction, n. 3, in principio).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I guai del diritto moderno, dopo cento anni di esperienza codificata, si annidano nella coscienza che sorregge questi due semplicismi; che si affermano come semplicismi proprio di fronte alla infinita complessità del reale. Il richiamo alla complessità, che solo un atteggiamento culturalmente presuntuoso e insieme una pervicace operazione di accentrazione del potere riuscivano a ignorare, è il salvataggio culturale di Gény. Il civilista, attento alla prassi e alla sua genesi spontanea nella vita quotidiana del diritto, constata una infinità di figure nuove, che i complicati traffici moderni coniano per loro conto senza beneplaciti sovrani e che non possono trovare rispondenza nei modelli classici ma troppo statuarii offerti dal *code civil* (59), e si avvede che occorre liberare il diritto privato da tutta una condizionante mitologia civilistica; soprattutto occorre riacquistare una disponibilità psicologica perduta per recuperare al giuridico quanto i dogmi legalistici avevano relegato nel limbo dell'irrilevanza o, peggio ancora, nell'inferno dell'illiceità.

Il peccato originale è principalmente di errata impostazione filosofica, e Gény vi si indugia volentieri con lo scialo straricco di uno straripante frasario barocco: « Partis du dogme, aveuglément accepté, de la souveraineté de l'intelligence et de l'omnipotence de la raison, nous avons tellement ratiociné, subtilisé, épilogué sur les hommes et sur les choses, que, découvrant chaque jour pour de nouveaux enchevêtrements, des variétés et des complications infinies, au milieu d'un flux incessant de réalités contingentes, nous en sommes arrivés à nous sentir de plus en plus envahis et abordés par la vie, submergés sous son exubérante richesse, écrasés de son incommensurable puissance, incapables finalement de la dominer pour en saisir toutes les relations, voire même pour en démêler les lignes principales » (60).

L'ammissione di una vita indominabile dalle sole facoltà razionali chiede una spiegazione ulteriore, ed affiora precisa quella che sarà un'idea-forza e una costante del pensiero di Gény: la vita è dominata anche da forze irrazionali e può esser pertanto compresa e ordinata unicamente tenendo conto anche di queste. Nel discorso digionese del 1900, poco dopo la diagnosi contenuta nel testo

(59) Ne sarà trattato ampiamente più avanti.

(60) *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., p. 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

precedentemente citato, ecco la indicazione lucida di un cammino nuovo da percorrere, disegnata nel momento in cui si tesse l'elogio del ' romantisme du droit ' della Scuola Storica e della sua validità più duratura: « c'est qu'...il entrevoit la richesse et la complexité de la vie, qu'il sent profondément l'impuissance de la raison subjective à embrasser d'avance la totalité des rapports à régir, et que, constatant l'insuffisance du verbe autoritaire pour leur imposer l'ordre nécessaire, il fait appel à des forces plus obscures, mais plus souples, en vue d'assurer la pleine mission du droit » (61).

Il motivo di fondo ritorna insistente: ricchezza della vita giuridica, povertà delle formule legali che hanno preteso di regimarla secondo un progetto unicamente razionale; richiamo pressante ad altre forze, che pur non facendo capo alla dimensione razionale e, anzi, proprio per questo, sono in grado di garantire un approccio più realistico con le ' grand mystère du droit '.

4. Sono carenze che, senza dubbio, si manifestano nel tessuto stesso della vita quotidiana del diritto, nella costruzione degli istituti e degli assetti tecnici dell'ordine giuridico, ma che si originano innanzi: nascono infatti da scaturigini prime di indole filosofica, che si traducono immediatamente in una falsata e falsante epistemologia giuridica, trascinando necessariamente con sé la solidità, l'armonia, l'idoneità dell'intero edificio.

Se il giurista Gény ha precisa coscienza che « le moment est venu » (62) per assumere una posizione attiva; se il risultato non può non essere « un horizon plus ouvert ... dans le champ de l'interprétation » (63), la strada non può invece che cominciare da molto più in alto e da molto più lontano: « j'entends donc chercher les bases d'une réforme d'après le point de vue méthodologique » (64); aggiungendo prontamente: « une méthode ... dont il appartient à la science seule de définir les procédés et de fixer les lois » (65).

Il problema è e resta, insomma, sostanzialmente epistemologico:

---

(61) *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., p. 20.
(62) *Méthode*, Introduction, n. 5.
(63) *Méthode*, Introduction, n. 4.
(64) *Méthode*, Introduction, n. 5.
(65) *Méthode*, Introduction, n. 3, in fine.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sciolto quel primo nodo, tutto diventerà più semplice. È in una siffatta indefettibile consapevolezza che si legittima il respiro filosofico, l'intelaiatura filosofica di tutta l'opera gényana. Non velleitarismo, non ostentazione, ma una elementare necessità di salvataggio culturale.

Sia ben chiaro, infatti, che il giurista non intende vestire panni che non gli si addicono; il giurista è e resta giurista senza nessuna presuntuosa metamorfosi. Egli ripete fino alla noia che il suo terreno è quello del « *pur droit positif*, domaine du praticien, du magistrat, du jurisconsulte, de tous ceux qui ont à dégager les solutions juridiques » (66), ma che non può non occuparsi anche di presupposti filosofici, giacché è proprio da premesse filosofiche errate che son venute ai giuristi e alla scienza giuridica tante nefaste conseguenze.

Egli si accosterà ai temi più propriamente filosofici con la massima umiltà, e con umiltà si sentirà tributario delle mature riflessioni che intorno a lui hanno costruito una antropologia più soddisfacente. Se il diritto vuol essere anche una scienza secondo una tradizione antica ed egregia, è questo un attingimento improcrastinabile. Proprio sotto il profilo della scientificità, gli esercizii logici dei giuristi sopra dei testi autoritativi appaiono assolutamente manchevoli, sia per l'insufficienza delle costruzioni puramente logiche a fornire alla ricerca scientifica delle fondazioni obbiettive (67), sia per la separatezza di quei testi normativi dalla vita reale che essi pur dovrebbero ordinare e regolare (68), sia per la giusta ripugnanza che non si può non nutrire verso una riflessione dipendente da testi indiscutibili e risolventesi piuttosto in una dommatica (69).

---

(66) *Méthode*, Introduction, n. 6, in principio. Il corsivo è di Gény, la sottolineatura è, dunque, sua.

(67) « le système des conceptions abstraites et des constructions purement logiques apparaît impuissant à fournir à la recherche scientifique autre chose qu'un instrument de découverte, sans valeur objective, qui peut suggérer les solutions, mais incapable, à lui seul, d'en démontrer le bien fondé, ni d'en éprouver le mérite intrinsèque et la vérité durable » (*Méthode*, n. 82).

(68) « ce que je veux surtout relever, c'est la fâcheuse réaction, de cette fondamentale discordance entre le Droit positif et la vie soumise à son empire, sur le rôle social et scientifique de la jurisprudence à notre époque » (*La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., p. 10).

(69) « la conception actuelle de la science ... exclurait incontestablement de son

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il fondato — e da Gény condiviso — timore è che tocchi al diritto ciò che è toccato in sorte alla teologia, l'espunzione dal novero delle scienze (70). Per il Nostro è giunto il momento di invocare il soccorso di quei *nouveaux philosophes*, dai quali è stato massicciamente conquistato.

Si è parlato (71) — e non a torto — dell'eclettismo filosofico di Gény, nelle cui pagine S. Tommaso e Suarez, dando la mano al padre Cathrein, si accompagnano a scienziati-filosofi come Poincaré e Duhem (72), a pragmatisti (73), e ancora a Boutroux, Bergson, Ollé-Laprune, Blondel. La compagnia è sicuramente all'insegna della eterogeneità, ma è anche doveroso segnalare che saranno questi ultimi i determinanti per l'atteggiamento e le scelte del civilista di Nancy. Sentitissimo è da lui il messaggio che proveniva da

---

domaine une discipline, purement autoritative, qui, dominée par des textes infrangibles, s'attacherait seulement à en reconnaître le contenu » (*Méthode*, n. 186).

(70) « aux yeux des philosophes et des sociologues, le Droit ne compte guère plus que comme une discipline simplement autoritative, que volontiers on évincerait du champ de la science, ainsi qu'on a prétendu déjà en bannir la Théologie » (*La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., p. 11).

(71) Da Felice Battaglia, in un saggio ormai remoto, ma che ha avuto il merito di richiamare l'attenzione del pubblico italiano e soprattutto dei filosofi del diritto sull'importante *tournant* rappresentato dalla riflessione giuridica francese fra Ottocento e Novecento. Cfr. F. Battaglia, *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IX (1929), p. 185 ss. (sull'eclettismo filosofico di G., p. 200).

(72) Fisso sempre com'è a guardare « les bases mêmes de l'organisation positive », egli stesso riconosce qua e là nel suo sistema affioramenti di « un certain positivisme », un positivismo che gli sembra tuttavia sufficientemente mitridatizzato dal punto di partenza della propria indagine ancorato a principii superiori di giustizia (*Méthode*, n. 164). Sullo stretto positivismo di certa tradizione francese Gény è stato sempre prodigo di critica severa, pesantissima; si veda quanto egli ne dice, parlando a proposito di un giurista, che pur stima sommamente e di cui per certi versi si riconosce debitore, Léon Duguit: « une philosophie aussi courte, aussi superficielle, aussi simpliste, et, ajoutons-le, aussi largement dépassée que le positivisme agnostique, auquel se rattache délibérément L. Duguit » (*Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, XXI (1922), p. 780. Il saggio, per la sua importanza programmatica, sarà aggiunto dall'autore, quale primo studio complementare, alla quarta parte di ' Science et technique ' che appare nel 1924).

(73) Vedine una traccia significativa in: *Des droits sur les lettres missives*, cit., avant-propos, pp. X-XI, dove si fa riferimento al volume di James, *Le pragmatisme*, tradotto in francese da Le Brun e preceduto da una corposa introduzione di Bergson.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ollé-Laprune e soprattutto dal suo allievo Maurice Blondel, che nel volume *L'action* scrive il manifesto ammirato dello spiritualismo francese di fine secolo (74). Gény vi si riconosce; si riconosce in questo messaggio che vuol ridare al soggetto il senso della sua complessità e della sua globalità, valorizzarne — accanto alla capacità razionale parossisticamente sottolineata da giusnaturalismo e scientismo (75) — forze più oscure ma non meno vive come l'intuizione, il sentimento, la fede (76), forze che appartengono alla coscienza morale del soggetto e che reclamano rispetto non solo per la dimensione conoscitiva, ma anche per quella dell'azione (77).

Sarà soltanto la combinazione e l'accordo fra tutte queste forze che consentirà di penetrare, al di là dello schermo dei testi normativi e delle semplici forme, la vita del diritto nella sua essenza: « rechercher les bases scientifiques du droit positif, c'est, à mon sens, employer toutes nos puissances, intellectuelles et morales, à ausculter le mystère du monde » (78). La frase appartiene alla lezione tenuta al ' Collège libre des sciences sociales ' sui processi di elaborazione del diritto civile, un testo, per il profilo che qui si tocca, assai illuminante; redatta e pronunciata nel 1910, a mezza strada fra la pubblicazione della *Méthode* e la definizione di *Science et technique*, ci mostra uno Gény al colmo del suo tentativo di sviluppo e integrazione del primo volume, tutto proteso a costruire e legittimare culturalmente quella distinzione fra *donné* e *construit*, fra scienza e tecnica del diritto, che, avanzata con precisione nella stessa

---

(74) ' L'action. Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique ' esce a Parigi nel 1893.

(75) Gény è tra quelli che rilevano con soddisfazione « comme signe caractéristique de ce *processus* de la conscience sociale au XIXe siècle, qu'il a consisté surtout à passer d'un rationalisme outré, et tout gonflé de ses prétentions, à une extrême défiance de la raison humaine » (*La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., p. 14).

(76) Occorre rifarsi a « ce qu'on a appelé la ' philosophie nouvelle ', qui reconnaît dans le monde un mouvement incessant, que non seulement la raison peut découvrir, mais que doivent ausculter à fond l'intuition et le sentiment, mettant en oeuvre toutes nos puissances de connaître et d'agir » (*Science et technique*, IV, Conclusions générales, n. 302, 11). Un riferimento preciso a « une philosophie nouvelle » è in: *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 186.

(77) *Science et technique*, n. 24.

(78) *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 185.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lezione parigina, avrà la compiuta sistemazione nel secondo *opus magnum* gényano.

È proprio nella tensione a chiarire la nozione di *donné*, una nozione ontologica, che, più che nella *Méthode*, l'autore si dichiara pienamente: « suivant moi, le donné de l'ordre juridique naturel exige, pour être pleinement pénétré, d'autres moyens que ceux de la procédure strictement scientifique, et nécessite, à tout le moins, un appel aux forces obscures de la conscience morale » (79). In *Science et technique* ribadirà che gli *éléments donnés* « se revèlent par toutes les forces de la connaissance y comprises l'intuition et la croyance » (80).

Non dovrebbe esser difficile, per chi guarda con occhio filosoficamente provveduto e severo le costruzioni filosofiche di Gény, riscontrarvi ambiguità, oscurità e anche ingenuità. Chi vi guarda con gli occhi dello storico del pensiero giuridico non può non rilevare che tutta questa discutibile apparecchiatura filosofica ha almeno il merito di aprire alla scienza giuridica un orizzonte straordinariamente ampio e, nel tempo stesso, un affrancamento da vecchi e vieti servaggi. La sfiducia nei procedimenti meramente razionali, le aperture intuizionistiche, la percezione della globalità del soggetto e della vita divengono — a livello di teoria giuridica — l'insoddisfazione per la legge come quintessenza della razionalità e per l'interprete come esegeta. I *donnés*, la *nature des choses*, lo stesso *irréductible droit naturel* gényano (81) rappresentano la realtà ontica del diritto, che leggi e formule legali non riusciranno mai a contenere e con cui l'interprete — lo voglia o non lo voglia la tirannia dei varii legislatori positivi — dovrà sempre inevitabilmente fare i conti; rappresentano la rivincita dei fatti e della vita sulle forme artificiose e prefabbricate (82) e la garanzia per una sfera di libertà dell'interprete; costitui-

---

(79) *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 183.

(80) *Science et technique*, Conclusions générales, n. 301.

(81) È noto come un simile aggettivo unito alla locuzione ' droit naturel ' faccia parte del linguaggio tipico — e di poi acquisito — di Gény: « cette notion irréductible du droit naturel » (cfr. per un esempio: *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 185) ha l'onore di diventare il sotto-titolo della ' seconde partie ' di *Science et technique*: ' Elaboration scientifique du droit positif (l'irréductible droit naturel) '.

(82) « les faits ne devaient pas tarder à détruire cette belle confiance en la vertu des formules légales » (*La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., p. 15). Negli anni Venti questa dialettica ' fatti-formule legali ', mobilità dei fatti-immobilità e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scono « la réaction des réalités concrètes de la vie contre la rigidité des abstractions et des formules » (83).

Ci sono due testi, l'uno della *Méthode*, l'altro di *Science et technique*, che ribattono la stessa conclusione e che, dato il loro carattere di piccole sillogi conclusive del pensiero di Gény, mi sembrano illuminanti proprio per quanto si sta ora dicendo: « Si les principes de justice, immanents à notre morale, et révélés par la raison ou la conscience, constituent la première assise, indispensable et ferme, de toute recherche scientifique, dans la sphère du droit positif, ils n'en sont pas moins ... insuffisants, pour suggérer à l'interprète les solutions immediates, qu'il lui faut découvrir, afin de suppléer aux lacunes des sources formelles ... Parti de la région des principes absolus, c'est dans le domaine des contingences qu'il réalise son activité propre ... Et il faut qu'il y rencontre une direction de détail ... Ici intervient donc, comme matière d'investigation, à la fois riche et féconde, cette *nature des choses positive*, qui, accessible aux seuls procédés scientifiques, va élargir singulièrement l'horizon du jurisconsulte, et le faire nécessairement sortir du champ, un peu étroit, de l'interprétation des sources, pour proposer, à son étude, le terrain inépuisable des réalités vivantes » (84).

E ancora: « l'effort principal des jurisconsultes au XIXe siècle visait à faire rendre aux modes d'expression du droit positif — notamment et parfois même exclusivement, au plus formel d'entre ces modes, la loi écrite, prise comme manifestation d'une volonté contraignante —, tout ce que l'on pouvait en tirer. Cet effort parvenu au terme extrême de ses résultats possibles, il fallait bien, pour poursuivre le progrès nécessaire, chercher, derrière l'enveloppe formelle du texte légal, la réalité dont celui-ci n'était que le symbole, et soit accepter de la loi écrite une notion plus objective et plus vivante, soit admettre, à coté d'elle, des sources moins formelles et plus plastiques, la coutume, la jurisprudence, soit même s'adresser plus haut encore et chercher à pénétrer l'essence propre de la vérité

---

astrazione delle formule legali (soprattutto codicistiche) diventerà, com'è noto, il titolo di un fortunato e assai interessante libriccino di G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 1920.

(83) *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., p. 17.

(84) *Méthode*, n. 164, in principio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

juridique ... à laquelle nous ramène inéluctablement une aspiration instinctive vers le but suprème du droit » (85).

Grazie all'intuizione fertile, che riguadagna tutto quanto sta accanto e dietro la legge scritta e che finzioni suadentissime nonché strategie abilissime di potere avevano soffocato e celato, un duplice recupero — per così dire — si realizza, quello della vita al diritto e quello del diritto alla vita. Il diritto cessa di proporsi come la semplice ombra del ' legale ', e una dialettica nuova si affaccia, quella fra *droit* e *loi*, nozione e realtà — la prima — infinitamente più larga e più ricca della seconda.

La desacralizzazione della legge rompe necessariamente la sua monocrazia e, in una nuova visione pluralistica, si propongono come fonti fatti prima relegati nell'esilio dell'irrilevanza. Ora, questi fatti possono pretendere di erigersi a fonti — e questo è del massimo rilievo — non grazie al filtro operato da una volontà dispotica costitutiva della loro giuridicità ma per loro stessa virtù, per una loro intrinseca normatività che è tale perché già affermatasi a livello del morale, dell'economico, del sociale.

Se l'esegeta poteva assomigliare a un prigioniero rinchiuso in un carcere senza finestre, il nuovo interprete — veramente interprete e non più soltanto esegeta — non sarà soltanto l'intermediario fra un testo normativo e i suoi destinatari, ma fra il diritto — conosciuto e intuito in tutta la sua latitudine — e i suoi utenti. Egli avrà un contatto immediato con i fatti mediante « une recherche que nous sentons aux prises avec toute la richesse et toute la complexité de la vie » (86).

La teoria moderna delle fonti è sostanzialmente modificata: nel diritto nato dalla Rivoluzione le fonti incarnano il diritto, e una fonte — la legge scritta — le assorbe o le condiziona tutte riducendo sostanzialmente la pluralità ad unicità. Nel nuovo diritto, che Gény vuol contribuire a creare, la fonte formale non è più lo schermo impenetrabile d'un tempo, costitutivo della giuridicità e assommante in sé la giuridicità, ma viene ad assumere la natura di mero simbolo d'una realtà che essa non contribuisce a creare ma unicamente a segnalare.

---

(85) *Science et technique*, n. 8.

(86) *Méthode*, n. 164.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È la relativizzazione della vecchia mitologia delle fonti colorata fino a ieri di un acceso assolutismo; è la riduzione delle fonti formali a un rango strumentale; come tali, subordinate alla realtà complessa e mutevole che esse sono chiamate ad esprimere (87).

E Gény, che non è certo un giusliberista e che tiene a mantenere un ruolo non minimo a legge e legislatore, non va oltre l'ammissione che « l'injonction légale est un merveilleux instrument de sécurité des rélations juridiques » e che va considerata semplicemente « plutôt comme expédient pratique et pièce capitale de l'ordre » (88).

Al fondo di questa riflessione innovativa e affrancatrice resta al giurista un vistosissimo risultato a livello di teoria dell'interpretazione: come precisa Gény in una frase felicissima per la sua scarnezza e sinteticità, « ce qui n'était primitivement guère plus qu'une *interprétation des sources* tend à se muer en interprétation du droit lui-même » (89).

5. Non è una brillante formuletta; piuttosto, una conquista; ed in essa sta, a mio avviso, il maggior merito storico di Gény, quello che rende durevole, intatto fino ad oggi il suo insegnamento.

Egli era partito dalla insoddisfazione amara di sorprendere una legge a torto idolatrata come una panacea, e invece troppo spesso distaccata dai fatti perché ormai incapace a comprenderli e a regolarli; accanto, in un cantuccio, una scienza giuridica prevalentemente sclerotizzata perché frustrata nelle sue possibilità creative; una giurisprudenza, che aveva potuto corrispondere al mutamento soltanto funamboleggiando sul filo di tensione d'una difficile situazione psicologica, quella di chi finge di rispettare formalmente il testo normativo e sostanzialmente lo viola. Un diritto privato francese, insomma, del tutto inadeguato al suo ruolo ordinativo d'una società in perenne profonda trasformazione.

Dall'insoddisfazione era nata l'esigenza della ricerca di strade nuove, la rimeditazione del problema ' costituzionale ' delle fonti e

---

(87) « il est clair pourtant, que, n'étant que des modes *contingents* d'expression d'une réalité *permanente*, les sources doivent rester subordonnées à cette réalité même » (*Science et technique*, n. 12, in fine).

(88) *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, cit., p. 21.

(89) *Science et technique*, n. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della interpretazione alla luce del ripudio di quel razionalismo spicciolo che aveva ingenerato tanti inganni. Una filosofia nuova — eclettica, se si vuole — aveva permesso di valorizzare atteggiamenti e dimensioni prima trascurati e spregiati; la vita globale del diritto, e il diritto come aspetto vitale d'una civiltà intiera, erano stati i due recuperi essenziali. La degnità maggiore era stata scritta con caratteri marcati al centro della pagina di Gény: « avant tout, le droit positif doit rester chose vivante. Or, vivre, c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit s'est plus encore: c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale » (90).

Il diritto, o è dimensione della vita, ad essa aderente, o non è; o è la sua rivoltante maschera scimmiesca, la sua controfigura aberrante. Il ' diritto ' astratto e sclerotico degli ultimi stanchi epigoni della scuola esegetica — Gény se la prende soprattutto con François Laurent (91) — è una sorta di non-diritto, che poteva soltanto ignorare o frenare il mutamento, non ordinarlo. Da qui, l'esigenza d'uno spostamento capitale nella osservazione e nella attenzione: dalla fonte, che è sempre un momento epifanico e, in quanto tale, del tutto formale, ai fatti retrostanti; dalla fonte al nesso autentico tra fonte, fatti retrostanti, comunità di utenti, nesso che è costituito dalla interpretazione.

La grande novità, originalità, conquista di Gény è di esser riuscito, già col volume del 1899 che chiudeva un secolo sordo e mortificante (almeno in Francia) per il fenomeno interpretativo, a operare una sua cospicua rivalutazione ponendo l'interpretazione al centro dell'ordine giuridico e, di conseguenza, a spostare su di essa l'attenzione dello scienziato. Ora, interessa assai meno il momento politico della produzione che quello sociale della vita del diritto nel tempo e nello spazio. Ovviamente, l'interpretazione non era più vincolata al nesso mortificante con le ' sources ', che ne metteva — fra l'altro — in dubbio la scientificità, ma con l'intero territorio del ' droit '.

La felice formula di Gény: dalla ' interprétation des sources ' alla ' interprétation du droit ', che potrebbe sembrare un motto di

---

(90) *Méthode*, n. 185, in principio.

(91) In più passi della *Méthode* (per un esempio, cfr. n. 10) e di *Science et technique* (per un esempio, cfr. n. 8).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spirito, è il segno di una rivoluzione copernicana che, a fine Ottocento, si sta attuando nell'ámbito della scienza giuridica; è la realizzazione puntuale di una epistemologia giuridica più agguerrita perché più culturalmente provveduta.

La domanda assillante, con cui si apre la *Méthode*: « avons nous su interpréter, non seulement la loi, mais le droit immanent, dont la loi n'est, après tout, que la révélation imparfaite? » (92), è solo apparentemente retorica, ma è un interrogativo che, prima di investire la coscienza scientifica, tocca la coscienza morale e sociale del cittadino Gény. La risposta sarà, nel '99, costituita dalle seicento pagine del volume in prima edizione e si strutturerà in una trama ampia e articolata giustificante — alla fine — un interprete munito di grande libertà in forza dell'esigenza primaria di corrispondere alle istanze della vita (93): di fronte all'evidenza di una « insuffisance irrémédiable de la loi » si dovrà favorire « un large essor à l'activité individuelle de l'interprète », giacché egli « devra scruter lui-même les exigences de la nature des choses et les conditions de la vie, toutes les fois qu'il ne sera point bridé par une injonction impérieuse »; una interpretazione giuridica quale « maîtresse nécessaire de ses décisions, n'étant assujettie que par le but même de sa mission » (94).

Non solo; ma, partendo da premesse filosofiche tanto peculiari e facendo proprio un angolo d'osservazione pressoché rovesciato, la stessa equità, il mostro orrendo delle favole legalistiche di sempre, non suscita più quella ripugnanza o, ad andar bene, quella diffidenza, che sono conclamate da tutti i sani giuristi della ortodossia ufficiale. In Gény la barriera di pregiudizi si dimostra abbastanza insensata: dal momento che per lui « le sentiment de l'équité ... n'est qu'un diminutif de ce diagnostic de la conscience; ou, si l'on veut, c'est l'oeuvre d'une sorte de subconscience morale », non si vede come sia possibile rifiutargli quella autorità che viene riconosciuta alla ' conscience ' ammettendola come ' succédané ' della ragione (95).

---

(92) *Méthode*, n. 3.

(93) « la vie n'attend pas ... l'interprète doit répondre à ses instances » (*Méthode*, n. 185).

(94) Gli ultimi testi ora citati possono tutti reperirsi in *Méthode*, n. 84.

(95) *Méthode*, n. 163, dove pure sono formulate anche molteplici riserve.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. Ma, allora, questo universo giuridico disegnato da Gény non appare forse come il regno dell'arbitrario soggettivo, dove il nuovo spazio per l'interpretazione toglie certezza e saldezza a tutto, e dove impera confusione e disordine (96)? Si è lasciato Gény impressionare dai giudicati d'equità del ' bon juge Magnaud ', che aveva fatto del Tribunale di Chateau-Thierry una sorta di curia d'equità (97)? Si è lasciato conquistare dai primi prodromi del giusliberismo? Si è, tutt'al meno, lasciato conquistare dal principio dello ' assouplissement des textes ', elasticizzazione dei dettati legislativi, prospettato con convinzione dal suo amico e mentore Raymond Saleilles (98)?

Assolutamente no. Verso il *phénomène Magnaud* Gény non ha alcun movimento simpatetico, anche se lo ritiene non irrilevante e ne affronta il tema come oggetto specifico di una delle appendici alla

---

(96) Gény ha ben presenti, nella seconda edizione della *Méthode*, le obbiezioni formulate contro i risultati della sua ricerca; egli, lucidamente, le riconduce a una, fondamentale, apparentemente distruggente: « cette objection ... consiste à représenter l'élaboration indépendante du droit, comme devant aboutir fatalement à l'incertitude et l'instabilité des solutions positives, portant à une sorte d'anarchie juridique, abolissant tout frein dans les jugements, ruinant toute sécurité dans les affaires » (*Méthode*, seconda edizione, Epilogue, chap. II, n. 196, in principio). Le stesse obbiezioni egli aveva avuto già ben presenti nella lezione su *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 178, che, risalendo al 1910, permetteva a Gény di tener conto di undici anni di riflessioni critiche avverso la *Méthode*.

(97) È evidente il riferimento a Paul Magnaud (1848-1926), che fu Presidente del Tribunale di Chateau-Thierry dal 1887 al 1906 e che è il magistrato che più incarna — a fine Ottocento — la figura del giudice d'equità, dell'interprete disinvolto della legge per supreme ragioni equitative. Le sue sentenze ebbero l'onore di essere subito raccolte e proposte come dei breviarii al ' nuovo ' giurista francese (cfr. *Les jugements du Président Magnaud*, réunis et commentés par H. Leyret, Paris, Stock, 1900; H. Leyret, *Les Nouveaux jugements du Président Magnaud*, Paris, Schleicher, 1903). Per una messa a punto su di lui si veda R. Weyl-M. Picard Weyl, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le ' bon juge Magnaud '*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974-75). Il ' socialismo giuridico '. Ipotesi e letture, p. 367 ss.

(98) Saleilles comincia a prospettare questa idea in due saggi di prevalente indole metodologica già nel 1890-91, continuando poi a martellare in nuovi contributi durante tutto l'ultimo decennio del secolo. I saggi — da me già citati (cfr. più sopra, alla nota 13) — sono: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit* (1890) e *Fondement et développement du droit* (1891). Sull'itinerario di Saleilles mi propongo di tornare in un saggio specifico, che sarà pubblicato negli ' Studi in onore di Luigi Mengoni '.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seconda edizione della *Méthode* (99): per lui si tratta di « une passade de jurisprudence » (100) e, più volte nel corso del suo lavoro, parla di « une façon d'impressionisme dans l'application du droit » (101, di « sentences purement ' impressionistes ' » (102), di « impressionisme judiciaire » e di « jurisprudence de pur sentiment » (103). Giudizio severo, che viene ad essere intensificato nella sua severità dallo « esprit de basse politique », che il rigoroso civilista di Nancy ritiene di rilevare nei giudicati magnaudiani, e dall'attitudine dell'estensore a « se poser en politicien démagogue » (104).

Per l'avventura giusliberista Gény nutre grande rispetto, la sua lettura dei giusliberisti è una delle più scrupolose che si possa reperire in giuristi contemporanei non appartenenti al movimento e, senza dubbio, la quarta appendice — che egli vi dedica nella seconda edizione della *Méthode* — è addirittura un minuzioso attentissimo trattatello storico-giuridico che ripercorre e ricostruisce esaustivamente le tappe del movimento (105). Ma la puntualizzazione delle debolezze è impietosa, e severa è la critica sulla carenza di quelle che sembrano a Gény le basi indispensabili per edificare solidamente una teoria positiva del metodo giuridico (106). Secondo lui altre sono le strade da percorrere per giungere a un siffatto risultato; le sue, per l'appunto, si diversificano assai da quelle del movimento.

Di Saleilles Gény è grande amico ed estimatore; la sua familiarità con lui data almeno dall'inizio della comune colleganza nella Facoltà giuridica di Dijon nel 1892; con lui condivide i grandi assilli metodici, il grande impegno teoretico sul problema delle fonti giuridiche, la curiosità su quanto di nuovo comincia ad apparire sul

---

(99) Une passade de jurisprudence: le ' phénomène Magnaud ' (*Méthode*, seconda edizione, chap. second, n. 196 ss.

(100) Come è scritto, spregiativamente, nella intitolazione del ' pezzo ' dedicato a Magnaud.

(101) Nella prima edizione della *Méthode*, n. 86, in fine.

(102) *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 178.

(103) *Méthode*, seconda edizione, Epilogue, chap. second, n. 200, in fine.

(104) Une passade de jurisprudence: le ' phénomène Magnaud ', n. 197.

(105) Le mouvement du ' freies Recht ' (libre droit) dans les pays austro-allemands (*Méthode*, seconda edizione, Epilogue, chap. quatrième, n. 205 ss.).

(106) Le mouvement du ' freies Recht ', n. 222.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

palcoscenico scientifico e legislativo europeo (con lui egli visita a Bern, nel 1896, Eugen Huber; come lui, non manca di rivolgere costante attenzione ai varii *Entwürfe* tedeschi verso il Codice); aggiungo che è proprio Saleilles a dettare una caldissima e motivatissima ' préface ' per la prima edizione della *Méthode* ed è proprio Gény a voler dedicare l'opera della maturità, *Science et technique*, « à la memoire illustre et chérie de Raymond Saleilles » scomparso appena l'anno prima (107). Ma le strade, che essi battono, sono notevolmente diverse; si può senza difficoltà ammettere che li abbia legati un comune punto di partenza, e cioè l'insoddisfazione della accettata, indiscussa teoria delle fonti e della interpretazione, e l'esigenza di rompere una sonnolenta immobilità; si può ancora senza difficoltà ammettere che ci fu tra i due studiosi sintonia culturale e stima sincera, come provano i positivi giudizi che si sono in più riprese scambiati reciprocamente sulle rispettive opere (108). Ma gli strumenti tecnici e culturali posti in essere, e i cammini intrapresi, per realizzare il rinnovamento sono profondamente diversi, perché diversa è la sottostante concezione delle fonti. È lo stesso Gény a misurar la distanza che lo stacca, quando non manca di constatare che — rispetto al suo — « le système de l'assouplissement des textes [cioè l'espediente saleilliano] est beaucoup plus osé » (109).

Ma qual'è dunque, questo *système* di Gény? Poiché più sopra abbiamo separatamente parlato di aspetti singoli della sua teorica e,

---

(107) La prima parte di *Science et technique* è licenziata dall'autore il 15 ottobre 1913. Si noti, subito dopo la dedica, rivolta a Saleilles, l'apostrofe ammirata che Dante rivolge a Virgilio nella *Commedia*: ' Tu duca, tu segnore, e tu maestro '.

(108) Citiamone uno di Gény, tratto dalla rivisitazione che egli fa di tutte le correnti innovatrici in Francia e in Belgio, in appendice alla seconda edizione della *Méthode*: « la doctrine méthodologique de Saleilles se présente à nous comme la synthèse, la plus fortement expressive, de toutes les aspirations contemporaines, en matière de création et de développement juridiques ' (*Méthode*, seconda edizione, Epilogue - chap. premier - Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899, n. 194). In una sua ampia e meditata rivisitazione « des idées générales de Saleilles sur le droit, sa méthode et ses sources », Gény ammette di buon grado che « c'est toujours à elles que je suis revenu, quand j'ai voulu rafraichir ma pensée » (cfr. *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914, p. 13)

(109) Le combat doctrinal pour la méthode, cit., n. 190.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poiché nella ideale ricomposizione che il lettore potrebbe farne per suo conto, non è improbabile che si ingenerino equivoci e si dia esca ad ambiguità, raccogliamo qui in sintesi ed esplicitiamo il senso conclusivo del messaggio gényano.

Limitandoci, come si è fatto finora, alla sua dottrina delle fonti, che è la più incisiva storicamente e ancora oggi leggibile con profitto, ridotta all'osso, la si può esprimere non indebitamente in queste poche scarne locuzioni: rispetto e diffidenza insieme verso la legge scritta, con una decisa tensione a ridurne significato e portata; visione intensamente pluralistica delle fonti; coinvolgimento della interpretazione nella produzione del diritto e sua individuazione come una delle molte fonti.

Gény è un legalista: si tratta di affermazione che il lettore non trangugerà di buon grado, trovandola sconcertante e in palese incoerenza con tutto quanto s'è detto e ripetuto circa la battaglia del Nostro contro il legalismo ottocentesco. Concordo sulla paradossalità apparente di tale affermazione, ma sostengo che è in perfetta armonia con l'itinerario svolto nelle pagine precedenti. Gény detesta il parossismo legalitario ottocentesco, il « fétichisme de la loi écrite et codifiée », cui imputa conseguenze perverse per il diritto come ordine sociale e come scienza; egli è arciconvinto che la legge non esaurisce il diritto, che è anzi assolutamente insufficiente a rappresentarlo, che il territorio extralegale costituisce la parte più vitale dell'ordinamento in continua espansione; è però anche convinto che la legge non può non essere *una delle* fonti e che in una società moderna è la fonte prima, indispensabile per garantire stabilità e certezza a un groviglio spesso assai sedimentato e confuso di rapporti. Gény — che è un realista e che non vuol disegnare il progetto giuridico per la felice isola di Utopia — sa anche di dover fare i conti con un'ideologia e con un regime — peraltro, ben allignati nella civiltà francese — che tendevano a identificare nella legge il diritto ponendo quella al sommo di una gerarchia ferrea, devitalizzante perché monopolizzante.

Da questo complesso di certezze scaturisce la soluzione gényana, che è di rispetto e di diffidenza insieme per lo strumento legislativo e che si traduce in una operazione fortemente riduttiva, in un pesante ridimensionamento della legge come fonte.

La diffidenza verso la legge e l'uggia dello scienziato verso il parossismo legalistico avevano indotto molti pensatori a far violenza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla nozione tradizionale di legge e a sacrificare pesantemente il suo carattere normativo. Gény li conosce — lui sempre diligente in una larghissima informazione a carattere veramente europeo — per averli studiati e meditati, e sa benissimo che Bülow, Kohler, Stampe, Saleilles, Cimbali, Gabba, Simoncelli tendono a ridurre la legge a un vaso vuoto che la vita giuridica successiva alla promulgazione si premura di riempire dei contenuti più varii, e si parla di interpretazione teleologica di essa, di una sua elasticità e disponibilità ad appropriarsi di futuribili, essendo diventata nella loro mente nulla più che una *Vorbereitung*, una *Anweisung*, come scrive Bülow (110).

Siamo già, con queste manifestazioni che occupano l'ultimo ventennio del secolo, nei molti e varii rívoli che confluiranno poi nel fiume tumultuoso della *Freirechtslehre*. A costoro Gény non si accoda; glielo vieta il suo sincero sentimento di rispetto per la legge, e glielo vieta anche la sua probità intellettuale, anche se programmaticamente si sente schierato con queste giovani energie che vogliono pur rompere in qualche modo le mura soffocanti della vecchia cittadella. La sua strada è un'altra, più limpida, meno ipocrita, ma forse non meno efficace. L'operazione consta di due distinte puntualizzazioni, dalla cui combinazione scaturirà la soluzione.

Prima puntualizzazione: non stiamo troppo a disquisire e a sottilizzare — sembra dire Gény —; « la loi n'est pas autre chose qu'une volonté » (111), e al testo che la racchiude non si può far dire altro se non quello che il legislatore volle nel momento della sua emanazione. Anzi, si deve far dire alla legge solo ciò che risulta essere chiaramente l'intento del legislatore. La legge non può e non deve proferire altro. Si propone — direi — una interpretazione restrittiva del testo normativo.

Seconda puntualizzazione: è palese, è indiscutibile nella sua evidenza che la legge è incapace, a causa della sua insufficienza, ad esprimere la totalità della vita giuridica.

Conclusione: la legge va rispettata per ciò che espressamente volle (112); per ciò che non volle e non previde, per ciò che volle e

---

(110) O. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885 (Neudr.: Aalen, Scientia, 1972), p. 45.

(111) *Méthode*, n. 98, in principio.

(112) Ed è ovvio che a questa *loi écrite* così riduttivamente intesa deve essere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

previde in modo incerto o vago o comunque opinabile e controvertibile, non può non esserci spazio per altre fonti. La monocrazia della legge deve cedere a un effettivo pluralismo mediante un sostanzioso *élargissement* (113) delle fonti stesse. Sarà il vasto e aperto spazio per la consuetudine (114), per la giurisprudenza pratica (115), per la libera ricerca scientifica (116).

---

affidato un ruolo superiore alle altre fonti, anche a quelle che Gény considera *sources formelles*, e cioè la *coutume* e la *tradition* (*Méthode*, n. 91). Questo cordone ombelicale con la tradizione esegetica — questo che ho chiamato più sopra ' legalismo ' di Gény — resta in tutta la sua opera ed è il segno del realismo del giurista di Nancy, che non vuol combattere nessuna donchisciottesca e inefficace battaglia e preferisce prendere atto dell'insuperabile stato delle cose nella Francia di fine Ottocento.

(113) *Elargir, élargissement* appartengono al frasario tipico di Gény, ripetuto infinite volte.

(114) La consuetudine ha, com'è noto, un posto privilegiato nel sistema delle fonti di Gény. Proprio da questo nasce una delle pagine più profondamente sofferte del Nostro, quella di cui egli si pone il problema della consuetudine « formellement opposée à la loi écrite » (*Méthode*, n. 129), e che è solcata da esitazioni e oscillazioni, promananti tutte da non poche perplessità di fondo. La pagina, infatti, comincia con una confessione: « on ne s'étonnera pas, je pense, de mes hésitations à l'endroit de sa solution. Celle-ci ... me paraît infiniment délicate à proposer '. Ma ecco una prima soluzione: una simile consuetudine è da respingere, ma non si tratta di problema risolubile alla stregua di principii puramente razionali: « la pure logique ne saurait décider une question, qui relève, avant tout, de considérations historiques et sociales, éminemment variables ». In teoria, legge e consuetudine, in quanto ambe fonti formali di diritto, sono su uno stesso piano; è soltanto « dans notre état de civilisation » — e, quindi, « d'un point de vue politique » — che la legge è regola suprema. Tuttavia, ecco affiorare un ripensamento, che rende assai più complessa e sfaccettata la soluzione stessa: « toutes les fois que l'état social aura subi des modifications, rendant incompatible avec lui et véritablement surannée une disposition légale, non formellement abrogée, on pourra, en se fondant sur la défaillance, de fait, de ses conditions, écarter ce texte comme inapplicable: ce qui ouvrira place, soit à une coutume supplétive, soit à la liberté de l'interprétation scientifique ».

(115) Respingendo sbrigativamente le invocazioni al principio costituzionale della divisione dei poteri, che impedisce l'affidamento al potere giudiziario di funzioni legislative. Per due buoni motivi: innanzi tutto, perché « cette division ... ne peut être érigée en dogme absolu »; secondariamente, perché non è ' legiferare ' esercitare dei poteri che sono creativi di diritto unicamente nel caso concreto sottoposto alla decisione del giudice (*Méthode*, n. 85).

(116) Ricerca che non avrà nulla a che fare, né con l'arbitrio della volontà individuale, né con la fantasia del ricercatore. Questi sarà vincolato da condizionanti (e rassicuranti nella loro datità) elementi obbiettivi: la natura delle cose, la concretezza dei rapporti sociali bisognosi di essere giuridicamente regolati (*Méthode*, n. 183).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'imperativo legislativo non è esorcizzato con più o meno larvate interpretazioni evolutive (117); è piuttosto, nell'animo di Gény — se mi si passa l'espressione — ridotto in un cantuccio, privato di ogni efficacia espansiva. Il suo puntiglio rigoroso nella ricerca della *voluntas legis* è sorretto da questo preciso intendimento, che è l'opposto — sia chiaro — di quello d'un formalista-legalista. È, del resto, quanto egli confessa abbastanza apertamente nella conclusione finale della *Méthode*: « sans contester, ici, au moins à titre d'expédient indispensable, la face impérative absolue de la loi écrite, je crois avoir montré, que la considération exacte de sa nature conduit nécessairement à assigner une portée limitée à ses décisions. Et, en donnant à celles-ci toute l'amplitude qu'elles comportent, on constate, sans peine, que, provenant d'une intelligence et d'une volonté humaines, essentiellement bornées dans leurs visées, elles laissent, à coté d'elles, un grand nombre de points non prévus, auxquels d'autres organes sociaux devront pourvoir » (118). Si calca la mano sulla *umanità* della legge scritta, sul suo essere frutto della volontà e dello sguardo, ohimè quanto limitato, d'un uomo e d'un gruppo di uomini. Pacatamente, serenamente, senza iconoclasmi che non gli sono affatto congeniali, Gény porta innanzi una demitizzazione abbastanza radicale, anche se incruenta, della legge come fonte di diritto.

Un esempio luminoso di questo atteggiamento riduttivo è dimostrato dalla lettura che il Nostro compie dell'arcinoto — e famigerato per certi filoni di pensiero — articolo 4 del *Code Napoléon*. Vi si insegna, com'è risaputo, che il giudice non può rifiutarsi di giudicare « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi »; vi si insegna implicitamente che la legge, il sistema legislativo offerto dal Codice, non ha lacune e che spetta al giudice

(117) A meno che il testo legale non faccia riferimento a « une notion mobile et fugace de sa nature telle que la notion d'ordre public, par exemple ». A meno che una legge presupponga determinati rapporti sociali e determinate circostanze economiche quali condizioni della stessa disposizione normativa, e che quei rapporti e quelle circostanze vengano a sparire o si trasformino radicalmente. In questo caso « la prescription qui leur était subordonnée, se modifiera, par là même, et cessera de s'imposer à l'interprète, telle qu'elle était primitivement formulée » (*Méthode*, n. 99).

(118) *Méthode*, n. 183.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di reperire mediante procedimenti logici elementari principii e norme valevoli a regolare la fattispecie concreta a lui sottoposta.

Ecco invece la disinvolta lettura che ne dà Gény: « en lui ordonnant de juger dans tous les cas (art. 4 C. civ. franç.), elle [cioè la *loi*] n'a pu prétendre l'assujettir à ses propres défaillances, mais, au contraire, lui conférer à défaut de toute direction formelle, un pouvoir de décision, propre » (119). È evidente che l'art. 4 presuppone un postulato, che non vi è chiaramente enunciato, anche se vi se ne trae chiaramente la conseguenza del dovere per il giudice di giudicare: la necessaria completezza del sistema legislativo codificato. Gény prende atto del dovere tanto limpidamente espresso e lo coglie — secondo i suoi principii ermeneutici — come un imperativo inderogabile proprio perché indiscutibilmente preciso nella volontà che esprime. Egli però vi presuppone un postulato dal contenuto perfettamente capovolto ed opposto: la necessaria incompletezza del sistema legislativo codificato; con la conseguenza che sarà il giudice a non soffrir di lacune e non già la legge (120), con la conseguenza per lui di un larghissimo spazio.

Quello che doveva essere la pietra angolare d'una concezione assolutistica del diritto e delle sue fonti, interpretato riduttivamente attenendosi soltanto al suo contenuto volitivo espresso (121), diventa il fondamento della elevazione della giurisprudenza a livello di fonte.

7. Dalla visione sentitamente pluralistica del problema delle fonti di diritto scaturisce, come si è già segnalato, una conseguenza rilevantissima a livello di sistematica giuridica e, più in genere, di teoria del diritto: è quanto lo stesso Gény puntualizza come « une inclination décidée à rapprocher, dans leur essence fondamentale, l'interprétation du droit positif et sa constitution législative » (122).

---

(119) *Méthode*, n. 81 *bis*.

(120) « s'il n'y a pas de lacunes pour celui qui dit le droit aux parties, il y a incontestablement des lacunes dans la loi écrite » (*Méthode*, n. 81 *bis*).

(121) Sostanzialmente, se mi è permesso, con non minore ipocrisia di coloro che Gény taccia come ipocriti per aver riempito la legge di contenuti diversi, facendo finta che la legge — nella sua proiezione verso il futuro — fosse stata disponibile a ricomprenderli.

(122) *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 177. *Rapprocher* è un altro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ed è una conseguenza ovvia. Era l'impostazione tradizionale del sistema delle fonti a separare rigidamente « comme par une cloison étanche, deux domaines de l'activité juridique: la législation d'une part, l'interprétation ou l'application du droit de l'autre » (123). La legislazione si legava strettamente alla sovranità e ne era l'espressione primaria; per questo, malgrado gli ammantamenti pseudo-democratici dello Stato borghese, restava funzione gelosa ed esclusiva, né partecipata né partecipabile, anzi, il più possibile formalizzata secondo previsioni di stretta indole costituzionale. Come tale, la legge si poneva a un diverso e superiore livello rispetto alla consuetudine e alla interpretazione giudiziaria e scientifica; la diversità era qualitativa, anzi di essenza costitutiva. Le due attività — legislativa e interpretativa — erano incomunicabili, erano non analogizzabili, perché appartenevano a universi opposti e con opposte funzioni, attiva e creativa la prima, passiva e meramente applicativa la seconda; con il puntiglioso impegno del potere politico e — quel che è peggio — anche della maggioranza inconsapevole dei giuristi — impegno che Gény si trova davanti, intatto, nel 1899 — a rinsaldare questo steccato divisorio, che l'ideologia ottantanovarda — assai dura a morire soprattutto in terra francese — ostentava come il santo dei santi delle conquiste rivoluzionarie.

Per gli *homines novi* — primo fra tutti Gény — l'atteggiamento non può non essere sensibilmente differente. La rottura della monocrazia legislativa, l'estensione nel novero delle fonti, il coinvolgimento della interpretazione alla creazione del diritto attenua — anche se non seppellisce — i vecchi steccati. Ed è la degnità scritta chiaramente, programmaticamente, in esordio di *Science et technique*: « c'est ainsi que, de plus en plus, s'estompe et se dégrade la distinction entre *doctrine, jurisprudence, législation*, qui reste indispensable à la mise en oeuvre pratique du droit, mais où l'on voudrait à tort voir l'établissement de cloisons étanches séparant des domaines impénétrables l'un à l'autre » (124).

Un siffatto coinvolgimento pretende tuttavia profonde muta-

---

termine, che Gény predilige e che ben può far parte del suo lessico particolare e tipizzante.

(123) *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 175.

(124) *Science et technique*, n. 8, in fine.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni nel giurista, nel suo mestiere, nel suo metodo. Lasciata l'inerzia della passività, sarà assai più interprete che esegeta, non saranno soltanto i procedimenti logici ad essergli necessarii, ma indispensabili gli diventeranno sentimento, intuizione e *croyance*; però, egli dovrà soprattutto esser cosciente del proprio ruolo.

L'asservimento della interpretazione alla legge e la riduzione del giurista a esegeta avevano operato una sorta di devitalizzazione; il suo ruolo, confinato in proporzioni modestissime, non gli lasciava che una ben limitata libertà di azione intellettuale e non provocava in lui l'emersione di una auto-coscienza grazie alla quale riflettere sul proprio lavoro, sulla propria autonomia, sulla propria collocazione nel contesto socio-politico. Ora che al giurista viene messa a disposizione una *libre recherche scientifique*, mediante cui attingere la natura delle cose in una amplissima varietà di gradazioni ascendenti fino ai supremi principii di giustizia e discendenti fino alla *nature des choses positive*; ora « il importe, par-dessus tout, que le jurisconsulte se penètre de plus en plus de sa mission propre » ([125]). A lui infatti, stante il sonno costante o i ritardi altrettanto costanti del legislatore, va il cómpito non lieve dell'armonizzazione fra vita sociale e ordine giuridico o — se vogliamo —, con espressione più altisonante, fra diritto e storia.

Nel progetto di Gény — che è lucidissimo — v'è per la scienza uno spazio enorme; ed è lo spazio ricavato grazie a una interpretazione rigorosa e rigorista della legge, facendogli dire solo ciò che è sicuro il legislatore volle inserire ed evitando quel duplice trabocchetto costituito dalla necessità suprema di ritenere tutto previsto, in atto o in potenza, e perciò deducibile coi soli strumenti risibili della estensione e della analogia. Il trabocchetto è duplice, perché il legislatore stesso ne resta defraudato e la giurisprudenza non può non uscire psicologicamente mortificata da una sorta di procedimento ermeneutico simulante, che sancisce formalmente la sua non-autonomia anche se, nel tempo stesso, surrettiziamente, la costringe ad appropriarsi *de facto* di una necessaria libertà d'azione di fronte agli eventi mutati e alle concrete fattispecie nuove di zecca.

Il pensiero di Gény si enuncia con straordinaria limpidità alla fine della *Méthode*: « Pour dire ici toute ma pensée, je suis convaincu

---

([125]) *Méthode*, n. 169, in principio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que le progrès juridique s'opèrera, plus large et plus sûr, par une méthode d'investigation sincère, qui, reconnaissant ouvertement les lacunes de la loi écrite, cherchera à y pourvoir, au moyen de procédés scientifiques indépendants, scrutant, en toute franchise, la nature objective des choses et cherchant notamment à produire l'équilibre des intérêts, que par le faux-fuyant d'une interprétation forcée des textes légaux » (126).

Scartata l'ipotesi della onniveggenza del legislatore e scartati perché insopportabili anche su di un piano etico gli inevitabili sotterfugi — *faux-fuyants*, come egli ha la franchezza di dire — che non possono non derivarne, è realistica l'ipotesi delle lacune nel diritto positivo attuale, una ipotesi che un sereno pluralismo, in particolare il sereno pluralismo giuridico del nostro civilista, non rende affatto drammatica. Saranno altre fonti a concorrere con la legge nel cómpito di esprimere l'ordinamento giuridico in tutta la sua ricchezza. Saranno principalmente gli scienziati-giuristi ad essere chiamati in prima persona.

Gény sembra aggiungere, rivolgendosi a loro: ' estote parati '. Al nuovo ruolo ci si preparerà, infatti, innanzi tutto con un completo ribaltamento della vecchia psicologia peculiare al giurista d'un regime codificato, con la rinnovata coscienza d'una inabdicabile titolarità di funzione (127), che spetta al ceto dei giuristi in quanto tale; in secondo luogo, con occhi più agguerriti, che non sappiano soltanto sceverare i meccanismi interni della legge scritta e del suo sistema positivo, ma — resi sempre più avvezzi ad abbandonare la semi-oscurità della prigione esegetica, sempre più avvezzi alla luminosità di un approccio diretto coi fatti, messi ormai a fuoco per il nuovo ruolo — che siano in grado di percepire, individuare, fissare la natura positiva delle cose per poi consolidarla in altrettante regole positive.

8. Il momento, intorno, — anno di grazia 1899 — è, come si è detto, di straordinaria fertilità, e lo scienziato-giurista è chiamato a

---

(126) *Méthode*, n. 174, in principio.

(127) « quand il en aura la conscience profonde, il trouvera, dans le sentiment même de son rôle, et dans la claire vue de son objectif, la ligne de direction, qui maintiendra et assurera sa marche » (*Méthode*, n. 169, in principio).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decifrare un assai complicato paesaggio socio-economico che vieppiù si complica, dove sempre nuove conquiste tecnologiche, sempre nuove articolazioni della organizzazione economica e anche un sempre più stratificato assetto sociale esigono nuovi istituti giuridici, da non imbalsamare in qualche vecchio schema romanistico, ma da tradurre in strutture giuridiche rispettose della loro intrinseca novità fattuale.

È folto l'inventario — puntigliosamente redatto da Gény — di schemi sociali, che reclamano non di essere rivestiti dei panni goffi di figure aliene ma già definite nel solco della tradizione giuridica, bensì di essere giuridicamente *inventati* da una libera ricerca scientifica, libera sì nella creazione giuridica, ma assolutamente vincolata dalle richieste oggettive provenienti dalla natura delle cose (128). Ne isoliamo due, storicamente significativissimi: l'abuso del diritto e la responsabilità civile.

L'abuso del diritto è un tema e problema assai vivo nella cultura giuridica francese di fine secolo (129), sia per la presenza di parecchi giudicati in cui si era finalmente avvertita l'esigenza di limitare l'esercizio della sfera di libertà dei singoli in nome di una visione più complessa, più solidaristica di quell'esercizio (130), sia perché il Codice imperiale tedesco nella sua redazione definitiva del 1896 ne recava espressa menzione nel § 226. Di lì a poco avrebbe formato oggetto specifico di tesi dottorali (131), e se ne sarebbero occupati civilisti assai sensibili come Charmont (132), Saleilles (133), Josse-

---

(128) *Méthode*, n. 170 ss.

(129) Tra una letteratura, negli ultimi novanta anni, smisurata sull'abuso del diritto, cito soltanto il contributo di P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, XI (1965), perché l'autore, con la consueta finezza di sguardo e con la consueta attenzione culturale, fa anche il punto sulle lontane radici tardo-ottocentesche del problema.

(130) Sono diligentemente citati in *Méthode*, n. 173.

(131) Ne sono, per l'appunto, esempi probanti: J. Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil* (Thèse Montpellier, 1900-1901) ed E. Porcherot, *De l'abus du droit* (Thèse Dijon, 1901-1902), le due pubblicazioni, di cui il saggio di Charmont citato alla nota successiva si pone come discussione critica.

(132) J. Charmont, *L'abus du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I (1902), p. 113 ss.

(133) R. Saleilles, *De l'abus de droit* (Rapport présenté à la première sous-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rand (134). Proprio perché l'abuso del diritto rappresenta la coagulazione a livello giuridico-formale di istanze precise nascenti sul terreno etico-sociale e tende a proporre una valutazione più complessa della tradizionale nozione di diritto soggettivo (135), non poteva non dargli grosso rilievo Gény. Il quale, constatando « un silence presque complet » (136) nella legislazione francese, vi vede lo spazio vuoto congeniale per l'opera della *libre recherche scientifique*. Infatti, poiché, « on ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient » (137), soltanto una riflessione scientifica dallo sguardo provveduto e del tutto liberata da pregiudizi, impegnando tutte le sue forze intellettuali e cioè ragione sentimento e *croyance*, potrà sciogliere il nodo intricato.

Ancor più puntuale il tema della responsabilità civile in grazia della sua perfetta specularità dell'intero ordinamento giuridico e delle forze storiche che dall'esterno premono su quello (138). Qui il dibattito non soffre la vaghezza che è inevitabile in temi sfuggenti come l'abuso del diritto; qui, in Francia, a fine Ottocento, malgrado qualche raro intervento legislativo (139), si fa ancora i conti con l'art. 1382 del *Code Napoléon*, che sembra arrestarsi alla configurazione di una responsabilità per colpa e che sembra sordissimo alla richiesta di nuove e diverse figure di responsabilità civile secondo le esigenze reali d'una società evoluta e soprattutto d'una organizzazione e tutela del lavoro prima assolutamente sconosciute. Sul dettato con-

---

commission de la Commission de revision du Code civil), in *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV (1905), p. 325 ss.

(134) L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905.

(135) Gény cita, anche a questo proposito, il suo prediletto Otto von Gierke, che propone, come visione strettamente germanistica, quella secondo cui « tout droit implique un devoir, et contient, en lui-même, une limite morale » (*Méthode*, n. 173, in nota).

(136) *Méthode*, n. 173, in fine.

(137) *Méthode*, n. 173, in fine.

(138) Sono, a proposito, pienamente da condividere le notazioni di C. CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, VII (1989), p. 539.

(139) Li cita Gény (*Méthode*, n. 174, in principio).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dizionante di questo articolo e degli articoli seguenti si cimenta la dottrina civilistica in difficili esercizi ermeneutici, tutti tendenti ad evitare il laccio testuale: v'è chi allarga il campo della responsabilità contrattuale e chi estende le presunzioni di colpa, ma sempre con risultati claudicanti e discutibili (140); con maggior piglio, derivante da una coscienza forte del ruolo della scienza giuridica, Raymond Saleilles ne fa — dal 1894 — un modello applicatorio della sua dottrina dello ' assouplissement des textes ' (141), arrivando a ' scoprire ' nel Codice stesso il principio del rischio professionale e la concezione d'una responsabilità oggettiva (142); sulla scia di Saleilles, anche se con diversità di strumenti, Josserand consolida la costruzione, nei medesimi anni, di una ' responsabilité du fait des choses inanimées ' (143). A Gény questa disinvoltura sulle formule legali ripugna non poco, perché si traduce — malgrado la finzione ipocrita — in una violenza operata sulla *mens legis*; a lui sembra molto più semplice la strada maestra di chi, rilevando la lacuna della legge, chiama a colmarla la riflessione scientifica: « Je dirai donc, qu'à mon sentiment, le système se présenterait comme plus facile à défendre, au point de vue d'une saine méthode, aussi bien que plus souple en ses conclusions, si l'on déclarait franchement, que le Code civil, n'ayant prévu, dans les art. 1382 et sq., que la *responsabilité des*

---

(140) Vedi il quadro fatto da JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, cit., p. 11 ss.

(141) Già nella amplissima recensione alla tesi dottorale di Paul RENCKER, *De la non-responsabilité conventionnelle*, pubblicata in *Revue bourguignonne de l'enseignement superieur*, IV (1894), p. 647 ss.; e poi nel libello su *Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie de la responsabilité délictuelle)*, Paris, Rousseau, 1897; e nella relazione su *Le risque professionnel dans le Code civil*, in *La Réforme sociale*, XXXV (1898, 1°).

(142) Emblematica, soprattutto, una pagina di: *Les accidents du travail*, cit., p. 47.

(143) Nel volume citato alla nota 138, che risale al 1897. Può essere interessante leggere la nota di E. BOUVIER, *L'évolution de l'idée de responsabilité - Deux livres récents*, in *Revue critique de législation et jurisprudence*, XLVII (1898), p. 176 ss., a proposito del volume di Josserand e di uno di E. TARBOURIECH, *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, Paris, 1896. Anche se di profilo più generale, può essere meritevole di lettura la riflessione pressoché coeva di E. LEVY, *Responsabilité et contrat*, in *Revue critique de législation et jurisprudence*, XLVIII (1899), p. 361 ss., rilevante per l'approccio metodologico al problema, per la coscienza del travaglio in corso, per la convinzione nella competenza costruttiva del giurista.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*fautes*, ces textes n'ont rien à faire en présence d'une pure *question de risques*; qu'il s'agit ici de savoir, comment répartir un dommage fortuit entre deux ou plusieurs personnes, auxquelles les circostances les imposent; et que, tant que la loi reste muette à cet égard, l'interprète a le devoir de régler la question, au mieux des exigences de la justice et de l'utilité » (144).

Anche dopo l'avventura della *Méthode* sarà questa la linea diritta del civilista di Nancy.

Eccolo, nello stesso 1899, alle prese con la robusta tesi dottorale del suo vecchio studente digionese Eugène Gaudemet in tema di cessione dei debiti (145). Egli plaude al tentativo di Gaudemet, che, constatata la insufficienza delle logore teoriche della delegazione e della ' stipulation pour autrui ' risalenti ai diritti romano e *coutumier*, è incline ad accogliere nel diritto positivo francese la costruzione della *Schuldübernahme* consacrata legislativamente nel Codice imperiale tedesco del 1896; e ribatte: « si audacieuses qu'en paraissent les conclusions, elles ne seront combattues de front que par ceux qui, imbus du fétichisme légal, n'admettent de création juridique qu'à l'abri d'un texte de loi écrite et sur la base d'une institution formellement reconnue in jure condito » (146). Ma respinge le incertezze e le limitazioni con cui il timoroso dottorando aveva accompagnato l'inserimento nell'ordinamento francese di un istituto di nuovo conio niente affatto previsto dal Codice; e il motivo è uno e fondamentale: riconoscimento sereno, obbiettivo delle lacune effettivamente esistenti nella legge, affidamento alla *libre investigation scientifique* del compito grave di colmarle (147).

Eccolo alle prese, nel 1902, con quel banco di sperimentazione che è il contratto di lavoro: di fronte a insensati sforzi architettonici, con i quali esso « devait rentrer, coûte que coûte, dans l'un des types de contrats organisés par notre loi civile », si affaccia lo sgomento di

---

(144) *Méthode*, n. 174.

(145) E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, Rousseau, 1898. Il saggio-recensione di Gény è: *Une théorie française du transport de dettes d'après un livre récent*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XLVIII (1899), p. 450 ss.

(146) *Une théorie française du transport de dettes*, cit., p. 456.

(147) *Une théorie française du transport de dettes*, cit., p. 460.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gény, fondato su un elementare buonsenso, per elaborazioni macchinose e infruttuose, « alors que rien n'empechait et que tout semblait recommander, au contraire, de lui composer une construction sui generis, réspondant, avant tout, à son but économique, d'après les nécessités sociales de la vie et les mobiles psychologiques des intéressés » (148).

Eccolo, al termine del suo *cursus honorum* accademico, per risolvere un problema arduo relativo alle ' associations déclarées et non reconnues d'utilité publique ', costruire un *droit réel d'affectation* (149) utilizzando schemi noti e praticati nella scienza del diritto amministrativo con un ardito trapianto nel seno dello scontroso diritto civile (150).

---

(148) Vedi il saggio-recensione su: *Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I (1902), p. 333 ss., a proposito di un volume di Emile Chatelain intitolato ' De la nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur. Etude critique de droit économique ' (la citazione fatta nel testo è alla pag. 337).

(149) Cfr. *Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique; étude de droit civil et fiscal*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, XXIX (1930). Sulla qualificazione della situazione giuridica come *affectation*, cfr. p. 669 ss.; si veda, a p. 677, sul contributo delle soluzioni pubblicistiche (« nous trouvons une analogie ... dans les affectations de biens, que consentent parfois l'Etat, les départements ou les Communes à d'autres personnes morales, représentant tel service public déterminé, pour la mise en oeuvre de ce service public et en conformité de son but »). Si accorse della rilevanza — anche sul piano metodologico — di questo saggio di Gény l'ingegno vivo di Georges Renard, che ne volle trattare proprio nella raccolta di studi in onore del Nostro (cfr. G. Renard, *L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé*, in *Recueil d'études sur les sources du droit*, cit., t. III). Sulla opportunità, da parte del civilista, di ampliare lo sguardo fino alla fertile, disinvolta, innovatrice giurisprudenza amministrativa c'era stata, da tempo, in Francia qualche sicura indicazione da parte di civilisti sensibili che avevano respirato a pieni polmoni il clima ossigenato dalla *Méthode*; basti citare il frequentemente menzionato J. Charmont, *Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, V (1906).

(150) Vorrei chiudere con una semplice notazione. È — questa di Gény — una linea d'azione intellettuale che continua nella scuola civilistica di Nancy. Pierre Voirin, che nella sua tesi del '22 sulla *imprévision* (P.V., *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Nancy, Vagner, 1922) cerca di trasportare nel campo del diritto civile una nozione già allignata nel diritto pubblico e che vi fa suoi schemi metodologici tipicamente gényani, adopererà questi stessi schemi per liberare il *bail à ferme* — quello che, in Italia, si chiamerebbe oggi l'affitto di fondo rustico — da una innaturale inquadratura

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

9. Gény è un universo di motivi e di dimensioni, che affiorano e si sedimentano in seno a un'opera estremamente complessa, ed è comprensibile che l'osservatore — a seconda della sua preparazione e predilezione — ne possa isolare taluno valorizzandolo maggiormente; in genere — e non a caso, proprio per la continua immersione che vi si fa dell'essere del diritto nel dover essere di una giustizia superiore — è stato il filosofo ad occuparsene, ed è la dimensione filosofico-giuridica e anche sociologico-giuridica che viene sottolineata e studiata (151).

L'angolo di osservazione da cui muovono le pagine precedenti è invece altro, ed è quello peculiare allo storico del diritto e, più specificamente, allo storico del pensiero giuridico moderno, una realtà — per dirla col lessico e con l'ideario di Gény — in cui ha gran parte non solo la *science*, ma altresì la *technique*, e che va guardata pertanto con un occhiale complesso mirante non già a scomporre e isolare, bensì a comporre e ordinare in un quadro rispettoso delle diversità di apporti nella complessità dell'insieme.

Forse, se non mi fa troppo velo la mia unilaterale convinzione, è l'angolatura obbiettivamente più congeniale al personaggio Gény, personaggio complicato dal ricco convivere in lui di consapevolezze e sensibilità assai differenti, ma essenzialmente giurista, nel fondo null'altro che un giurista insoddisfatto dei semplicismi circolanti e alla ricerca della sua vera identità; ricerca che ha senza dubbio bisogno di veicoli filosofici per camminare diritta e spedita, ma che non deflette mai dal fine prefissato di far riscoprire al giurista in quanto tale una dimensione autenticamente scientifica, ponendolo — più libero — al centro del *droit* e fuori dalla gabbia obbligata della legge scritta messagli addosso dall'assolutismo giuridico trionfante.

---

civilistica e avviare la costruzione di una figura giuridica autonoma finalmente affrancata, capace di soddisfare pienamente gli scopi economici e sociali (cfr. l'assai interessante saggio di Voirin, interessante anche per contemplare la messa in opera nel tessuto di un istituto concreto della vita privata delle cautele metodologiche gényane: *La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, XXIX (1930), soprattutto pp. 292-93 nonché le conclusioni di p. 334).

(151) È da segnalare, sotto questo profilo, il volume recentissimo di A. TANZI, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È qui che sta la grandezza storica di Gény, e stanno qui i molti e validi motivi per ripensarlo. Vi sono delle acquisizioni, che ebbero cento anni fa un efficace valore provocatorio, ma che meritano di essere rammemorate anche oggi. Soprattutto una: la coscienza della complessità del giuridico, che un sistema legislativo — anche il più affinato — non sarà mai in grado di esprimere, coscienza d'una ricchezza — sociale, prima ancora che tecnica — che rischia di essere dilapidata, se si continua a guardare al diritto con occhi malati e viziati di formalismo e legalismo. Il richiamo continuo, insistente — prolisso, se si vuole — a cogliere in una coralità di fonti l'espressione genuina del sottostante ordinamento, è una istanza a non appagarsi di forme e di dettati imperativi autoritarii e ad attingere la *sincerité* della vita giuridica. Di questa vita le fonti sono soltanto una epifania, simboli ma spesso astratti, specchi ma troppo spesso deformanti. A limitare ad esse la propria attenzione, si corre il rischio di acquisire una immagine grottesca, perfino ripugnante, facendo il più gran torto a una dimensione altamente espressiva del sociale come quella giuridica.

Recupero, dunque, recupero ostinato: di fonti, di una pluralità non fittizia di fonti; più ancora, di un diritto, che sta dietro e sotto, latente, non manifesto, non vistoso, ma non per questo mancante del crisma intrinseco della giuridicità. Gény — secondo cui il diritto è innanzi tutto norma, che non è perciò un istituzionalista *ante litteram*, che — tutto sommato — ha relativa comprensione per le conclusioni del suo amico e collega Georges Renard —, questo Gény ha saputo, per primo in un regime codificato, erigere una costruzione compiuta nella quale, rispettando una sua fondazione legislativa ma riducendola a una sorta di solo pilastro fra i molti, garantendo in tal modo la continuità con la tradizione post-rivoluzionaria e tranquillizzando parimente il misoneismo dei giuristi ufficiali, si realizzasse però anche il salvataggio del diritto quale *chose vivante*; costruzione dove potessero svolgere un ruolo protagonista legge e consuetudine, giurisprudenza e dottrina.

Non è solo un salvataggio, è una affrancazione: forze prima represse o mutilate vengono liberate per tener dietro al mutamento sociale. E l'asse dell'ordinamento si sposta: dal momento autoritativo della produzione della norma al momento *vitale*, esperienziale, della applicazione, cioè della recezione e compenetrazione della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

norma nell'organismo sociale; con il conseguente recupero della interpretazione a un livello propulsivo; e i confini tra il giuridico-formale e il giuridico-sostanziale si attenuano, mentre l'ordinamento — ora sì pluralisticamente inteso — vive una capitale palingenesi.

Qualcuno, leggendo le pagine precedenti, si sarà meravigliato che proprio uno storico del diritto abbia dato una immagine compatta di Gény invece di seguirlo passo passo nel suo lungo itinerario. Come ho motivato più sopra, Gény, la sua avventura scientifica, la sua ricerca culturale, coincidono con un libro e con un'idea-madre. Certamente, la vita come continua riflessione porta ricchezza e novità, e nessuno — tanto meno uno storico — potrebbe disconoscerlo, ma nell'esempio di Gény — che è esperienza culturale vissuta in straordinaria simbiosi con l'esperienza etica — tutto appare come sviluppo di un nodo già sciolto con la prima grossa indagine della gioventù: il filo si svolge in una straordinaria unitarietà. L'isola-Gény resta un'isola compatta nella sua perfetta insularità; che è insularità molteplice, speculativa principalmente ma che trova una corroborazione non secondaria in un linguaggio manieristico, fioritissimo, originale e originario, che stacca anche stilisticamente il civilista di Nancy dal gregge di una comunità di giuristi mal-scriventi o, comunque, sciattissimi, o, comunque, incolori.

Qui — in premessa a questo ' Quaderno ', dove non era tanto in questione la minuta ricostruzione della biografia gényana, quanto l'identificazione d'un messaggio culturale nel solco del pensiero giuridico moderno e contemporaneo — si imponeva di offrire l'unitarietà di un volto nei suoi essenziali tratti unitarii.

Mi auguro che l'odierno giurista italiano ed europeo, dopo aver sfogliato il ' Quaderno ', rilegga e rimediti Gény e, sfrondando il folto strato di sedimenti storici irrimediabilmente datato, sappia far suo un messaggio pluralistico di grosso rilievo culturale; soprattutto l'odierno civilista italiano, che si porta addosso senza lamentarsene, quasi senza accorgersene, il fardello culturalmente troppo oneroso dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile vigente (un articolo che, nella sua formulazione innovativa rispetto all'art. 3 del Codice del 1865, mi verrebbe voglia — questo sì — di qualificare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come ' fascista ' per la carica autoritaria, assolutistica (152) di cui è portatore); che fa troppo poco per utilizzare appieno il principio costituzionale della sovranità popolare e costruire un diritto privato che sia finalmente il diritto dei privati (153).

(152) Una puntualizzazione concreta — cioè offerta alla luce di un tessuto concreto di istituti della vita giuridica — di questa enunciazione teorica, che potrebbe apparir vaga e fumosa rimanendo enunciazione generale, la si può reperire in un mio recente saggio: *Assolutismo giuridico e proprietà collettive* (vedilo nella redazione definitiva in *Rivista di diritto agrario*, e riprodotto nella raccolta: *Il dominio e le cose - Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 695 ss.). Per le premesse metodologiche, cfr. anche: *Epicedio per l'assolutismo giuridico* (*dietro gli ' Atti ' di un Convegno milanese e alla ricerca di segni*), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII (1988).

(153) Per chiarir sino in fondo al lettore non-italiano quanto scrivo, il riferimento è a quell'aggiunta limitativa, vincolante, « dello Stato », che segue — nel testo dell'art. 12 — la dizione « principii generali dell'ordinamento giuridico »; aggiunta che è ignota all'art. 3 del Codice civile unitario italiano del 1865 (« ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto »), e che è altamente espressiva d'una ideologia giuridica autoritaria e statolatrica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIERRE KAYSER

# LA VIE ET L'OEUVRE DE FRANÇOIS GÉNY

1. La formation. — 2. L'élaboration de l'oeuvre. — 3. La reconnaissance de l'oeuvre.

En nous demandant de collaborer au vingtième volume des Quaderni Fiorentini, consacré à la personne et à l'oeuvre de François Gény, notre collègue Paolo Grossi, directeur de cette Revue, nous a donné un témoignage d'estime et de confiance. Ne pouvant nous compter parmi les philosophes du droit, nous avons pris le parti d'évoquer la vie et l'oeuvre de François Gény. Les biographies de juristes sont rares, parce qu'ils sont très discrets sur leur vie privée (1). Nous n'avons pas bénéficié de beaucoup de modèles, mais nous pouvons du moins nous acquitter, pour une part, de notre dette de reconnaissance envers le maître qui nous a initié au droit civil pendant les trois années de licence, et qui a ensuite dirigé notre thèse avec un dévouement et une attention ayant seulement pour égal un respect scrupuleux des opinions du candidat (2).

Il n'existe pas, à notre connaissance, de juriste français, depuis la rédaction du Code civil, dont l'oeuvre ait bénéficié d'une reconnaissance aussi large, en France et plus encore à l'étranger, que celle de François Gény. La célébration solennelle à Nancy, de son Jubilé universitaire, en 1934, a été accompagnée de la remise d'un « Recueil d'études sur les sources du droit », objet principal de ses publications, comportant trois volumes et quatre-vingt-trois articles,

(1) L'autobiographie de notre collègue et ami René David, *Les avatars d'un comparatiste*, est une heureuse exception à la règle.

(2) Nous exprimons notre vive gratitude à notre condisciple et ami Bernard Gény, fils du Doyen Gény, conseiller d'Etat honoraire, qui ne nous a pas seulement donné des informations précieuses sur la vie de son père: il nous a permis de mieux connaître sa vie personnelle et familiale, et de mieux comprendre les rapports de sa vie et de son oeuvre.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dont plus des deux-tiers sont l'oeuvre de juristes étrangers. Il a été nommé docteur honoris causa des Universités de Groningue en 1914, de Louvain en 1927, de Bruxelles et de Varsovie en 1929, de Genève en 1930, de Jassy en 1934, de Lausanne en 1935, de Bâle en 1936 et d'Athènes en 1937, et élu membre d'honneur étranger de l'Académie américaine des arts et des sciences de Boston en 1933. Le centenaire de sa naissance a été célébré en 1962, à la Faculté de droit de Nancy, par les délégués de soixante Universités françaises et étrangères et des plus hautes juridictions nationales et internationales. Six conférences y ont été prononcées sur sa personne et sur l'influence de son oeuvre, dont trois par des juristes étrangers. Près de trente années après sa mort, une grande revue juridique italienne consacrée à « L'histoire de la pensée juridique moderne », évoque dans un de ses volumes annuels sa personne et la contribution de son oeuvre à la pensée juridique contemporaine.

Toute destinée comporte une part de mystère, mais elle n'est pas l'effet du hasard. Comment expliquer cette reconnaissance générale de l'importance de l'oeuvre de François Gény? Nous allons essayer, non de donner une réponse à cette question, mais d'y apporter un peu de clarté en suivant François Gény dans sa vie et en envisageant sa formation, l'élaboration de son oeuvre et sa reconnaissance.

## 1. *La formation.*

Elle est profondément enracinée dans la terre lorraine. Elle l'est par sa naissance, le 17 décembre 1861, à Baccarat, célèbre par son cristal, où son père réside en qualité d'inspecteur des eaux et forêts. Elle l'est aussi par ses parents, tous deux lorrains. Il est le quatrième d'une famille qui aura douze enfants. C'est une éducation chrétienne que reçoit François, dont deux frères deviendront jésuites. Il entre lui-même très jeune au Collège Saint-Clément à Metz, chez les jésuites, mais la guerre de 1870 y interrompt ses études qu'il poursuit à Nancy. Bachelier en lettres à dix-sept ans, il commence en 1878 des études à la Faculté de droit de Nancy « sans aucune vocation héréditaire ni préparation spéciale, mais avec un simple curiosité laborieuse », dira-t-il dans ses Ultima Verba [3]. Cette curiosité n'a

[3] Page 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pas été seulement laborieuse, puisqu'il est licencié en 1882 et docteur en 1885 (4), avec une thèse de droit romain sur la fiducie et une autre sur la responsabilité des locataires envers le bailleur en cas d'incendie de la chose louée. Dans la première, la plus importante, il utilise déjà une bibliographie étendue, en majorité allemande. C'est avec « une émotion profondément reconnaissante » qu'il évoque, dans sa réponse à son Jubilé universitaire, le souvenir des maîtres qui l'ont formé aux disciplines juridiques, « et entre lesquels se dresse principalement la silhouette, pensive et grave, de mon dernier professeur de Droit civil, Paul Lombard, qui dans ses leçons si pleines, si fortes, si prenantes savait allier la science la plus profonde et la plus hardie, aus sens délié de la pratique... » (5).

Ainsi porté par une excellente formation, le jeune docteur est agrégé deux ans plus tard au concours de 1887, qui est encore le grand concours unique des Facultés de droit françaises (6), et il est chargé d'un cours de droit français, puis nommé professeur de droit romain en 1889 à la Faculté de droit d'Alger. Mais il n'y reste qu'un an, étant chargé en 1890 d'un cours de droit civil, et nommé en 1892 professeur de Code civil à la Faculté de droit de Dijon. Il y restera jusqu'en 1901 et cette étape bourguignonne a une grande importance dans sa vie et dans son oeuvre.

## 2. *L'élaboration de l'oeuvre.*

C'est pendant son séjour à Dijon qu'il épouse Antonie Busquet, dont le père est ingénieur. Elle sera la mère de huit enfants, et malgré les soins de leur éducation, elle veillera à assurer à son mari un climat propice au travail. Elle sera aussi une maîtresse de maison très accueillante pour ses collègues et ses étudiants.

La Faculté de droit de Dijon est le lieu de la rencontre de François Gény et de Raymond Saleilles qui, né à Beaune en 1855, a

---

(4) *Fête universitaires des 28, 29 et 30 novembre 1934*, Nancy, Imprimerie Arts graphiques, 1935, p. 3, note 1.

(5) Ouvrage précité, p. 36.

(6) L'agrégation des Facultés de droit n'a été divisée en quatre sections que par un arrêté du 23 juillet 1896. Nous remercions notre collègue Jean-Louis Mestre qui nous a donné cette précision.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

été nommé à Dijon en 1885, et y est resté jusqu'à son départ à Paris en 1895. Quand Gény est nommé à Dijon, Saleilles est déjà l'auteur de l'« Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand » (7) qui, dit Thaller, « représente une somme énorme d'érudition, acquise dans une période très courte de jeunesse, au prix de lectures multipliées et de réflexions profondes ». L'ouvrage a doté la bibliographie française du droit des obligations, poursuit Thaller, « d'un véritable monument sur la science des obligations dans les Universités allemandes, alors que la veille encore... les thèses que les professeurs d'Outre-Rhin opposaient à celles de notre Code civil nous étaient presque entièrement ignorées » (8). Saleilles est aussi l'auteur d'un article moins remarqué de la Revue internationale de l'enseignement sur « Le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit » qui, écrit Gény, contient déjà « toute la substance des idées générales de Saleilles sur le droit, sa méthode et ses sources », et ces idées, poursuit-il, « furent jadis comme une révélation, et c'est toujours à elles que je suis revenu, quand j'ai voulu rafraîchir ma pensée et éprouver mes sentiments propres au contact de ce riche et puissant esprit » (9).

Ces lignes expliquent, croyons-nous, les liens d'amitié qui se forment entre eux. Ils naissent de l'admiration de Gény pour son aîné qui apporte un renouvellement à la science et à l'art du droit, et de l'attente de Saleilles d'une contribution analogue de son collègue à ce renouvellement. Elle est favorisée par une estimation modeste de leur mérite personnel et par un détachement égal des honneurs et de l'argent.

Les témoignages de cette amitié sont nombreux et éloquents. Ils font en 1896 une visite commune à Berne, à Eugène Huber, chargé par le Gouvernement fédéral d'élaborer la législation civile du pays, qui achève l'avant-projet de Code civil suisse (10). Saleilles donne en

---

(7) Bibliographie des travaux publiés de Raymond SALEILLES, *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, 1914, p. I-III.

(8) Avant-propos de *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, p. 13.

(9) La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles, ouvrage précité, p. 13.

(10) W. YUNG, *François Gény et la jurisprudence suisse, Le centenaire du Doyen Gény*, p. 87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1899 à la première édition de Méthode d'interprétation une préface enthousiaste: « ... à suivre l'orientation nouvelle, on sent que l'on s'engage dans une voie qui va droit au but et qui va droit au progrès scientifique et social » (11). Quand, dix ans plus tard, Saleilles organise au Collège libre des sciences sociales une série de conférences sur les méthodes juridiques, il demande à Gény une leçon sur « Les procédés d'élaboration du droit civil », qui lui permet d'exposer publiquement la grande idée inspiratrice de Science et technique (12). C'est, après la mort prématurée de Saleilles, Gény qui, dans le recueil d'études consacré à « L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles, expose « La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode... » de Saleilles en le désignant le plus souvent, et comme spontanément, « mon ami ». C'est « A la mémoire illustre et chérie de Raymond Saleilles », que Gény dédie Science et technique en rendant hommage à l'ami perdu par les paroles de Dante à Virgile, dans son Inferno: « Or va, ché un sol volero è d'ambedue tu duca tu signore e tu maestro ».

« Un seul vouloir pour deux », un même dessein: renoncer à la fiction que la jurisprudence et la doctrine interprètant la loi en se fondant uniquement sur la volonté du législateur, et aussi, à la méthode dogmatique consistant à tirer d'une code, par voie de déductions, sans emprunt au contexte économique et social, les conséquences logiques qu'il est susceptible de comporter. Mais Saleilles et Gény diffèrent par leur tempérament intellectuel, Saleilles « essentiellement progressif et dynamique » (13), et, dit Thaller, composant « du premier jet et abondamment », sa pensée sortant « toute vibrant et colorée de la première improvisation » (14), et déclarant dans l'intimité: « Je jette en semence les idées que j'ai dans la tête, il en lèvera ce qui pourra » (15), Gény travaillant, dit Eugène Gaudement, « avec une rigueur dans la direction, une constante dans la recherche, une prudence dans les démarches scientifiques les

(11) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ème éd., p. XIII.
(12) *Les méthodes juridiques*, Paris, Girard et Brière, 1911, p. 173.
(13) Fr. GENY, *op. cit.* note 9, p. 5.
(14) E. THALLER, *op. cit.* note 8, p. 11.
(15) E. THALLER, *op. cit.* p. 25.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

plus hardies dont je ne crois pas qu'aucune oeuvre juridique de notre temps puisse offrir un modèle plus achevé » (16).

Il ne paraît pas arbitraire de penser que cette différence de tempérament n'a pas été étrangère à leur conception de l'*interprétation de la loi* et de la *création du droit*. Saleilles a été jusqu'à la fin de sa vie partisan de la méthode historique, qui était celle de ses maîtres, Paul Gide et Labbé, et il l'a complétée, à l'exemple de Bufnoir, son beau-père, par la méthode comparative. Dans sa Préface à Méthode d'interprétation, il oppose à la méthode dogmatique, qui « ... se contente de tirer de son propre fonds ses conséquences logiques, de façon à présenter, par voie de déductions serrées, une série de constructions abstraites qui ne viennent que de lui... » (17), une méthode « ... d'évolution historique, méthode externe et non plus interne comme la premiere, dont le propre fût de vivifier les codes... par l'afflux de tous les éléments de vie successive qui leur venaient du dehors... » (18) en les intégrant au texte légal. Il reconnaît que cette méthode comporte encore une part de fiction « ... qui consiste à faire rentrer dans la loi ce qui ne vient pas d'elle... », et que celle préconisée par l'ami dont il préface l'ouvrage permet de n'attribuer à la loi que ce qui vient d'elle, en reconnaissant, à côté d'elle, d'autres sources de règles juridiques (19). Mais il reste fidèle à la méthode historique en marquant discrètement sa préférence pour la devise « Au-delà du Code civil, mais par le Code civil », sur celle qui exprime la pensée de Gény « Par le Code civil, mais au-delà du Code civil » (20).

Saleilles est aussi resté fidèle à la méthode historique appliquée à la *création* du droit. Dans sa pensée initiale, cette création doit avoir lieu surtout par la jurisprudence (21). Mais l'étude de l'élaboration du Code civil allemand lui révèle le pouvoir d'un code

---

(16) *L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, p. 10, 11. Eugène Gaudemet peut être qualifié de discipline de Saleilles et de Gény, parce que, après avoir été l'étudiant de l'un et de l'autre, il considère, dans cet article, l'oeuvre de Gény comme un complément de celle de Saleilles.

(17) *Préface de Méthode d'interprétation*, 2ème éd., p. XVIII.

(18) *Op. cit.* p. XIX.

(19) *Op. cit.* p. XXI.

(20) *Op. cit.* p. XXV.

(21) *Revue internationale de l'enseignement*, 1890-1°, t. XIX, p. 482.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'adapter le droit d'un pays à un état social nouveau. Il fonde en 1901 sous cette inspiration la Société d'études législatives, et la célébration du centenaire du Code civil lui donne l'occasion de se prononcer en faveur de sa révision générale (22).

L'auteur de « Méthode d'interprétation » préconise, avec beaucoup de force convaincante et de rigueur dans la démonstration, une *méthode d'interprétation de la loi* différente de la méthode historique. Il pose la question en des termes qui la dépassent, et où se révèle le pressentiment de l'idée inspiratrice de « Science et technique »: « Avons-nous su interpréter, non seulement la loi, mais le droit immanent, dont la loi n'est, après tout, que la révélation imparfaite? Avons-nous compris, comme elle doit l'être, sans la rabaisser ni la surfaire, la portée de ce saillant phénomène social, la codification? » (23). Il n'en est pas ainsi pour la méthode historique parce que, consciemment et plus souvent inconsciemment, ses partisans subissent l'influence de l'idée, remontant au XVIII siècle, que la loi doit être la source unique des règles juridiques, et, dans cette conception, « il est naturel et nécessaire que l'on cherche à faire produire au texte légal bien plus que n'y a mis la volonté de ses auteurs... » (24). Mais on n'y parvient qu'en recourant à nouveau à la fiction utilisée par la méthode exégétique et par la méthode dogmatique. On ne peut éliminer cette fiction qu'en reconnaissant *plusieurs sources* de règles juridiques. La loi est la première dans l'état actuel de la codification du droit civil français, qui est aussi celui de la plupart des Etats de l'Europe. Mais

---

(22) *Le Code civil, 1804-1904. Livre du centenaire*, 1904, p. 128; *Introduction à l'étude du droit civil*, 1904, p. 122.

(23) 2ème éd., t. 1, n° 3, p. 6.

(24) *Op. cit.* t. 1, n° 98, p. 267. Un riche bourgeois d'Aix-en-Provence, Joseph Sec a fait élever pour lui en 1792, au bord d'une avenue, un monument funéraire sur lequel le passant peut encore lire aujourd'hui cette inscription:

L'an IV de la liberté
1792, le 20 février, monument dédié
à la municipalité de la
ville, observatrice de la
loi, par Joseph Sec

Sorti d'un cruel esclavage
Je n'ai d'autre maître que moi.
Mais de ma liberté je ne veux faire usage
que pour obéir à la loi
Fidèle observateur de ces lois admirables
Qu'un Dieu lieu-même a daigné nous dicter
Chaque jour à mes yeux elles sont plus aimables
Et je mourrais plutôt que de m'en écarter.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comme sa lettre, si abondante soit-elle., est loin de pouvoir répondre aux questions posées par un état économique et social différent de celui du début du XIX° siècle, elle doit être intreprétée conformément à ce qu'elle est réellement, un *acte de volonté du législateur*: « ... interpréter la loi revient simplement à chercher le contenu de la volonté legislative à l'aide de la formule qui l'exprime » (25). Il est alors manifeste que la loi ne donne aucune réponse à de très nombreuses questions: on est conduit à chercher d'autres sources de règles juridiques. C'est le cas de la coutume, qui permet de compléter et de préciser la loi, en particulier quand elle est appuyée par l'autorité ou par la tradition (26). Mais elle ne conserve, dans l'état actuel de notre organisation sociale, qu'un champ d'application très limité. Le juriste n'a plus alors d'autre ressource que de « scruter directement la nature des choses, et d'interroger lui-même les éléments sociaux dont il doit fixer la règle... en tenant les yeux fixés vers l'idéal de justice ou d'utilité sociale, qu'il faut, avant tout, satisfaire... » (27), c'est à dire en pratiquant une *libre recherche scientifique*. L'ouvrage s'achève par une conclusion, qui est un écho à son propos introductif précédemment cité, « Même sous sa forme positive, le droit nous apparaît comme un ensemble de règles, issues de la nature des choses, et devant être dégagées, au moyen d'une interprétation, plus ou moins libre, des éléments sociaux qu'il a pour objet d'ordonner en vue du bien commun. Directement inspirée par la justice et l'utilité générale, son essence le place donc fort au-dessus des sources formelles... » (28).

Quelques années après la publication de « Méthode d'interprétation », en 1901, François Gény et nommé professeur de droit civil à la Faculté de droit de Nancy. Ce retour à ses sources correspond à ses désirs, mais il est accompagné de cruelles épreuves. Son frère jésuite, professeur à l'Université grégorienne, est assassiné dans une rue de Rome par un aliéné. Un autre frère, ingénieur, proche collaborateur des Schneider, est victime d'un accident mortel en inspectant un chantier naval. La mort le frappe plus près encore avec la perte d'une fille, et au plus profond de lui-même, avec celle

(25) *Op. cit.* t. 1, n° 98, p. 265.
(26) *Op. cit.* t. 2, n° 183, p. 222.
(27) *Op. cit.* t. 2, n° 183, p. 223.
(28) *Op. cit.* t. 2, n° 183, p. 221.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'un fils, élève de l'Ecole normale supérieure, promis au plus bel avenir, tombé sur un des premiers champs de bataille de la guerre de 1914. Sa vie en est irrémédiablement assombrie.

Est-il cependant paradoxal de penser que ces épreuves, loin d'accabler François Gény, ont contribué à lui donner la force de poursuivre son oeuvre? Il la prolonge en expérimentant sa méthode d'interprétation sur un sujet sur lequel il existe peu de textes légaux et réglementaires, et qui a acquis une grande importance par le développement des communications écrites. Il publie en 1911 un ouvrage en deux volumes « Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français » avec, en sous-titre, « Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation ». La consultation de cet ouvrage est encore aujourd'hui indispensable, malgré les nombreux textes et l'abondante jurisprudence survenus depuis sa publication, pour une étude sérieuse sur ce sujet.

François Gény a pris conscience, avec « Méthode d'interprétation... » que cette méthode, capable de déterminer les sources du droit, ne peut donner une réponse à la question essentielle, c'est-à-dire, qu'est-ce que *le droit*, quelle est sa nature propre dans l'ensemble des sciences, et en particulier des sciences sociales? C'est à donner une réponse à cette question qu'il consacre désormais tous ses efforts, dans l'élan qui, au début de ce siécle conduit scientifiques et philosophes à un regard critique sur leurs disciplines et leurs méthodes (29). Tel est l'objet, on le sait, de son ouvrage fondamental, « Science et Technique en droit privé positif », « Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique », dont la publication des quatre volumes s'échelonne de 1913 à 1924 (30). Nous en donnerons une analyse incomplète, mais aussi fidèle que nous le pourrons, parce que la réalité d'un juriste, comme celle d'un écrivain « est à chercher dans ses livres » (31).

---

(29) Gény en fait un relevé dans l'Introduction à *Science et Technique*, n° 2, p. 3 et il utilise dans l'ouvrage ce qui, dans cette recherche, lui paraît fondé et adaptable à la méthode juridique.

(30) Le premier volume a été l'objet d'un second tirage en 1922, le deuxième en 1927.

(31) « La réalité d'un écrivain est à chercher dans ses livres », a écrit Marguerite

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

François Gény aborde cet ouvrage avec une extrême modestie à l'égard de son oeuvre publiée et un scrupule d'intellectuel à l'égard de cette oeuvre, en évoquant, dans l'Introduction, son « ... remords profond d'une sorte de lâcheté intellectuelle... pour le trou béant de l'oeuvre entière » quand il a vu « de trop confiants disciples utiliser, parfois sans hésitation ni mesure, les lambeaux de vérité... » qu'il avait détachés (32).

Le premier volume est une vaste introduction aux trois autres. Après avoir défini le droit tel qu'il apparaît à l'observateur, comme un « ... règlement imposé, sous une sanction sociale coercitive, à la conduite des hommes vivant en société... » afin de faire régner la justice dans cette société (33), François Gény en recherche la nature en se fondant sur la philosophie traditionnelle et en empruntant à la « philosophie nouvelle » le secours de l'intuition (34). A partir de cette double démarche, le droit lui apparaît comme étant à la fois oeuvre de *connaissance* et oeuvre *d'action*. Le juriste doit connaître le *donné* social afin de déterminer les règles appropriées à la conduite des hommes en société. Le droit est donc d'abord l'objet d'une élaboration *scientifique* qui a pour matière le donné social, et il a ensuite pour objet une élaboration *technique*, une construction, sur la base de ce donné (35). Ainsi se trouve ouvert le triptyque dont le premier volet est consacré à l'élaboration scientifique du droit positif, le second à son élaboration technique, le troisième à leur rapports.

Le volume consacré à l'*élaboration scientifique*, terminé en juillet 1914, est seulement publié à la fin de 1915, en raison, dit François Gény dans la Préface, de « circonstances profondément troublées et mêlées d'amères douleurs... » (36), allusion à la perte de son fils. Cette élaboration consiste pour lui dans « l'irréductible droit naturel », dont la justice est l'élément essentiel (37). Pour le démontrer, il expose les thèses principales de la pensée contemporaine sur les

---

Yourcenar: citation de Jean-Denis Bredin dans son discours de réception à l'Académie française.

(32) Tome I, p. 11.
(33) N° 13, p. 43 et n° 16, p. 51.
(34) N° 24, p. 73; n° 26, p. 80; n° 28.
(35) N° 33 et 34.
(36) Tome II, p. VII.
(37) Tome II, Sous-titre et p. VI et VIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

données du droit positif, qu'il ne considère pas comme satisfaisantes, mais dont il retient les éléments pouvant contribuer à l'élaboration de ce droit (38). Il est ainsi amené à donner son adhésion à la *conception classique du droit naturel*, c'est-à-dire « ... celle d'un droit ayant sa base dans la nature des choses... et susceptible d'être dégagé par la raison... » (39), dont la meilleure présentation contemporaine lui paraît avoir été faite par le Père Cathrein, à partir de la notion d'Aristotele de la *justice*. Elle est pour ce dernier, on le sait, la vertu qui incline à *attribuer à chacun le sien*, et elle est commutative, dans les rapports entre eux des membres d'une société, légale en déterminant ce qu'ils doivent à la société, distributive en fixant la part que chacun d'eux peut en exiger. Elle est l'objet du droit, qui détermine donc ce qui revient à chacun, et qui est lui-même commutatif, légal et distributif. Il existe ainsi un droit *naturel*, valable pour tous les temps et pour tous les pays, parce que révélé par la raison (40). La doctrine du droit naturel affirme l'existence de « ... règles suggérées par la raison interprétant la nature, et qui ont pour objet exclusif d'assurer, dans les rapports respectifs des hommes, l'attribution à chacun du sien... » (41).

Tout en adhérant à la conception du droit naturel du Père Cathrein, François Gény n'accepte pas plusieurs des applications qu'il en fait parce qu'elles lui paraissent sans rapport véritable avec les principes de ce droit (42). Il s'efforce d'en déterminer le contenu avec plus de rigueur en recourant au « ... *donné* total du droit positif, dégagé (autant que possible) de tout artifice, et s'imposant de lui-même à l'homme... » (43) c'est-à-dire, d'abord, les « données *réelles*, conditions de fait, où se trouve placée l'humanité » (44),

(38) Après avoir envisagé, dans un Chapitre second, les systèmes qui peuvent être sommairement écartés, il expose dans les Chapitres troisième à septième, L'école sociologique, La conception sociologique élargie chez M. Hauriou, Le système néo-hégélien de J. Kohler, Le système critique (idéaliste et formel) de R. Stammler, Le système critique (réaliste et positif) de L. Duguit.

(39) N° 134.

(40) N° 141, 144, 146.

(41) N° 149, p. 324.

(42) N° 158, p. 349.

(43) N° 161.

(44) N° 167.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ensuite le donné *historique*, c'est-à-dire la réglementation issue des données naturelles (45), enfin un donné *rationnel* (46). C'est ce dernier qui est le plus important, parce que c'est la raison qui permet de dégager, de la nature de l'homme et de son environnement, les règles de sa conduite en société. Il faut compléter le donné rationnel par un donné *idéal*, c'est-à-dire l'aspiration de l'homme au progrès du droit positif (47).

Le contenu de la justice, déterminé par Aristote, peut être ainsi enrichi par des « convenances » impérieuses. Le principe de l'attribution à chacun de ce qui lui revient conduit à la reconnaissance de l'émitente dignité de la personne humaine, et suggère des « règles destinées à lui permettre de s'épanouir et de se développer librement... » (48), en d'autres termes, des droits de l'homme.

Mais, si grand soit l'effort pour déterminer le contenu du droit naturel et de la notion de justice, il ne peut conduire qu'à des directions générales du droit positif. L'élaboration scientifique de ce droit doit donc être complétée par une élaboration technique qui en fixe les règles (49).

C'est en 1921, six années après le volume consacré à l'élaboration scientifique du droit positif, que François Gény publie celui ayant pour objet l'*élaboration technique* de ce droit. Elle lui offre, déclare-t-il dans une note préliminaire, « ... un champ d'application, preque entièrement neuf... », réserve faite de quelques développements de Jhering dans son Esprit du droit romain (50). L'élaboration technique est « ... tout ce qui fait le métier propre du juriste..., ce qui donne à son activité les formes et les moyens répondant au but spécifique qu'elle poursuit: *la réalisation effective de la justice entre les hommes* » (51). Elle a pour matière le *donné*, qui résulte de l'élaboration scientifique, et elle *construit* sur ce donné (52).

Les procédés utilisés par le juriste pour parvenir à cette fin sont

---

(45) N° 168.
(46) N° 169 et 171.
(47) N° 170.
(48) N° 172.
(49) N° 177.
(50) Tome III, p. VIII.
(51) *Op. cit.* n° 181, p. 12.
(52) N° 182, p. 16 et 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nombreux et divers, mais il en est un qui retient d'abord l'attention, parce qu'il tend à simplifier sa tâche: c'est la *réduction des élémens substantiels du droit*, sur laquelle Jhering avait déjà attiré l'attention (53). Elle consiste dans la tendance générale du droit positif à transformer les qualités en quantités, dont la fixation de la majorité à un âge déterminé est un des très nombreux exemples (54).

Ce mode mis à part, les procédés dont se sert le juriste peuvent être classés en *matériels* ou *plastiques*, d'autres en *intellectuels*, parce qu'ils utilisent une construction de l'esprit (55). Les premiers ont perdu de l'importance alors que les seconds se sont développés.

Les *procédés matériels* sont en effet prépondérants dans les droits primitifs, et ils avaient encore beaucoup d'importance dans le droit romain évolué, mais ont-ils conservé une place dans le droit privé contemporain? On ne peut en douter pour les *formes*, qu'il s'agisse des actes juridiques, cependant régis par le principe du consensualisme, et même des faits juridiques (56) et sans distinction entre les formes solennelles, probatoires, de publicité, habilitantes, de procédure, ou fiscales (57).

Quant aux *catégories*, très importantes dans le droit romain puisqu'il n'a reconnu qu'un certain nombre de conventions et n'a consacré que des délits déterminés, alors que notre droit admet le principe de la liberté contractuelle et celui que toute faute oblige son auteur à réparer le préjudice qu'elle a causé, elles n'ont cependant pas complètement disparu, ainsi qu'en témoigne la validité des donations déguisées et des legs avec charge (58).

Mais les *procédés intellectuels* l'emportent. C'est le cas de la *construction juridique*, « ... essentiellement réalisée au moyen de la représentation par concepts, et dont les résultats se traduisent en

---

(53) N° 196, p. 53.

(54) N° 197, p. 59.

(55) N° 262, p. 496-497.

(56) N° 202, p. 95.

(57) N° 205, p. 107. Notre regretté collègue Jacques Flour a montré par de nombreux exemples que le législateur, en France, a une tendance à augmenter le formalisme, et que la jurisprudence tend, à l'inverse, à en limiter les conséquences: *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Le droit privé français au milieu du XX° siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, t. I, p. 93.

(58) N° 215 et 216.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hypothèses ou théories, pour tendre à la systématisation complète du droit » (59). Il en est ainsi de la notion de sujet de droit, naturellement limitée aux personnes physiques et étendue par construction juridique à des groupements de personnes et à des oeuvres, des notions de droit réel et de droit de créance, de celle de droits de la personnalité. « L'imagination créatrice élabore des constructions, d'où la logique déduira des conséquences, susceptibles d'influer sur la vie pratique... » (60).

Certains procédés intellectuels ont encore un caractère plus artificiel et exercent cependant, en raison de leur fréquence, une grande influence sur l'élaboration technique du droit positif (61). C'est le cas des *présomptions de droit*, consistant, pour le législateur, en présence de faits dont la preuve est difficile ou impossible, à tenir ces faits pour établis par la preuve d'autres faits qui les accompagnent généralement, les indices, et à alléger ainsi la charge de la preuve à celui à qui elle incombe (62). Si elles comportent en principe la preuve contraire, la partie à qui elles sont opposées pouvant établir qu'il n'existe pas de lien, dans l'espèce, entre l'indice retenu par le législateur et le fait à prouver, il n'en est pas ainsi dans les présomptions irréfragables, qui sont l'équivalent de règles juridiques (63).

C'est cependant dans les *fictions* que la part de l'artifice est portée au plus haut degré, parce qu'elles prennent le « rebours du vrai » pour parvenir à une fin qui paraît conforme à la justice (64). Elles impliquent un « concept naturel », auquel elles substituent un « concept plus ou moins arbitrairement forgé » pour aboutir à un résultat désirable (65). Elles sont encore d'un emploi fréquent aujourd'hui, parce qu'elles sont un remède à la difficulté, pour l'esprit humain, de créer des concepts nouveaux adaptés à un objectif souhaitable (66). Mais elles peuvent conduire, par un abus de la logique, à des fins dépassant la fin légitime qu'elles poursuivent. Il

(59) N° 218.
(60) N° 221, p. 205.
(61) N° 228.
(62) N° 232, p. 280-281.
(63) N° 232, p. 282-283.
(64) N° 240.
(65) N° 241.
(66) N° 240, p. 365, n° 245, p. 398.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

faut donc s'efforcer, dans la mesure du possible, de substituer aux fictions le concept adapté au but qu'elles tendent à réaliser (67).

Il faut ajouter aux procédés de la technique juridique le *langage*, qui ne peut être assimilé aux procédés matériels, ni même aux procédés intellectuels, et qui est indispensable à la mise en oeuvre du droit (68). Puisant dans la langue commune, il est cependant une langue propre au droit, parce qu'il en précise les termes et parfois les dénature (69). Son emploi tend à une formule aussi expressive et exacte que possible des préceptes, des décisions de justice, des actes juridiques et des doctrines juridiques. Il a une importance particulière dans l'oeuvre doctrinale dont la valeur dépend pour une grande part de la qualité du langage (70).

Tous les procédés de la technique juridique sont utilisés par les différentes sources des règles juridiques, loi, coutume et ses succédanés: autorité, tradition, jurisprudence ou doctrine (71). On ne doit pas en effet réserver à la loi le pouvoir d'user de ces procédés (72). Les sources des règles juridiques sont d'ailleurs elles-mêmes des procédés de la technique juridique (73).

Le « construit » apparaît ainsi comme d'une grande richesse qui contraste avec l'indigence du « donné » (74). Mais cette observation est loin d'épuiser leurs *rapports* qu'il importe de préciser.

C'est l'objet du quatrième volume, paru en 1924, précédé d'une longue Préface où l'auteur s'efforce de réfuter les critiques suscitées par la parti e publiée de son oeuvre. Elles lui reprochent surtout de « sacrifier la science à la technique, la justice à son schéma » (75). Il répond qu'il considère la supériorité de la technique dans l'élaboration du droit positif, comme étant seulement quantitative, la base

---

(67) N° 246, p. 411.
(68) N° 254 et 255, p. 455.
(69) N° 256, p. 460.
(70) N° 260, p. 490.
(71) N° 262, p. 495.
(72) V. pour les formes, n° 205, p. 119; pour les présomptions de droit, n° 235; pour les fictions juridiques, n° 248.
(73) N° 199.
(74) N° 268, p. 520.
(75) Tome IV, p. XIV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la construction, le donné, c'est-à-dire la justice, supportant l'édifice tout entier.

C'est surtout le dernier chapitre, consacré au *conflit* du droit naturel et de la loi, qui retient l'attention. La loi doit en principe l'emporter, parce que l'ordre dans la société est une exigence de la justice, et qu'il ne peut être assuré que par la règle émanée de l'autorité acceptée du législateur (76). Mais cette suprématie implique que l'exercice du pouvoir législatif comporte des garanties de sa légitimité (77). C'est le cas de la conformité de la loi à une Constitution comportant la reconnaissance des droits individuels de l'homme et le contrôle de cette conformité (78). Bien que l'exception judiciaire d'inconstitutionnalité de la loi ne soit pas admise par les jurisprudences administrative et judiciaire, elle paraît à l'auteur « ... justifiée par la mission propre de l'autorité judiciaire au regard des autres pouvoirs » (79). Il est ainsi conduit à envisager l'ultime recours possible contre une loi contraire au droit naturel, la *résistance à l'oppression* (80). Il en admet le principe parce que la loi a « ... comme raison d'être essentielle la conservation et le maintien des droits individuels de l'homme... » et que si « ... elle les heurte de parti pris contrairement à la justice, elle justifie une réaction de ces droits méconnus... » (81). Mais il subordonne l'application du principe à la condition que la résistance soit justifiée par le maintien des droits individuels, qu'elle soit exercée par ceux mêmes dont les droits sont violés, que la loi soit entachée « ... d'une injustice grave, évidente, irréparable », et que la résistance consiste seulement dans une défense à l'oppression. On doit cependant, en présence d'une loi tyrannique, faisant peser une menace insupportable sur la collectivité, admettre la légitimité de *l'insurrection* contre les pouvoirs établis.

Critique à l'égard de ses opinions quand elles ne lui paraissent pas entièrement fondées, ainsi qu'en témoigne l'Introduction à

(76) N° 289, p. 74 et 76.
(77) N° 290.
(78) N° 292.
(79) N° 293, p. 101.
(80) N° 296.
(81) N° 297, p. 120.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Science et technique, François Gény les défend avec beaucoup de fermeté contre les négateurs du droit naturel. Il ajoute à l'ouvrage, qui a plus de treize cents pages, une ét ude pour affermir « Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit », en particulier sa théorie générale du droit, exposée dans la deuxième édition du tome I de son Traité de droit constitutionnel (82). Cette étude est suivie d'une autre sur « La nécessité du droit naturel (nouvel examen critique du "positivisme juridique") », où il répond à la critique de Georges Ripert du tome II de Science et technique, et où il réfute sous sa « forme extrêmement séduisante où nous le présente G. Ripert, le positivisme juridique, devenu plus souple et plus nuancé, dans une contexture très solidement forgée... » (83).

L'effort immense accompli par François Gény de 1913 à 1924 pour élaborer « Science et technique » n'épuise pas sa force de travail. Il donne en 1919 une deuxième édition de « Méthode d'interprétation », en deux volumes, à laquelle il ajoute quatre études sur « Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899 » — date de la première édition de « Méthode » —, « Une passade de jurisprudence: le "phénomène Magnaud" » — le titre en indique le caractère critique —, « Les pouvoirs du juge d'après le Code civil suisse du 10 décembre 1907 » — confirmation et complément de sa conception des sources du droit —, « Le mouvement du "Freies Recht" (libre droit) dans les pays austro-allemands » — constat de l'échec relatif de ce mouvement doctrinal (84).

Il précise sa pensée sur le droit naturel, en 1933, en démontrant que les principes de ce droit s'imposent indépendamment de toute religion et valent par conséquent même pour des peuples non chrétiens (85). Il précise aussi sa pensée sur les rapports du droit naturel et du droit positif, en 1937, dans sa contribution aux Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant, en envisageant les

---

(82) Tome IV, p. 159-213.

(83) *Op. cit.* p. 213-265, réponse à G. RIPERT, *Droit naturel et positivisme juridique*, *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, Nouvelle série, n° 1, 1918.

(84) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, 2ème éd., 1919, t. 2, p. 235-410.

(85) *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1933.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rapports de la justice et de la force qui parfait le droit en lui assurant une sanction (86).

C'est en appliquant la méthode, esquissée dans « Méthode d'interprétation », élucidée dans « Science et tecnique », que, depuis le début du siècle, il publie des articles et des notes de jurisprudence sur les questions posées aux privatistes que ne résoud pas un Code civil centenaire: en particulier, la portée de l'interdiction des pactes sur successoin future à l'égard de clauses utiles à la pratique notariale (87), les apports immobiliers aux associations déclarées non reconnues d'utilité publique (88), les pouvoirs de l'Etat à l'égard de la monnaie (89), les rapports du droit privé et du droit fiscal (90).

En même temps qu'il élabore son oeuvre, François Gény enseigne le droit civil onze années à la Faculté de Dijon, trente-deux à celle de Nancy. Il n'est déjà pas possible, à cette époque, d'enseigner tout le droit civil dans le cours, conforme au règlement, de trois heures par semaine. François Gény fait un cours d'une heure et quart pendant les trois années de licence et parvient ainsi à exposer l'intégralité du programme. Son cours est inspiré, pour une part, par le « Cours de droit civil français » d'Aubry et Rau, dont il admire « qu'à côté de la perfection classique, de l'unité égale et rassise de l'oeuvre, se manifeste... un sens de la réalisation... » (91). Il emprunte aussi au Traité de Planiol, mais ces emprunts sont incorporés dans sa pensée et dans son style personnels. Il ne fait pour ainsi dire jamais référence à « Méthode d'interprétation » ni à « Science et technique », et il use d'un langage différent de celui de ces oeuvres,

---

(86) *Justice et force (pour l'intégration de la force dans le droit)*, p. 241.

(87) *Clause de réserve de l'usufruit successoral du conjoint survivant à l'encontre du retour du bien donné au donateur:* note aux Pandectes françaises, 1903.1.497 sous Cass. Ch. réunies, 2 juillet 1903; clause dite de fonds de commerce permettant au conjoint survivant de continuer l'exploitation du fonds de commerce ou d'industrie appartenant à son conjoint prédécédé: *Semaine juridique*, 1928, 2, 33.

(88) *Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique, Etude de droit civil et fiscal*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1930, p. 653.

(89) *Quelques observations sur le rôle et les pouvoirs de l'Etat en matière de monnaie et de papier monnaie, (Etude de droit public et de moral sociale),* dans *Mélanges Maurice Hauriou*, p. 387.

(90) *Le particularisme du droit fiscal*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1931, p. 797.

(91) *Science et technique*, nº 266, p. 510.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

simple, direct, aussi, près que possible de la langue parlée. Le recours à l'histoire et au droit comparé lui permet souvent de dépasser l'état présent d'une institution et de faire entrevoir son évolution. Il consacre dans son cours de première année des développements importants aux droits de la personnalité, encore peu étudiés par la doctrine française, et déjà développés par la doctrine allemande qui lui est familière. Il critique le caractère restrictif de la recherche en justice de la filiation naturelle et la rigueur du Code civil à l'égard des enfants adultérins et incestueux. Dans son cours de deuxième année, il préfère l'exécution en nature des obligations à leur transformation en dommages-intérêts. Il déploie en troisième année une virtuosité de grand civiliste pour traiter l'intégralité du droit des libéralités, des successions et des régimes matrimoniaux. Il n'est donc pas suprenant qu'à l'issue des dix années où il a enseigné le cours de troisième année à la Faculté de Nancy, ses étudiants ont été sept fois lauréats du concours général de droit civil ouvert aux étudiants de toutes les Facultés françaises, et ont obtenu trois premiers prix, trois premières mentions, six autres mentions.

Mais la Faculté de droit de Nancy, proche des lignes allemandes, a dû fermer ses portes en 1914. Elle les ouvre à nouveau à l'automne de 1919 dans des conditions difficiles puisqu'il faut redonner vie à une institution en sommeil depuis cinq années. Cette mission est confiée à François Gény par ses collègues qui l'élisent doyen en 1919, et l'investissent d'un nouveau décanat en 1922.

Son oeuvre était déjà connue hors de France avant la guerre, puisqu'il a été nommé docteur honoris causa de l'Université de Groningue en 1914, mais elle est maintenant reconnue et admirée non seulement en France, mais, peut-on dire sans exagération, dans le monde entier.

### 3. *La reconnaissance de l'oeuvre.*

Admis en 1931 à « faire valoir ses droits à la retraite », François Gény garde un lien avec ses collègues et avec les étudiants en enseignant la propriété industrielle. Mais le moment est venu de reconnaître la valeur de son oeuvre. C'est en qualité d'éminent comparatiste que Edouard Lambert, interprète de ses collègues, prend l'initiative d'offrir à François Gény un recueil d'études sur

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'objet principal de ses recherches, les sources du droit largement entendues, c'est-à-dire la nature, l'essence du droit, objet de « Science et technique » et les sources formelles du droit positif, objet de « Méthode d'interprétation » (92). Ce projet est approuvé par Henri Capitant et Louis Josserand, représentants élus des enseignants des Facultés de droit auprès du Ministère de l'Instruction publique, et Lucien Michon, élu, après François Gény, doyen de la Faculté de droit de Nancy. Sa réalisation est relativement longue parce que l'abondance des contributions en une autre langue que le français conduit à faire suivre leur publication dans leur langue de leur traduction en français (93). Mais Edouard Lambert réussit en trois ans l'entreprise difficile d'un « Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény », en trois volumes, comportant quatre-vingt-trois contributions, le premier celles relatives à l'essence du droit, les deuxième et troisième, celles consacrées aux sources formelles du droit positif (94).

Plus de la moitié des contributions sont l'oeuvre de juristes de pays autres que la France. Leurs auteurs n'appartiennent pas seulement aux pays de droit européen romano-germanique: allemand, autrichien, italien, hongrois, polonais, roumain, tchécoslovaque, yougoslave, turc. Ils sont aussi ressortissants de pays de common law, Angleterre et Etats-Unis. Ils relèvent également d'un pays dont le droit a emprunté à la fois à celui des pays de civil law et à celui des pays de common law, le Japon. Mario Rotondi a été en Italie un très actif instigateur des contributions, et il en a été de même aux Etats-Unis de John H. Wigmore, et au Japon, de Naojiro Sugiyama (95).

Le Recueil est remis à son dédicataire à la Séance solennelle de rentrée des Facultés de Nancy de 1934, qui associe à la célébration du Jubilé universitaire de François Gény la remise des insignes de docteur honoris causa à Alfred de Chlapowski, Ambassadeur de Pologne en France et à Alfredo Rocco, Ministre d'Etat et Recteur de

---

(92) V. sur le double sens de l'expression « sources du droit », Seiitiro Ono, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. I, p. 1.

(93) *Préface* au Recueil d'E. Lambert, t. I, p. XXVIII.

(94) Une réimpression du Recueil a été donnée en 1977 par Topos Verlag A.G., Vaduz, et la Librairie Edouard Duchemin, Paris.

(95) V. la *Préface* précitée, p. XXII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'Université de Rome. Après le discours du Recteur Bruntz, le Doyen Senn, successeur du Doyen Michon, exprime à son « grand Aîné et cher Collègue » « le respect de tous » et la « profonde affection » debeaucoup. Henry Capitant dit à François Gény, dans l'éloquente et généreuse allocution qu'il prononce au nom de ses collègues: « Aucun parmi nous ne peut se flatter de laisser une oeuvre d'une telle richesse, d'une si grande variété, d'une aussi haute valeur scientifique ». Edouard Lambert présente le « Recueil d'études » et en remet les trois volumes à son dédicataire. François Gény répond: « ... Rien ne pouvait me toucher davantage. Et je me sens pénétré d'une reconnaissance émue, autant que d'une fierté que je ne saurais dissimuler, quand je relève, parmi ces compagnons de travail, tant de célèbres jurisconsultes étrangers et français de l'heure présente. Que tous soient remerciés du plus profond de mon coeur, et qu'ils soient assurés de la joie intense que j'éprouve à me savoir si bien compris et si judicieusement suivi ». Il évoque le grand dessein du début de sa carrière: « Je me suis trouvé compris dans une génération de jurisconsultes qui a senti la nécessité de rompre les lisières d'un formalisme légal, où se trouvait menacé le sens profond de la justice et d'aiguiller le Droit dans une voie plus large, plus libre, plus féconde ». Il associe à cette entreprise son « cher maître et ami, trop tôt disparu et toujours regretté, Raymond Saleilles », et résume en quelques mots la fin qu'il a poursuivie dans toute son oeuvre: « ... ranimer la conception, traditionnelle et française, du Droit, qui place au premier rang l'idéal de justice; et lui subordonne les moyens de le réaliser » (96).

Dans son toast au banquet qui suit la cérémonie, le Doyen Duquesne, parlant au nom des délégués présents des Universités françaises, dit, entre autres propos: « Comment ne pas admirer... le souci scrupuleux avec lequel notre cher Jubilaire a toujours accueilli sans prévention les opinions d'autrui, le soin méticuleux avec lequel il s'est sans cesse efforcé de dégager la part de vérité qu'il reconnaissait dans les thèses adverses, la loyauté et l'exquise courtoisie de ses discussions et la fermeté nuancée de ses conclusions » (97).

---

(96) *Fêtes universitaires des 28, 29 et 30 novembre 1934*, Nancy, Imprimerie Arts Graphiques, 1935, p. 18, 20, 28, 34.

(97) *Op. cit.*, p. 61.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

François Gény remercie très simplement et décline la paternité de l'article Ier du Code civil suisse, qui lui a été attribuée pour une part, en déclarant que lors de sa visite, avec Saleilles, Eugène Huber leur a fait part des idées qui « contenaient en germe, sinon la formule, du moins la substance... » de l'article Ier (98).

Il est heureux qu'après son immense labeur François Gény reçoive ce témoignage de l'admiration et de la reconnaissance de ses collègues car, peu après, sa vue baisse. Il a encore la satisfaction de savoir qu'un jeune juriste yougoslave, Miodrag Toutsakovitch, soutient en 1938 devant la Faculté de droit de Paris, sous la présidence de Georges Ripert, une thèse jugée très favorablement par le jury et couronnée par un prix: « Elaboration scientifique du droit positif dans la conception de François Gény », dont l'auteur, dit-il « pousse beaucoup plus loin que je ne l'ai fait la pénératrion philosophique de l'essence du droit positif » (99). Il publie en 1947 un article prémonitoire où il soutient, contrairement à l'opinion générale, que les droits fondamentaux déterminés reconnus par le Préambule de la Constitution de 1946 s'imposent à tous les pouvoirs publics, et au législateur lui-même, sous la sanction de l'autorité judiciaire (100). Il publie à nouveau, en 1949, un article aux termes duquel la reconnaissance, en termes généraux, du droit syndical par le Préambule de la Constitution de 1946, permet à beaucoup de groupements sans but lucratif de bénéficier de la loi relative aux syndicats professionnels, et d'avoir un statut plus favorable que celui de l'association déclarée de la loi du 1er juillet 1901 (101).

Mais, à partir de cette date, sa vue ne lui permet plus de publications juridiques. La cécité va-t-elle contraindre au silence la

---

(98) *Op. cit.* p. 64. La déclaration de François Gény n'a pas mis le dernier point a cette question: notre collègue Walter Yung, professeur à la Faculté de droit de Genève, a déclaré, dans la conférence sur François Gény et la jurisprudence en Suisse, qu'il a prononcée lors de la célébration du centenaire de François Gény: « Il est... possible (mais nous devons encore suspendre notre jugement) que l'ouvrage de Gény ait contribué... à inspirer la rédaction de l'article Ier: à tout le moins a-t-il certainement renforcé les convinctions du rédacteur », *Le centenaire du Doyen François Gény*, Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Dalloz, 1963, p. 87-88.

(99) François Geny, *Ultima verba*, 1951, Pichon et Durand-Auzias, Paris.

(100) *Semaine juridique*, 1947, I, 613.

(101) *Semaine juridique*, 1949, I, 782.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vigueur intellectuelle et la puissance de travail de celui qui, au cours de sa carrière, a si souvent engagé un dialogue avec Duguit à Bordeaux, et avec Hauriou à Toulouse? Il ne peut s'y résoudre, et il publie en 1951, à quatre-vingt-neuf ans, ses Ultima verba, qui sont à la fois son testament intellectuel et son testament spirituel.

Dans le premier, il s'efforce, « ... d'ouvrir la voie à de nouveaux progrès dans le développement du droit positif qui a été le but principal de mes efforts intellectuels » (102). Il tourne son regard vers le chemin parcouru depuis son premier contact avec le droit, le pressentiment d'une réforme à préparer, « Méthode d'interprétation », « Science et technique », les premières applications de ses idées, jusqu'à ses dernières publications. Il titre de ce long parcours la conclusion que « ... un système d'interprétation sainement compris peut conduire à des résultats assurant à la vie sociale des solutions qui répondent aux besoins et aux aspirations de la plus large humanité » (103).

C'est sans doute son testament spirituel qui paraît a François Gény le plus important. Attaché, suivant sa méthode habituelle, à relever les réalités sociales, il prend acte de l'indifférence religieuse de beaucoup d'intellectuels et il se demande comment la combattre. Elle a son origine dans un rationalisme qui conduit les intellectuels à n'admettre d'autre mode de connaissance que la raison. C'est donc par l'usage de la raison qu'il faut s'efforcer de vaincre leur indifférence. Il conduit à reconnaître, audelà des règnes minéral, végétal, animal et humain, « la nécessité d'un règne surhumain qui domine tous les autres par sa puissance souveraine et sans lequel on ne s'expliquerait ni la création de notre monde, ni l'ordonnance admirable de l'Univers... » (104). Mais la raison, qui nous amène à reconnaître l'existence de ce règne surhumain ou divin, ne nous permet pas de le connaître, et il en est de même de la science, malgré ses progrès, parce qu'il ne relève pas de l'exprérience. La raison nous conduit, du moins, à « ... admettre que la Puissance supérieure qui le domine nous a ménagé des moyens extra-scientifiques d'en connaître ce qui est essentiel pour répondre aux aspirations les plus

(102) *Ultima verba*, p. 11.
(103) *Op. cit.* p. 32.
(104) *Op. cit.* p. 48.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intimes de notre être et nous conduire au terme suprême de notre destinée ». Ces moyens consistent en des révélations, celle d'un Dieu unique pour le judaïsme, qui a été « ... admirablement complétée par le Christianisme... » (105).

François Gény met ainsi un point final à son oeuvre par un acte de foi. Il est mort à Nancy, le 16 décembre 1959, la veille de son quatre-vingt-dix-neuviéme anniversaire.

Nous pouvons, au terme de cette évocation sommaire de sa vie et de son oeuvre, répondre d'une manière plus complète à notre interrogation initiale: comment expliquer la reconnaissance générale de la valeur de son oeuvre et l'importance de son apport à la science et à l'art du droit. Elles s'expliquent, croyons-nous, par un grand dessein formé au début de sa carrière avec Raymond Saleilles, poursuivi ensuite d'une manière indépendente dans un labeur inlassable, malgré de cruelles épreuves, dans la foi à une destinée supraterrestre.

(105) *Op. cit.* p. 52-53.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CHRISTIAN ATIAS

# L'ESSAI D'EPISTEMOLOGIE JURIDIQUE DE FRANÇOIS GÉNY: UN CHAPITRE OUBLIE DE « SCIENCE ET TECHNIQUE »

1. Le positivisme dans l'essai d'épistémologie juridique. — 2. Un autre essai d'épistémologie juridique. — 3. Le savoir juridique. — 4. Explication d'un échec?

Lorsqu'en 1914, François Gény publie son deuxième grand livre — *Science et Technique en Droit Privé Positif. Nouvelle Contribution à la critique de la méthode juridique* (1) —, il poursuit de multiples objectifs.

En premier lieu, il se préoccupe d'améliorer ce qu'il appelle « la méthode juridique ». Comme dans « *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* », il lutte contre les excès de l'exégèse finissante; il s'efforce de libérer les juristes français des contraintes d'une interprétation littérale dont ils ne maîtrisent plus les procédés les plus imaginatifs. En second lieu, Gény s'efforce d'élaborer une théorie du droit. Ses espoirs dans ce domaine sont immenses. Il veut d'abord transmettre aux juristes le bénéfice d'un siècle de philosophie, et en particulier de la dernière décennie de philosophie des sciences; *Science et technique* est un ouvrage délibérément post-Kantien. L'auteur veut aussi que la théorie juridique française du 20ème siècle demeure l'héritière d'une tradition qui remonte à Saint Thomas. Les sources de la réflexion de Gény se trouvent sans doute chez des contemporains comme Bergson ou Claude Bernard. Mais elles sont surtout à rechercher dans Blondel par exemple, Cathrein ou encore le Révérend Père Gény.

La première partie de *Science et Technique en droit privé positif*

(1) Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

s'intitule « position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution ». Le chapitre sur lequel elle s'ouvre rappelle le mouvement qu'a connu le droit français depuis la fin de 19ème siècle (2). Le deuxième chapitre reprend brièvement « la notion du droit positif d'après les faits ». Il est suivi d'un chapitre consacré à une présentation rationnelle du droit positif. Ce premier volume de *Science et technique* se termine sur un chapitre cinquième qui dresse un premier tableau de « la méthodologie générale du droit positif ».

Le Chapitre quatrième est intitulé: « Du rôle des éléments intellectuels en toute élaboration de droit positif (essai d'épistémologie juridique) » (3). C'est ce chapitre qui paraît avoir été largement oublié par les lecteurs de François Gény. A partir des années 20, l'habitude se prendra et se répandra en France de citer systématiquement *Science et technique*. Aucun juriste français ne concevrait de publier un livre ou un article à vocation théorique sans faire référence à l'oeuvre majeure du doyen de la Faculté de Droit de Nancy. Toutes les introductions, bien des conclusions se fondent sur la distinction qui paraîtra bientôt inévitable de la science et de la technique juridiques. Sans se livrer à une recherche statistique précise, il est possible d'affirmer que ces innombrables citations laissent toujours de côté le chapitre quatrième de la première partie.

Dans cette mesure, l'essai d'épistémologie juridique de François Gény est un échec. Pour expliquer l'ignorance dont il sera victime, il serait tentant d'invoquer seulement la nouveauté de la démarche. En 1914, le terme « épistémologie » est encore inconnu de ceux qui n'ont pas suivi les dernières publications en philosophie des sciences. Il est pourtant difficile d'admettre que les juristes français aient pu être rebutés seulement par la nouveauté d'un mot.

En 1959, Stoyanovitch publiait dans les *Archives de philosophie du droit* un article critiquant vigoureusement les propositions théoriques de l'essai d'épistémologie juridique. Il aura fallu 45 ans pour que quelqu'un paraisse s'apercevoir de l'existence, dans l'ouvrage le plus connu de la théorie juridique française, d'un chapitre consacré à la philosophie de la science juridique. Cette critique sera-t-elle la seconde chance de l'essai d'épistémologie juridique? Une réponse

(2) « Ce qui est acquis, ce qui reste à faire ».

(3) Ce chapitre occupe les paragraphes 35 à 56 et les pp. 101 à 164.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

négative s'impose. L'épistémologie juridique française devra attendre *L'introduction critique au droit* du Professeur Michel Miaille, publiée en 1967, pour être reconnue comme tel.

La question se pose donc de savoir pourquoi l'essai d'épistémologie juridique n'a pas connu au début du siècle le succès qui, notamment, aurait donné à la théorie juridique française plusieurs décennies d'avance sur celle des autres pays à grande tradition juridique. C'est dans le contenu de ce chapitre quatrième qu'il faut tenter de trouver quelques éléments de réponse.

Ce texte se caractérise sans doute par la place qu'y tient le positivisme juridique. Pourtant, cette inspiration-là demeure assez superficielle. Dans sa recherche de la vérité, François Gény revient sur la distinction du droit et de la science du droit. Derrière le positivisme, c'est un autre essai d'épistémologie juridique qui se profile: la réalité du savoir juridique s'y découvre. L'explication de l'apparent échec de Gény épistémologue du droit serait-elle là?

## 1. *Le positivisme dans l'essai d'épistémologie juridique.*

La première caractéristique de l'essai d'épistémologie juridique est manifestement l'hommage rendu à la raison. « Si le droit tend à déterminer l'action, il suppose et appelle la pensée, de telle sorte qu'il nous apparaît, *prima facie*, sous la forme d'une idée rationnelle » (4).

L'objectif poursuivi par François Gény relève — et c'est une seconde caractéristique — d'une ambition volontariste. L'amélioration de la méthode juridique n'est pas recherchée pour elle-même. *Science et technique* n'est pas et ne veut pas être le travail désintéressé du philosophie ou de l'esthète. S'il faut permettre à « l'esprit..., dans son activité propre, ... de prendre du domaine juridique une possession assez pleine », c'est afin de lui permettre de « diriger efficacement la conduite humaine » (5).

---

(4) P. 110.

(5) N° 40, p. 114. L'objectif est bien de « pénétrer... le réel », mais c'est pour le « diriger »: p. 138. Gény attire pourtant à plusieurs reprises l'attention de son lecteur sur les dangers qui menacent « l'esprit juridique » lorsqu'il se croit supérieur à la vie: p. 138. Voir également pp. 119, 164.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

De la même inspiration, relève l'importance toute particulière attachée dans le droit à la règle (6). Pour Gény, le jugement au sens procédural du terme, le cas et sa solution n'ont qu'un intérêt limité. « La règle de droit (est le) but dernier de toute l'organisation » juridique (7). La règle n'est pas seulement la forme d'expression du droit la plus satisfaisante; elle est le droit lui-même. Et elle l'est parce que c'est sous cette forme que les « autorités extérieures » le livrent aux juristes; mieux, c'est toujours une chance pour le juriste que de trouver ainsi « des règles toutes formulées » (8). Il y a donc une supériorité essentielle du droit étatique dans sa présentation la plus éminente, celle qu'en donne le législateur. A titre peut-être anecdotique, il faut encore remarquer que, pour Gény, « les réalités de la vie sociale ne deviennent "réalités juridiques", que grâce aux concepts et aux constructions d'esprit indispensables pour leur donner l'estampille nécessaire » (9); il y a bien du positivisme dans cette façon de supposer d'une part que la réalité peut se laisser cloisonner pour devenir en partie, en partie seulement, juridique et d'autre part, que cette transmutation se reconnaît à une estampille formelle. De plus, la règle remplit une inégalable fonction pédagogique. S'il faut des règles, c'est parce qu'elles s'enseignent plus facilement que les solutions; c'est parce que les règles sont plus convaincantes pour l'ensemble de la population. « Le droit positif, ayant pour objet propre de tracer aux hommes, dans une certaine sphère, des règles de conduite aussi précises que sûres, ne peut se développer et atteindre son plein effet, qu'à la condition de se conformer aux exigences générales de l'esprit, qui, éclairant la volonté, saura seule la décider à se conformer à la règle prescrite » (10).

Le positivisme juridique de François Gény n'affecte pas seulement sa conception générale du droit. Par delà son enthousiasme pour la théorie des sources du droit, ses conceptions plus précises et plus techniques appartiennent à la même idéologie. Sa définition de

---

(6) Pp. 114, 123, 151: « La certitude et la précision des règles apparaissent comme une garantie nécessaire de la sécurité des intérêts ».

(7) P. 114. Voir aussi p. 116.

(8) N° 53, p. 156.

(9) N° 35, p. 103.

(10) N° 43, p. 123.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'intérêt comme fondement des droits individuels est à cet égard significative. Les « premiers éléments des décisions » sont « des désirs, des croyances, des volitions, ou d'autres réalités psychologiques se consolidant en besoins ou en intérêts, qui entrent en lutte, pour en obtenir la prééminence » (11).

Gény suppose donc d'abord que le juriste peut envisager l'individu comme isolé. Il suppose ensuite que ses intérêts ont principalement une origine psychologique, qu'ils existent par conséquent avant de se rencontrer et de s'affronter. Descartes n'aurait pas renié cette construction *a priori* de l'élément simple, élémentaire à partir duquel le raisonnement peut s'élaborer sans risque d'erreur.

Après s'être doté d'un tel instrument de réflexion — d'autant plus docile qu'il a été créé et défini pour les besoins de la cause —, le juriste est en quelque sorte maître de la difficulté qu'il a à résoudre. Prenant l'exemple de la succession *ab intestat*, Gény décrit son juriste comme une sorte de chef d'orchestre: il « choisira... établira une hiérarchie... décidera... » (12).

Le même positivisme donne à l'épistémologue du droit une confiance totale dans les définitions, dans leur efficacité, dans la maîtrise qu'elle confère aux juristes sur le mots comme sur leur portée (13).

Ce rationnalisme positiviste va si loin qu'il conduit à « réécrire l'histoire » des notions juridiques. Même celles qui viennent directement du sentiment populaire et des convictions traditionnelles communes sont présentées comme nées d'un effort délibéré de réflexion synthétique. Par exemple, l'idée selon laquelle les héritiers représentent la personne du défunt et, mieux, la continuent est décrite comme particulièrement « artificielle ». Et dans l'esprit de Gény, l'artifice (14) ne peut venir que de l'abstraction juridique. Il ne suppose pas un instant que les juristes aient pu se contenter de traduire en termes techniques une impression et une intuition communes.

Le positivisme de François Gény se traduit enfin par le souci de

(11) N° 41, p. 115.
(12) P. 116.
(13) P. 116.
(14) Pp. 118-119, 139, 146.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rechercher à tous prix des règles épistémologiques et de s'y soumettre. Une sorte d'évolutionnisme élémentaire anime l'ensemble des pages consacrées à l'essai d'épistémologie juridique. Pour Gény, la réflexion part toujours d'une réalité brute, directement donnée, non interprétée. L'évolution intellectuelle conduirait nécessairement à un enrichissement qui se traduirait par une distance accrue établie entre la réalité et la pensée. « Si l'entendement humain, suivant ce qui paraît être la loi naturelle de son développement progressif, s'élève, par échelon, et avec une indépendance toujours plus hardie, par dessus les réalités concrètes, — en même temps qu'il réduit et unifie la connaissance, il la rend moins sûre de son objet, à tel point qu'arrivé au sommet de son ascension idéale, il tend à réaliser les abstractions, à s'en faire des idoles qu'il adore pour elles-mêmes, et après les avoir vidées de tout leur contenu positif » (15). Ce serait une erreur de ne voir dans ce passage qu'une évocation, qu'une description. L'épistémologue du droit a voulu se doter d'une véritable règle, d'une loi au sens où la science elle-même en connaît. Il s'y laissera même emprisonné; son analyse du droit successoral est entièrement conçue pour respecter cette loi. Elle n'avait même pas à la confirmer.

## 2. *Un autre essai d'épistémologie juridique.*

Derrière l'objectif quasi-utilitaire de l'amélioration de la méthode juridique, se profile une réflexion véritablement fondamentale. « C'est une sorte de théorie de la connaissance appliquée aux choses du droit, ou, plutôt même, si l'expression ne semble pas trop ambitieuse, une façon d'épistémologie juridique, qu'il s'agirait d'esquisser à cette place, dans ses traits les plus généraux » (16).

Cette épistémologie n'est ni entièrement originale, ni totalement inféodée à l'épistémologie générale. François Gény est convaincu de la spécificité du droit et de « sa procédure intellectuelle d'investigation, qui s'adapte, comme de soi, à la matière qu'elle met en oeuvre » (17). Ce n'est pourtant pas une raison pour supposer que les

(15) N° 45, pp. 131-132. Voir également n° 38, p. 110. Cette présentation est très directement inspirée de Th. Ribot, *L'évolution des idées générales*, Paris, 1897.

(16) N° 35, p. 103.

(17) N° 37, p. 108.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

moyens appliqués à la connaissance du droit sont nécessairement étrangers à ceux qu'emploient les mathématiciens, les physiciens, les biologistes ou les historiens. Au résultat, la position de François Gény est prudente et nuancée; respectueux des travaux des autres et de leurs enseignements, il refuse de les transposer sans précautions hors de leurs domaines d'origine. « Si l'épistémologie des sciences mathématiques et physiques sert de modèle (aux théoriciens du droit) pour diriger leur travail, ils se garderont d'en conclure, *a priori*, une analogie décisive entre les conclusions de l'une et de l'autre critiques » (18).

Ce sens de la mesure dans la transposition de l'épistémologie scientifique au droit repose sur une classification implicite des diverses sciences. Gény met à part les disciplines morales et sociales; pour établir leur spécificité, il rappelle qu'elles échappent « d'elles-mêmes, à toute perception sensible, (qu'elles sont) par suite accessibles à la seule intelligence, sous le contrôle incertain du sentiment » (19).

Pour tenter de retrouver « la marche générale de l'esprit dans l'investigation juridique », Gény raisonne, non plus sur la règle, mais sur « un problème de droit quelconque ». Sa démarche est donc aussi proche que possible de celle qui est suivie quotidiennement par tous les juristes. Il est vrai qu'envisageant, pour les besoins de l'exposé, le cas de la succession après décès, il oubliera son hypothèse de départ et raisonnera sur des catégories, sur des idées abstraites et non plus sur des questions. Pourtant, l'intuition première demeure que le travail du juriste aux prises avec une difficulté concrète, avec un litige, peut être étudié.

D'autres en même temps que Gény, voire avant lui, y avaient déjà songé. Demogue notamment avait élaboré une intéressante description des « notions fondamentales du droit privé ». La particularité de l'oeuvre de Gény consiste dans la recherche de tendances durables; il croit à l'existence d'une pente naturelle de l'esprit juridique.

Deux écueils l'attendent ici. Il ne saura pas les éviter. Le premier est d'avoir voulu tout ramener à une seule tendance, à une seule pente. L'essai d'épistémologie juridique présente une sorte de « ta-

(18) N° 38, p. 109.
(19) N° 42, pp. 120-121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bleau des progrès de l'esprit humain » travaillant sur le droit, mais ce tableau ne décrit qu'un phénomène d'abstraction sans cesse accrue. A n'en pas douter, la théorie de la connaissance juridique aurait beaucoup gagné à ne pas s'engager dans cette ornière; les tendances auxquelles elle obéit sont évidemment multiples, superposées, contradictoires.

Le deuxième écueil ne pouvait qu'aggraver le premier. Comme il arrive souvent aux épistémologues, François Gény s'est laissé prendre au mirage de la pathologie. Il est toujours plus facile de dépeindre un excès que d'expliciter la pratique la plus quotidienne. Ainsi, l'essai d'épistémologie juridique suppose-t-il que toute réflexion juridique s'achève nécessairement de la même manière. Au « dernier stade de l'élaboration intellectuelle du droit positif, se marquant dans la construction abstraite, le raisonnement logique reste seul metteur en oeuvre des conceptions, qu'il organise en vue de théorie. Les réalités ont disparu, les idées tendent à se figer en mots, les jugements passent en formules. Le système du droit s'érige en un vaste schéma aux compartiments nombreux, rigides, séparés par des cloisons étanches. L'esprit juridique a vaincu la matière sociale et la soumet, impérieusement, capricieusement même, à ses exigences » (20).

### 3. *Le savoir juridique.*

A aucun moment, Gény n'oubliera ses convictions fondamentales. Il revient sans cesse à sa référence primordiale, la nature humaine. C'est elle dont les exigences commandent le contenu du droit (21). C'est elle encore qui gouverne la formation du droit à travers la définition de ses concepts et le déroulement de ses raisonnements (22).

Très logiquement, la philosophie du droit naturel consacrée par Gény se fonde sur un profond réalisme. Le réalisme, c'est d'abord la croyance en la possibilité « d'une véritable prise de possession de la réalité et comme une appréhension par l'esprit des objets exté-

(20) N° 40, p. 114.
(21) N° 39, p. 113.
(22) N° 40, p. 113; n° 42, p. 120.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rieurs...; tous ceux, qui collaborent à interpréter les réalités du monde, acceptent, en fait, la pensée, aussi simple que profonde, d'Aristote: celui qui connaît, connaît quelque chose » (23). La réalité ne se contente donc pas d'être là; elle nous résiste; elle nous répond. C'est pourquoi, la valeur de la connaissance peut être appréciée de même que celle du mot. Il « éclaire l'esprit et dirige sûrement l'action, tant qu'il reste le signe d'une réalité sous-jacente, seule capable de le vivifier » (24).

Il faut aller plus loin. Le kantisme de Gény ne tarde pas à s'effriter, à s'effacer derrière son réalisme fondamental. L'essence des choses est l'objet de la connaissance; et cet objet n'est pas inaccessible (25). Le nominalisme est d'ailleurs expressément condamné pour sa stérilité (26).

Le réalisme, c'est encore la conscience très vive des limites de la connaissance humaine, des risques d'erreur, d'égarements, de perversion (27).

Le réalisme, c'est enfin la reconnaissance de l'existence du savoir juridique. Sans doute, l'expérience sociale consignée dans les règles et solution de droit n'est-elle qu'indirectement évoquée par Gény. La raison en est simple. Son essai d'épistémologie juridique n'est pas autonome. Il n'est qu'une pièce d'une démonstration d'ensemble. Il est donc mis au service du plaidoyer pour la distinction de la science et de la technique juridiques. Là est le point de départ; là est le point d'aboutissement du travail de Gény. Ce qui importe pourtant, c'est que sa réflexion le ramène inéluctablement à l'essentiel c'est-à-dire à la vérité, à la réalité et à la nature humaine.

Sur ce chemin, il ne pouvait que rencontrer ce qu'il appelle lui-même « le savoir potentiel des juristes » (28). Parce qu'il était juriste et parce qu'il était excellent juriste, Gény ne pouvait que se montrer particulièrement sensible à la complexité, à la richesse du langage juridique. Ce savoir potentiel qu'il véhicule lui est commu-

---

(23) N° 44, pp. 127-128.
(24) N° 46, p. 134.
(25) N° 43, p. 123; n° 44, p. 127; n° 44, p. 129.
(26) N° 44, p. 127.
(27) N° 44, p. 128. Voir aussi n° 45, p. 132 et 48 p. 141.
(28) N° 50, p. 149 et n° 51, p. 151.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

niqué par sa participation aux concepts (29). C'est une autre façon de dire que les mots dont se sert quotidiennement le juriste se nourrissent de chacune de leurs applications, en retiennent toujours quelqu'enseignement qui influencera nécessairement l'application suivante. Le savoir juridique est sédimentaire et les multiples sens qu'il tient en réserve sous chaque mot sont toujours disponibles pour la recherche du juste.

C'est pourquoi il est si difficile d'y accéder vraiment. L'apprenti juriste ne peut se contenter d'apprendre des mots et des définitions. Il lui faut s'imprégner d'une culture; il doit acquérir une méthode qui ne peut être limitée à l'application de règles générales, ni moins encore à la mise en oeuvre de recettes abstraites (30). Ce qui manque au mauvais juriste, ce peut être des connaissances; c'est plus souvent une sensibilité, une intuition, le sens du juste et peut-être la faculté de s'indigner, une « attache intime avec la vie » (31). Quel positiviste accepterait d'écrire que pour découvrir la limite que l'abstraction ne doit pas franchir, il suffit de « quelque bonne volonté et (d') un certain doigté résultant de l'usage » (32).

Le dernier apport de l'essai d'épistémologie juridique est relatif à l'efficacité du savoir juridique. La proposition passera probablement inaperçue au début du siècle; il fallait tout de même une grande prescience à un juriste français de l'époque pour se demander déjà « si l'usage des opérations pures de l'esprit ne peut constituer une force indépendante, susceptible de modifier la réalité même, en vue des besoins pratiques de la vie » (33). Qu'il se veuille réaliste ou non, l'épistémologue qui viendra après François Gény aura bien des difficultés à redécouvrir cette vérité essentielle: que le savoir puise dans la réalité, s'y informe, mais la forme en même temps.

---

(29) N° 51, p. 151.
(30) N° 48, p. 144.
(31) N° 48, p. 142.
(32) N° 48, p. 142.
(33) N° 46, p. 135.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

## 4. *Explication d'un échec?*

Il est donc incontestable que l'essai d'épistémologie juridique présenté par François Gény avec cinquante ans d'avance n'était pas d'une parfaite cohérence. Au côté de Kant et de Durkheim, s'y retrouvaient Blondel, Duhem, Saint Thomas, Gabriel Marcel et Henri Poincaré. C'était beaucoup! Et il se trouvera des théoriciens pour reprocher à Gény son éclectisme.

L'ignorance de son oeuvre s'explique-t-elle par là? La réponse est évidemment négative. Cette richesse un peu désordonnée aurait pu susciter la critique ou inciter à l'approfondissement; elle ne pouvait rebuter systématiquement des lecteurs habitués au style de Gény et qui le citaient par ailleurs volontiers.

L'explication est probablement plus triste. Sous l'apparente prudence des propositions, transparaît en permanence le profond courage de François Gény. Dans la France du début du 20ème siècle, c'était prendre un risque que de publier, même discrètement, même par le seul choix des références citées en bas de page, ses convictions traditionnalistes et, plus spécialement, catholiques. Citer Pierre Duhem, le proscrit de Bordeaux, condamné à une sorte d'exil académique en raison de ses prises de position, c'était prendre un parti dangereux.

Il ne faut pas s'étonner que les lecteurs du Doyen Gény aient préféré se souvenir des apparences sociologistes de son oeuvre plutôt que de ses fondements réalistes. L'insuccès de l'essai d'épistémologie juridique de 1914 pourrait bien s'expliquer par une intolérance anti-religieuse et anti-traditionnelle qu'il est aujourd'hui difficile d'évoquer; trop de bons esprits sont convaincus que seules les religions officiellement reconnues comme telles peuvent être intolérantes.

Dans l'histoire de la pensée juridique, il n'y a probablement pas d'épisode plus poignant que celui de ce vieil homme, aveugle, contraint de dicter un testament intellectuel — « *Ultima verba* » — pour tenter d'enrayer un mouvement incoercible. En 1958, François Gény reprendra une dernière fois la parole; il croyait peut-être encore qu'il lui serait possible de ne pas rester l'homme de la distinction de la science et de la technique juridiques. Il espérait

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sans doute que son oeuvre pourrait au moins ne pas être mise au service des ennemis de cet idéal pour lequel il avait toujours combattu.

Sa tristesse est facile à comprendre: en se lisant chez les auteurs qui le citaient en 1950, il lui semblait sans cesse s'être trahi lui-même.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BRUNO OPPETIT

# FRANÇOIS GÉNY ET LE DROIT NATUREL

Au coeur d'un oeuvre qui, par son importance, son ambition — en dépit de la modestie de son auteur —, ses buts élevés, a fait date dans l'histoire de la pensée juridique au tournant de ce siècle, revient, comme une lancinante interrogation, la question de la place du *droit naturel* dans la genèse du droit, ses sources, son interprétation, son fondement: elle a poursuivi le Doyen Gény tout au long de son immense labeur, d'abord dans le livre de jeunesse qui devait lui assurer la célébrité (1), puis dans son ouvrage majeur de la maturité (2), et enfin au terme de sa carrière universitaire (3), voire même au crépuscule de sa très longue vie (4). Le fait même qu'il ait situé le droit naturel au centre d'une réflexion méthodologique axée sur le droit positif, comme en témoignent d'ailleurs les intitulés mêmes de plusieurs de ses volumes qui associent deux notions dont on souligne généralement à l'envie l'antagonisme profond (5), révèle

---

(1) *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif. Essai critique*, avec une préface de R. Saleilles (2 vol., 1ère éd. 1899, 2ème éd. 1919).

(2) *Science et technique en droit privé positif (Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique)* (4 vol., 1914-1924).

(3) *La laïcité du droit naturel*, in *Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1933 (n. 3-4), p. 7 et s. *Adde: La notion de Droit en France. Son état présent. Son avenir. Essai de ralliement autour d'un programme homogène d'études de philosophie du Droit*, in *Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique* 1931 (n. 1-2), p. 9 et s., spéc. p. 19 et s. (l'auteur reprend à propos du droit naturel les idées déjà exposées dans ses grands ouvrages).

(4) *Evolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française*, in *Le Droit privé français au milieu du XXème siècle. Etudes offertes à G. Ripert* (Paris, L.G.D.J., 1950), T. I, p. 3 et s. *Adde: Ultima verba* (Paris, L.G.D.J., 1951), p. 24 et s.

(5) *Science et technique*: Vol. II, *Elaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, Vol. IV, *Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif (Le conflit du droit naturel et de la loi positive)*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le sens général et l'originalité d'une recherche orientée vers le dépassement de ce clivage traditionnel.

Cet effort, par la tension constante qu'il imprime à l'oeuvre, n'a pas toujours été bien compris des contemporains, car il échappe à la revendication par telle ou telle école de pensée et prête à l'accusation d'*éclectisme*. Aussi conviendra-t-il, dans un premier temps, de rechercher et d'expliquer la filiation intellectuelle d'une telle démarche (I), puis d'en analyser le contenu et les propositions (II) et enfin d'en apprécier la postérité (III).

## I

1) Le XIXème siècle, marqué de tant de bouleversements de toutes sortes dans l'ordre politique, économique, technologique, social, international, n'a pas non plus connu une grande continuité dans le domaine des idées: il a été traversé de courants (on pourrait même parler d'*engouements*) des plus opposés suivis de réactions souvent violentes et désordonnées, au point d'inspirer à un pamphlétaire une ironie mordante sur ces « philosophes sans philosophie », sur « cette course éperdue et vaine après une philosophie de la connaissance, c'est-à-dire une métaphysique », sur « cette oscillation continuelle entre un spiritualisme purement verbal et un naturalisme déductif, expérimental ou de laboratoire » (6). De fait, peu d'époques auront vécu, à l'échelle somme toute limitée d'une centaine d'années, autant de retournements des esprits que le XIXème siècle (7): « à une extraordinaire floraison de doctrines amples et constructives qui prétendent révéler le secret de la nature et de l'histoire et faire connaître à l'homme la loi de sa destinée individuelle et sociale », souvent exprimées en forme d'annonce prophétique, qui caractérise la première moitié du siècle, devait succéder, après 1850, un renouveau d'esprit critique et d'analyse, débouchant sur l'économisme, le scientisme, l'évolutionnisme et la foi aveugle dans le progrès; enfin, vers 1890, s'affirment une renaissance du

(6) L. DAUDET, *Le stupide XIXème siècle* (Paris, Nelle Lib. Nationale, 1922), p. 11, 12, 20, 151.

(7) V. la fresque brossée par E. BREHIER, *Histoire de la philosophie* (Paris, Lib. Alcan, 1932), T. II, fasc. 3, p. 573-579 et fasc. 4, p. 1023-1025.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vitalisme contre l'esprit scientiste, un renouveau des réalités spirituelles que la période antérieure considérait comme illusoires ou inaccessibles, mais, cela, dans un climat d'inquiétude très éloigné du prophétisme du début du siècle.

La pensée juridique du XIXème siècle reflète assez largement de tels mouvements d'idées. La foi absolue en l'Etat secrétée par la pensée de Hegel, de même que la croyance au salut de l'humanité par le progrès de la science et de l'économie, ont correspondu au « constructivisme » législatif et à l'esprit né de la codification: il en est résulté un positivisme légaliste et un formalisme rigide qui ont stérilisé la philosophie du droit pendant une bonne partie du siècle (8). Mais le matérialisme de l'époque ainsi que le conformisme et le prosaïsme des modes de vie et de pensée qu'il nourrissait, en même temps qu'ils suscitaient par réaction un retour aux valeurs spirituelles et aux forces de l'instinct, déterminèrent chez les juristes un besoin d'aller au-delà du droit positif et de la pure logique juridique.

C'est dans ce contexte favorable à l'idéalisme que s'est opérée vers la fin du XIXème siècle une véritable « *renaissance du droit naturel* » (9). Pris dans son ensemble, ce mouvement attestait la permanence du besoin de droit naturel à travers les siècles et l'impossibilité pour l'esprit humain, sous peine de sombrer dans le nihilisme ou le totalitarisme, de réduire le droit tout entier au droit *conventionnel* (= positif), c'est-à-dire à un droit déterminé exclusivement par des organes étatiques ou assimilés; il manifestait également un rejet de la thèse historiciste, selon laquelle le droit naturel est impossible parce que la philosophie elle-même est impossible, celle-ci supposant un horizon absolu ou naturel par opposition aux horizons historiques et changeants comme celui de la caverne de Platon (10). Mais, lorsqu'on l'analyse de plus près, on éprouve plus de difficultés à l'envisager par rapport aux diverses écoles du droit

(8) W. FRIEDMANN, *Legal Theory* (London, Stevens and Sons, 5ème éd., 1967; trad. franç. de la 4ème éd., Paris, L.G.D.J., 1965), p. 102-103.

(9) C'est sous ce titre que ce phénomène a été décrit par l'ouvrage bien connu de Charmont (Paris, 1910).

(10) L. STRAUSS, *Natural Right and History* (Chicago, The University of Chicago Press, 1953; trad. franç. par M. Nathan et E. de Dampierre, Paris, Plon, 1969), p. 50 et s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

naturel; on sait, en effet, qu'à la philosophie « *classique* » du droit naturel s'opposent les conceptions dites « *modernes* » (11); au sens classique, tel que l'énonce le système philosophique d'Aristote et de saint Thomas d'Aquin, ce droit est dit naturel en ce qu'il n'est pas l'effet d'un projet volontaire des hommes, en ce qu'il naît spontanément, en ce qu'il est multiforme, en ce qu'il n'est pas écrit, en ce qu'il se borne à fournir une méthode pour la genèse du droit qu'il appartient aux juristes de mettre en forme de sentences ou de règles écrites; au sens des modernes, l'ordre juridique tire sa source non d'une nature dépourvue de sens, mais de l'*esprit*: dès lors, le droit devient oeuvre de la volonté du législateur (tout ordre juridique, pour Hobbes, est un produit *artificiel*), mais, en dépit de la suprématie du droit positif, le droit naturel conserve une place à titre de complément ou de correctif du précédent: toutefois, il va devenir lui aussi un ensemble *a priori* de « lois », de principes immuables et universels édictés par Dieu (selon les représentants de la Scolastique espagnole, Grotius, etc.) ou par la raison (la raison pratique kantienne, source d'impératifs moraux) (12). Or ce regain de faveur du droit naturel auprès de la doctrine de la fin du XIXème siècle semble difficilement réductible à l'une de ces écoles: si l'on excepte un néo-thomisme toujours sous-jacent dans la conception chrétienne du droit jusqu'à l'heure présente (13), la plupart des auteurs, sans pour autant se réclamer d'une vision aristotélicienne du droit (car ils restent assez largement positivistes), rejettent toutefois le fixisme des idéaux absolus des scolastiques et des rationalistes au nom de la

---

(11) V. M. Villey, *Abrégé de droit naturel classique*, in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* (Paris, Dalloz, 1962, p. 109 et s.); *adde*, du même auteur: *Le droit naturel*, in *Revue de synthèse*, IIIème série, n. 118-119 (1985), p. 175 et s.

(12) C'est à la fois ce dualisme droit positif/droit naturel et cette version sécularisée de la conception moderne du droit naturel qui résultaient du fameux article 1er du projet de Code civil français (supprimé dans le texte définitif): « Il existe un droit naturel et immuable, source de toutes lois positives; il n'est que la raison naturelle et tant qu'elle gouverne tous les hommes ».

(13) On se réfèrera tout particulièrement à un discours prononcé par le pape Jean-Paul II recevant les congressistes de l'Union internationale des juristes catholiques (*Gazette du Palais* 22-23 février 1991): « ... le droit naturel est la vérité du droit... Plutôt que d'exercer un contrôle sur le droit positif, le droit naturel tend à s'exprimer concrètement en lui et à le vérifier »...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relativité des valeurs du monde moderne, excluant une reconnaissance et une validité universelles; c'est dans cette perspective, à la fois post-positiviste et néo-naturaliste, que s'inscrivent, bien sûr, le célèbre « droit naturel à contenu variable » (*ein Naturrecht mit Wechselndem Inhalte*) de Stammler, mais aussi les diverses théories qui conçoivent le droit naturel comme un idéal évolutionniste et comme une force directrice dans le développement du droit positif: parmi elles figure évidemment au premier plan l'oeuvre de Gény (14).

2) L'oeuvre de Gény a donc tout à la fois accompagné et accentué l'évolution des esprits en un siècle qui vit ce grand juriste accomplir ses années d'apprentissage, puis mûrir sa réflexion et publier ses premiers grands travaux. Elle n'est pas atypique et tient parfaitement sa place dans l'évolution de la « pensée juridique française », si tant est que ce concept présente une unité et une spécificité suffisantes pour décrire les différents courants qui ont traversé la littérature juridique en France au cours de cette période, ainsi qu'on l'a soutenu (15); si l'on en croit cet historien, la formation de la pensée juridique française est partie, à l'origine, d'un constat: la nécessité absolue du Droit comme mode de réalisation de l'harmonie sociale; de cette affirmation de l'indissolubilité de la vie sociale et du Droit et de l'adhésion au dogme de l'existence forcée du Droit, elle est passé à l'étude de ses manifestations et s'est portée dès lors sur la technique juridique: c'est dans ce contexte que s'est épanouie l'Ecole de l'Exégèse; enfin, franchissant un degré de plus, la pensée juridique française aurait atteint le stade de la science du droit pour s'attacher à l'énoncé du problème du Droit et à sa solution: ce n'est qu'à l'orée du XXème siècle que la doctrine aurait commencé à s'interroger sur la valeur des règles de droit et la nature du Droit, sur les parts respectives de l'élément expérimental et de

(14) L'oeuvre de G. Del Vecchio, (*Lezioni di filosofia del diritto*, trad. franç. J. d'Aynac, Paris, Dalloz, 1953, spéc. p. 435 et s.) procède d'une démarche très comparable: l'éminent auteur croit à la « naturalité du droit positif », en ce qu'il estime que la tendance de l'histoire va dans le sens de la réalisation progressive du droit naturel, car ce dernier serait le principe d'évolution qui guide l'humanité et, avec elle, le droit.

(15) J. Bonnecase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels* (Bordeaux, Ed. Delmas, 1933), T. I, n. 19 et s., p. 65 et s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'élément rationnel qui sont à la base du Droit, et c'est évidemment dans cette dernière phase que prendrait place l'oeuvre de Gény.

Ce tableau de la doctrine juridique française au XIXème siècle en donne une représentation assez exacte, mais il appelle cependant quelques retouches:

— il est tout à fait fondé de caractériser la doctrine française par sa focalisation sur la *technique* juridique: c'est une de ses tendances majeures et, aujourd'hui encore, elle en constitue à la fois le point fort et la limite. En effet, la force des juristes français réside très généralement dans leur capacité d'analyse et de systématisation du droit positif et dans leur aptitude à maîtriser et à développer, par toutes les ressources qu'offrent l'interprétation et le raisonnement juridiques, les implications d'un texte, d'une règle, d'une décision, d'une notion ou d'une institution; mais, en revanche, cette approche exclusivement technique du phénomène juridique, faute d'intégrer dans l'analyse ses dimensions historique, comparative ou philosophique, dont l'étude reste cantonnée dans la sphère des seuls et rares spécialistes, enferme trop souvent la doctrine française dans les limites de la logique et du conceptualisme, la prive d'universalité et la porte au conformisme, ainsi que le reflètent la plupart des ouvrages contemporains de Droit civil (comme d'ailleurs la plupart des exposés des autres branches du droit substantiel), empreints de « positivisme didactique »: « les manuels sont des guides touristiques: le droit *est*, on l'expose, on ne le découvre plus, bien moins encore se mêle-t-on de le faire »; ... « les manuels se veulent des bréviaires de connaissances certaines et non des organes de diffusion d'idées nouvelles.... les auteurs éliminent les vues personnelles pour mieux épouser l'opinion courante... on reprend toujours les mêmes formules.... les courants contemporains de la philosophie n'exercent guère d'influence... la pensée juridique paraît figée » (16);

— l'Ecole de l'Exégèse, en ce qu'elle refuse l'approche historique des institutions juridiques et en ce qu'elle ne veut étudier que le droit tel qu'il est, à un moment donné, dans une forme établie et fixée, est très représentative (même encore à l'heure présente) d'une

(16) G. WIEDERKEHR, *Eléments de philosophie du droit dans les manuels contemporains de Droit civil*, in *Archives de Philosophie du Droit*, T. X (Paris, Sirey, 1965), p. 243 et s., spéc. p. 244.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradition intellectuelle typiquement française, rationaliste et nationaliste, systématique et anti-historiciste, qui remonte aux Idéologues (Hotman, Bodin) et même à Port-Royal (17);

— la dénonciation des insuffisances de l'Ecole de l'Exégèse et des risques de sclérose qu'elle comportait pour la pensée juridique française, enfermée dans un exposé purement abstrait et déductif du droit, a pu conduire la doctrine française à s'ouvrir à l'économie politique et à la philosophie avec Beudant, à la méthode comparative avec Bufnoir, puis Edouard Lambert, à la méthode historique avec Saleilles et permettre ainsi l'éclosion de ce qu'on appelle l'« Ecole scientifique », dont Gény allait devenir le chantre et le porte-parole le plus illustre; mais on observera, d'une part, que l'Ecole de l'Exégèse, par cette approche *synchronique* consistant à appréhender le Code en lui-même et pour lui-même, comme ensemble autonome et fonctionnel, comme système, n'est dépourvue ni de contenu méthodologique ni de portée philosophique, et possède donc une valeur scientifique (18), et, inversement, que l'Ecole dite « scientifique » ne brille pas toujours par la cohérence et s'attirera de vives critiques d'ordre méthodologique ou épistémologique pour sa propension à pratiquer ce que Kelsen qualifiera plus tard de « syncrétisme des méthodes ».

3) C'est donc en cette période charnière que Gény, tout à la fois héritier et novateur, allait réaliser dans son oeuvre la conjonction des divers courants de son époque; mais les sources de son inspiration paraissent au lecteur d'aujourd'hui des plus disparates, tant sont nombreuses les influences qui se sont exercées sur son esprit, comme en témoigne la diversité des auteurs auxquels il se réfère dans ses multiples ouvrages, et on lui a reproché à ce propos d'avoir « choisi ses lectures un peu au hasard », de préférence « dans l'actualité », en négligeant les auteurs majeurs, et de n'avoir pas réussi « à s'élever au-dessus de ses fiches » (19).

Homme de son temps, Gény l'est d'abord par l'attention qu'il

---

(17) En ce sens, P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil* (Paris, Ed. L'Hermès, 1991), p. 122.

(18) Ph. Remy, *Eloge de l'Exégèse*, in *Revue de la recherche juridique*, n. VII (1982-2), p. 254 et s.

(19) M. Villey, cité *infra* note 47, p. 130-132.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accorde aux grands maîtres de la science juridique germanique, auréolée de l'incomparable prestige des Universités allemandes du XIXème siècle et du rayonnement du B.G.B. naissant, et, peut-être aussi, portée par la *Welpolitik* de l'Empire allemand: Gény, en sa double qualité de français et de lorrain, n'a sans doute pas été insensible au jugement de ceux qui, tel Renan, estimaient alors que la défaite de 1870 avait été autant intellectuelle et morale que militaire, et, dans ces années de remise en cause, il a certainement subi, comme tous les milieux intellectuels de l'époque, l'attraction du grand pays voisin (20). Gény a beaucoup lu et utilisé les théoriciens et les pandectistes: Savigny (auquel il semble avoir emprunté la distinction de la « science » et de la « technique »; mais on rappellera que Savigny, comme toute l'école historique, était au demeurant un ennemi juré du droit naturel...), Ihéring, Windscheid, l'autrichien Menger, Stammler; son oeuvre est également très liée à l'école du droit libre (*Freirechtsbewegung*), fondée par Eugen Ehrlich, qui défend une libre science du droit (*freie Rechtswissenschaft*), dont H. Kantorowicz devait publier le manifeste sous le pseudonyme de Cnaeus Flavius: à sa suite, Gény dénoncera « le fétichisme de la loi écrite et codifiée » et revendiquera un rôle accru pour le juge.

Gény, par ailleurs, n'était pas indifférent aux travaux de ses collègues d'autres disciplines, tels Duguit et son école du Service public ou Hauriou et son école institutionnaliste, car, à travers les controverses qu'il entretenait avec eux (comme aussi avec Ripert), il avait conscience de faire progresser « le combat pour la méthode du droit ».

Mais ce dont souffre incontestablement l'oeuvre de Gény, ainsi qu'on l'acruellement souligné (21), c'est, en dépit d'aussi considérables (et parfois arides) lectures, de la part très insuffisante, voir même de l'inexistence, de références aux grands philosophes, dont l'invocation aurait largement fortifié les thèses avancées et aurait sans doute contraint leur auteur à aller jusqu'au bout de ses presciences. Ainsi, la critique de l'idolâtrie de la loi, le refus d'identifier le droit tout entier avec la seule législation, le retour à l'idée que tout

(20) Pour l'influence intellectuelle de l'Allemagne dans l'Université française, V. Cl. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)* (Paris, P.U.F., 1959), p. 364 et s.

(21) M. VILLEY, cité *infra* note 47, p. 130-131.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

droit n'est pas *posé* par les organes de l'Etat et qu'il puisse être objectivement donné avec la *nature*, auraient dû conduire Gény à porter une attaque en règle contre le positivisme étatique et la philosophie qui le sous-tend: or, il ne cite quasiment jamais Rousseau, Locke et Hobbes, pas beaucoup plus Kant et Hegel. De même, dès l'instant où Gény entendait prôner une méthode procédant non pas d'idées *a priori*, mais de l'*expérience*, qu'il avançait l'idée que la *science* puisse découvrir des principes de droit par l'observation d'un donné préexistant, et notamment de la *nature*, il aurait dû être tout naturellement amené à explorer la philosophie classique du droit naturel (Aristote, saint Thomas), selon laquelle la nature renferme un ordre, implique un droit: or les autorités auxquelles il se réfère sont essentiellement Boistel (récusé avec horreur par les jusnaturalistes orthodoxes, tel Michel Villey, comme coupable d'une véritable contrefaçon du droit naturel) ou le jésuite suisse et néothomiste Von Cathrein (dans lequel les mêmes voient plutôt un moraliste, mal dégagé de l'influence de l'école moderne, rationaliste, du droit naturel).

Gény se place sous l'invocation de Bergson, dont il se dit le disciple et duquel il avoue tenir la distinction du « donné » et du « construit », et cite volontiers M. Blondel, Ed. Le Roy, Boutroux, Th. Ribot: on a pu s'étonner (M. Villey, toujours lui...) de ces « lectures surprenantes chez un philosophe que l'on qualifie philosophe de l'*expérience* juridique », car ces penseurs ont toujours manifesté une parfaite indifférence à l'art juridique. On objectera toutefois que Gény avait peut-être découvert le fil conducteur de sa propre réflexion méthologique dans l'effort fait par Bergson pour concilier l'exigence métaphysique avec la méthode positive et, comme celui-ci le dit lui-même, « pour porter la métaphysique sur le terrain de l'expérience et pour constituer, en faisant appel à la science et à la conscience, en développant la faculté d'intuition, une philosophie capable de fournir non plus seulement des théories générales, mais aussi des explications concrètes de faits particuliers »: Gény a sans aucun doute été séduit par cet éclectisme, dont il allait lui-même fournir l'éclatante illustration.

Il reste que c'est en technicien, beaucoup plus qu'en philosophe, que Gény a bâti son oeuvre et qu'il y a abordé le problème très

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

philosophique du droit naturel, et c'est de là que sont nés les malentendus.

## II

« Résumer la pensée de Gény sur le droit naturel est une entreprise téméraire », a-t-on pu dire (22). Et, de fait, Gény lui-même a pu donner prise à des doutes sur le contenu exact de ses conceptions en raison des formules énigmatiques qu'il a employées pour les exprimer et des ambiguïtés qu'il entretient pour définir le droit naturel et préciser ses rapports avec le droit positif.

1) S'agissant de la *définition* et du *contenu* du droit naturel, Gény s'est longuement, et à plusieurs reprises, expliqué sur ce qu'il entendait par là.

Dès *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Gény, après avoir indiqué les raisons qui commandaient de renoncer à trouver dans la loi écrite une source complète et exhaustive des solutions juridiques par la voie d'un méthode purement logique et abstraite d'interprétation, préconisait, par le recours à la libre recherche scientifique, la recherche par l'interprète de la *nature des choses*, aussi bien leur *nature positive* que leur *nature transcendante*: de la sorte pouvait se constituer un droit de nature subsidiaire, apte à suppléer les lacunes des sources formelles; à cette fin, Gény en revenait à la doctrine du droit naturel: le juge devait faire appel à la notion du juste objectif, absolu, avant de descendre à la nature positive des choses.

C'est, bien sûr, dans *Science et technique en droit privé positif* que Gény allait développer sa pensée à ce sujet (et même répondre aux premières critiques). On sait que l'opposition du *donné* et du *construit* forme l'articulation essentielle de la recherche de cette vision intégrale du droit poursuivie par l'éminent juriste: le donné correspond à l'expérience pure, à la nature sociale, tandis que le construit représente la « structuration juridico-conceptuelle » de cette expérience, et il appartient au juriste de rechercher cette « nature des choses » qu'il devra traduire dans l'établissement de la

(22) M. Villey, cité *infra* note 47, p. 133.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

norme; cette nature des choses comprend le donné *réel*, expression des « conditions de fait ou se trouve placée l'humanité », le donné *historique*, « acquis de préceptes servant de cadre à la conduite de l'humanité », le donné *idéal*, « ensemble de considérations d'ordre physique, psychologique, moral, religieux, économique, politique concentrant toutes les aspirations humaines », et le donné *rationnel*, élément capital qui « représente le fonds essentiel du droit naturel classique, nettement dégagé de tout alliage, sinon le *jus naturale* des Romains, du moins celui qu'ont élaboré les philosophes modernes... Il est en effet des règles de conduite (notamment dans l'ordre juridique) que la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde: en tant qu'elles sont véritablement imposées à l'esprit et qu'elles correspondent pour lui aux exigences les plus évidentes des choses — avec les signes qui distinguent les préceptes du droit — elles présentent un caractère de nécessité, en même temps que d'universalité et d'immuabilité qui les met à part et leur assigne une place éminente parmi les règles juridiques » (23): ce droit rationnel est un produit de la raison intuitive pénétrant l'essence des choses.

Cela dit, Gény éprouve certaines difficultés à donner un contenu à cet « irréductible », mais aussi quelque peu indéterminé, droit naturel:

— celui-ci se ramène à un petit noyau de principes, « que complètera sans peine une technique avisée »: « seul, le droit naturel, réduit à son minimum nécessaire, mais d'autant mieux assuré, dans son principe, que le contenu en resterait plus modeste et plus malléable, fournit la base indispensable à une élaboration vraiment scientifique du droit positif » (24); Gény doit convenir que ce droit naturel formé d'un minimum de préceptes « paraît infiniment pauvre, au prix de l'exubérante complexité de toutes les exigences de la vie sociale » (25);

— ce droit naturel nous offre « un fonds permanent, de caractère universel, avec des détails extrêment divers et changeants », ce qui revient à peu près à la règle du droit objectif, « permanente en

(23) *Science et technique*, T. II, p. 380.
(24) *Science et technique*, T. II, Préface, p. VIII.
(25) *« La laïcité du droit naturel », loc. cit.*, n. 1, p. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

son principe, infiniment changeante dans ses applications », comme nous la propose Duguit. Ce n'est donc pas le droit absolu, universel et immuable dans son bloc, que réprouve, non sans quelque raison, le réalisme moderne, basé sur l'observation des faits. Ce n'est pas non plus « le droit naturel à contenu variable », de Stammler, dont la formule semble recéler une contradiction intime. « *Il s'agit plutôt de reconnaître, autour d'un centre ferme et fixe, à base strictement morale, une enveloppe, incessament renouvelée, et faite de considérations contingentes, qui naissent, se transforment et meurent pour le plein développement de la justice... Tout cet ensemble ne se précise et détermine que dans sa mise en oeuvre concrète* » (26);

— ce faisant, « il s'agit moins d'édifier une véritable *philosophie du droit*, envisagé dans son contenu, que de se faire une *philosophie de la science juridique*, dont l'essence dépend d'une théorie plus générale de la connaissance... même si les deux choses ne se peuvent absolument séparer » (27); Gény part du principe que c'est par la connaissance de l'ordre naturel et non par sa propre volonté que le juriste parvient à la détermination du juste; certes, une telle théorie de la connaissance appelle une prise de position philosophique, et Gény laisse par moments entrevoir un souci de transcendance: « il faut prendre parti sur une conception générale de l'univers, sur l'essence et la nature de l'homme, sur le mystère de son origine et de son existence en ce monde, sur l'énigme de sa destinée » (28); mais il se limite en définitive à une théorie de la connaissance accessible à l'honnête homme et procédant de la force de l'*évidence*: à ce titre, la *raison* joue un rôle non négligeable dans l'appréhension du donné, car elle constitue le mode courant de connaissance de la réalité: elle confère l'objectivité à la connaissance en ce qu'elle implique simultanément chez tous les êtres pensants une identité de représentation et en ce qu'elle autorise le recours aux procédés de la logique formelle, dont les conclusions prennent valeur de faits positifs, vérifiables par tous; mais Gény, à l'instar de Bergson, estime que la raison, qui ne représente que le discontinu, contrarie la restitution correcte du donné naturel et, donc, l'appréhension immédiate par

(26) *Science et technique*, T. IV, Préface, p. XIII.
(27) *Science et technique*, T. II, n. 71, p. 15.
(28) *Science et technique*, T. IV, p. 354.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'interprète de la réalité sociale: aussi fait-il de l'*intuition* le mode principal de connaissance et d'accès immédiat de la conscience au donné: c'est, dit-il (29), « s'installer dans la réalité pour la vivre », « une sorte de vue de l'esprit sur les choses prises dans leur complexité mouvante, et, pour ainsi dire, dans leur vie, sans effort d'analyse mais, bien plutôt, avec un effort tout inverse, tendant à maintenir sous un seul regard l'intégralité fuyante du réel »; enfin, face aux directions dégagées par l'intuition, Gény accorde dans son épistémologie une place déterminante à la *croyance* qui permet d'opérer un choix entre telle ou telle tendance en faveur de ce qui apparaît le plus conforme à la nature: le risque de subjectivité que comporte cette croyance, doit être tempéré par la *prudence*, le *tact* du juriste, qui devient alors la seule garantie de l'objectivité du donné, révélé ainsi « scientifiquement »;

— seule une « *idée directrice* », à défaut de « principes qui puissent diriger effectivement la conduite des hommes dans les situations concrètes », est capable de guider ici les recherches: « *l'existence de pareille idée reste le minimum de ce que doit fournir la notion de droit naturel* » (30);

— « le droit naturel doit, d'après sa raison d'être et son but propres, avoir un caractère universel, qui le rende acceptable pour tous les hommes, qu'il régira dans leur rapports réciproques. Or cela ne peut être que s'il est puisé à un fonds commun: la nature, et par des moyens accessibles à tous: la conscience, la raison »; dès lors, la nécessité du caractère laïque du droit naturel s'impose, si l'on veut lui assurer un caractère proprement juridique, c'est-à-dire obligatoire et objectif: le droit naturel doit être « indépendant de la révélation et des dogmes religieux, qui peuvent bien le confirmer et le développer, mais ne sauraient le supplanter ni l'absorber » (31).

2) A la lecture de ces énoncés, on est parfois pris d'une hésitation sur les réelles intentions de Gény: en dépit de son *credo* jusnaturaliste et de la référence incantatoire à la nature et au vocable même de droit naturel, Gény visait-il vraiment la même chose que les diverses écoles du Droit naturel? Ce doute est entretenu par les

(29) *Science et technique*, T. I, p. 143.
(30) *Science et technique*, T. II, n. 71, p. 17.
(31) *« La laïcité du droit naturel », loc. cit.*, n. 7 et 8, p. 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non moins nombreuses professions de foi positivistes (32) qui émaillent ses ouvrages (à commencer par leur intitulés, comme on l'a vu), au point que l'on s'est demandé (33) si Gény n'avait pas été victime de l'ambiguïté du terme « *positif* » et s'il n'avait pas entendu ce mot au sens d'Auguste Comte, c'est-à-dire d'expression de l'*expérience*: mais, si l'on devait donner crédit à cette supposition, cela signifierait que Gény, par droit positif, aurait en réalité désigné le droit naturel: la dualité droit positif/droit naturel se réduirait à l'unité au profit du droit naturel et tout, chez lui, serait droit naturel... Mais, inversement, Gény donne parfois à penser que l'unité pourrait être rétablie au profit du droit positif, lorsqu'il fait en quelque sorte du droit naturel un droit positif-modèle: « quand on pose le problème de l'existence du droit naturel, il s'agit donc bien de savoir si il n'y a pas un prototype du droit positif, se distinguant de celui-ci par le défaut de positivité effective, étranger par suite à toute expression formelle, doué néanmoins d'une existence objective » (34)...

On le voit: ni le vocabulaire ni la démarche n'autorisent une interprétation assurée de la pensée de Gény sur les rapports du droit naturel avec le droit positif. Néanmoins, au-delà de ces incertitudes, on peut sans doute penser que Gény adhérait à une vision dualiste reposant sur les distinctions suivantes:

— la juridicité, à la différence de la morale, se caractérise par « la tendance à la contrainte sociale »: « pour qu'une règle de conduite appartienne à l'ordre juridique, il n'est pas absolument indispensable qu'elle comporte actuellement la contrainte effective du pouvoir social; mais du moins faut-il que sa nature n'y résiste pas; bien plus, nous ne la tiendrons pour règle de droit qu'à partir du moment où elle tendra à être pourvue de pareille coercition, soit autoritaire, soit librement consentie... » (35); dès lors, le droit naturel se distingue du droit positif en ce qu'il n'est encore assorti que d'une

(32) V. par exemple in *Science et technique*, T. IV, p. 220: « l'essence du droit, c'est l'ordre assuré par la contrainte ». *Adde: Ultima verba*, p. 32, « le droit positif est le seul droit véritable ».

(33) M. Villey, cité *infra* note 47, p. 133.

(34) *Science et technique*, T. IV, n. 1, p. 216.

(35) *Science et technique*, T. IV, p. 252.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sanction *virtuelle*, alors que les règles de droit positif sont d'ores et déjà effectivement sanctionnées (36);

— « malgré la contrainte que peut établir l'Etat par ses lois positives, on sent le besoin de règles supérieures pour les inspirer, les compléter, les interpréter, au besoin les limiter » (37): « c'est comme d'un droit naturel supérieur que surgit l'hégémonie nécessaire de la loi positive » (38);

— toutefois, si la loi positive tire sa légitimité de ce « droit naturel supérieur », elle exerce pourtant une suprématie totale « dans cet angoissant conflit qui peut surgir entre la loi positive et le droit naturel » (39);

— de même, la loi est investie d'une supériorité de principe sur toutes les autres sources du droit, lesquelles n'ont qu'une valeur supplétive, alors que la méthodologie du droit naturel classique postule que l'on puisse chercher en dehors de la loi le principe d'une solution.

Droit *objectif*, droit *latent*, droit *pur*, droit *rationnel*, droit *intuitif*, droit *supérieur*, droit *irréductible*: cet insaisissable droit naturel du Doyen Gény allait faire couler beaucoup d'encre.

## III

C'est l'ordinaire destin des oeuvres syncrétiques que de déchaîner les attaques des doctrinaires, car ceux-ci redoutent l'affadissement de leurs idées au sein d'une nébuleuse où elles perdent leur force attractive: celle de Gény n'y a pas échappé, et cet effort d'intégration du droit naturel dans l'élaboration du droit a suscité un feu roulant de critiques dans tous les courants de la pensée juridique, de la part des positivistes comme des jusnaturalistes, des

(36) On observera que ce droit latent, en puissance, répondant déjà au critère de la juridicité, car pourvu d'objectivité et tendant à la contrainte sociale, que serait le droit naturel selon Gény, est totalement récusé par Ihéring (auquel Gény se réfère si souvent dans sa réflexion sur la technique), qui estime que « ce qui ne se réalise point n'est pas du droit » (Cf. *Geist von Römischen Recht*, 1886-1888, trad. franç. de Meulenaere, T. I, p. 50).

(37) *« La laïcité du droit naturel », loc. cit.*, n. 8, p. 16.

(38) *Science et technique*, T. IV, p. 77.

(39) *Science et technique*, T. IV, p. 74 et s., 137 et s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

empiristes au même titre que des idéologues, des logiciens et des épistémologues.

1) Il était dans l'ordre des choses que la première réaction émanât des *positivistes*. Mais, curieusement, ce n'est pas des rangs des positivistes durs et purs qu'a jailli l'assaut le plus fougueux (40), mais plutôt en provenance de ceux que l'on a pu qualifier d'« humanistes transpositivistes » (41), c'est-à-dire ceux qui estiment que si les doctrines positivistes traduisent seules la nature réelle du droit, en revanche le positivisme ne saurait justifier l'existence et le fondement du droit, et que ce dernier présente un caractère transpositif, nécessitant une recherche en dehors et au-dessus du droit étatique. C'est ainsi que, paradoxalement, la critique positiviste la plus incisive des idées de Gény a été menée par des auteurs que l'on ne saurait par ailleurs ranger parmi les porte-parole les plus autorisés et les plus engagés d'une telle école, car ils voient au demeurant, qui dans la morale, qui dans le droit naturel, la solution du problème juridique.

* Le Tome II de *Science et technique*, par son sous-titre en forme de manifeste (*L'irréductible « droit naturel »*) provoqua dès sa parution une vigoureuse charge du Doyen Ripert: dans un article célèbre (42), ce dernier devait dénoncer le recours anachronique à une doctrine révolue et affirmer qu'il n'est de droit que positif. Pour Ripert — et c'est en cela qu'il adhère au positivisme juridique —, « la règle juridique se soutient par sa propre force, il n'y a pas à se demander si elle est conforme au droit naturel et à la morale »: le

(40) Certains se sont bornés à faire part de leur incompréhension: cf. HOLMES, *Natural Law*, 32 *Harv. L.R.* 40 (1918).

(41) A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat* (Paris, Ed. Pédone, 3ème éd., 1978), p. 367 et s.

(42) G. RIPERT, *Droit naturel et positivisme juridique*, in *Annales de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille* (Nouvelle série, n. 1, 1918), p. 4 et s.; V. la réponse de Gény: *La nécessité du droit naturel* (Nouvel examen critique du « positivisme juridique ») in *Science et technique, op. cit.*, T. IV, 1924, Deuxième étude complémentaire, p. 254-265, et *« La laïcité du droit naturel », loc. cit.*, spéc. n. 2 et s. (Gény reproche notamment à Ripert d'accorder à la forme « une primauté regrettable sur le fond même du droit » et surtout, sous couvert d'un subjectivisme niant toute vérité d'ordre social qu'exprimerait la raison, de ruiner l'ordre positif lui-même et de ne pouvoir finalement assigner comme fondement au droit que la force).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

positivisme réclame « le respect de l'ordre juridique, simplement parce qu'il est établi », mais « il laisse chacun de nous libre dans son coeur de consentir l'obéissance par devoir ou de s'y résigner par crainte ». Toutefois — et c'est en cela que Ripert se sépare du positivisme classique —, « la plénitude de l'ordre juridique positif » ne peut suffire à justifier et fonder le droit: « la crainte de la sanction possible, le sentiment que l'acte illégal n'aura aucune valeur, l'idée que la règle de droit est utile, l'esprit d'imitation, d'habitude de la soumission, tout cela explique l'obéissance dans telle ou telle circonstance à telle ou telle règle, mais cela ne peut expliquer notre sentiment que nous respectons volontairement les règles de droit et que nous accomplissons notre devoir d'obéissance »; c'est que « la science juridique ne saurait fournir des réponses au problème de l'obéissance à la loi »: il faut alors « sortir du domaine du droit et pénétrer dans les idées morales », car « la morale nous demande les motifs de l'obéissance, le droit se contente de cette obéissance »; mais surgit immédiatement une difficulté: « chaque homme obéit à l'autorité pour des raisons morales qui lui sont propres »; contrairement à Gény, qui s'est arrêté à l'idée de justice, Ripert estime que, pour accepter une telle idée, il faut partager la croyance de son auteur: or, bien d'autres mobiles, relevant des multiples religions, systèmes politiques ou croyances métaphysiques, peuvent expliquer l'obéissance du sujet au droit; aussi convient-il de maintenir la distinction du droit et de la morale, car, même si aucune différence de domaine, de nature ou de but ne distinguent règle morale et règle juridique, la règle morale n'accède à la juridicité que grâce à une sanction extérieure et la règle juridique ne s'affirme et ne progresse que par et dans la morale, que Ripert estime résider dans les idéaux de la morale chrétienne, dont il s'étonne d'ailleurs que Gény n'en ait pas fait la base de son « irréductible droit naturel ».

* Jean Dabin, dont toute l'oeuvre est pourtant dominée par son souci de concilier le positivisme et le droit naturel, dont il développe une vision néo-thomiste, a néanmoins vivement contesté l'utilisation faite par Gény du concept de droit naturel (43). Pour lui, en effet, on

(43) J. DABIN, *Théorie générale du droit* (Paris, Dalloz, 3ème éd., 1969), n. 150 et s., 298 et s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne saurait qualifier de « droit naturel » ce « fonds de vérités morales et économiques » qui « se concentrent autour de l'idée suprême du *juste objectif* », selon les propres termes de Gény: il ne s'agit en vérité que de la règle *morale*, elle-même distincte de la règle *juridique*. D'autre part, pour Dabin, le juriste, dans l'élaboration de la règle de droit, conserve toute liberté d'option à l'égard du droit naturel, de la justice et de la morale, ce qui détruit l'idée même d'un « donné »: ... « le donné obligatoire devient dès lors facultatif, c'est-à-dire qu'il cesse d'être *un donné*, une solution, pour se changer en *une donnée*, à savoir l'un des éléments du problème »; et Dabin d'apostropher Gény: « ou bien vous êtes déterministe, et votre attachement au Droit naturel ne s'explique plus; ou bien vous croyez à l'autonomie des individus, et leur choix ne peut être paré du terme de scientifique ».

* En somme, l'expérience juridique, telle qu'elle ressort de la pratique générale des législations ou des jurisprudences, dément totalement le schéma d'élaboration du droit décrit par Gény, car l'observation du droit positif ne confirme nullement l'existence de la dualité donné/construit (44); comme on le verra plus loin, cette critique recoupe celle que lui adressent par ailleurs les épistémologues.

2) A l'opposé, l'utilisation faite par Gény de la notion de droit naturel a été contestée par les *jusnaturalistes*. Dejà, peu après la publication du volume II de *Science et technique*, des voix s'étaient élevées pour déplorer le champ trop réduit à leurs yeux du « noyau de droit naturel » retenu par Gény, en un mot la part plus belle faite à la technique qu'à la science, au « construit » qu'au « donné » (45).

Par ailleurs, on avait contesté, dans des travaux d'inspiration thomiste (46), la définition du droit naturel donnée par Gény, comme

---

(44) M. Virally, *La pensée juridique* (Paris, L.G.D.J., 1960), p. XXXIV, texte et note 41.

(45) A. Tissier, *L'élaboration technique du droit privé positif*, in *Revue trimestrelle de Droit civil* 1922, p. 841 et s.; V. à ce propos la réplique de Gény (*Science et technique, op. cit.*, T. IV, Préface, p. XV), s'étonnant malicieusement de cette surenchère jusnaturaliste opérée par un universitaire qui, devenu magistrat, devait sans doute « faire jouer plus fréquemment les instruments techniques du droit que consulter seulement la nature et la raison pour la solution des difficultés concrètes de la vie juridique »...

(46) Alice Piot, *Droit naturel et réalisme. Essai critique sur quelques doctrines*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

par nombre d'autres auteurs, en recourant à la notion de justice, alors qu'on ne sait exactement que mettre dans cette notion: le juste constitue non une loi, mais un simple rapport qui se nourrit de l'expérience et de l'observation. Mais le réquisitoire le plus féroce (et le plus retentissant, eu égard aux circonstances) fut prononcé lors d'une conférence faite par Michel Villey (47) le 27 octobre 1962 à la Faculté de Droit de Nancy à l'occasion de la célébration (?) du centenaire de la naissance de Gény; en effet, M. Villey, s'il reconnaît à Gény le mérite d'avoir pressenti, par une sorte d'intuition, une méthode de l'art juridique correspondant pour une large part à la philosophie du droit naturel, c'est-à-dire de fonder sa théorie du droit sur l'expérience et non sur l'idéologie, et d'avoir eu le courage, à contre-courant des idées dominantes à la fin du XIXème siècle, de s'opposer à l'idôlatrie de la loi, à l'Ecole de l'Exégèse et au positivisme juridique, lui reproche néanmoins de n'avoir pas tiré toutes les conséquences logiques de sa « découverte », de s'être contenté de juxtaposer l'ancienne philosophie régnante du positivisme juridique et la philosophie renaissante du droit naturel et de « professer simultanément deux conceptions antithétiques de l'essence du droit, dont on use alternativement selon les besoins de la cause »; cette faiblesse rédhibitoire prive sa méthodologie de cohérence, faute pour l'auteur de disposer d'une véritable philosophie du droit, comme en témoignent ses lectures disparates, sa croyance au progrès, son culte de la science, sa « dévotion superstitieuse à l'égard de l'actualité »; tout cela a conduit Gény, après d'autres, à « concevoir le droit naturel comme une sorte de caricature du code de droit positif », à « ne restaurer qu'une forme impure de droit naturel, trop hybride pour être viable » et à commettre « un contresens sur l'authentique doctrine du droit naturel » en énonçant que le droit naturel est *donné* à l'avance, indépendamment du travail de la *construction*: or « le droit naturel ne prend forme de règle ou de

---

*françaises contemporaines*, Thèse, Paris, 1930 (publiée avec une préface de G. Ripert), p. 103 et s., 223 et s.

Mais, en sens contraire, pour la défense et l'illustration de la théorie du droit naturel du Doyen Gény, V. D. Toutsakovitch, *Elaboration scientifique du droit positif dans la conception de F. Gény*, Thèse, Paris, 1939.

(47) M. Villey, *F. Gény et la renaissance du droit naturel*, in *Seize essais de Philosophie du droit* (Paris, Dalloz, 1969), p. 121 et s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solution expresse que grâce au travail des juristes, des législateurs de la doctrine, des praticiens, dans les lois ou dans les sentences qui l'expriment », « il vient animer le travail de la construction des lois positives, les imprégner, plutôt qu'il ne s'y juxtapose »; en somme, Gény « conçoit ce droit naturel à la manière positiviste, comme un ensemble de règles acquises, dans un moment antérieur à la construction du juriste, par la recherche scientifique », et il en fait « une sorte de code de règles immuables, formant dualisme avec les règles du Code civil », à la manière des juristes modernes rationalistes de l'école du droit naturel: « du point de vue de la philosophie du droit naturel, c'était se condamner à la mal comprendre et à n'en rien tirer d'utile »; et, de fait, là où le problème affronté était de concilier et de dépasser le légalisme et le droit libre, non de les juxtaposer, Gény n'apporte finalement pas de réponse décisive et se borne à enregistrer, en une sorte de compromis boîteux entre le primat de la loi étatique et la part concédée aux autres sources, la pratique de son époque. Et Villey de conclure: à quoi bon philosopher sur l'expérience si ce n'est pas pour la comprendre et la juger?

Cette critique sévère a été elle-même réfutée comme procédant d'une lecture quelque peu polémique de *Science et technique*; on a soutenu (48) que loin d'être une sorte de rigide codification offrant un modèle archevé et préconstitué au droit positif, le droit naturel prôné par Gény, par son caractére essentiellement adaptable, en permanente *actualisation*, s'affirmerait au contraire comme résolument *classique*, et que la séparation étanche et hermétique entre donné et construit relève davantage d'une vision antagoniste, telle celle d'un Hayek, qui dissocie entièrement le droit naturel du droit positif, que de celle de Gény; l'auteur convient tout de même que le souci de Gény de marquer la nécessaire imbrication du donné et du construit se heurte à la difficulté de formulation du donné et que la pensée de Gény consiste finalement à mettre en relief « le caractère intrinsèquement *inexprimable*, irréductiblement *indicible* » d'un droit naturel proclamé au demeurant comme *nécessaire* et *irréductible*: d'où sans doute l'irritation des jusnaturalistes les plus orthodoxes et les plus fervents...

(48) O. Cayla, *L'indicible droit naturel de François Gény*, in *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* n. 6 (1988), p. 103 et s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Plus récemment, on a objecté au jus-naturalisme de Gény de reposer sur un paradoxe initial: faute d'avoir extirpé de la pensée juridique toute l'influence kantienne, sa rupture avec l'idée d'un droit naturel immuable a estompé le retour à la nature dans l'étude du droit et a autorisé les lecteurs de *Science et technique* à « insister sur le sociologisme apparent pour masquer le jus-naturalisme profond » (49).

3) Gény n'a pas été davantage épargné sur le terrain de l'*épistémologie*, et c'est alors le caractère scientifique de son oeuvre qui a été mis en cause (50).

En effet, la réintroduction dans l'étude et la connaissance du droit d'une référence à la notion de droit naturel irait à contrecourant d'une évolution qui, dans la période précédente, avait au contraire conduit à en expurger le discours juridique; or Gény lui-même, tout en qualifiant de « scientifiques » les méthodes d'appréhension du donné, réserve « la nécessité d'un appel aux puissances obscures de l'intuition ou de la croyance pour compléter les résultats de l'observation et du strict raisonnement »: ce détour par des moyens non scientifiques pour accéder à la connaissance d'un phénomène est-il compatible avec un méthode qui se veut scientifique?

L'erreur de F. Gény résiderait dans sa croyance à la possibilité d'une appréhension scientifique du *donné*, alors que cet élément, par hypothèse même, relèverait de l'ordre de l'indéfinissable et échapperait, en soi, à l'observateur, car « la définition des données "naturelles" d'une société et du droit au sein de cette société est un acte politique, philosophique ou moral, subjectif, en tout cas métascientifique: seule la manière dont ces valeurs, ces données se traduisent dans le droit peut faire l'objet d'une étude scientifique et objective ». Ce que doit entreprendre une science du droit, ce n'est pas de qualifier *a priori* de « scientifiques » des pratiques de recours aux « données naturelles », dont Gény reconnaît lui-même l'impossibilité d'en déterminer scientifiquement le contenu et la nature; on est

(49) Chr. Atias, *Théorie contre arbitraire. Eléments pour une théorie des théories juridiques* (Paris, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 1987), n. 35, p. 98 et 37.

(50) V. G. Timsit, *Les noms de la loi* (Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1991), spéc. p. 23-25, p. 154-157, d'où sont extraites les citations du texte.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

donc en présence de pratiques non scientifiques, insusceptibles de faire l'objet d'une connaissance scientifique. En définitive, le courant doctrinal fondé et incarné par Gény, dit de « la libre recherche scientifique », aurait confondu *pratique* et *connaissance* du droit: « il ne peut y avoir de pratique scientifique du droit, il peut en revanche exister une connaissance scientifique de pratiques antiscientifiques ». Bien plus: la détermination du donné ne relèverait ni du domaine de l'observation scientifique ni même de celui de la technique juridique, mais de la seule élaboration du contenu de la règle de droit, c'est-à-dire de la *politique juridique* qui, par définition, repose sur des choix, et non sur de simples constats (51).

4) Les spécialistes de *méthodologie juridique* ont été bien souvent déroutés non seulement par la terminologie employée par Gény, mais aussi par le contenu possible des notions utilisées et leur nouveauté au regard des concepts classiques décrivant les multiples aspects du phénomène juridique et les diverses phases d'élaboration du droit. C'est tout spécialement la notion de *donné* qui a suscité la perplexité: en ce qu'elle recouvre des réalités sociales et économiques, relève-t-elle d'une conception sociologique du droit? mais, dès lors qu'elle désigne des valeurs, appartient-elle à l'axiologie juridique? si ce soi-disant *donné* appelle la qualification de *droit naturel*, il s'agit de bien autre chose que du droit naturel tel qu'il est habituellement entendu dans son sens philosophique, car ce droit naturel a chez Gény un caractère empirique, tiré de la nature des choses. Force serait alors de reconnaître que l'appareil conceptuel de Gény, malgré sa complexité, ne saurait se prévaloir ni de l'efficacité (il n'a pas fait progresser sensiblement la méthode d'élaboration du droit) ni de l'originalité (il appartiendrait à la famille des écoles de pensée qui, en réaction contre tout dogmatisme, s'efforcent de centrer leur représentation du droit autour des idées d'intérêt, de but social, de valeurs, etc.), et son apport se révèle alors incertain, et en tout cas modeste lorsqu'on le débarrasse du verbe qui le masque:

« In the more comprehensive sense and translated into simple language, Gény seems to say nothing else than that law consists of

(51) P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales* (Paris, Sirey, 2ème éd., 1951), p. 195-196.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

policy and norm in that order. "Policy" corresponds to Gény's "science" and includes the *data* (the nature of things) and the *value judgment* applied to the selection of the *specific principle* of justice. "Norm" corresponds to "technique" — the articulation of the legislative or decisional rule » (52).

De même encore a-t-on fait grief à Gény, du point de vue méthodologique, d'avoir borné ses investigations au seul travail d'élaboration et d'interprétation du Droit et de s'être désintéressé de sa *réalisation* proprement dite, se contentant d'une vague empirisme, fait du « tact » et du « doigté du praticien »: or, a-t-on soutenu (53), « la renonciation à la pensée méthodique n'est pas plus admissible en cette matière que dans les autres domaines de la technique juridique... la réalisation du droit, loin d'être seulement affaire de "tact et d'habitude", exige, au contraire, en tant qu'elle est oeuvre consciente, d'être *systématisée* », car « la réalisation du Droit comporte un mécanisme qui fonctionne selon certains principes ».

5) C'est d'un bord assez différent qu'a surgi plus récemment une critique de nature *idéologique*, visant le rôle joué par les idées de Gény dans l'évolution de la société française de la fin du XIXème siècle. Il leur a été reproché, à l'instar des préoccupations d'un Beudant, d'un Saleilles, d'un Hauriou, de s'être mises au service du conservatisme social dans le dessein de devancer ou contrecarrer les « socialismes »; les charges de Gény contre le positivisme de l'exégèse n'auraient eu pour but que de permettre le ravalement d'un édifice juridique menacé d'écroulement en raison de l'écart séparant les aspirations sociales de l'époque des principes des codes napoléoniens toujours en vigueur: l'humanisme éclectique que l'on appelle *libre recherche scientifique* ne serait, en réalité, « qu'un aspect du conservatisme bourgeois », qu'« un procédé utilisé par les juristes pour éviter une totale mise en cause du droit », qu'« une méthode

---

(52) J. MAYDA, *Gény's Methode after 60 years. A critical introduction* (St. Paul, Minn., West Publishing Co., reprinted from Gény, *Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law*, Louisiana State Law Institute, 1963), p. XXXIV, texte et note 124. *Adde*, du même auteur: *François Gény and modern jurisprudence* (Bâton rouge, Louisiana State University Press) (V. spécialement la première étude).

(53) H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du Droit privé* (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs) (Paris, Sirey, 1948, avec la préface de P. Roubier), n. 2, p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

permettant au Droit d'évoluer tout en constituant un barrage efficace contre les idées socialistes »; car Gény, s'il fait entrer en ligne de compte les faits sociaux et économiques, ne leur assigne jamais la primauté dans la recherche des fins, laquelle relève, en dernière analyse, du *donné*, qu'il soit réel, historique, rationnel ou idéal: lorsqu'il évoque l'hypothèse extrême de la révolte contre le Droit positif, « *il le fait non en socialiste, mais en jusnaturaliste* », et, en définitive, il cautionne, ce faisant, « l'indépendance du juridique à l'égard à la fois de la sphère politique et des aléas socio-économiques » (54).

On objectera d'abord à un tel jugement que Gény, en développant une thèse sous-tendant l'autonomie du juridique à l'égard du politique ou du socio-économique, reste fidèle, au fond, à la conception occidentale de l'idée de droit, qui assigne à la régulation par le droit une position médiane entre des considérations d'ordre moral et des soucis d'efficacité matérielle, à l'opposé de la « vulgate marxiste », pour reprendre la terminologie de Raymond Aron, qui réduit le droit à un simple reflet de l'évolution des structures économiques. Mais surtout, il apparaît bien difficile d'apprécier en termes idéologiques la référence au droit naturel; pour certains (55), selon les époques, le droit naturel manifestera soit des tendances révolutionnaires, lorsqu'il se présente comme un instrument de lutte contre la société existante, soit au contraire un caractère contre-révolutionnaire, lorsqu'il est invoqué pour sauvegarder l'harmonie générale des intérêts de la société contre les excès de l'individualisme; pour sa part, un grand historien et sociologue, également juriste (56), a vu dans le droit naturel un droit d'*essence révolutionnaire* et a bien montré que le droit naturel *formel* (rationnel) se transforme en droit naturel *matériel* dès lors que la légitimité d'un droit acquis est reliée à son mode, non plus formel, mais économi-

(54) Sur tous ces points, V. A.J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours* (Paris, P.U.F., coll. Sup., 1975), spéc. p. 122-125, d'où sont extraites les citations figurant au texte.

(55) P. ROUBIER, *op. cit.*, n. 20, p. 182-183.

(56) Max WEBER, *Rechtssoziologie* (trad. franç. J. Grosclaude, Paris, P.U.F., coll. Recherches politiques, 1986), Chap. VII, p. 206-217.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que, d'acquisition: cette dernière acception du droit naturel vient alors au soutien des théories socialistes.

* * *

A s'en tenir à ce bouquet d'orties, on serait porté à croire que les contemporains n'ont voulu voir dans l'utilisation par Gény de la notion de droit naturel qu'insuffisances, contradictions, velléités, contresens ou obscurités. Or l'oeuvre de Gény, malgré le halo d'incertitudes qui l'entoure, a tout de même éveillé un écho durable dans le monde des juristes, davantage auprès des techniciens, il est vrai, que chez les philosophes ou théoriciens. Comment, avec le recul du temps, délivrer une appréciation sereine, dégagée à la fois du dogmatisme des seconds, imbus de leur science, et de la plate révérence des premiers, déguisement trop fréquent de leur inculture? Existe-t-il une *modernité* de Gény? Son oeuvre n'est-elle que le produit de son époque, que la cristallisation de tendances latentes, dont le succès a tenu à la publication au moment opportun et à ce qu'elle semblait fournir une réponse à une attente, ou a-t-elle été vraiment le ferment d'une évolution intellectuelle et institutionnelle? Questions fort difficiles (57), auxquelles on hasardera quelques réponses.

1) En récusant, sinon la philosophie, en tous cas certains des postulats du positivisme légaliste, Gény s'est trouvé incontestablement en phase avec les aspirations et les besoins de son temps. Gény était certainement positiviste, car, jusnaturaliste, il ne l'était vraiment qu'à sa façon, et sûrement pas au sens habituel du terme; en vérité, il a cherché à réaliser un *compromis* entre, d'une part, la prééminence d'un droit posé par les organes d'expression de l'Etat, et, d'autre part, les acquis du jusnaturalisme tant classique (qui, comme philosophie de l'expérience, valorise le rôle des juristes, et notamment du juge) que moderne (en ce qu'il fournit des valeurs suprêmes à l'aune desquelles il est permis de mesurer la justice intrinsèque du droit positif) (58). Son oeuvre vaut essentiellement pour sa conception de

(57) F. Terre, *En relisant Gény*, in *Archives de Philosophie du Droit*, T. VI (Paris, Sirey, 1961), p. 124.

(58) Cfr. John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann. Arbor, The University of Michigan Law School Press, 4th ed., 1982), spéc. Chap. V (*The Modern French Reaction*, p. 394-395, 399-400, 420-421): l'auteur montre bien comment Gény a tout à la fois

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la méthode de la science juridique, non pour son contenu philosophique (59); Gény, à la différence des purs théoriciens et philosophes du droit, attachès à des conceptions *a priori*, fait partie de « ces juristes demeurés au contact de la vie du droit... qui ne demandent au droit naturel qu'une inspiration et certains cadres » (60); pour la science du droit et de la législation, la renaissance du naturalisme, en cette fin de XIXème siècle, a autorisé un retour au réalisme dans l'approche du droit et la production des normes et le rappel de l'existence et de la permanence des valeurs de justice (61). De ce point de vue Gény incarne, aujourd'hui encore, des tendances dominantes de la pensée juridique et aussi de l'état des institutions: les juristes baignent dans un univers juridique écrasé par le poids et le nombre des sources écrites, technocratiques et eurocratiques, émanées de l'appareil d'Etat, tempérés par leur soumission à des principes généraux de valeur supra-réglementaire ou même supra-législative (on rappellera à ce propos que Gény, dans le contexte d'omnipotence de la loi de la IIIème République, avait déjà souhaité, bien avant que l'idée ne s'impose sur le plan constitutionnel, l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois et la reconnaissance de la valeur juridique des déclarations de droits, telle la Déclaration des Droits de l'homme (62)) et par l'essor de la jurisprudence comme mode d'actualisation et de complètement du droit légiféré ou comme mode de réalisation des droits individuels (la

---

légitimé, théorisé et encouragé le renouveau de la jurisprudence à la fin du XIXème siècle, en réaction contre le rôle de purs exégètes de la loi dans lequel la Révolution française avait entendu confiner les juges par hostilité à l'égard des Parlements de l'Ancien Régime, et combien il a contribué à rétablir les liens entre la jurisprudence et la doctrine.

(59) G. Fasso, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III (Bologna, Il Mulino, 1974; trad. franç. C. Rouffet, Paris, L.G.D.J., 1976), p. 161.

(60) H. Battifol, *Problèmes de base de philosophie du droit* (Paris, L.G.D.J., 1979), p. 147.

(61) F. Wieacker, *Privatrechtgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (Göttingen, 1967; trad. ital. de U. Santarelli et Sandro Fusco, Milano, Giuffrè, 1980), vol. II, p. 307, spéc. p. 334 pour l'influence de Gény.

*Adde*: E. Di Carlo, *Il diritto naturale nel sistema di interpretazione di F. Gény*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény* (Paris, Sirey, 1933), vol. I, p. 234 et s., spéc. p. 237 et 242.

(62) *Science et technique*, T. IV, n. 300, p. 137.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

théorie du *bilan*, si souvent mise en oeuvre par le juge administratif, de nos jours, ou le choix d'une solution délégué par le législateur au juge en fonction des intérêts en présence, correspondent tout à fait à la notion de *balance des intérêts* préconisée par Gény (63)); la mentalité de l'immense majorité des jurisconsultes (tout spécialement en France) reflète assez fidèlement cet environnement: elle est imprégnée de positivisme légaliste, tout en vouant un véritable culte à la jurisprudence et à ses audaces et en manifestant une défiance certaine à l'égard d'un formalisme de type kelsénien détachant la validité de la norme de tout renvoi à des valeurs supérieures.

Si l'on ramène l'oeuvre de Gény à ce schéma de pensée, on peut dire sans conteste qu'elle conserve une actualité certaine et qu'elle exprime la sensibilité la plus répandue dans le monde juridique occidental.

2) Gény peut apparaître par ailleurs aujourd'hui comme le précurseur des théories modernes de la *nature des choses (Natur der Sache)* qui, à la suite de Coïng et de l'Ecole de Frankfurt, ont renouvelé la notion classique de droit naturel (64) et pour lesquelles la nature des choses est l'élément moteur du développement croissant des valeurs (notion ajoutée à la théorie de Gény): les normes fondamentales du droit naturel tireraient ainsi leur origine du monde des valeurs objectives et transcendentales qui ont leur source dans la nature humaine. Selon la pénétrante analyse qui en a été donnée (65), le concept de nature des choses, tout au moins réduit à son commun dénominateur (car on connaît les nombreuses variations sur ce thème, indépendamment de Coïng, de M.M. Welzer, Maihofer, Bobbio etc. (66)), a représenté dans la tradition occidentale une réaction contre les excès du normativisme, une manière pour les juges de tempérer une tendance excessive à un dogmatisme abstrait, en un mot un effort pour retrouver le sentiment populaire; il apparaît alors comme un droit naturel applicable à tous, en tous

(63) *Science et technique*, T. I, p. 145.

(64) En ce sens, A. Brimo, *op. cit.*, p. 363.

(65) P. Stein-John Sand, *Legal values in Western Society* (Edinburgh, University Press, 1975; trad. ital. d'A. Maccioni, Milano, Giuffrè, 1981), p. 151 et s.

(66) V. M. Villey, « Historique de la nature des choses », *Archives de Philosophie du Droit*, T. X (Paris, Sirey, 1965), p. 267 et s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

temps, comme un noyau de structure commune à la société occidentale, et, peut-être, comme un moyen de renouer en Europe, après l'exacerbation des nationalismes juridiques, avec un *jus commune*; il satisfait une aspiration plus ou moins consciente de l'ensemble des juristes à ne consacrer que des solutions répondant à une nature des choses: une telle méthode légitime leur travail en ce qu'elle assure une identité de traitement et une prévisibilité aux sujets de droit; de la sorte, l'analyse de la nature des choses permet la nécessaire systématisation du droit, non pas sous la forme d'une déduction intégrale, mais à partir du concret pour un retour au concret à travers divers niveaux de généralités. « Il y a finalement dans l'idée de loi naturelle l'intuition fondamentale que les règles d'action peuvent prendre appui sur l'observation des réalités, mais moyennant un travail de l'intelligence qui dégage les structures et démêle ce que leur intelligibilité appelle » (67): tel paraît bien être le fond de la pensée de Gény.

Ce néo-naturalisme est sans doute plus proche du discours quotidien des juristes-techniciens et praticiens; ceux-ci, généralement peu au fait des subtilités de la philosophie du droit et des avatars du jus-naturalisme, ressentent néanmoins actuellement, de manière souvent plus instinctive que raisonnée (68), la nécessité d'un rempart contre l'arbitraire, entendu comme le règne de la force autant que comme la relativité intellectuelle de règles positives innombrables et contingentes: ils cherchent alors dans le droit naturel soit une valeur, soit une constante, c'est-à-dire, ainsi qu'on l'a théorisé (69), soit le « grand droit naturel de la conscience », soit « le petit droit naturel du bon sens dicté par la nature des choses », qui auraient en commun de prétendre assigner à l'ordre juridique des fondements de caractère universel; avec de telles formules, on

(67) H. BATIFFOL, *La philosophie du droit* (Paris, P.U.F., coll. Que sais-je?, 7ème éd., 1987), p. 75.

(68) Cf. H. MOTULSKY, *Mission pratique de la philosophie du droit*, in *Archives de Philosophie du Droit* (Nelle série, Paris, Sirey, 1952), p. 175 et s., qui rappelle (p. 176) que « les penseurs juridiques estiment et déclarent volontiers, tel Roscoe Pound, qu'ils ne se considèrent pas comme des philosophes, mais tout bonnement comme des juristes qui font leur métier ».

(69) Ph. JESTAZ, *L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature*, in *Revue trimestrielle de Droit civil* 1983, p. 233 et s., spéc. p. 238.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

est alors très proche de « cette philosophie du sens commun vivant et progressif, épuré et affiné par le plus solide et le mieux éclairé bon sens » prônée par Gény (70). Mais cette philosophie, qui s'assigne pour objectif l'adéquation à son époque et à ses besoins, ce *qualunquismo* en un mot, n'en pas une, s'il est vrai, selon le libelle passionnel qu'écrivit Nietzsche contre Richard Wagner, que, ce qu'exige un philosophe, c'est de triompher en lui-même de son temps, de se faire « intemporel », de lutter contre tout ce qui fait de lui en enfant de son siècle, c'est-à-dire un *décadent*; celà confirmerait que Gény n'était qu'un juriste, quoiqu'un juriste humaniste, qui « se sent directement responsable vis-à-vis de ses semblables » et pour lequel « la méthode juridique... exige de ses serviteurs une attention passionnée aux données du réel et exclut le pur jeu de la logique abstraite »; mais, « humanisme, la culture juridique n'est pas un humanisme complet: elle doit demander au philosophe les prolongements et les enrichissements sans lesquels elle ne prend pas sa pleine valeur » (71).

(70) *Science et technique*, T. I, p. 73.

(71) J. Rivero, *La culture juridique*, in *Annales de l'Université de Poitiers* 1951-1952, p. 68 et s., spéc. p. 74-76.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS

# ALGUNAS REFLEXIONES A PROPOSITO DE LA TEORIA DE LA INTERPRETACIÓN EN LA OBRA DE FRANÇOIS GÉNY

1. El « metodo de interpretación y fuentes »: un camino de retorno a la tradición jurídica. — 2. François Gény denuncia la pobreza del metodo de interpretación del positivismo. — 3. Primacia de la ley y sentido de la norma legal: « voluntas legislatoris » o « voluntas legis ». — 4. La necesaria concepción abierta del ordenamiento jurídico y el problema de la analogía. — 5. Del uso y del abuso de la lógica ficticia como conclusion.

## 1. *El « metodo de interpretación y fuentes »: un camino de retorno a la tradición jurídica.*

Para la generación de los que hemos acudido a las aulas universitarias en los años centrales del presente siglo que probablemente ha terminado ya, en torno a 1989, y para los estudiantes de las generaciones inmediatamente anteriores y posteriores, François Gény, aparecía como un clásico: uno de esos autores, cuyos nombre y opiniones, aprende uno por tradución oral, casi desde las primeras lecciones. Efectivamente, y sobre todo en aquel tiempo, acudir a F. Gény era referencia obligada en numerosas materias: ya fuera a propósito del Derecho natural, de la teoría de las fuentes del Derecho, del estudio particular de cada una de ellas, de la analogía o del método de interpretación. Nol en vano sus obras más importantes habían sido traducidas tempranamente (1) y la manualística española le citaba con bastante generosidad (2). Incluso cuando no le citaba, por exigencias

(1) Su *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899 se traduce al español en 1902. Aquí utilizamos la 2ª ed. francesa (reimp. 1954).

(2) Vid. por todos, C. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*, I, Valladolid, 1935 (4ª ed.), págs. 102 y ss. y 113 y ss.; J. CASTAN TOBENAS, *Derecho civil español común y foral*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la economía de la obra, era evidente que sus puntos de vista, en uno u otro sentido, se hallaban incorporados a un discurso doctrinal que tanto en la temática, como en el planteamiento, había que reconducir al pensamiento de nuestro autor.

Pero de todos, seguramente, uno de los méritos más destacados de François Gény, es el de haber sido uno de los iniciadores del camino de retorno a la « tradición jurídica », emprendido en un momento en que, por desbordarse la influencia del positivismo legalista, estaba a punto de borrarse definitivamente, o de perderse por una red de senderos que no iban a ninguna parte, aunque hicieran reflexionar al joven profesor de Nançy, profundamente, como la naciente sociología jurídica (3), o la llamada « escuela de Derecho libre » (4), pero que nunca les llegó a considerar ni siquiera como el cómodo atajo, para alcanzar el camino perdido de un retorno posible. Incluso, a pesar de haber realizado sólidos estudios de Historia, de Derecho romano y de Filosofía del Derecho, como traducen sus obras a cada paso, no se orientó por ninguno de estos caminos, acertando a llevar su investigación, centrándose en algo tan importante como la « teoría de la interpretación », por el verdadero « camino real » de las preocupaciones fundamentales de los juristas de todos los tiempos, como lo muestra su primera gran obra: *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif* (1899). De ésta suerte, al mérito ponderado se añade el don de la oportunidad. Oportunidad del tema y del planteamiento del mismo, gracias a lo cual gozó, casi inmediatamente, de una fama universal: por escribir la obra que los juristas estaban esperando leer.

El otro de los grandes méritos de F. Gény es, sin duda, el haber sido un renovador de la ciencia jurídica, aunque de alguna manera

---

I, Madrid, 1941 (5ª ed.), págs. 56 y ss.; *Ibidem* (12ª ed. actualizada por J.L. DE LOS MOZOS), Madrid, 1982, págs. 413, 431, 537, 544 y ss., etc. y allí, otras referencias.

(3) Representado en aquel momento, sobre todo, por la obra de E. DURKHEIM, a la que se refiere con bastante frecuencia. Vid, por todos, K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2ª ed., Berlin, 1969, págs. 66 y ss.

(4) Que de alguna manera también parte del anterior, pero sobre todo de E. EHRLICH y de G. GURVITCH, para quienes el Derecho, no reside en la legislación, en la ciencia jurídica o en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma, contraponiendo el sistema del Derecho *oficial*, al sistema jurídico global. Vid. K. LARENZ, *Ibidem* y F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967 (2ª ed.), págs. 579 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se halla subordinado al primero. Sin embargo, en su obra, se contienen muchas anticipaciones que, con el tiempo iban a encontrar un caudaloso desarrollo doctrinal. De ésta manera, aparece como el precursor, no sólo del renacimiento del Derecho natural, sino del resurgimiento de una teoría general del Derecho y de una metodología o epistemología jurídicas como lo demuestra su recurso a la « naturaleza de las cosas », su distinción en la construcción jurídica entre lo « dado » y lo construído, de donde deriva su distinción fundamental entre « *science* » y « *technique* », por más que tanto en unos (5), como en otros supuestos (6), la especulación teórica ulterior derive por otros cauces. Pero también aquí su influencia en el momento fué muy importante, como lo muestra la doctrina española que, entre los años veinte y los cincuenta del presente siglo, se ocupó de metodología jurídica (7), debido en particular a una exigencia académica (8).

Estas anticipaciones ya aparecen en su obra, anteriormente citada, pero de nuevo vuelve a ellas en su segunda gran obra: *Science et technique en droit privé positif* (1914-1924), en que trata de

---

(5) Efectivamente, el renacimiento del Derecho natural, tomará después otros caminos, a partir de CHARMONT y de RENARD, en la generación siguiente, en un itinerario que probablemente culmina en J. LECLERQ, con independencia de ulteriores posturas que llevan la « cuestión del Derecho natural » al campo marginal ontólogico y al criterio de la « naturaleza de las cosas », con WELZEL, E. WOLF, H. COING, K. ENGISCH, H. ESSER, etc. Vid. J.L. DE LOS MOZOS, *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, págs. 68 y ss.

(6) Otro tanto sucede, con los derroteros que toma la teoría general del Derecho con ROUBIER, DABIN, RIPERT y otros, dentro del ámbito de la cultura francesa y belga, o en la italiana con F. CARNELUTTI, L. ZAMPETTI o L. LOMBARDI, por cubrir un amplio expectro de las más diversas tendencias, pero que han dejado profunda huella en la moderna metodología.

(7) Así, entre los civilistas: F. CLEMENTE DE DIEGO, *El método en la aplicación del Derecho*, en *Revista de Derecho privado*, 1914, págs. 258 y ss.; *La interpretación y sus orientaciones* (Discurso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 1942; J. GONZALEZ MARTINEZ, en *Estudios de Derecho hicotecario y Derecho civil*, II, Madrid, 1948, págs. 7, 93, 102, 113, 135, 148,160 y ss.; B. PEREZ GONZALEZ, *El método jurídico*, en *Revista de Derecho privado*, 1942, págs. 1 y ss.; A. HERNANDEZ GIL, *Metodología del Derecho*, Madrid, 1945; J. CASTAN TOBENAS, *Teoría de la aplicación y de la investigación del Derecho*, Madrid, 1947.

(8) Dependiente de la exigencia de presentar al concurso para las Cátedras la llamada *Memoria Pedagogíca sobre el Concepto, método y fuentes* de la disciplina.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reforzar anteriores puntos de vista, desarrollando toda una metodología jurídica. Esta superposición o yustaposición ha sido descrita fielmente por Mariano Peset Reig, en el resúmen de su magnífica tésis doctoral (9), desgraciadamente no publicada, a pesar de que hubiera merecido serlo, al decir: « La cuestión del método se articula diferentemente en dos momentos de su vida de estudio, que corresponde a sus dos escritos fundamentales. En 1899, en *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif* se plantea la labor del intérprete, del jurista que busca solución a un caso planteado. No le aprovecha — no es coherente — el método tradicional de basarse en la ley como única solución. Las otras fuentes — costumbre, jurisprudencia, doctrina — se le antojan insuficientes para cerrar la questión. El derecho seguirá presentando lagunas. Verá la solución en la libre interpretación o investigación del derecho, conducida por cauces científicos y objetivos. Su concepto de naturaleza objetiva de la cosas, le servirá de pieza central para que la libertad de interpretación no sea arbitrio. En *Science et technique*, en 1914 a 1924 su posición es distinta. La preocupa el problema del legislador, más que el del jurista que interpreta la legislación. Le preocupa la redacción y preparación de las leyes, la forma o método de realizarlas. Ahora las fuentes pasan a ser meros procedimientos o resultados, pero incapaces de solucionar el modo de legislar. Para revisar esta cuestión precisa una metodología, como acercamiento a los procedimientos o maneras de las ciencias más avanzadas, una epistemología — mera lógica general —, un acercamiento al derecho natural y la distinción entre ciencia y técnica » (10).

Sin embargo, de los dos momentos fundamentales de la obra de F. Gény, sigue pareciéndome mucho más interesante el primero que, por otra parte, fué el que más impacto tuvo en la doctrina, en general, y el que alcanzó, no hay que olvidarlo, una mayor transcendencia histórica. Precisamente la que nuestra generación pudo captar con facilidad, al tomar contacto con la docencia universitaria y la que, por lo demás, suscitara las más entusiastas adhesiones entre la doctrina española. Sobre todo si nos referimos a su parte sustan-

---

(9) *La técnica jurídica fundamental en la obra de François Gény (Un estudio de metodología del derecho)*, Valencia, 1967.

(10) *Ibidem*, pág. 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cial, es decir, a la « teoría de la interpretación » propiamente dicha, ya que no sucede lo mismo respecto de otros temas conexos en los que nuestra doctrina, aferrada a viejos errores, como sucede en materia de costumbre y en una supuesta relación entre costumbre y jurisprudencia, que tienen su origen en la polémica suscitada por la codificación (11), por algún tiempo no entendió, o no quiso entender el verdadero pensamiento de F. Gény. Pero ésto tiene poco que ver con su mérito principal que consiste, como decíamos anteriormente, en haber iniciado el camino de retorno a la tradición jurídica.

De todos modos, cuando en los años posteriores a la última postguerra, se sigue avanzando por ese camino y unas doctrinas se van superponiendo a las otras, la imagen de F. Gény, como la de otros iniciadores del retorno, aunque a veces recurrente, se va difuminando en la lejanía, como si una ley inexorable se impusiera según la cual, a nuevos tiempos, nuevas doctrinas. Otro tanto iba a suceder con el método dogmático, con el perspectivismo idealista sobre el Derecho natural, o con la jurisprudencia de intereses. Sin embargo, nada más contrario a la memoria histórica que debe preservar el jurista, cuando acude a la idea de tradición como cauce en el que se desarrolla la propia experiencia jurídica y que, al presente, es obligado refrescar. Por ello, a la hora de evocar al obra de F. Gény, de su importancia y significado, no es suficiente, llevados de un afán clasificatorio, el clasificarle entre los fundadores de la escuela científica francesa, como generalmente suele hacerse, sino que hay que poner de relieve mucho más, si queremos ser fieles con esa memoria histórica.

Se ha dicho y probablemente ello es cierto que la escuela científica, en todas partes, prolongó la vigencia del positivismo (12), pero tampoco hay que olvidar que no todos los positivismos son iguales, una cosa es el positivismo cientifico que triunfa en la codificación, o en el Pandectismo alemán del siglo XIX, que venía

---

(11) Lo que alcanza a personalidades tan relevantes, como D. De Buen y F. Clemente de Diego, J. Alguer, B. Perez Gonzalez y al propio J. Castan Tobenas (aunque ulteriormente rectifica). Vid. Jose Luis de Los Mozos, *Derecho civil español*, I, *Parte General*, 1. *Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, págs. 607 y ss.

(12) En éste sentido, F. de Castro, *Derecho civil de España*, I, 1955 (3ª ed.), págs. 488 y ss. y, anteriormente, págs. 18 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impulsado por el racionalismo y por la Ilustración, con su pretensión de convertir « el Derecho natural de la razón en el Derecho positivo de los pueblos » (13), pero que no había perdido del todo su contacto con el « *usus modernus Pandectarum* » anterior (14), ni con la tradición jurídica secular, y que el propio F. Gény reconoce en algunos de los comentaristas del *Code civil*, pertenecientes a la Escuela de la Exégesis (15) y otra cosa es el posivitismo que, se advierte en algunos de ellos (16) y que degenera en el llamado positivismo legalista, al que F. Wieacker coloca entre otras manifestaciones del naturalismo jurídico (17). Es, precisamente, contra ese positivismo contra el que reacciona F. Gény. Un positivismo que quería dejar relegada la interpretación a una mera operación lógica. Un positivismo que, desde entonces, se halla siempre dispuesto a renacer y que, cada vez, cobra más importancia en las sociedades modernas, fuertemente tecnificadas (18), lo que devuelve actualidad a su planteamiento. Un positivismo que, por primera vez, aparece con toda virulencia en los tiempos modernos, a fines del siglo XIX, debido a la herencia del Pandectismo y de su « jurisprudencia de conceptos », a la crisis de

---

(13) Por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 322 y ss.

(14) Una aplicación muy interesante de esta evidencia y que sirve de comprobación a lo afirmado en el texto, ha sido estudiada maravillosamente por P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà "moderna")*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985), págs. 401 y ss.; y en la voz « Proprietà (Diritto intermedio) », en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, págs. 225 y ss.

(15) Citando, aparte de MERLIN, a PROUDHON y DURATON y aún a TOULLIER, DUVERGIER y TAULIER, e incluso a TROPLONG: vid. *Méthode d'interpretation*, núm. 9. Por eso el juicio de Ph. REMY, *Eloge de l'exégèse*, en *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1 (1985) y de Ch. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Paris, 1985, págs. 47 y ss., es probablemente demasiado severo, incurriendo en la exageración que se atribuye a F. Gény, aunque no se me oculta que exagerar, para significar, es siempre necesario.

(16) Que aunque atenuadamente aparezca en DEMANTE y en MARCADE es bien reconocible en DEMOLOMBE, AUBRY y RAU y, sobre todo, en F. LAURENT — como más adelante diremos — y a él se atienen G. BAUDRY-LACANTINERIE y A. VIGIE, encontrándose aún en Th. HUC y en Ch. BEUDANT: vid. *Méthode d'interpretation*, núm. 10.

(17) *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 579 y ss.

(18) De modo que el jurista — con el auxilio de toda suerte de ordenadores, terminales y programas por él no programados — nunca ha estado más cerca de convertirse en una « *Deduktionsmachine* » o en una « *Subsumtionautomat* », según describe L. LOMBARDI al final de su espléndido libro, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

los ideales de la codificación y a connotaciones filosóficas anteriormente inexistentes (19).

Por ello, ni el método dogmático, ni la escuela científica que le acepta y desarrolla, iba a derrocar plenamente al positivismo, pero es indudable de que, aparte de frenarle, atenúa sus consecuencias (20). No olvidemos tampoco que, en ese contexto, todavía no hemos llegado a la ilusión del retorno a la tradición jurídica. Illusión que aparece por diversos caminos en torno a los años cuarenta y cincuenta. Para F. de Castro, el gran civilista español del siglo XX, se cifra en el reconocimiento del valor de los « principios generales del Derecho » en cuanto fuente jurídica, en el mismo plano que la ley, aunque no en cuanto norma, sino en cuanto principio (21). De ésta suerte, los principios generales del Derecho, desde mi personal punto de vista, aparecen como Derecho no formulado que acompaña y va unido al Derecho formulado, según revela la tradición jurídica, de manera que el intérprete pueda individualizar y concretar la « regla de Derecho » que de ellos puede deducirse, al llevar a cabo la aplicación e interpretación del mismo (22). Significando que, al hacerlo, entre estos principios, pueda llegar a encontrar o reconocer el Derecho natural u otras categorías racionales o éticas utilizadas por la experiencia jurídica y que aquella misma tradición ha conservado y transmitido secularmente (23).

---

(19) Como el neopositivismo de COMTE, o el pragmatismo de STUART MILL y de BENTHAN y de tantos otros que, de una u otra manera, les siguen y que el propio F. GENY, procura rebatir desde las primeras páginas de su *Méthode d'interpretation*, núms. 7 y ss. y 26 y ss.

(20) Esto se advierte claramente desde el finalismo de R. v. JHERING y desde la propia configuración del método dogmático con su recurso, aunque fuera imperfecto o no satisfactorio, desde pespectivas ulteriores más elaboradas, a la idea de « sistema ». Incluso la misma « jurisprudencia de intereses », da entrada de una manera particular a la existencia o reconocimiento, más bien, de los principios, que como decía F. HECK, constituyen un « mandato en blanco » a favor del intérprete: *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Túbingen, 1932, pág. 32.

(21) *Derecho civil*, cit., I, págs. 448 y ss.

(22) *Norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico*, en *Libro Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, 1975, ahora en *Metodología y ciencia*, cit., págs. 85 y ss.

(23) Para una reciente contribución al concepto de tradición jurídica, vid. BALDASSARE PASTORE, *Tradizione e diritto*, Torino, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pero con independencia de que el retorno a la tradición jurídica no sea más que una ilusión, algo así como el retorno a Ytaca que sólo existe en el mito literario. El tejer y el destejar de la túnica de Penélope, si que recuerda un poco al trabajo de los juristas, cuando va guiado por la fidelidad a unos ideales de justicia, que no cabe negar a la escuela científica y, menos aún, a la obra de F. Gény, tratando de combatir los excesos del positivismo legalista, e iniciando el camino de ese retorno, dando juego a los principios generales del Derecho, y al mismo Derecho natural, cualquiera que sea el papel que se les atribuya. Lo importante es reconocer que el ordenamiento jurídico « no es completo » y que para completarle hay que acudir a una serie de operaciones que dan entrada al discurso jurídico. Poco importa que el Derecho natural quede relegado a un plano ideal (24) o que los principios no sean otra cosa que la luz que penetra a través de una cerrada celosía, ya que, admitida su presencia, de una u otra manera, acabarán por ocupar, con el tiempo, el lugar que les corresponde. Bastará que admitamos, junto a las meras normas positivas, la necesidad de una « dialógica » que haya de explicarlas y, a la larga, completarlas, por más que todo ello deba hacerse conforme a criterios objetivos (25), para que, de esta manera, nos hayamos puesto en el camino de derrocar al positivismo legalista de su pedestal. Este es el significado fundamental de su obra y el mérito más sobresaliente de F. Gény, del que debemos guardar la suficiente memoria, como el mejor de los elogios que puedan hacérsele. Sobre todo, porque su obra se produjo con indudable conciencia histórica, al poseer el sentido de la medida justa que debe existir entre las dos dimensiones del tiempo: la que mira hacia atrás y la que mira hacia adelante. Hacia atrás, contribuyó a poner un freno indudable a la exageraciones del positivismo; hacia

(24) Es cierto que, durante toda la época del neoidealismo que coincide con la escuela científica, desde R. STAMMLER, que indubablemente influyó en F. GENY, hasta los primeros tiempos de G. RADBRUCH, se concibe el Derecho natural como un mero Derecho ideal, o, si se prefiere, como un punto de vista sobre la justicia, que da entrada a las valoraciones sociales o éticas, como en RIPERT o DABIN, pero con el peso del tiempo esto dará entrada a una verdadera « jurisprudencia realista » y, en definitiva, al encuentro con el Derecho natural. Línea en la que se sitúa nuestro autor, incluso un poco más allá de su verdadero inicio.

(25) *Méthode d'interpretation*, núms. 83 y ss. y 87 y ss., 107 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adelante, establece las bases e inicia el retorno a la tradición jurídica en materia de interpretación. Un retorno que todavía no ha perdido actualidad y del que hay que partir para cualquier construcción que se lleve a cabo, por muy lejos que se proyecte, en éste terreno, donde nunca se ha avanzado lo suficiente, pues, el positivismo se halla siempre dispuesto a reaparecer, retornando constantemente, como lo demuestra la experiencia jurídica.

## 2. *F. Gény denuncia la pobreza del metodo de interpretación del positivismo.*

F. Gény no pone en duda la autoridad de la ley — su supremacía — ni de la codificación, sino que denuncia la pobreza del método de interpretación, a la que se había llegado en su tiempo. A ello dedica las primeras páginas de su *Méthode d'interpretation*, especialmente, pero tal punto de vista no le abandonará nunca, será siempre, en todo momento, un punto de partida irrenunciable o inherente a su planteamiento. Incluso ello le llevará a preocuparse en un segundo momento de su obra, en general, del método de elaboración de las leyes. Por otra parte, desde estas primeras páginas, se puede apreciar ya su talante renovador, lo mismo que el sentido que adquiere toda su obra: el intento de iniciar una marcha de retorno a la tradición jurídica, como decíamos inicialmente.

Propiamente, al comienzo de su obra plantea el desencanto entre lo que es y ha sido siempre el saber jurídico y a lo que ha quedado reducido como consecuencia del positivismo. Por ello, R. Salleilles, con la autoridad que le confiere el ser el maestro de su autor, en el prefacio a la primera edición, dirá: « Este libro es más que nada una expresión de franqueza. He aquí que desde hace un siglo vivimos sobre el malentendido de una ficción que ha producido ya todas las ventajas que estaba destinada a procurar y que, por ello, desde hace algún tiempo, no sentimos más que los inconvenientes. Es preciso, por tanto, volver a la realidad » (26). Las ventajas es claro que son las que derivan de la propia codificación, los inconvenientes de la pobreza en que se ha sumido por entonces la vida jurídica francesa, en un momento en

(26) *Méthode d'interpretation*, pág. XIV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que acaba de promulgarse el BGB. Es por ello que F. Gény se plantea la reforma de los estudios jurídicos y por lo que critica duramente, pero con su acostumbrada objetividad, el método de interpretación dominante, evocando simultáneamente, desde la primeras páginas, lo que en la tradición jurídica había sido la tarea del jurista. En plena coincidencia con el discípulo, el propio R. Salleilles, dirá en el mismo lugar: « ¿Porqué no dejar al dominio de la ley lo que de ella procede y reconocer, a su lado, otras fuentes palalelas, teniendo, sino el mismo valor, si, al menos, un valor jurídico positivo?. La costumbre, la tradición doctrinal y científica, en lugar de no ofrecer al intérprete más que creaciones amorfas que él debe transformar en formas jurídicas para su asimilación a la ley, crean inmediatamente, si se puede hablar de este modo, Derecho positivo, Derecho apto para el tráfico y para la sanción judicial. Es a esta demostración — concluyendo así su argumento — a la que está consagrada la obra toda entera, de la que no voy a hacer el análisis, y de la que indico solamente sus objetivos » (27).

Pero, como ya hemos advertido anteriormente, no podemos pedir a éstos objetivos unos resultados que se hallen fuera de contexto y que llegaran a satisfacer nuestras exigencias actuales, ya que, en tal caso, renunciaríamos al más elemental sentido histórico. No hay que olvidar que nos hallamos en los albores de la escuela científica, no más lejos. Pero, a pesar de todo, los resultados no son tan parvos. Por otra parte, como nos recuerda M. Peset Reig, F. Gény, « se halla colocado entre varias corrientes de pensamiento. Pensamiento clásico a través de Boistel y de Cathrein, la dirección de Stammler, los esfuerzos positivistas de Durkheim o Duguit, la filosofía de Bergson. También — singularmente en relación a la técnica jurídica — Rudolf von Jhering. Entre direcciones muy variadas, encontradas a veces. Desde el idealismo que asoma claro en Stammler y Jhering, hasta los intentos de un positivismo acusado en Durkheim. El opta por sintetizar, sin que sea ecléctico pues da coherencia e interna trabazón a la ensambladura de su obra. Es verdad que se debate entre dos polos de pensamiento, entre el atenimiento a la realidad más concreta y el idealismo. Pero logra un cierto equilibrio, sin quizá superar del todo esa dualidad, cuando se

(27) *Méthode d'interpretation*, pág. XXI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

plantea los problemas del derecho » (28). Sin embargo, este juicio certero y documentado, pertenece más bien a su obra en conjunto — en lo que me parece estar de acuerdo con el autor citado — o habría de aplicarse sobre todo a su *Science et technique*. Si bien hemos de recordar que, entre sus dos grandes obras, existe una evidente continuidad, no sólo en los temas, sino también en el planteamiento y en la orientación. De manera que no se trata, podría decirse, de dos obras distintas — salvando lo que anteriormente ha quedado dicho — sino de dos momentos distintos de una misma obra o, al menos, de una misma preocupación teórica fundamental, en lo que creo que todo el mundo se halla de acuerdo. Por ello esa misma tendencia al sincretismo (29), aparece en ambas, y se muestra desde el primer momento. Tendencia que tanto satisface a J. Castán Tobeñas, cuando refiriéndose a su « método de interpretación », en general, le califica de complejo y variado (30), y en otro lugar, expresa que hace gala de sentido conciliador (31), lo que para el autor citado es, sin duda, el mejor elogio.

Pero después de esta observación que parece imprescindible, volvamos al inicio de su *Méthode d'interpretation*, donde comienza por afirmar que la codificación no impide la interpretación, como lo muestra el libre ejercicio de la misma en los primeros comentaristas del *Code civil* (32). Sin embargo, con la codificación y con la legislación, por contraste con otras épocas, hay muy pocas materias en el ámbito del Derecho privado que escapen a la omnipresencia de la ley, dejando a las otras fuentes relegadas a un segundo plano y así, a mediados de siglo, se verá aparecer una nueva generación de

---

(28) *Op. cit.*, pág. 7.

(29) El sincretismo metódico, propio de los juristas, es consecuencia de no tener el Derecho un método propio que sea universalmente reconocido y aceptado, aunque a veces está mal visto dentro de ciertos circulos sapienciales. Esta situación era mucho más patente a fines del siglo XIX, en la época del positivismo legalista. Para salir de ella, no hay más remedio que acudir al sincretismo, como lo intentó F. GENY, yo diría que con éxito. Sin embargo, esta es la censura más importante que la hacen Ph. REMY y Ch. ATIAS, el haber planteado la crítica del positivismo en el terreno metodológico (*Ibidem*, nota 15 *supra*).

(30) *Derecho civil*, cit., I-1 (12ª ed.), pág. 537.

(31) *Ibidem*, pág 538.

(32) *Méthode d'interpretation*, núms. 9 y 37 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

juristas que se han formado en ese acaparamiento de las fuentes del Derecho por la importancia adquirida por la ley, casi en exclusiva. Es, entonces, cuando empieza a degenerar y a empobrecerse paulatinamente el método de interpretación, citando numerosos testimonios. Entre otros el de la « memoria académica » leída por el Decano Blondeau, en 1841, en la que se afirma que « la única fuente de las decisiones jurídicas debe ser actualmente la ley » y aunque, según comenta F. Gény, « admite sin duda su interpretación, pero debiendo proceder de ella misma, de su texto o del espíritu que la ha inspirado, no de ninguna otra fuente extraña » (33). Excluyendo lo que él llama « las falsas fuentes de decisión » que vienen sustituídas por la « voluntad del legislador », citando entre las primeras: « los precedentes o autoridades, los usos no expresamente consagrados por la ley, el sentimiento de equidad, la idea de la utilidad general, los adagios jurídicos o los pretendidos axiomas tomados de la ciencias vecinas. A sus ojos, pues, la ley, ella sola, debe y puede, gracias a una interpretación, en tal suerte interna, bastar a todas las exigencias de la vida jurídica. Cuando se trata de una ley ambigua absolutamente insuficiente, o de leyes contradictorias, en que el pensamiento del legislador, sobre el punto a resolver, le escape, Blondeau llega hasta a decir que, habrá motivos bastante poderosos para abstenerse y deberá considerar estas leyes como si no existieran, rechazando la demanda » (34).

Salvo esta última exageración, comenta F. Gény, las ideas de Blondeau, deviene la base del método enseñado y practicado, por la mayoría de la doctrina, ligeramente atenuado en ciertos autores, pero bien reconocible en algunos de los representantes más cualificados de la Escuela de la Exégesis, citando expresamente, entre ellos, a Demolombe, Aubry y Rau y, sobre todo, a F. Laurent (35). Es posible que, nuestro autor, al poner el énfasis en esta degradación del método de interpretación, haya exagerado un poco, como recientemente se le atribuye (36). Pero, lo que no cabe duda que esa

(33) *Méthode d'interpretation*, núms. 10 y 12 y ss.
(34) *Ibidem*, núm. 10.
(35) *Ibidem*.
(36) Pero la verdad es que, al menos en esta parte de su obra, no generaliza, ni se

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degradación o empobrecimiento se manifestaba en la doctrina con tanta naturalidad que tenía que herir a la sensibilidad de un jurista que se había formado sólidamente en su oficio y que había acumulado un importante bagaje intelectual, desde el que contempla el panorama de su tiempo. ¿Cómo no le va a herir el que los autores alemanes, sigan hablando de interpretación del Derecho, o de reglas de Derecho, y la doctrina francesa sólo hable, apenas, de interpretación de las leyes?. ¿Cómo puede uno quedar indiferente ante ciertas afirmaciones?. Afirmaciones que lejos de suscitar escándalo, son acogidas como lo más natural, o incluso, como expresión de la ciencia positiva de la legislación!.

Sin embargo, no discute ni pone en duda, la importancia de la ley, ni la primacía de la ley, como fuente del Derecho (37). Lo que pone en duda es esa suerte de totalitarismo legalista, especie de fetichismo legal o de « beatería de la ley » como diría Ortega y Gasset, que lleva a afirmaciones, no sólo exageradas, sino claramente erróneas. Así, cita la opinión de Vallette, en 1871, que afirma: « Se ha legislado tanto, sobre todo después de 70 años que será bien sorprendente encontrar un caso que haya quedado fuera de las prescripciones legislativas » (38). Añadiendo la más reciente opinión de Th. Huc que viene a repetir lo mismo: « Los casos en los que la ley es verdaderamente insuficiente, son extremadamente raros, y casi siempre un argumento de analogía suministrará al juez un principio de solución » (39). ¿Pero qué analogía?. Uno puede permitirse, en el contexto en que a ella se acude, ponerla en tela de juicio. Bastará, en fin, que recordemos aquí las palabras de Demolombe, suficientemente expresivas al respecto, cuando afirma, « mi divisa, mi profesión de fe es la siguiente: Los textos ante todo!. Publico un curso de *Code Napoléon*, tengo por objetivo interpretar, explicar le *Code Napoléon* mismo, considerado como ley viviente, como ley aplicable y obligatoria; y mi preferencia por el método dogmático no me

---

refiere a toda la Escuela de la Exégesis, sino a algunos autores que, mal que bien, forman parte de ella.

(37) *Ibidem*, núms. 92 y ss., principalmente. J. CASTAN TOBEÑAS, *Op. cit.*, I-1, págs. 544 y ss., siguiendo su doctrina y la de la escuela científica italiana.

(38) *Méthode d'interpretation*, núm. 12.

(39) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impedirá tomar siempre por base los artículos mismos de la ley » (40). Efectivamente, para F. Gény, hay algo de cierto en estas palabras en cuanto que alude a la primacía de la ley, pero con ello no se ha agotado, de una manera apodíctica, el proceso de su interpretación. Un proceso necesariamente variado y rico, dado que la vida social, fluye y cambia, constantemente, nunca queda petrificada por encanto del acto legislativo. Además no hay porque dejar de acudir a las otras fuentes de las que siempre se había servido la interpretación, costumbre, tradición y autoridades, doctrina científica y jurisprudencial, equidad, etc.

De esta manera, la interpretación queda reducida a nada, a una operación secundaria, mecánica, a una trivialización de su verdadera imagen y que, dado el exclusivismo legalista, parte de una especie de ficción, a la que todo el mundo conspira. Pero este método de actuar no tiene nada que ver con la construcción jurídica, sino que se acerca visiblemente a la manera del positivismo lógico del siglo XIX, al que se refiere F. Gény, en uno de los primeros capítulos de su obra, despues de haber puesto de relieve los fallos del método de interpretación dominante y de haber tratado de recrear los modelos de la construcción jurídica. No basta con decir, pues, que la interpretación tal y como la concibe el positivismo queda relegada a una mera operación lógica. Porque la lógica es imprescindible en todo proceso de interpretación (41), sin su interposición no se puede dar paso, correctamente, a la « dialógica », dialéctica o retórica que, en ella, desempeña un papel principal (42). Pero no hay que olvidar que la lógica a la que se refiere esta degradación o trivialización de la interpretación, es la que pone en escena, como recuerda C. Perelman, el positivismo lógico del siglo XIX « que aunque ha retomado las exigencias de claridad y de rigor del racionalismo, son expresión no en términos de razón y de ideas claras y distintas, sino en términos de lenguaje » (43).

Contra este préstamo conceptual del positivismo filosófico en

---

(40) *Méthode d'interpretation*, núm. 13.

(41) U. Klug, *Lógica jurídica*, trad. esp., Caracas, 1961.

(42) Vid. R. Groschner, *Dialogik und Juisprudenz*, Tübingen, 1982.

(43) *L'usage et l'abus des notions confuses*, ahora en *Ethique et Droit*, Bruxelles, 1990, págs. 803 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

boga, es contra el que reacciona F. Gény y, en esa reacción se halla contenido el gérmen de toda su obra, rebelándose contra ello. ¿No va a tener el saber jurídico su propio método, como lo tienen otras ciencias?. Por ello, primero, hay que efectuar, de nuevo, la crítica del método actual, en el que ha quedado sumido, por sus indudables carencias, la interpretación del Derecho; después, ascendiendo gradualmente, en diversos niveles o momentos de una misma preocupación intelectual, hay que consolidar ese método de interpretación y, finalmente, desde ahí, hay que tratar de diseñar el método de la ciencia del Derecho, lo que trata de culminar en su *Science et technique*, como ya hemos anticipado. Es como la ascensión a una montaña, el montañero camina a un paso contenido pero rítmico y constante, para conservar las fuerzas, va, poco a poco, ganando altura a medida que va subiendo y, con ello, va ampliando perspectivas, componiendo perfectamente el paisaje de los valles. Unicamente, al alcanzar los niveles más altos de la cumbre, los celajes de la niebla, llevados rápidamente por al viento, le impiden captar, en su totalidad, el armonioso conjunto.

Por nuestra parte, ahora, usando de la metáfora montañera propuesta, vamos a quedarnos a un poco más de media altura o, a lo sumo, donde se inician los repechos que finalmente acaban por llevar a la base de las cumbres, en aquella parte de su *Méthode d'interpretation* en la que inicia y desarrolla un diseño del método de interpretación (44), para, de este modo, fijar nuestra atención en alguna de sus construcciones más importantes y duraderas. No obstante, no está de más volver a recordar que la crítica — que el propio autor califica de crítica negativa — que hace del método del positivismo legalista alcanza, en todas partes, una acogida muy favorable (45).

### 3. *Primacía de la ley y sentido de la norma legal: « voluntas legislatoris » o « voluntas legis ».*

La llamada *supremacía* de la ley, propia de los sistemas de Derecho codificado, como ya hemos anticipado no supone, en modo

(44) Precisamente al comienzo de la *Tercera Parte* (núms. 83 y 108).

(45) *Méthode d'interpretation*, núms. 31 y ss. como acreditan las referencias contenidas en la segunda edición revisada (de 1954) que es la que manejamos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alguno, como nos dirá el propio F. Gény después de una investigación histórica sobre la noción de codificación en el Derecho francés moderno, una « soberanía exclusiva » de la Ley (46), ni que ella sea la única fuente del Derecho, aparte de que siempre quedará en píe la cuestión de la distinción entre fuentes *formales* y fuentes *materiales* del Derecho, tradición y autoridades, de la que hace un uso constante, con oportunidad y acierto (47).

Pero ésta supremacía que nadie discute, salvo cuando se utiliza, como ha sucedido entre nosotros, como oposición a la codificación, siguiendo una corriente trivializadora que ha confundido y falseado por completo los designios de la Escuela histórica (48), llegando a soluciones realmente pintorescas, más que nada por ficticias (49), tampoco supone, en modo alguno, que no sea necesario, por razones lógicas acudir a su interpretación para fijar el *sentido* de la norma que establece (50). Lo contrario es caer en el fetichismo de la ley escrita, al considerar que la interpretación no es necesaria, conforme al aforismo « *in claris non fit interpretatio* » que tiene, naturalmente, otro significado; o que no es conveniente y que incluso es perjudicial, lo que puede dar lugar a que la interpretación se prohiba, como ha sucedido en algunos épocas, en el Bajo imperio y en algunos momentos del absolutismo, manifestándose modernamente en la técnica del « *référé législatif* », aunque bien pronto desaparece. Esto no sería más que expresión de una concepción simplista del ordenamiento jurídico. La que se atribuye a Napoleón cuando al enterarse de que había aparecido el primer comentario del *Code civil*, exclama: « *Mon Code est perdu* » y que el propio F. Gény pone en duda (51), teniendo en cuenta que ni los comentarios han prejudi-

(46) *Méthode d'interpretation*, núms. 35-50 y 92 y ss.

(47) *Ibidem*, núms. 87 y ss. y 101 y ss.

(48) Vid. J.L. DE LOS MOZOS, *La cultura jurídica del Código civil: una aproximación a su estudio*, en *Centenario del Código civil*, I, Madrid, 1991, págs. 663 y ss.

(49) Como el reconocimiento de la costumbre « *contra legem* » y de su colocación en el primer rango de la prelación de fuentes del Derecho Navarro (ley 2 de la Compilación de Derecho civil de Navarra).

(50) *Méthode d'interpretation*, núms. 95 y ss.

(51) *Ibidem*, pág. 23, núm. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cado la vigencia de los códigos, ni la existencia de éstos ha impedido la libertad de la interpretación jurídica (52).

¿Pero que tiene que indagar el intérprete, la voluntad del legislador o la voluntad de la ley?. ¿En que momento se debe poner el intérprete, en el origen o en el momento de su aplicación?. Aquí la postura de F. Gény, no solamente es clara y terminante en favor de la «*voluntas legis*», sino que combate, con toda suerte de argumentos la postura contraria que era, hasta entonces, dominante. Llevando a cabo una de las aportaciones más importantes de su «método de interpretación» y que viene fácilmente asumida por los más cualificados representantes de la escuela científica, en todas partes. Incluso posteriormente, esta aportación fundamental de nuestro autor queda incorporada a la moderna doctrina de la interpretación, aunque no sin matices, pero ésta es otra cuestión. Aquí sólo nos interesa la línea argumental que sirve de fundamento al cambio de orientación que lleva a cabo, en su tiempo y que se corresponde, en lo sustancial, con la doctrina citada. En primer lugar, la interpretación jurídica, no sólo es una representación del ordenamiento jurídico, sino de algo que tiende a realizarse socialmente, averiguando cuales son las reglas jurídicas aplicables (53). En segundo lugar, la función interpretativa es por un lado, una función *cognoscitiva* y, por otro, una función de *mediación* o de concreción, entre lo normativo y la realidad social (54). Esto supone, según diría F. Gény, el sacrificio de la voluntad subjetiva que ha dictado la norma, pues, pasa lo mismo con los actos jurídicos, no pudiéndose olvidar que también la ley es un acto humano (55). Se trata, como dirá E. Betti, «de una exigencia que solicita la espontaneidad del que es llamado a entender y que no puede ser satisfecha sin su activa *colaboración*. Exigencia que parte de un *objeto*, constituído de forma representativa, y que se dirige a un *sujeto*, que es espíritu actual

(52) F. DE CARDENAS, en el prólogo a los *Comentarios del Código civil español* de J.M. MANRESA, I, Madrid, 1903 (2ª ed.), págs. V y ss. atribuye la frase de Napoleón al comentarista MALEVILLE.

(53) *Méthode d'interpretation*, núms. 95-99.

(54) J.M. RODRIGUEZ PANIAGUA, *Interpretación y aplicación de la ley*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 235 (1973), pág. 442.

(55) *Méthode d'interpretation*, núm. 97.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

viviente y pensante, dispuesto y puesto a entender según los intereses de la vida presente... — donde F. Gény acogía el impacto de la contemporánea sociología, pero no sus deformaciones — Estos dos términos del proceso — sigue diciendo el maestro Betti — son los mismos dos términos que se vuelven a encontrar en todo proceso cognoscitivo, aunque vengan caracterizados por particulares cualificaciones... Pero, en cualquier caso, siempre que se trate de una interpretación del espíritu humano, aquella asume un papel idéntico, dando lugar a « una *inversión* del proceso creativo en el proceso interpretativo, una inversión por la cual, en el *iter* hermeneútico, el intérprete, deberá volver a recorrer en sentido retrospectivo el *iter* genético operando en sí su pensamiento ». Añadiendo que, el punto delicado está en esa *transposición*, en la que, el intérprete, debe ajustarse a una exigencia de *objetividad*, en cuanto la reproducción, el repensamiento debe ser lo más adaptado y fiel que sea posible al valor expresivo de la forma representativa que se trata de entender, una exigencia por tanto, de subordinación. Pero como tal objetividad no es actuable sino a través de la subjetividad del intérprete, depende de su sensibilidad, del valor expresivo de aquella y de su capacidad para remontarse a un grado de conciencia a ella adecuada. Es decir, el intérprete es llamado a renovar y a reproducir el pensamiento ajeno en su interior, como algo que se vuelve propio — lo que da pleno significado a la distinción entre fuentes formales o *externas* y fuentes materiales o *internas* (56) — pero si bien se ha tornado propio debe al mismo tiempo enfrentarse con ello, como con algo que es objetivo y ajeno. En la antinomia están, a un lado, la subjetividad inseparable de la *espontaneidad* del entender, del otro, la objetividad, por así decir, la *alteridad* del sentido que se trata de obtener » (57). Hay momentos en que parece uno estar oyendo a F. Gény, cuando después de lanzarse, en una apertura de las fuentes, por la tradición y las autoridades, se queda en un punto medio, para valorar las posibilidades y objetivos que por ese camino se pueden alcanzar (58), con la finalidad de obtener la adaptación necesaria de

(56) *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. esp., Madrid, 1975, págs. 29 y ss.

(57) *Interpretación*, cit., págs. 30-31.

(58) *Méthode d'interpretation*, núms. 87 y ss. y 100 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la norma a las circunstancias de la vida social, como objeto propio de la interpretación (59).

Esta manera de entender la interpretación, trata en algún modo de evitar un resultado no sólo no querido por el legislador, sino, en general, poco deseable, pues como dice el proprio F. Gény, « a medida que se aleja de su origen el texto legal pierde su virtud primera, se degrada poco a poco por el uso y puede suceder, a veces, que cambie fundamentalmente su sustancia », pero en cualquier caso el intérprete debe « reaccionar, en lo posible, contra las deformaciones nacidas del movimiento social — no olvidemos que escribe en un momento en que L. Duguit había inventado la teoría de la "solidaridad", mientras que G. Hauriou era un institucionalista convencido — para volver a encontrar en la ley escrita la decisión firme, segura, tan invariable como sea posible — principio de la *alteridad* — que es el fruto propio, según su misma esencia; tiene que asumir la voluntad que la ha creado y tratar de reconstruir esa voluntad en su pureza y primera energía » (60). Es decir, procediendo mediante la « heterogénesis » que acompaña en la fase del *entender* a todo proceso interpretativo, para reconstruir la verdadera « *voluntas legis* » que tiene algo de objetivo, en la fidelidad que cabe exigir a todo *iter* hermeneútico, por expresarnos en los términos en que lo haría E. Betti. Por ello, parece exagerada la censura de F. de Castro, a esta manera de entender la interpretación, arguyendo en contra, con la cita de E. Betti, como si, en tal caso, se estuviera confundiendo la interpretación histórica con la interpretación jurídica. Así, dice F. de Castro que « El error inicial e insuperable de esta doctrina estriba en la separación que se pone entre legislador y súbdito; mantiene, con sólo mayor flexibilidad, el pensamiento de la teoría legalista, aisla la actividad legislativa de la vida de la comunidad nacional y cierra los ojos al hecho de que son las tradiciones, las creencias y las aspiraciones del pueblo las que animan y las que dan sentido a la ley » (61). Pero, no puedo estar de acuerdo con éste juicio que, por un lado, me parece desproporcionado y, por otro, acude a

(59) *Ibidem*, núm. 98.
(60) *Ibidem*, núm. 97 *in fine*, pág. 264.
(61) *Derecho civil de España*, cit., I, pág. 498.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una referencia que, aparte de ser confusa, no me parece exacta o, al menos, no se halla traída al contexto con oportunidad.

En general, en lo único que difiere la teoría de F. Gény, de la teoría moderna de la interpretación jurídica, es en que ésta ha engarzado, en una profundización teórica muy plausible, con la teoría de la interpretación en general, tal y como se expone a partir de G. Humboldt, H.G. von Herder y F. Schleiermacher, y modernamente, por H.G. Gadamer (62) y E. Betti (63), entre otros. Lo que se traduce en la incorporación al discurso de una fundamentación que a principios de siglo era impensable. Sin embargo, sorprende en F. Gény el que llegara a una serie de anticipaciones lúcidas que justifican esa calificación de precursor que anteriormente le hemos atribuído. Esto se manifiesta, tanto en la utilización de la interpretación histórica, en sede *técnica*, por utilizar palabras de E. Betti, como en la vinculación a ella de la libertad del intérprete y en la articulación de sus límites que operan en dos momentos distintos, en la fase del *entender* y en la fase de *completar* el sentido literal que ofrece la norma, en la que se acude fundamentalmente a la idea de *sistema* (64). En la primera fase, se examinan los elementos de la verdad histórica de la ley, donde aparece la *ratio legis* originaria de la norma que hay que distinguir de la *occasio legis*, siendo a través de esta indagación donde uno puede apreciar el « *esprit historique* » del legislador, lo mismo que los « principios » que inspiran el texto legal. Lo que lleva, en una segunda fase, a la comprobación *sistemática*, para verificar si la norma así interpretada no es contraria al sistema, cuestión que unicamente no se plantea en las leyes excepcionales (65). Planteamiento en el que existe una indudable referencia al canon hermeneútico de la totalidad y de la coherencia.

Bien es cierto que la utilización de la idea del « sistema » no le pertenece en exclusiva, sino que es común a toda la escuela científica. Pero esto no quita importancia a la oportunidad de su

---

(62) *Verdad y método. Fundamentos de una hermeneútica filosófica*, trad. esp., Salamanca, 1984.

(63) En diversos trabajos, pero sobre todo en su monumental obra, *Teoria generale dell'interpretazione*, I y II, Milano, 1948-1955.

(64) *Méthode d'interpretation*, núms. 103 y 177.

(65) *Science et technique*, II, págs. 350 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

utilización en el fundamento de la tarea interpretativa. En cambio, explica la crítica de F. de Castro a toda la escuela científica por la desconfianza que le suscita ésta idea del sistema, tanto por el abuso que de ella se ha hecho, desde posiciones racionalistas o positivistas (66), como por partir el maestro de una idea netamente iusnaturalista. Objeción que me parece superada en la medida en que el concepto dominante de la idea de sistema, discurre en la actualidad, precisamente gracias a los avances teóricos en materia de interpretación, por otros caminos, sin duda, aceptables desde su punto de vista (67). Orientación a la que no es extraño el pensamiento de F. Gény, sino que se encuentra anticipadamente en la misma línea. Así, volviendo al canon hermeneútico de la totalidad, dirá, en un sentido distinto, pero todavía mucho más ajustado a las exigencias del mismo, que la ley no se presenta en forma aislada, sino como fracción de un conjunto. Lo que evoca el famoso texto de Celso: « *incivile est, nisi tota lege perspecta una alicua particula eius proposita iudicare vel respondere* » (D,1,3,24) donde la lógica jurídica, separándose de la lógica formal, se adapta al canon de la *totalidad*, infundiéndole el espíritu de la conexión de la norma al conjunto orgánico regulativo (68).

---

(66) Así, afirma que « no es imprescindible para el Derecho, pero es de una gran utilidad para la claridad que para su conocimiento produce. En cambio, sacarlo de su función instrumental y querer basar en la perfección y en la elegancia del sistema la autoridad del Derecho o pretender atribuirle una mística fuerza jurídica productora, son atentados inadmisibles contra la dignidad y la naturaleza del Derecho (*Derecho civil de España*, cit., I, pág. 494). Aceptando, por lo demás, éstos límites, yo he tratado de desarrollar un concepto aceptable de sistema: *Derecho civil*, I-1, cit., págs. 529 y ss.

(67) Para ello, hay que partir de los principios generales del Derecho: en este sentido el propio F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit. I, pág. 494; J.L. DE LOS MOZOS, *Norma, principio y sistema...*, en *Metodología y ciencia*, cit., págs. 87 y ss., 11 y ss., siguiendo a WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen System im Bürgerlichen-Recht* (« Rektoratsrede »), Graz, 1950; J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho*, trad. esp., Barcelona, 1961, págs. 52 y ss., 72 y ss., 278 y ss.; K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. esp., Madrid, 1967, pág. 236; H. COING, *Zur Geschichte des Privatrectssystem*, Frankfurt/M., 1962; y *De juristischen Auslegungsmethoden und die Lehre der allgemeinen Hermeneutik*, Köln, 1959; F. MULLER, *Juristische Methodik*, Berlin, 1971, págs. 188 y ss., etc.

(68) Donde aparece — según dice E. BETTI — de forma evidente « una arista polémica dirigida contra las atomizantes cavilaciones de los retóricos, interesados en

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En definitiva, toda la construcción de F. Gény, se basa, por un lado, en el respeto de la ley como expresión de la voluntad general, conforme a las reglas del juego democrático, por lo que deja en su sitio a la función jurisdiccional, rehuyendo las tentaciones de un judicialismo exagerado que no encuentra justificación constitucional alguna, pero teniendo en cuenta que la construcción jurídica, dentro de ese orden, tiene sus propias exigencias que vienen impuestas por la naturaleza de las cosas y por la propia tradición histórica del saber jurídico, invocando como apoyo el parecer de G. Vico, según el cual, « toda jurisprudencia se apoya sobre la razón y la autoridad »... la razón halla su fundamento « en la necesidad de su naturaleza, la autoridad en la voluntad del legislador » (69). De éste modo, con un razonamiento que hemos simplificado, su diseño (« *esquisse* ») de un plan de reconstrucción del método y de una teoría de las fuentes, y páginas más adelante, con la autoridad doctrinal invocada, su exposición del propio método de interpretación de la ley, cobra plena fundamentación y coherencia.

Poco importa que, en su construcción, los principios generales del Derecho, no aparezcan como formando parte del Derecho positivo, ya que el *Code civil* nol contiene ningún precepto que permita considerarles como fuente del Derecho, en sentido formal, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (70) y especialmente en el Derecho español (arts. 6º y 1º Cc. esp., en su redacción originaria y actual, respectivamente), para que puedan desplegar una función parecida a través de la interpretación. Lo mismo sucede con el lugar en el que queda situado — como Derecho ideal — Derecho natural, pues basta con que se admita, y en ello no hay duda alguna, el papel que desempeña la tradición jurídica.

---

arrancar todo sentido plausible a la claúsula contractual (*lex*), o en hacerla decir cosas diferentes de su espíritu y sentido global en la órbita del contrato » (*Interpretación*, cit., pág. 33).

(69) *Méthode d'interpretation*, núms. 92 y ss.

(70) La expresión « principios generales del Derecho », es propia y genuina del Código civil español, aunque pueda ser universalemente compartida, como así sucede, concretándose, en el mismo, fundamentalmente como principios contenidos en la tradición jurídica (Base 1ª), según la propia Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, aunque no se cierre a otras posibilidades, como es evidente. Fórmulas distintas han utilizado el ABGB (§ 7), o los Códigos civiles italianos de 1865 y de 1942.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

## 4. *La necesaria concepción abierta del ordenamiento jurídico y el problema de la analogía.*

Podríamos poner de relieve otros muchos aspectos de la obra de F. Gény, relacionada con la interpretación de la ley, en los que sus puntos de vista se han convertido en una verdadera « *communis opinio* », como pasa respecto del valor de los trabajos preparatorios (71), por citar alguno, o con cuestiones relacionadas con ello como la, ya aludida, de su clasificación de las fuentes del Derecho, pero es imposible hacerlo en un momento como este, baste citar, por todos, que su construcción en torno a la averiguación de la « *voluntas legis* », en Derecho español, viene avalada y reconocida, con creces, por la nueva redacción data al art. 3º-1 Cc. (72), por más que se trate de una norma meramente interpretativa y que tiene unicamente un valor heurístico (73), como el mismo defendía (74).

Por ello, vamos a ocuparnos de otro problema que completa, en el extremo contrario, podríamos decir, su concepción abierta del ordenamiento jurídico, ocupándonos brevemente de la analogía, aunque también podríamos haberlo hecho respecto de la equidad, sino consideraramos que, entre Derecho y equidad, no existe separación fundamental alguna, sino una evidente continuidad, como el propio F. Gény estima, por otra parte, y que, por ello, se deduce u obtiene, lo mismo que el Derecho, mediante la interpretación. Mientras que, en la analogía, no sucede lo mismo, pues, ya no se trata de interpretación propiamente dicha, aunque el problema que resuelve, o trata de resolver, opere mediante una transposición interpretativa, si de este modo puede hablarse, pero no se trata de propia interpretación. Por ello, lo importante que me parece oportuno resaltar, es, más que su teoría sobre la analogía, el lugar que ocupa en relación con la interpretación misma, pues, no se trata de averiguar una voluntad, sino de suplirla, « sea realmente ausente, sea

---

(71) *Méthode d'interpretation*, núms. 104 y 105.

(72) Cfr. « La normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las mismas ».

(73) J.L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil*, cit., I-1, págs. 550 y ss.

(74) *Méthode d'interpretation*, núms. 88-90 y 112, 124 y 128.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insuficientemente consciente por sí misma, para tener la virtud de imponerse » (75), por utilizar sus propias palabras.

« Según esto — dirá el propio F. Gény — estimaré que, en principio, es preciso eliminar de la esfera legítima de la interpretación, toda averiguación de intenciones, orientada a conocer, no lo que el legislador ha efectivamente querido y resuelto, sino aquello que él *hubiera* decidido, si su pensamiento se hubiera proyectado sobre tal objeto. Con mayor razón, no estaría dispuesto a admitir, *en tanto que interpretación de la ley*, esta actividad, recomendada por Windscheid, y que consiste en buscar, detrás de lo que el legislador ha querido, lo que el *habría debido* racionalmente querer, como medio de corregir las faltas o los errores de sus deducciones » (76). Para solucionar este problema, dirá más adelante, hay que acudir a otra rama distinta del método. En otros términos, la decisión debe ser demandada a otra fuente formal, o deducida por la libre investigación científica, de la que se derivan grandes ventajas — añadirá en sede conclusiva — en toda la esfera del Derecho privado positivo (77). Pero todo esto, ha de entenderse dentro de la proporción debida, sin exagerar ninguno de los dos extremos, para llegar a admitir, lo que en general ha devenido también « *communis oponio* », unicamente, la « *analogia legis* » por coherencia en definitiva con el orden constitucional y de acuerdo con la teoría de la división de poderes (78).

En la parte primera de su *Méthode d'interpretation*, cuando lleva a cabo la crítica negativa del método positivista, pone por otra parte de relieve la realidad de las « lagunas del Derecho », como un hecho innegable que ya habían puesto de relieve los juristas romanos (Juliano, D,1,3,10) (79). Puede pensarse que la intención del legislador y más que la intención, su aspiración, sea la plenitud del ordenamiento legal, pero la realidad es que esto no se consigue

---

(75) *Ibidem*, núm. 106, pág. 301.

(76) *Ibidem*.

(77) *Ibidem*, págs. 303-304.

(78) Vid. J.L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil*, cit., I-1, págs. 588 y ss. y allí referencias.

(79) Cfr. « *Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit et ea, quae plerumque accidunt, contineri* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nunca de una manera perfecta, de modo, que el espacio vacío (« *leerer Raum* ») aparece por doquier (80). Tampoco puede acudirse, en este caso, a la idea de la *plenitud lógicamente necesaria de la legislación escrita*, como variante propuesta por el proprio F. Gény de la « *logische Geschlossenheit des Rechts* », ya que la mera lógica ficticia no puede colmar las lagunas por insuficiencia de los textos legales. Como el mismo dice, « la organización jurídica positiva, aún la más perfecta, deja inevitablemente abiertos ciertos huecos, que la sola lógica es impotente a llenar, y ante los cuales, por consiguiente, la interpretación que no puede rehusar las soluciones reclamadas por la vida, necesita para cumplir por entero su misión de medios independentes de las fuentes formales » (81). Pero para hacerlo, hay que evitar « los dos excesos que caracterizan el método tradicional de interpretación jurídica (exageración del elemento legal y abuso de las abstracciones lógicas) » (82). Para ello, ni el jurista debe pretender sustituir al legislator, ni depender de la supuesta plenitud del ordenamiento legal que, más que una ficción, no pasa de ser una metáfora indirecta del mito de la « *voluntas legislatoris* » que llevaría a la negación de la « analogía », como medio de solucionar el problema de las lagunas que aunque ya aparece, como adecuado, en el Derecho romano (83), no se desarrolla hasta la doctrina del Derecho común, en relación con la teoría de la « *ratio legis* » (« *ratio pro lege habetur* », decían los glosadores), lo que lleva a Bártolo a afirmar: « *si non reperitur per legem dispositum, tunc licet extendere ad similia* » (*Ad* C,1,14,5), donde se halla ya contenido el principio de la analogía, el que, ulteriormente, deviene un « principio general del Derecho », que toma su origen en la « *naturalis ratio* » y que permanece en la tradición jurídica hasta la época de la codificación. Así, Antonio Gómez, en su *glosa* de la *Ley 1ª de Toro* (de 1505), puede afirmar que « *deficiente lege et consuetudine, recurrendum est*

(80) Vid. J.L. DE LOZ MOZOS, *Derecho civil*, cit., I-1, págs. 582 y ss.

(81) *Méthode d'interpretation*, núm. 212, pág. 360.

(82) Idea que aparece como una constante en su *Méthode d'interpretation*, núms. 35, 60, 61, 80, 81, 108 y ss.

(83) JULIANO (D,1,3,12): « *Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi; sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni pracest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*a rationem naturalem* », hasta que, por influencia del iusnaturalismo humanista de las escuelas de Salamanca y Alcalá, se generalice, en todas partes, a comienzos del « *usus modernus Pandectarum* », el apotegma: « *ubi eadem ratio, ibique eadem dispositio* » y con independencia de que sea, o no, acogido por los códigos, de una u otra manera (84), como hemos expuesto en otro lugar (85).

Otra es la cuestión, de hasta donde hay que llevar las consecuencias de si la analogía entra o no a formar parte de la interpretación. Es evidente que no formará parte de la misma, cuando esta se refiera solamente a la interpretación de las leyes, en sentido estricto, pues como antes indicábamos, en tal caso, nada hay que interpretar. Por otra parte, la imposición de unos límites rigurosos a la interpretación, dejando fuera la analogía, depende en el desarrollo del pensamiento de F. Gény, del rigor con que lleva a cabo la crítica del método de interpretación del positivismo, que suele llamar método tradicional, puesto que es el dominante en el Derecho francés, en la época en que escribe. De todos modos, esta es una cuestión que, en definitiva, depende del sistema de fuentes establecido en cada ordenamiento jurídico: en Derecho español, la analogía es como un « principio general de Derecho » y aunque como operación lógica dependiente de la « *naturalis ratio* », se la pueda separar o distinguir de los principios generales del Derecho, como tal, ella se encuentra, no sólo en la base de los mismos, sino también en íntima conexión con ellos, no pudiendo concebirse como una función independiente, a pesar del nuevo texto del art. 4º-1 Cc. (86), sino en estrecha relación con ellos que por algo les viene atribuída una función *integradora* y *correctora* del ordenamiento jurídico (art. 1º-4 Cc.) (87), donde cobran una especial relevancia los llamados principios « sistemáticos ». Por eso, se ha dicho certeramente que, « no solamente es el concepto de lo axiológico y de lo finalista lo que

(84) Bien como lo hace el ABGB (§ 7) y el discutible y discutido art. 1º-2 CCS.

(85) *Derecho civil*, cit., I-1, págs. 405 y ss. y 582 y ss.

(86) Cfr. « Procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón ».

(87) Cfr. « Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hay que tener en cuenta al aplicar la analogía, sino también las líneas tendenciales de los principios generales informadores del ordenamiento jurídico » (88). El que esta construcción no coincida absolutamente con la de F. Gény, por las razones ya apuntadas, no quita fuerza a su argumento, cuando discurriendo sobre el tema lo que pretende es reforzar la coherencia de su método de interpretación.

De ésta suerte, la conclusión a la que llega, después de examinar la doctrina alemana contemporánea relativa a la analogía, es perfectamente aceptable, pudiéndose asumir, en tal contexto, la separación que realiza entre analogía e interpretación de la ley escrita. « Para llegar a este resultado — dice — abandonando francamente la ficción por la cual el Derecho escrito positivo constituiría, por sí mismo, un sistema completo, susceptible de bastarse en todo por su simple desenvolvimiento orgánico. No, no hace falta que se niegue o se ponga en duda su preciosa fecundidad. Ello supondría negar la analogía. Antes al contrario, aquel ensanchamiento la mantiene, si se ve en ella unicamente una pieza esencial — lo que sería tanto como situarla dentro o en estrecha relación con los principios generales del Derecho — de un conjunto más general, la naturaleza de las cosas, que por sí sola es tan vasta que puede contener en ella todas las soluciones jurídicas. Desde entonces, y en el conjunto, el sistema jurídico positivo, objeto de la elaboración analógica, aparece como un hecho social que, en sí mismo, y según su naturaleza, contribuye a colmar las lagunas de la ley, sin pretender ser suficiente para ello. De ésta suerte, la analogía no será ya obra de pura interpretación de textos. No razonará sobre la voluntad, presente o supuesta del legislador; unicamente tomará las disposiciones legales como un punto de apoyo objetivo, por vía de libre investigación, en los espacios visiblemente vacios, dejados por las fuentes formales » (89). No se le oculta, en cambio, que por un abuso de la analogía y de su utilización directa, se puede llegar a ahondar todavía más en los errores en que había caído el método de interpretación del positivismo, al fundarse en la pura lógica ficticia, una especie de « *naturalis ratio* » totalmente desconectada de la « *civilis ratio* » que es la

(88) J.L. Villar Palasí, *La interpretación y los apotegmas jurídicos*, Madrid, 1975, pág. 193.

(89) *Méthode d'interpretation*, pág. 312.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

única que le atribuye su verdadero sentido y que justifica, por ello, su utilización (90).

## 5. *Del uso y del abuso de la lógica ficticia como conclusion.*

No voy a insistir sobre el sentido de ponderación y de equilibrio que alcanzan las construcciones teóricas de F. Gény, lo que constituye la parte más importante de los elogios que han suscitado sus doctrinas, y que tiene mucho más mérito cuando, como él mismo dice, se ha tenido que empeñar en una lucha cuerpo a cuerpo para deshacer los errores del método de interpretación del positivismo, en el que brilla por doquier esta lógica ficticia, sin llegar a caer, por ello, en el defecto contrario, a pesar de invocar constantemente la importancia de la tradición y autoridades, o de acudir a la naturaleza de las cosas y a la libre investigación científica. Libre en la fase del *entender*, en que se trata de un proceso plenamente autónomo, pero no en la de *mediar* o *adaptar* la norma al caso concreto, en que se transforma en heterónomo. Por ello, no incurre en los evidentes excesos de la «*frei Rechtsfindung*», ni magnifica la función de la jurisprudencia que mantiene, como corresponde a las exigencias del sistema jurídico, en un lugar subordinado y dependiente que no supone, en modo alguno, negar su independencia y libertad (91).

De este modo, actualmente, podemos escuchar su voz autorizada que se ha insertado entonadamente, de forma definitiva, en el coro de voces que integra la polifonía de la tradición jurídica, desde siempre, a través de los siglos. Es cierto que su *tempo* se inicia contra la simplificación trivializadora que había llevado a cabo el método de interpretación del positivismo legalista, dejándola reducida a una simple operación de lógica ficticia y abstracta. Pero, desde entonces, los entusiasmos por esta suerte de lógica no han decaído lo más mínimo, siempre están dispuestos a estallar estrepitosamente, como si se tratara de fuegos de artificio iluminando la noche en fiestas de la ciudad alegre y confiada, o cuando menos a extenderse rápida-

(90) N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1971, págs. 105 y ss.; K. Engisch, *Introducción*, cit., págs. 163 y ss.

(91) *Méthode d'interpretation*, núms. 84 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente por todas partes como una densa niebla en la mañana invernal.

En otro tiempo, por lo menos, aquel método aparecía como sencillo y eficaz, apto para conmover a cualquier espíritu práctico, ilusionado con la idea del progreso legislativo. En la actualidad, a pesar de que se considere que el método del positivismo se halla definitivamente superando, en la práctica tal afirmación tiene poco de exacta. Efectivamente, no sólo persiste en la aplicación de la ley, en numerosos dominios, sino que ha sufrido una especie de mutación muy peligrosa que se extiende a otras manifestaciones de la aplicación del Derecho, pervirtiendo el método de interpretación en ámbitos bien distintos, cuando se utiliza, no para solventar cuestiones sencillas, o ficticiamente tenidas por sencillas, sino que se aplica para las cuestiones que, de suyo, ofrecen una cierta complejidad y que, en virtud de aquella perversión metodológica, se convierten en confusas. Así, con estas connotaciones, le vemos reproducirse en la manera de utilizar el precedente judicial, a través de las máximas de decisión; o habida cuenta la abundancia de referencias a claúsulas generales contenidas en los textos legales vemos que se extiende peligrosamente a la maximalización de los principios. Fenómeno que llega a contaminar a la propia jurisprudencia constitucional y, con mayor facilidad, a otras instancias supranacionales.

En esta renovada deformación metodológica se reproducen por lo demás casi todos los defectos fundamentales del método del positivismo, y en particular el que E. Betti calificaba del mejor modo de prejuicio antropomórfico, bien referido a la pretendida voluntad del legislador, como a la generalizada tendencia por utilizar como « *ratio decidendi* » la mera « lógica cerebrina », por lo que, volver los ojos al pensamiento de F. Gény resulta siempre confortador, adquiriendo además una muy particular actualidad su preocupación final sobre el método de elaboración de las leyes, del que dependerá, como ha dicho F. Wieacker, en el próximo futuro, la suerte de la justicia en el mundo (92).

Pero sobre todo, resulta confortador en la medida en que, su obra, representa un esfuerzo para retomar el camino de la tradición

(92) Cit. de A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, Milano, 1979, pág. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jurídica, en la que el propio F. Gény, definitivamente se sitúa. De esta suerte, sus preocupaciones teóricas y prácticas, incluyendo las pedagógicas, y toda su obra, se nos ofrecen ejemplarmente como un modelo que es preciso imitar, habida cuenta que en Derecho no existen fórmulas mágicas y que sigue siendo tan importante la ciencia como la técnica, los datos que nos ofrece el cada vez más complicado ordenamiento jurídico, como el *ars* que evoca la originaria influencia de las Escuelas de Artes Liberales, en la manera de construir el saber jurídico desde siempre. Todo ello, en un momento en que Europa se ve obligada a emprender nuevos caminos, en los que se juega su propia y particular identidad sino acierta a retomar también los de sus propias tradiciones.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GÉRARD TIMSIT

# GÉNY, LE JUGE ET LE SILENCE

Ce titre pourrait annoncer une fable — Je jure que je ne dirai ici que la vérité.

La vérité est qu'il y a chez Gény une théorie du jugement et de ses relations avec la loi qui fait de Gény — parfois un peu malgré lui — l'un des précurseurs les mieux inspirés de l'analyse moderne du droit. J'ai des preuves.

Que l'on trouve chez Gény une théorie du jugement et de ses relations avec la loi, nul ne le conteste. Ce qui est plus douteux, c'est sa modernité. Gény apparaît aujourd'hui à beaucoup — après avoir connu des heures de gloire — comme un auteur aux analyses désormais marquées de la banalité de l'évidence. Leur justesse en a fait le succès. Et leur succès les a transformées en vulgate. Or, si le centenaire du Doyen Gény (1) a été l'occasion de rendre à notre auteur un hommage qu'il méritait amplement, il ne semble pas que, depuis, l'on ait eu souvent, au moins en France, l'occasion de mesurer l'importance de ses idées pour une meilleure compréhension de la notion même de droit.

Sans doute Gény est-il crédité — et à jamais —, dans l'histoire des doctrines juridiques — de la critique qu'il a faite de l'Ecole de l'Exégèse, et d'avoir su s'élever contre le dogme dominant à l'époque, dont un Liard, Recteur de l'Université de Paris en 1894, donne un exposé particulièrement net et tranchant: « Le droit, c'est la loi écrite; partant, la tâche des facultés de droit est d'apprendre à l'interpréter la loi et il en résulte que leur méthode est déductive; les articles du code sont autant de théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison et de montrer

(1) Faculté de droit et des sciences économiques de Nancy. *Le centenaire du Doyen François Gény. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27-10-1962*. Dalloz.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

les conséquences; le juriste est un géomètre » (2). Trois présupposés fondent alors le dogme dont l'école positiviste, et cette quintessence du positivisme qu'est l'école de l'Exégèse, sont les représentantes les plus radicales. Premier présupposé: c'est un droit édicté d'en haut, expression de la parole divine ou, depuis que l'homme a remplacé Dieu, produit de l'Etat, oeuvre de l'homme. Réminiscence du Sacré — conception théologique de la loi. Deuxième présupposé: c'est un droit euclidien, dont la méthode pénétrée de l'esprit positif et empruntée aux sciences expérimentales permet la description systématique à partir d'un principe unique qui le fonde — conception syllogistique de la loi. Troisième présupposé: c'est enfin un droit rigoureusement séparé de la morale et dont les normes qui le constituent n'accèdent au rang de normes juridiques que par la sanction qui lui est apportée par l'Etat et qui vient en punir la violation. Conception dichotomique de la loi (3).

Contre ce dogme, François Gény avance au contraire que l'interprétation consiste « à dégager du texte légal la plénitude des règles juridiques qu'il contient », et que les règles ne sauraient se limiter à celles que comporte le seul texte de la loi. Une fois établie de façon négative l'insuffisance de la méthode exégétique, « et leur part légitime étant faite aux sources formelles », la démarche fondamentale de Gény est axée sur la « libre recherche scientifique » du contenu du droit positif, celui-ci ne se réduisant plus, comme c'était le cas, dans la pensée de la période antérieure, au seul jus scriptum.

Gény est donc crédité de tout cela — de cet ébranlement du dogme. Peut-être pourtant serait-il crédité de beaucoup plus encore si l'on savait discerner les ressorts cachés de son raisonnement et comprendre comment les caractères profonds que, simultanément, il attribue à la loi l'amènent — et l'obligent parfois — à procéder à de telles analyses — qui font de lui un précurseur de la modernité.

* * *

*A.* Le premier caractère — et sur ce point Gény reste très classique — que Gény reconnaisse à la loi — c'est que la loi exprime

(2) Cité par VILLEY M. in *Le centenaire...* précité.

(3) Sur ce dogme et ses présupposés, voir TIMSIT G., *Les noms de la loi*. PUF 1991. Coll. Les voies du droit, p. 11 et ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la volonté de son auteur. Elle est parole — parole de celui qui, l'ayant proférée, exprime et traduit la volonté de celui qui l'a édictée. Sacralisation du Législateur dont il faut déterminer la volonté qui l'anime quand il rédige la loi. « La loi n'est pas autre chose qu'une volonté émanant d'un homme ou d'un groupe d'hommes et condensée en une formule (...). Dès lors, interpréter la loi revient simplement à chercher le contenu de la volonté législative à l'aide de la formule qui l'exprime » (Gény. 1899. I. 265). La place du sujet auteur de la loi est donc pour Gény essentielle.

Ainsi consacré comme origine et commencement, l'Auteur reste fondamentalement en charge du sens à donner à la loi. Gény ne rompt pas avec la conception théologique de la loi qui avait cours jusqu'alors. Il l'amende cependant, et notablement.

Il l'amende en ce que la recherche du contenu de la volonté législative se fait, pour Gény, *à l'aide* de la formule qui l'exprime. Autrement dit, la formule législative n'est plus seule à être prise en compte. L'Ecole de la libre recherche scientifique se libère donc de l'esclavage du texte de la loi, la formule qui « exprime la volonté du législateur » n'est là que pour aider à la mieux cerner et à la mieux traduire. Il n'y a plus chez Gény ni chez ceux qui l'ont suivi ce « culte de la loi » qui caractérisait si fortement les auteurs rassemblés dans l'école de l'Exégèse — « dans la méthode exégétique, on suit le texte pas à pas; on disséque chacun des articles pour l'expliquer phrase par phrase, mot par mot: on précise par ce qui précède et par ce que suit le sens et la portée de chaque proposition, de chaque terme etc... » (Marcadé, cité par J. Bonnecase, 1929. 33-34). Gény rejette catégoriquement une telle méthode. La méthode exégétique — qui prétend à permettre de découvrir plus facilement et plus rigoureusement la pensée du législateur — repose en fait sur une fiction — la prétendue volonté du législateur n'est que celle de ses interprètes. C'est une fiction caractérisée par deux traits. Le premier, dit Gény, tient à l'exagération de l'élément légal. Il faut entendre par là l'exagération de la place accordée à la loi dans la détermination des solutions dégagées par l'interprète de la loi. Bien loin, en effet, que la loi fasse l'objet de ce culte dont on parlait à l'instant de la part des tenants de la méthode exégétique, ceux-ci utilisent des procédés d'interprétation qui ont pour effet d'éloigner les solutions finalement retenues de celles qu'autorisait la lettre de la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

loi. Le prétendu « culte de la loi », chez les exégètes, est, dans la réalité, destiné à couvrir d'un manteau de Noé des solutions qui ne sont surtout pas celles qu'avait voulues le législateur. D'où la nécessité — dit Gény — de revenir vraiment à la volonté de l'Auteur de l'acte. L'acte normatif reste donc bien pour lui un acte dont la signification lui vient de son Auteur, de celui qui l'a édicté. Conception théologique de la loi. Mais cette volonté doit être recherchée *scientifiquement* à l'aide de la formule qui l'exprime. La formule législative ne sera alors que *l'un* des éléments de cette recherche parmi d'autres.

*B. ...* L'un des éléments. Quels seront les autres? Là survient le deuxième trait caractérisant la fiction sur laquelle reposent les thèse de l'école de l'Exégèse, la deuxième critique qu'en fait Gény, et le deuxième caractère que reconnaisse Gény à la loi.

Le deuxième trait de la méthode exégétique, remarque Gény, tient à l'abus des abstractions logiques — à l'utilisation systématique du raisonnement syllogistique. Un tel mode de raisonnement est rendu nécessaire, disent les exégètes, « par le fait que, la loi ne disant pas tout, l'interprète qui cherche à déceler la volonté du sujet induit des solutions existantes dans la loi des principes dont il tire ensuite, par voie de déduction, les conséquences logiques »: le procédé syllogistique permet ainsi — selon les exégètes — d'introduire de la rigueur dans une recherche de la volonté du sujet qui risquerait, sans cela, d'être entachée de subjectivisme (Gény. 1899 - I. 52). Le fait est, dit Gény, que cette recherche est en effet entachée du plus total subjectivisme. Derrière ce qui est présenté par les exégètes comme résultant de la loi et d'elle seule, derrière ce que l'on prétend avoir déduit syllogistiquement, et par les voies de la logique formelle, du texte de la loi, il n'y a en vérité, qui n'a plus aucun rapport réel avec la loi, que la prétention contingente de celui qui, lisant la loi, camoufle derrière elle sa propre volonté.

François Gény, lui, veut renoncer radicalement à cette fiction: « Le principal effort de notre attention (...) doit porter sur la recherche des procédés qui permettront de dégager du texte légal la plénitude de règles qu'il contient en vue d'une adaptation aussi parfaite que possible aux circonstances de la vie sociale » (I. 253). Le texte légal, certes, mais pas seulement lui, et bien au delà de lui.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« Toute élaboration juridique quelle qu'elle soit — poursuivra Gény — est dominée par des opérations intellectuelles et par une méthodologie basées sur des principes de la logique commune, avec un certain assouplissement commandé par la nature propre de l'objet à pénétrer: les règles juridiques » (Gény. 1913-1924. IV. 146). Qu'est-ce à dire? Rien moins que ceci: la loi, le texte de la loi, ne saurait être considéré comme le seul élément utilisable dans la détermination de la norme qui s'impose à son destinataire. Sans doute la loi constitue-t-elle un élément essentiel dans ce mécanisme de détermination de la norme. Il existe, en vérité — reconnaît Gény —, qui contribuent à déterminer le sens de la norme, toute une série de mécanismes « d'élaboration juridique », les uns trouvant leur point d'application dans le texte même de la loi, dans la « formule législative » qui exprime la volonté du législateur, les autres à l'extérieur de la loi, — dans des éléments extra-législatifs — que Gény nommera le « donné » et qui fourniront au lecteur de la loi les éléments nécessaires à la détermination finale de l'exacte volonté du législateur.

Curieux amalgame... Dans le même temps et du même mouvement, Gény adhère et renonce tout à la fois à la conception théologique de la loi. Il y adhère; il la consacre; il affirme que la loi n'est « pas autre chose qu'une volonté émanant d'un homme ou d'un groupe d'hommes... ». Il sacralise cette volonté qu'il s'agit pour lui de déterminer par les procédés de la plus grande rigueur. Il fait donc bien de la loi cette Parole proférée, cette Vérité révélée, édictée d'En haut que l'interprète a pour seule mission de traduire et d'appliquer le plus exactement possible. Mais dans le même temps, dénonçant les fictions sur lesquelles sont construites les méthodes de l'école de l'Exégèse, mettant à jour les faux-semblants de la méthode syllogistique, réclamant une libre recherche — scientifique, certes, mais libre quand même — du sens de la loi, il introduit une nouvelle dimension dans le mécanisme d'accession de la norme à sa signification. La norme n'est plus — quoi qu'en dise Gény et quoi qu'il s'obstine à en dire encore — ce produit de la seule volonté du législateur, de son seul auteur. Il y a, qui intervient désormais de manière fondamentale et qui ne se camoufle plus derrière les fictions qu'entretenait avec prudence et complaisance l'Ecole de l'Exégèse, l'interprète de la loi, le lecteur de la loi, celui qui, lisant la loi,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recherchera « librement » et « scientifiquement » — et peut-être plus librement que scientifiquement —, « la volonté du législateur à l'aide de la formule qui l'exprime ».

La loi ne peut plus, à s'en tenir à cette ligne d'analyse, être la parole du législateur. Sans doute Gény le prétend-il encore. Mais ce n'est plus qu'une prétention insoutenable. Car il n'y a pas de raison que ne puissent s'appliquer aux constructions juridiques d'une libre recherche scientifique les critiques que Gény lui-même adressait à celles des exégètes: « C'est (...) au fond un procédé essentiellement subjectif que celui des constructions juridiques (...). Le procédé lui-même est, pour ainsi parler, mû et dirigé par les conceptions que chaque interprète crée et s'assimile personnellement en un travail exclusif de son esprit » (1899. I. 51). C'est donc avouer — malgré soi — que le sens de la norme dépend tout autant de sa prédétermination par le Sujet auteur de la loi que de la co-détermination, de la lecture qui en est faite par son destinataire/interprète.

La loi change ainsi de caractère. On plus exactement, elle les cumule. Elle était parole et vérité — proférée, révélée, édictée d'en haut — prédétermination. Elle est désormais, de surcroît, écriture offerte en effet ainsi à la lecture de ceux qui, destinataires de la loi, contribuent à en déterminer par la lecture qu'ils en font — co-détermination — la signification.

Gény insiste pourtant — renâcle encore: la loi ne saurait être considérée comme une « entité indépendante » (Gény. 1899. II. 405-406) qui, « une fois formée (...), se détacherait de son auteur et se développerait à part suivant un sort propre, de façon que sa signification pût changer au gré des circonstances ambiantes et de la vie sociale ». Il y a là, dans une telle phrase, à la fois le refus de considérer la loi seulement comme écriture, et le souci de l'interprétation objective, et scientifique — une interprétation qui ne puisse changer « au gré des circonstances ambiantes »... — de la norme.

Sur le premier point, Gény, trop attaché à ce caractère de la loi comme parole, ne peut en effet accepter qu'elle bascule désormais totalement de l'autre côté — sur son autre versant: celui de l'écriture et de l'autonomie qui est celle du texte vis-à-vis de son auteur. Cela tient à l'essence même de la loi et à la représentation que s'en fait Gény: la loi, selon Gény, est un acte de volonté: « la considérer

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comme un précepte purement objectif, détaché de la pensée du législateur, en sacrifiant la volonté subjective qui l'a dictée, ce serait donc méconnaître son essence et sa raison d'être » (Yung. *in*: Le centenaire du Doyen Gény. 1962. 89). La loi est donc et l'un et l'autre. Parole et écriture.

Encore n'est-elle pas que cela. Et de cela aussi, Gény a eu l'intuition.

*C.* Si la loi peut faire en effet l'objet d'une interprétation objective et scientifique, c'est que sa signification est ancrée dans un « donné » — dit Gény — qui la fonde.

Qu'est-ce donc que ce « donné » qui, selon Gény, fonde le droit positif et dont la libre recherche par le jurisconsulte permettra de déterminer rigoureusement et scientifiquement le contenu de la norme? On sait évidemment la distinction du donné — « réalités qui circonscrivent le domaine de la vie juridiques » (1913. 1924. II. 1) — et du « construit » — tout ce qui est marqué par « l'intervention personnelle de l'homme agissant sur la nature au lieu d'en écouter simplement les suggestions » (IV. 14). Le donné « correspond à peu près à la notion fondamentale de droit naturel » (IV. 147). On le pénètre et on y accède par la science ou la croyance, facultés propres de la connaissance. Tout ce donné naturel, historique, rationnel, idéal, reste, cependant trop abstrait pour pouvoir être mis en oeuvre tel quel. Il lui faut une traduction ou une expression plus concrètes. C'est le construit. Ce sont des techniques, « des procédés qui tendent toujours à enfermer la vie sociale infiniment variée et fuyante en des mondes préformés par l'homme qui l'assujettissent à la contrainte inhérente à l'idée de droit » (1913-1924. III. 48-49). Le construit se forme, s'informe, grâce à l'action principalement de la volonté et revêt l'aspect de ces formalités, procédés ou catégories de l'action juridique qui permettent de formuler et donner une existence aux principes qui commandent au fonctionnement des sociétés .

Or, ces principes, ce sont ceux auxquels, en cas de lacunes, d'ambiguïtés, de contradictions dans ou de la loi, le juge, l'interprète sont tenus de faire appel pour apporter aux cas concrets auxquels ils sont confrontés la solution qu'appelle le droit et que ne fournit pas à elle seule la loi. De tels principes, des principes de cette nature —

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qui ne sont inscrits nulle part dans des textes légaux, ou du moins qui ne font pas nécessairement l'objet d'une inscription formelle et systématique dans la loi sont en vérité de ceux qui, formant un véritable code culturel, permettront au juge, à l'interprète, au lecteur, au destinataire de la loi, d'en déterminer finalement — d'en surdéterminer — la signification.

De tels principes ne pouvaient guère être étudiés ni vraiment connus ou intégrés par une doctrine que dominait le positivisme. Une doctrine qui voulait limiter l'étude du droit au seul droit positif, au droit posé, ne pouvait qu'éliminer soigneusement toute référence aux principes auxquels renvoie le droit ou qui l'inspirent ou en fondent les solutions. Ce devait être là le résultat de la longue lutte du positivisme contre la doctrine du droit naturel qui avait au contraire prétendu donner la première place à l'étude des valeurs dans lesquelles s'enracine le droit. François Gény, à l'encontre de cette double hypertrophie doctrinale des valeurs (jusnaturalisme), et des faits (positivisme), a su faire une place à ce « fonds de vérités morales et économiques qui, placées en présence des faits, commandent, dit-il, pour les régir, certaines directions ». Rien d'autre, sans doute, dans une telle définition du « donné » — des principes, des vérités qui commandent — que ce que j'appelle surdétermination. Impossible en effet de considérer les mécanismes de détermination du sens d'une norme comme des mécanismes seulement et tout entiers dépendants du sens conféré à la norme par l'instance d'émission/édiction de la norme — prédétermination —; impossible, tout aussi bien de considérer que le sens de la norme résulte de la combinaison des rôles joués par les instances d'émission et de réception de la norme: auteur et lecteur de la norme — mécanismes de pré- et de codétermination: ils ne suffisent pas plus, à eux seuls, à déterminer la signification de la norme. Il faut de surcroît qu'intervienne dans la détermination de la signification de la norme la référence à laquelle — explicitement ou non (et le plus souvent la référence ne sera pas explicite) — renvoient les instances d'émission et de lecture de la norme: la constitution finale du sens ne peut se faire que par référence au champ — principes, valeurs, « fonds de vérités morales et économiques », « donné » etc...: je parle volontiers, pour ma part, dans ce cas de code culturel — dans lequel le sens est proposé. Destinée des symboles: « les symboles ne symboli-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sent que dans des ensembles qui limitent et articulent leur signification » (Ricoeur, 1969, 63). La nature même du champ dans lequel intervient le décodage d'une norme commande à son décodage en permettant de faire le tri parmi les sens possibles de la norme de celui seul auquel renvoie la référence de la norme. C'est cette référence — implicite, silencieuse — qui en surdétermine le sens. Implicite, silencieuse, elle l'est en effet: elle n'est inscrite nulle part que dans la conscience du juge et dans l'esprit des hommes qui forment la société: valeurs, croyances, pratiques, idées, principes ou idéologies, cette référence se trouvera peut-être mentionnée de manière elliptique ou allusive dans un jugement. Peut-être même parfois le juge la fera-t-il accéder à l'existence juridique en lui donnant rang et qualité de principe général du droit. Mais le plus souvent, elle ne sera, cette référence, même pas évoquée et le juge se contentera d'une formule péremptoire — « il appartient au juge... » — pour affirmer sur la base d'une référence silencieuse la signification qu'il retient. Or, c'est cette référence — ce silence, en vérité — qui en fin de compte, en cas d'ambiguïté, de lacune, de contradiction, permettra de dégager la solution que retiendra le juge comme étant la solution de droit.

* * *

C'est tout le mérite de Gény que d'avoir compris le rôle du donné dans la construction et la formation de l'ordre normatif. Il a eu le mérite — immense — de rendre au silence sa place dans l'élaboration de la loi. Il a eu cette immense intuition que la loi ne pouvait seulement se réduire à ce que l'on considérait qu'elle était traditionnellement: parole. Ni même parole et écriture. Elle est à la fois parole, écriture et silence. Gény a su ne pas se voiler la face devant le phénomène du recours aux « données naturelles » comme mécanisme d'accession de la norme à sa signification. Il n'a pas su cependant en traiter scientifiquement. Ebloui de sa découverte, il a cru que l'essentiel était que l'on pût déterminer objectivement ce fonds de données naturelles qui jouent un rôle tellement important parmi les mécanismes d'engendrement de l'ordre normatif. Ce faisant, pensait-il, le juge, l'interprète réussiraient à procéder à la détermination scientifique du sens des normes soumises à leur interprétation. Or, Gény avoue lui-même l'impossibilité de procéder

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dans tous les cas à une telle détermination de ces données — il faudra, dit-il, parfois recourir « aux puissances obscures de l'intuition » pour en découvrir le contenu et « compléter » les résultats de l'observation et du strict raisonnement... De surcroît, et surtout, il semble que Gény n'ait pas compris que l'essentiel pour la science juridique n'est pas tant l'existence de telles pratiques que la manière dont elles se combinent avec d'autres pour donner naissance au droit. Ces pratiques existent: c'est un fait. Elles sont parfaitement subjectives, tout aussi subjectives et liées aux conceptions personnelles de ceux qui s'y livrent que le sont les méthodes faussement objectives de ceux qui — s'affirmant positivistes, et prétendant s'en tenir à des interprétations littérales ou grammaticales — camouflent en fait derrière de telles inteprétations leurs propres options politiques ou philosophiques. Il ne peut donc exister de la part de l'interprète de la norme de libre recherche scientifique des données naturelles. Il ne peut exister de pratique scientifique du droit. Ce qui peut — ce qui doit — en revanche, exister, c'est une connaissance scientifique de la pratique (non scientifique) du droit — c'est-à-dire de la manière dont fonctionnent et s'associent les mécanismes d'accession de la norme à sa signification — mécanismes de pré, de co- et de surdétermination. L'adhésion à un code culturel ou à des valeurs procède d'un choix *politique*. Le mécanisme d'accession de la norme à sa signification par la combinaison des phénomènes de pré, co et surdétermination est — lui — en revanche, un mécanisme *juridique* susceptible d'une étude scientifique.

En définitive, Gény a manqué le but qu'il poursuivait. Et en a atteint un autre, bien plus important — qu'il ne poursuivait pas. Gény voulait fonder une pratique scientifique du droit — une recherche scientifique et objective par l'interprète, par le juge, de la signification que revêt la loi soumise à son interprétation. Ambition chimérique: la signification conférée à un texte ne sera jamais que le résultat d'options prises par son lecteur sur le sens des inscriptions qu'il contient. Gény a donc échoué dans sa recherche scientifique. Mais il n'a échoué là que pour avoir réussi à montrer que, dans la formation de l'ordre normatif — dans la loi —, le silence est d'or.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

## *Bibliographie.*

Faculté de droit et des sciences économiques de Nancy. *Le centenaire du Doyen François Gény. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27-10-1962*. Dalloz.

GENY (F.). 1899. 2e ed. 1954. *Méthode d'interprétation et Sources du droit privé positif, Essai critique*. Paris LGDJ.

GENY (F.). 1913-1924. *Science et techniques en droit privé positif*. Sirey.

TIMSIT (G.). 1991. *Les noms de la loi*. PUF. Coll. Les voies du droit.

— 1986. *Thèmes et systèmes de droit*. PUF. Coll. Les voies du droit.

RICOEUR (P.). 1969. *Le conflit des interprétations*. Seuil.

BONNECASE (J.). 1918-1919. L'école de l'Exégèse en droit civil, *Revue Générale du droit, de la législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger*. Tome XLII. 1918. p. 212-227, 261-284, 339-352 et Tome XLIII. 1919. p. 30-41, 161-171, 247-269.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANGEL M. LOPEZ Y LOPEZ

# GÉNY, DUGUIT Y EL DERECHO SUBJETIVO: EVOCACION Y NOTA SOBRE UNA POLEMICA

1. El debate sobre el derecho subjetivo como encrucijada de la ciencia jurídica moderna. Claves ideológicas, técnicas e históricas. — 2. Gény y Duguit en la historia de las doctrinas del derecho subjetivo. — 3. La crítica de Gény. Aspectos generales y el particular del derecho subjetivo. — 4. Las respuestas de Duguit. — 5. Nota más de medio siglo después: una cierta negación de la historia; un cierto enmascaramiento ideológico; una sedicente relatividad técnica.

1. La enorme masa de las aportaciones doctrinales sobre el concepto de derecho subjetivo demuestra por sí sola que el debate sobre el mismo, recurrente una y otra vez, es una encrucijada sustancial de la ciencia jurídica moderna (1). Aunque no falten voces que pretendan reducir la indagación sobre el derecho subjetivo a un ámbito lógico formal (2), se ha abierto desde hace tiempo la conscien-cia de que la ilustración histórica es fundamental en esta sede,

(1) Suministrar un medianamente completo estado de la cuestión es tan sumamente arduo que resulta difícil incluso limitado a la literatura global de referencia. Aparte de ello, un elenco de las mil y una doctrinas del derecho subjetivo, resultaría de dudosa utilidad. Para valoraciones de conjunto e información bibliográfica pueden bastar a nuestro efecto las efectuadas por CESARINI-SFORZA, *Diritto soggettivo*, en *Enciclopedia del Diritto*, XII, pp. 659 ss.; DE CASTRO y BRAVO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1955, pp. 632 ss.; COING, *Signification de la notion de droit subjectif*, en *Archives de Philosophie du Droit*, IX, *Le droit subjectif en question*, 1964, pp. 1 ss.; DABIN, *El derecho subjetivo*, trad. esp. de Osset, Madrid, 1955, pp. 9 ss.; FROSINI, *Diritto soggettivo*, en *Novissimo Digesto italiano*, V, pp. 1048 ss.; ORESTANO, *Azione (storia del problema)* ahora en *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, pp. 7 ss.; EL MISMO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, ahora en la obra anteriormente citada, pp. 115 ss.

(2) Tal es la opinión de BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tubingen, 1965, pp. 15 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

porque sólo ella puede desvelar sus premisas ideológicas y sus consecuencias sistemáticas (3).

Las claves ideológicas del concepto de derecho subjetivo aparecen hoy, tras décadas de investigación histórica, bastante claras en sus trazos más generales. El *grand tournant* de los siglos XVII y XVIII marca, tras el ingreso de la filología y de la historia en los estudios jurídicos, con la consecuencia de la aparición de la jurisprudencia culta, la penetración del pensamiento filosófico en el campo del Derecho; pensamiento filosófico que no cumplió un papel legitimador o fundamentador como había sido su tradicional función histórica, sino que se erigió en portavoz directo de exigencias morales y sociales frente a la ciencia jurídica positiva, mediante las formulaciones iusnaturalistas de diverso corte y diversa raigambre que florecen en la época, pero todas bajo el sello del individualismo. Como es conocido, es la influencia de la Ilustración la que actúa como germen filosófico de ese iusnaturalismo, y su apelación al racionalismo, conducirà a la máxima exaltación del individuo y a la consideración consiguiente de todo el Derecho *sub specie subiecti*. Nace una exacerbada lógica del sujeto que conduce a la idea de los *iura innata*, atributos coesenciales a la persona humana con relación a los cuales el derecho objetivo tiene sólo las misiones de reconocimiento y tutela. Atributos esenciales que eran además prerrogativas fundamentales del hombre frente al Soberano absoluto; atributos esenciales del sujeto, *derechos subjetivos*, que quedaron colocados en el centro del sistema incluso en la posterior época de afirmación de la ideología liberal (por otro lado, heredera espiritual del iusnaturalismo individualista y de los movimientos revolucionarios que engendró) (4).

---

(3) Vid. últimamente, con amplias referencias doctrinales, COMPORTI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, en *Riv. dir. civ.*, 1970, parte primera, pp. 435 ss. En esta línea, la más importante obra de la doctrina es la de ORESTANO, *op. ult. cit.*, pp. 178, con clara propuesta metodológica de carácter general: « Svuotando da ogni presupposto ontologico il diritto soggettivo... noi vogliamo riportarne il concetto — qualsiasi concetto — alla storia e nella storia... Questi concetti... sono una realtà... solo nel modo, nella misura e nei limiti in cui essi sono stati o sono impiegati, senza che questo loro valore *storico* implichi alcunché di universale e assoluto ».

(4) Sobre las ideas del texto existe abundantísima literatura, entre la que se comprenden poderosas aportaciones que han devenido clásicas. Señalemos aquí, además de las citadas en la nota 1, y sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: CALASSO, *Il negozio*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Esta clave ideológica tuvo su inmediata traducción desde el punto de vista técnico. Digamos inmediatamente que con este adjetivo de técnico queremos hacer referencia a la articulación de la jurisprudencia como un sistema de conceptos: más correcto sería tal vez hablar de la constitución del Derecho como ciencia, en el sentido de sistema, pero creemos suficientemente acuñado el tópico de los conceptos como técnica para utilizar esa terminología, y no la de ciencia, ya que ésta envolvería graves problemas de carácter epistemológico (5). Como es conocido, la acuñación de ese sistema es obra fundamentalmente de la pandectística (6), y en él juega un papel prevalente la que hemos denominado la lógica del sujeto, lógica que conduce en secuencia inevitable a configurar todo el sistema como un sistema de derechos subjetivos; presupuesta la necesidad lógica del sujeto, nace come consecuencia necesaria la existencia del derecho subjetivo como concepto ordenador básico (7).

---

*giuridico, Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano, 1967, pp. 329 ss.; GORLA, *Commento a Tocqueville « L'idea dei diritti »*, Milano, 1948, pp. 37 ss.; SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959 (reimpresión), *passim*; VILLEY, *Les origines de la notion de droit subjectif*, en *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1962, pp. 244 ss.; WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. italiana de Santarelli y Fusco de la obra *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, vol. primero, Milano, 1980, pp. 379 ss.

(5) El proceso a través del cual se constituye modernamente una jurisprudencia como ciencia ha sido ilustrado hace ya algún tiempo por VIEHWEG, *Topik und jurisprudenz*, 1963, traducción española (por Luis Diez-Picazo) *Topica y jurisprudencia*, Madrid, 1964, *passim*; íntegramente dedicado al argumento, en relación con el pandectismo la amplísima y brillante investigación de CAPPELLINI, *Systema iuris. I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette*, Milano, 1984, *passim*; *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, Milano, 1985, *passim*.

(6) Y en este punto no queda otra cosa sino remitirse a la obra anteriormente citada de Cappellini.

(7) Este papel de traspaso de la herencia iusnaturalista al sistema fue, según parece, obra de Puchta, fautor del triunfo del rigurosísimo conceptualismo jurídico que pasados los años habría de suscitar las « bromas » del grande Ihering (aunque no así de joven, donde fue exaltador de la « jurisprudencia constructiva »), y las iras de la jurisprudencia de intereses y su — por otra parte, a nuestra opinión, justificada — debelación del llamado « método de inversión » (*Scherz und Ernst im der Jurisprudenz*, 1884, traducción española (de T. Banzhaf) *Bromas y veras en la ciencia juridica. Ridendo dicere verum*, Madrid, 1987, *passim*). Para el sistema, tal como es concebido por Puchta, es solamente la coherencia lógica interna la que funda la legitimidad de toda máxima jurídica, que será obtenida, como toda la producción jurídica mediante un desarrollo de derivación conceptual, es decir

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

De esta manera, el concepto de derecho subjetivo se coloca en la intersección donde coinciden tanto la ideología como la técnica de lo que hoy conocemos como ciencia jurídica moderna. Primero en la reflexión de los privatistas, pero posteriormente también en la de los iuspublicistas: el momento de la adopción por la ciencia jurídica iuspublicista del concepto de derecho subjetivo marca un momento estelar de la misma, y también tanto desde el plano ideológico como del técnico o sistemático (8).

---

mediante un procedimiento deductivo. Como muy bien ha sintetizado WIEACKER, es el mismo Puchta quien ha hablado de una « genealogía de los conceptos », según la cual y a través de un flujo en dos sentidos de carácter lógico, se debe llegar de cada derecho subjetivo al concepto de Derecho en absoluto, y desde allí descender y llegar de nuevo a los singulares derechos subjetivos (*Storia del diritto privato moderno*, cit., volumen segundo, pp. 80-81). Obsérvese la absoluta primacía en la construcción lógica dada al concepto de derecho subjetivo. Es ORESTANO (*Diritti soggettivi*, cit., pp. 143) quien nos pone de frente al dato de que Puchta culmina el proceso de subjetivización del sistema jurídico, iniciado por Leibniz y Wolff, proceso encaminado a referir al individuo toda la construcción del Derecho y a hacer de aquel el centro del mundo jurídico. El sistema jurídico es para Puchta, « el desenvolvimiento del principio de la personalidad en los diversos ámbitos de la vida y en los campos de acción de las diversas personalidades », y en el vértice de su construcción está el derecho de la personalidad, « fundamento sobre el cual se basan todos los otros derechos, el único que no supone ningún otro derecho, sino que es condición de sí mismo » (citado por ORESTANO, *op. et loc. cit.*). Basta una sumaria aproximación a la obra capital de PUCHTA (*Cursus der Institutionen*, dividido en dos partes: *Geschichte des Rechts* y *System und Geschichte*; manejo la undécima edición al cuidado de Kruger, Leipzig, 1893) para darse cuenta del papel determinante, en toda su exposición, de dicho principio de la personalidad como fundamento de todo el sistema de las relaciones jurídicas (*Geschichte des Rechts*, pp. 29-31) y, como consecuencia, del sistema de derechos (*Geschichte des Rechts*, pp. 45-51); para la exposición concreta del papel general del *Recht der Persönlichkeit*, véase *System und Geschichte*, pp. 79-81). Sobre esta actitud metodológica de Puchta, puede también verse LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenchaft*, 1979, traducción española (por Rodriguez Molinero) *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1980, pp. 39-45.

(8) Baste aquí recordar algunas obras capitales en la materia: la precursora de GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852; la que supuso la formulación primordial y origen de un gran giro en la ciencia del Derecho Público: JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tubingen, 1892; y la poderosa adopción para la doctrina italiana: ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, en el *Trattato di diritto ammninistrativo* al cuidado de Orlando, I, Milano, 1900. Precisamente (y en perfecta congruencia con su premisa sobre el derecho subjetivo) contra esta dirección se moverá con extraordinaria aspereza el propio DUGUIT, a la hora de valorar las tesis de JELLINEK: vid. *Traité de droit constitutionel*, París, 1927, *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A ello debe añadirse algo que es bastante conocido, pero que no siempre tenemos en el pensamiento, y es que el paradigma histórico del derecho subjetivo es el derecho de propiedad, derecho de propiedad construido bajo el modelo napoleónico-pandectístico que plasmó en los Códigos, presidido por las notas de unidad, simplificación y abstracción (9). La centralidad de la institución de la propiedad se convierte, por esta razón, en un elemento más de centralidad del concepto de derecho subjetivo: tan es así que muchas de las « crisis » del concepto no son sino manifestación de los profundos cambios de la institución de la propiedad, tanto en su regulación positiva, como en su configuración técnica (10) (por mantener separados estos dos mundos, lo que no es, en el fondo, más que una convención, dictada por la comodidad del razonamiento, o por la ilusión de una ciencia jurídica « pura »).

Evidentemente un concepto de tan acusada centralidad, y alre-

---

(9) Proceso ilustrado magistralmente por P. GROSSI, en *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, en estos *Quaderni*, 17 (1988), pp. 359 ss.

(10) Consecuencia lógica de ser la propiedad elevada a sistema desde los propios orígenes de la Codificación moderna. Sobre el punto, pueden verse las páginas de VIDAL, *La propriété dans l'ecole de l'exégèse en France*, en estos *Quaderni*, 5/6 (1976/77), t. I, pp. 8 ss., especialmente pp. 12-13. La verdad es que el concepto de derecho subjetivo aparece como una hipóstásis de la propiedad, lo que explica las dificultades en que se debate la civilística de carácter sistemático y gustosa de nociones abstractas cuando intenta hacer elencos y clasificaciones del derecho subjetivo más allá del paradigma propietario: un ejemplo significativo es el de aquellos que como BARBERO (*Il diritto soggettivo*, *Foro Italiano*, 64 (1939), IV, pp. 1 ss.), por coherencia con una definición del derecho subjetivo ligada a la absolutividad (que como nota técnica sólo es predicable del derecho de propiedad, y con bastantes más dudas de los restantes *iura in re*, pero siempre, en todo caso, de los más próximos en estructura técnica y (parcial) función económica a la propiedad, es decir los derechos reales limitados de goce) se ve constreñido a expulsar del ámbito de aquel a los derechos de crédito. Que las distintas teorías clásicas sobre el concepto de derecho subjetivo (teoría de la voluntad, teoría del interés, teoría del abuso del derecho, teoría de la función social) se han construido alrededor del avatar histórico de la propiedad lo demuestra cumplidamente IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario (momenti di storia giuridica francese)*, en *Rivista di diritto agrario*, XL (3), 1961, pp. 260 ss. No es ciertamente una casualidad que el gran negador del derecho subjetivo que fue Duguit, sea al mismo tiempo, y en perfecto ensamblaje del pensamiento, uno de los críticos más agudos de la concepción absoluta del dominio, en su famosísimo libro « Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon », Paris, 1912.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dedor del que se agitan tantos motivos políticos y consecuentes derivaciones técnico-jurídicas, está condenado a ser uno de los puntos donde se reflejen todas las turbulencias de la historia del pensamiento juridico moderno. Como queda dicho, la vastedad de la literatura generada es un dato que habla por sí mismo. En estas páginas se pretende evocar un episodio, conocido, pero tal vez no suficientemente explicitado: la controversia sobre el concepto y función del derecho subjetivo entre François Gény y León Duguit.

2. Convendría, por una razón de orden, dar una breve noticia de como se encuadran ambos autores dentro de las diferentes posiciones básicas alrededor de las cuales se agrupan (aunque, como es natural, con infinidad de matices) las tesis sostenidas por la plétora de quienes del derecho subjetivo se han ocupado. Aquí la preeminencia es claramente de Duguit, cuya doctrina se considera uno de los puntos de inflexión de capital importancia en la historia de la reflexión sobre el derecho subjetivo (11). Como resulta muy conocido, la obra en este punto del jurista francés va encaminada a una radical negación del concepto mismo, papel que comparte con Kelsen, aunque con muy diversa fundamentación, si bien la consecuencia venga a ser la misma: la reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, o dicho en otras palabras, la negación del supuesto

(11) La primera y fundamental exposición de su pensamiento donde establece las bases de su evolución posterior, que, por cierto, permanece notablemente fiel a sus orígenes, es *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1910. En él desarrolla la idea, que después habrá de ser considerada como el eje de su obra, de la solidaridad por similitudes o por división del trabajo, como fundamento de toda sociedad human. De esa solidaridad nace la regla de derecho, como síntesis práctica de la misma, regla que se impone a particulares y gobernantes; del conjunto de reglas de derecho nace el derecho objetivo, consagrador tanto para aquellos como para estos de deberes objetivos que tienen como contrapartida necesaria poderes igualmente objetivos: los actos de voluntad de gobernantes y gobernados tienen como único fundamento estos poderes objetivos, y de esos actos de voluntad no pueden resultar más que situaciones jurídicas subjetivas, no derechos subjetivos. Dichas ideas serán continuadas a través de sus restantes obras importantes: *Traité de droit constitutionel*, 1ª edición, vol. 1, Paris, 1911; *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, 1911, 2ª edición (única que me ha sido posible utilizar); la citada *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon; Les transformations du droit public*, Paris, 1913. Como última manifestación de su pensamiento, *Traite de droit constitutionel*, 3ª edición, vol. 1, París, 1927.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

binomio que ambos términos vendrían a componer. No hay, para Duguit, otro derecho que el objetivo, y todo el mundo está sometido a él, particulares, individuos y gobernantes (12). La raíz de la negación está en la imposibilidad de concebir voluntades que gocen de la cualidad de imponerse a otras voluntades, lo que sería la esencia del concepto de derecho subjetivo; y esas cualidades de la voluntad o son inexistentes o en cualquier caso inaprehensibles desde el punto de vista científico (13): lo único que puede ser captado es el derecho como regla social, derivada del hecho de que los hombres viven en sociedad, de cuya convivencia y sus necesidades brota (14), sin que se fundamente *a priori* sobre posiciones individuales anteriores a ésta, con expreso rechazo de la teoría tradicional de corte individualista, propia de la escuela del Derecho natural racionalista y de sus catálogos de derechos innatos, anteriores a la sociedad (15). El papel del elemento subjetivo para Duguit

---

(12) *Traite*[3], citado, pp. 672 ss.

(13) « ... Y a-t-il certaines volonté qui ont, d'une manière permanente ou temporaire, une qualité propre qui leur donne le pouvoir de s'imposer comme telles a d'autres volontés? Si ce pouvoir existe, il est un droit subjectif, qualité qui fait que les volontés qui en sont investies s'imposent a d'autres volontés, lesquelles sont réciproquement greveés d'un devoir subjectif envers les premiéres... Or, la question de la nature et du fondement du droit subjectif est parfaitement insoluble... parce que, s'il est un pouvoir, une qualité de la volonté humaine, pour determiner en quoi consiste ce pouvoir, cette qualité, il faudrait connaître la nature intime de la volonte humaine » (*Traité*[3], cit., pp. 15-16); el derecho subjetivo « n'est qu'une hypothèse métaphysique » (*ibidem*, pp. 144).

(14) *Traité*[3], cit., pp. 22 ss.

(15) *Traité*[3], cit., pp. 200 ss., especialmente pp. 208-213: después de reconocer que dicha teoría, que impregnó los códigos napoleonícos, prestó un inmenso servicio, porque fundó una primera limitación de los poderes del Estado por el Derecho, después de admitir que « elle est admirablement construite », la juzga teóricamente inadmisible, en cuanto decaídas sus premisas, ya que su principio está indemostrado y es indemostrable; porque « l'affirmation que l'homme parce qu'il est homme, pris isolement et en soi, separé des autres hommes, á l'etat de nature, suivant l'expression du XVIIIe siècle, es titulaire de certains droits propres a sa nature d'homme, cette affirmation es purement gratuite; elle ne repose sur aucune preuve directe. Elle es une proposition d'ordre purement metaphysique sur l'essence, comme disait la scolastique, de l'être humain. Pareille affirmation pouvait suffire à une période de croyance métaphysique, mais non a une époque positiviste et scientifique comme la nôtre. Elle est une expresión puremente verbale. Elle peut satisfaire un croyant; mais elle est déporvue de toute valeur scientifique »; partiendo de esta premisa, Duguit desencadena toda una serie de críticas a las

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

viene resuelto por el concepto de « situación jurídica subjetiva », que no es otra cosa que la regla objetiva en tanto en cuanto es aplicada al individuo (16). Para Duguit la evolución en el campo del Derecho ha dejado atrás la etapa que representaba la « Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 » y la codificación napoleónica, que establecían un sistema metafísico y de orden individualista, apareciendo un nuevo sistema de orden realista y socialista (en el sentido de solidarista: es bien sabido que Duguit no se reconoció nunca en el socialismo de su época como credo político) (17) en el que la noción realista de función social (que toma de Augusto Comte) sustituye a la noción metafísica de derecho subjetivo. Y de esta manera, la libertad civil será una función más que un derecho, de tal manera que su ejercicio vaya encaminado a una realización más completa de la división del trabajo (18); la noción de sujeto de derecho sería sustituida por la noción de finalidad, dado que ningún sentido tiene concebir un sujeto como sujeto de voluntad (19), negada la eficiencia de ésta al negarse el propio concepto de derecho subjetivo (recuérdese que para Duguit, éste siempre es un poder de la voluntad); el cuadro individualista del contrato devendrá insuficiente (20); se acentuarán los aspectos objetivos de la responsabilidad civil (21); y por lo que hace al concreto terreno de la institución de la propiedad, paradigmático en este

---

consecuencias de la doctrina del iusnaturalismo racionalista: imposibilidad de considerar al hombre aisladamente de la sociedad: sería una « abstraction sans realité » la igualdad absoluta de los hombres, corolario lógico del principio individualista, es contraria a los hechos; la doctrina individualista conduce a la noción de un derecho ideal y absoluto, igual en todo tiempo y país, noción absolutamente anticientífica, dado que el derecho es un fenómeno social, fruto de la evolución humana; la idea de derecho subjetivo, propia de la doctrina individualista, es contradictoria en sí misma: un tal derecho, intestado por un individuo aislado, carecería de sujeto pasivo sujeto al ejercicio de dicho derecho. « Ainsi, toute la doctrine individualiste s'effondre. On ne peut pas fonder le droit objectif, la norme sociale, sur de pretendus droits subjectifs, qui, s'ils existent, ne peuvent nâitre que de la vie sociale et de la norme qui s'y applique ».

(16) *Traité*[3], cit., pp. 213 ss.

(17) *Les transformations générales du droit prive*, cit., pp. 8-9 y *passim*.

(18) *Les transformations générales du droit privé*, cit., pp. 53-58.

(19) *Les transformations générales du droit privé*, cit., pp. 34-38.

(20) *Les transformations générales du droit privé*, cit., pp. 83-121.

(21) *Les transformations générales du droit privé*, cit., pp. 137-145.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dominio, los poderes del propietario se resuelven en el cumplimiento de una función social, por supuesto que contorneada también por el derecho objetivo, desde el instante en que están encaminados al empleo de la riqueza conforme al destino social de la misma, alumbrando así uno de los tópicos que en materia propietaria más alimentarán su debate, regulación y nuevo entramado técnico (22).

Al lado de la doctrina de Duguit, una auténtica cumbre en las del derecho subjetivo, no podemos colocar una aportación de idéntica mole por parte de Gény: si éste es precisamente recordado en estas incumbencias es precisamente por su crítica a aquel, crítica que derivó en polémica, lo que nos obliga ya a entrar inmediatamente en narrar los términos de la misma.

3. La crítica de Gény se desenvuelve dentro de una de sus dos obras capitales, *Science et technique en droit privé positif* (23). Conviene decir inmediatamente que sus objeciones, en un principio, se mueven en un plano general, de discusión de la fundamentación general del sistema de Duguit, sin descender a las aplicaciones concretas de éste. La razón confesada por el propio Gény consiste en que reserva para la apreciación de las ideas que tienden a la modificación de los cuadros tradicionales (y entre ellas, la de la supresión del sujeto de derecho y del derecho subjetivo) una sede específicamente técnica, puesto que los conceptos que resultan mudados en función de aquellas no dependen más que de una elaboración técnica (24). Comienza en esta tarea subrayando el que

(22) *Les transformations générales du droit privé*, cit., pp. 147-175.

(23) Cita completa: *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la methode juridique. I. Introduction. Premiere partie. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, Paris, 1914. *II. Seconde partie. Elaboration scientifiue du droit positif (L'irreductible « droit naturel »)*, Paris, 1915, 2ª ed., 1927. *III. Troisieme partie. Elaboration technique du droit positif*, Paris, 1921. *IV. Quatrième e dernière partie. Rapports entre l'elaboration scientifique et l'elaboration technique du droit positif (Le conflit du droit naturel et de la loi positive)*, Paris, 1924. La crítica de Gény se desenvuelve fundamentalmente en la segunda parte, pp. 191-271 (ed. 1927), y en la cuarta parte, en un « estudio complementario », pp. 159-212, titulado « Les bases fondamentales du droit civil en face des theories de L. Duguit », aparecido con anterioridad en la *Revue trimestrielle de droit civil*, XXI, 1922, pp. 779-829.

(24) *Science et technique*, cit., II, pp. 247.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fue decano de Nancy que la obra de Duguit abre horizontes liberadores (25) y que su amplio alcance hace necesario el conocimiento de la misma incluso por los iusprivatistas (26), pero que adolece de una epistemología reflexiva y racional, confundiendo realidades y conceptos (27). A partir de este planteamiento, la crítica de Gény es una diatriba contra la exacerbación del derecho objetivo que ve en la obra de Duguit (28), al tiempo que acusa a éste de un velado iusnaturalismo *malgré lui* (29) y de la utilización de conceptos metafísicos, a pesar de su aparente rechazo (30). De un modo dialécticamente hábil, imputa a la obra de Duguit todos los defectos del positivismo sociológico, haciendo ver que su formulación puede conducir a que la regla de hecho se convierta en la regla de derecho (31), y no afronte el problema del conflicto entre « lo justo » y el derecho objetivo (32), y al tiempo que ve en la idea de la necesidad de la regla de derecho (afirmada por Duguit) una suerte de confe-

---

(25) *Science et technique*, cit., II, pp. 245.

(26) *Science et technique*, *loc. ult. cit.*

(27) « ... manque d'une épistémologié reflechie et rationnelle, défaut... dont l'influence troublante se fait particulièrement sentir chez Duguit, qui distingue mal les realités des concepts, confond trop souvent idées et formules, et ne semble pas être arrivé à fixer le rôle exact des abstractions dans l'elaboration scientifique du droit » (*Science et tecnique*, cit., II, pp. 245-246).

(28) *Science et technique*, cit., II, pp. 253.

(29) « J'ai donc pu dire, avec bien d'autres, qu'au fond, Duguit reprenait, sous une forme nouvelle, l'idée essentielle du droit naturel. Lui mème n'a pu contester ces imputations, qu'en attribuant a la notion de droit naturel une configuration, hiératique et étroite, qui en denature l'essence. Il n'est pas exact que le droit naturel implique "la conception d'un droit idéal, absolu, vrai d'une vérité géometrique, dont les hommes doivent travailler à se rapprocher constamment davantage"... Et il n'est même necessaire d'y trouver "la reconnaisance à tout individu humain de certains droits qui lui apartiendraient naturellement, à cause de sa qualitè d'homme, à cause... de l'éminente dignité de la personne humaine"... Ce qui reste l'essence indestructible de la notion du droit naturel, c'est l'idée d'une regle s'imposant à l'homme en société, à part et au-dessus de la contingence des faits... Or, cette idée... apparaìt pleinemente traduite dans la regle du droit objectif "permanente en son principe, infiniment changeante dans ses applications"... ». Los entrecomillados del interior del texto citado son de Gény, reproduciendo frases de Duguit. Vid. *Science et technique*, cit., II, pp. 252-253.

(30) *Science et technique*, cit., pp. 271.

(31) *Science et technique*, cit., II, pp. 262 y 271, entre otros lugares. Como es lógico, desde la perspectiva de Gény, el argumento es recurrente.

(32) *Science et technique*, cit., pp. 251.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sión iusnaturalista, desde el instante en que para Gény nada obsta a la existencia del Derecho natural el hecho de que sus contenidos sean históricamente variables (33). En cualquier caso la supremacía de la regla objetiva tal como la formula Duguit lleva en el pensamiento de Gény a su aniquilación, precisamente por la intensidad con que tal supremacía es concebida (34); mucho más cuando el propio Duguit subraya la falta de garantías para la eficacia del propio derecho objetivo (35). A todo ello habría que añadir la frágil fundamentación del derecho objetivo en la solidaridad e interdependencia como para que esta concepción pudiera sostener un verdadero sistema de derecho positivo: la solidaridad social de Duguit no podría explicar las reglas de toda la organización jurídica; la tal solidaridad social no sería en sí más que un hecho, y quedaría siempre la pregunta de por qué esta necesidad de hecho se muda en necesidad de derecho; y la idea de la creencia en la imperatividad de la regla objetiva no pasa de ser una idea vaga y genérica, de escasa fecundidad fundamentadora (36). Todo lo cual lleva a Gény a la afirmación de la necesidad de un ideal trascendental (37).

Estas objeciones de carácter general plasmarán también en una crítica de las concepciones de Duguit en algún aspecto concreto, y por lo que a nosotros nos interesa en esta reflexión, sobre su doctrina del derecho subjetivo (38). Frente a la condena irremisible de éste por parte del iuspublicista francés, comienza por afirmar Gény que se puede compartir sin esfuerzo la crítica a la formulación individualista del derecho subjetivo tal como la formularon los filósofos del siglo XVIII, pero que ello no permite hacer tabla rasa de la única idea, verdaderamente esencial, de que la regulación jurídica está comandada por la naturaleza del hombre, y que ella no puede verdaderamente desarrollarse y desenvolverse más que gracia a ciertos poderes que le permiten llevar la vida de sociedad y extraer

(33) Vid. nota 29.

(34) Vid. nota 28.

(35) *Science et technique*, cit., pp. 256-257.

(36) *Science et technique*, cit., pp. 260-263.

(37) *Science et technique*, cit., II, pp. 265.

(38) *Science et technique*, cit., IV, *Etudes complémentaires. I. Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit*, cit., en nota 23. Desde ahora la paginación es la de *Science et technique*, IV, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

provecho de las cosas del mundo exterior. Esto admitido, no se tratará más que de decidir si estos poderes están bien emplazados bajo el nombre de derecho subjetivo (39). Contrastando con la afirmación conocida de Duguit del carácter metafísico del concepto de derecho subjetivo, como cualidad substancial del hombre que hace su voluntad superior a otras voluntades, Gény simplemente la rechaza diciendo que ninguna idea de cualidad metafísicamente inherente a la persona o de superioridad intrínseca de la voluntad es indispensable o racionalmente admisible para poner de manifiesto la noción, extremadamente simple en su esencia, de derecho subjetivo, tal como se aplica al derecho de crédito o al derecho de propiedad: de lo único que se trata es de representarnos en nuestro espíritu y expresar en palabras adecuadas una situación de hecho indiscutible: la posibilidad para un individuo, de poner en marcha, bajo ciertas condiciones, la coacción social. Y esta posibilidad, dice Gény, no la niega Duguit, sino que juzga inútil concebirla y traducirla bajo el vocablo derecho subjetivo (40). Y admitido ese poder de coacción social (« pouvoir de contrainte »), fácil es reconocer en su puesta en marcha la acción necesaria de una voluntad, voluntad cuya finalidad es el interés en que consiste el contenido de aquel poder. Es bien fácil justificar así desde el punto de vista conceptual el derecho subjetivo (41). Esto establecido, queda por preguntarse si la *expresión* derecho subjetivo está bien escogida para designar el concepto así dibujado: y aquí el uso es el gran maestro de la terminología jurídica, y no se ve la ventaja de otras expresiones, como las propuestas por Duguit, tales como « situación jurídica subjetiva » (42). En conclusión, todo cuanto se puede conceder a Duguit es que el concepto de derecho subjetivo no procede de la naturaleza o de la razón, sino que es un simple medio técnico para realizar principios superiores de justicia, y que merece ser conservado por los servicios que presta, hasta tanto sea sustituido por otro mejor adaptado a la realidad (43).

---

(39) *Science et technique*, cit., IV, pp. 175-176.
(40) *Science et technique*, cit., IV, pp. 182.
(41) *Science et technique*, cit., IV, pp. 183.
(42) *Science et technique*, cit., IV, pp. 184.
(43) *Science et technique*, cit., IV, pp. 186.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. Duguit hace frente a la crítica de Gény en tonos realmente polémicos en la tercera edición de su *Traité de Droit constitutionnel*. El eje fundamental de su crítica (por lo que se refiere al concepto de derecho subjetivo) es el siguiente: al no ver Gény en el derecho subjetivo más que un procedimiento técnico arruina el subjetivismo y edifica una pura doctrina objetivista (44). Dicho en otros términos, lo mismo que hay contra él parte de Gény una cierta imputación de criptoiusnaturalismo, Duguit lanza a su adversario en estas incumbencias la acusación de que sus presupuestos subjetivistas, que le permiten seguir hablando de sujeto y de derecho subjetivo son sólo aparentes, y que entra en el ámbito del objetivismo que él mismo predica. No deja de ser curioso que una de las argumentaciones que ambos utilizan, el uno contra el otro, sea la de pertenecer en realidad al campo propio y no a un campo ajeno. Pero debemos pormenorizar algo más el pensamiento de Duguit en estos puntos.

Según Duguit, es precisamente seguir con consecuencia la distinción metodológica básica de Gény entre « le *donné* » y « le *construit* » (45) lo que lleva inexorablemente a éste al objetivismo. En efecto, en la formulación de Gény (tal como la ve Duguit) lo « *donné* » no es otra cosa que la formulación de lo real jurídico, constituido por la suma de las reglas de derecho objetivo producidas por la vida social, y por consiguiente, y en realidad, tal « *donné* » es únicamente el derecho objetivo (46). En cambio, todo lo demás, los conceptos de derecho subjetivo y de sujeto de derecho pertenecen a la esfera de « *le construit* », procedimientos del arte jurídico, conceptos de los cuales no se puede decir que correspondan a nada real (47). Buena prueba de ello, afirma Duguit, es que, entre estos procedimientos técnicos, nunca indispensables, muchas veces peligrosos y engañosos, los que el propio Gény coloca en primera fila

(44) *Traité*[3], cit., I, pp. 30 ss.

(45) La notoria distinción, eje metodológico de la obra de Gény, se formula en las páginas 96 ss. de *Science et technique*, I, cit. Para un buen resumen de las valoraciones de la obra de Gény desde el punto de vista metodológico, puede verse HERNANDEZ-GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*[2], I, Madrid, 1971, pp. 232-253.

(46) *Traité*[3], cit., I, pp. 32.

(47) *Traité*[3], cit., I, pp. 34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

son precisamente los de derecho subjetivo y sujeto de derecho (48). Con todo ello, dice Duguit, Gény se coloca en muy mala posición: para los positivistas se ha detenido a mitad de camino, y no ha llegado hasta el final: si el concepto de derecho subjetivo es artificial, ha debido acabar negándolo; para los juristas tradicionales es un destructor de ideas aún más peligroso que los propios positivistas, puesto que da la ilusión de que las defiende y las mantiene cuando en realidad las destruye por la misma base (49). Afirmando que los conceptos de sujeto de derecho y de derecho subjetivo no son más que procedimientos técnicos, Gény sería un puro pragmático, al estilo de los teólogos pragmáticos que no ven en los dogmas más que conceptos propios para realizar una idea moral, no para explicar una realidad. Ahora bien, si se atribuye a los conceptos jurídicos un valor simplemente pragmático, se llega naturalmente a negarlos, en tanto que vacíos de contenido, y es perfectamente posible eliminarlos de todo estudio de derecho positivo (50).

5. Han pasado muchas aguas bajo los puentes, tras esta polémica entre Gény y Duguit sobre el concepto de derecho subjetivo, polémica que no es sino un puntual reflejo de concepciones generales tan diferentes entre sí, que no podían dejar de manifestarse en tan crucial concepto. Aguas bajo los puentes que han traído a los saberes jurídicos algunas adquisiciones de carácter epistemológico y metodológico, que nos hacen reflexionar sobre la confrontación entre los dos grandes juristas franceses con claves desveladoras; esas claves no son otras que la necesidad de reconducir todo el proceso de racionalización de la ciencia jurídica a su inserción en la historia, por un lado; como consecuencia primera, resituar esa racionalización en conexión con la ideología; como consecuencia ulterior, y en estrecha conexión con la visión histórica e ideológica, comprender que las aventuras conceptuales no son otra cosa sino manifestación

(48) *Traité*[3], cit., I, pp. 35-36.

(49) *Traité*[3], cit., I, pp. 39.

(50) *Traité*[3], cit., I, pp. 39-42. La polémica toma aquí tonalidades muy vivas y se manifiesta con cierta claridad un cierto antagonismo de corte religioso de Duguit, confesadamente no creyente, contra Gény, confesadamente católico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de una historia y de una ideología (51). A esta luz podemos establecer que, si el concepto de derecho subjetivo tiene una propia historia y responde a una propia ideología (52), Gény y Duguit comparten una determinada actitud, por paradójico que ello pudiera parecer, dada la radical diversidad de sus posiciones. Es ella una cierta negación de la historia: como queda visto, el concepto de derecho subjetivo tiene una su precisa sede de formulación originaria, que marcará de modo indeleble todo su avatar como tal concepto, y no es otra que la doctrina de los teóricos del Derecho natural racionalista: son ellos los que plantean el problema en sus términos más ingenuos y, por consiguiente, más reveladores; el problema no es otro sino el desdoblamiento entre la esfera de autonomía/soberanía del individuo frente a la esfera de lo público, la esfera donde reina el poder, o si se quiere, la esfera propia de un nuevo sujeto que está naciendo con una pujanza creciente, el Estado (53). Si se acepta tal desdoblamiento, las consecuencias resultan de todo punto determinantes: frente al soberano, el propio individuo porta un haz de poderes jurídicos, cuya legitimación se encuentra en el mismo individuo, al cual por consecuencia hay que darle, de un modo u otro, una nota de relevancia metajurídica. Y en éste sentido, como se ha tenido ocasión de observar, tanto Gény como Duguit manifiestan su expreso deseo de apartarse de tales formulaciones (54); y desde el

---

(51) Es la firme convicción, que compartimos con RESCIGNO, cuando brillantemente nos advierte de que « vicenda storica, ragione politica, coerenza tecnica degli istituti siano momenti di una riflessione unitaria, per chi voglia interpretare l'esperienza del diritto » (*Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1974, p. XXII). Sobre la cada vez más intensa atención a la dimensión histórica de los problemas jurídicos, vid las sugerentes palabras (y juiciosas amonestaciones) de GROSSI, últimamente en *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà moderna)*, en estos *Quaderni*, 14 (1985), pp. 401-404.

(52) Porque « il problema del diritto soggettivo si risolve nella sua storia »: cfr. ORESTANO, *op. cit.*, pp. 178-188. Partiendo de la misma premisa, y con desenvolvimientos ulteriores, marcados por una clara metodología marxista, y llegando a conclusiones que aquí no se pueden valorar debidamente, pero en cualquier caso con brillantísimas intuiciones, P. BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984, pp. 74-139.

(53) Que tal es siempre la naturaleza del problema del derecho subjetivo, lo pone claramente de manifiesto Barcellona, transportando el análisis a través de todas las transformaciones estructurales del Estado moderno, *op. cit.*, pp. 112 ss.

(54) Para Duguit, vid. nota 15; el rechazo en Gény es más tímido, pero no menos

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

instante en que pierden el hilo histórico de lo que ello venía a significar, las consecuencias se desencadenarán de manera fatal: uno — Duguit — negará el concepto de derecho subjetivo, consecuente con todo su rechazo de un elemento metafísico en el terreno del Derecho, como si el tema del derecho subjetivo fuera exclusivamente el de un poder en sí del individuo, desconectado de su posición en la comunidad política; otro — Gény — reducirá el derecho subjetivo al mero rango de instrumento técnico, de aquellos procedimientos técnicos que ni siquiera son necesarios, sino en todo caso útiles o convenientes, con el mismo olvido de Duguit. Y esa desmemoria les ha de llevar más lejos: Duguit no levantará acta de manera suficiente de que la hegemonía de *ciertos* individuos y de *ciertos* grupos no constituidos orgánicamente como poder, crean reglas de juego que no se explicitan jurídicamente de manera expresa, pero que crean los fundamentos reales de la legitimidad y estabilidad de todo ordenamiento jurídico, no en función de solidaridad e interdependencia (que sería su visión) sino en función de hegemonía ([55]); y con ello se le escapará que el *sancta sanctorum* de las posiciones jurídicas individuales, el derecho de propiedad, no podrá ser reducido a una función social: la virtualidad del concepto función social (que él acuñó y que ha gozado de larga fortuna) fue aniquilar una determinada concepción exasperadamente individualista, y modalizar el ejercicio del derecho del propietario, pero siempre bajo la sustancial premisa de que no se podría llegar a negar nunca el núcleo de utilidad individual: el propio derrotero histórico

---

explícito, a lo que añade que su particular posición no necesita en absoluto de ese fundamento para justificar la conveniencia técnica del concepto de derecho subjetivo: *Science et technique*, cit., IV, pp. 175.

([55]) BARCELLONA, *op. cit.*, pp. 119 ss. Será una adquisición posterior de la teoría de la Constitución que ésta explica solamente una parte del ordenamiento en su conjunto, y que para su entendimiento *in toto* es necesario tener en cuenta la resultante de la organización de las fuerzas sociales ordenadas establemente en torno a un sistema de intereses y de fines, lo que se llama la « constitución material ». Para el tema puede verse la voz *Costituzione (dottrine generali)* de MORTATI, en *Enciclopedia del Diritto*, X, pp. 139-168, resumen de un pensamiento manifestado en varias ocasiones desde su obra *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940. De que un momento absolutamente individualista de consideración de la propiedad, y por ende, del derecho subjetivo, sigue intacto dentro de la experiencia jurídica moderna, no parece caber razonable duda.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del concepto de función social nos pone de manifiesto que se la utiliza como delimitadora del ámbito del derecho subjetivo, al que se presupone como tal (y precisamente, a este planteamiento se debe la generosa utilización del tópico función social, en latitudes de muy distinto clima ideológico entre sí) (56); y por ello, no logrará explicar nunca que los Códigos, que supusieron efectivamente la recepción por el Derecho objetivo de las Cartas de Derechos dieciochescas, sigan estructuradas bajo el prisma del sujeto y del derecho subjetivo; es más, se le escapa que este es el inaugural momento de la tensión entre Derecho objetivo y derecho subjetivo (57). Todo ello produce la singular paradoja de que el excelso tratadista de las transformaciones del Derecho de los códigos napoleónicos, tan atento, pues, a una senda histórica, en estos dominios, describa dichas transformaciones de una manera abstracta, y en un cierto sentido, históricamente epifenoménicas. Hay, pues, una cierta negación de la historia en Duguit.

Pero no es menos evidente esa cierta negación de la historia en Gény: la lógica del individuo es una lógica de profundas raíces en los ordenamientos contemporáneos, está en la entraña misma de las instituciones, y consiguientemente la consideración de los poderes del individuo no puede ser una mera trasposicion técnica: cabría incluso decir que por éste camino justa es la crítica de Duguit cuando le acusa de arruinar sus propias posiciones. El empleo técnico del término no es una mera convención en función de la

---

(56) Para la aproximación histórica a la idea de función social, desde el primitivo contexto de las formulaciones « liberales » originarias, mudado por la inserción de la ley de finalidad en el derecho subjetivo — por obra básica de IHERING, *Das Zweck im Recht* (1880) —, que provoca el traspaso de la teoría de la voluntad y de los límites externos — ligada como es notorio a WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, (1862) — a la idea de interés jurídicamente protegido (la formulación de Ihering), evolucionada a través de la teoría « objetiva » del abuso del derecho — de la que fue trámite fundamental la aportación de JOSSERAND, *Essais de téléologie juridique. De l'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droits* (1927), y la final desembocadura en la tantas veces citada de DUGUIT, *Transformations générales du droit privé* (1912, pero última edición de 1928) del concepto de función social, y evolución ulterior, me permito enviar, al solo objeto de una exposición resumida e indicación de bibliografía de referencia de carácter esencial, a LOPEZ Y LOPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988, pp. 59 ss.

(57) BARCELLONA, *op. cit.*, pp. 107.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

utilidad: si la técnica jurídica tiene algún sentido es precisamente el de la traducción a esquemas racionales de toda la complejidad de un ordenamiento, sus intrincadas redes de intereses, sus escalas de valores y entre ellas, sus tomas de posición legitimadoras del papel del individuo en la comunidad, y de la comunidad en sí misma. Y en este punto concreto, concebir, como aún concebimos, a los ordenamientos modernos como un sistema fundado sobre los sujetos (o mejor aún, sobre el sujeto abstracto y unitario que se proyectaba sobre un ámbito de propiedad también simplificada y abstracta, tal como nos lo transmite la experiencia histórica romanístico - napoleónica - pandectística) (58), aboca a una necesidad mucho más que técnica, artificial o convencional, del derecho subjetivo. En éste punto, esa negación de la historia ha llevado a Gény al exceso en su distinción entre ciencia y técnica (59): la temática del derecho subjetivo no se agota en un puro « *construit* » desconectado de « *donneés* » históricas, racionales o ideales (60).

Posiblemente, detrás de todas estas tomas de posición, hay también un cierto enmascaramiento de carácter ideológico, y no es otro que el profundo contraste entre el iusnaturalismo confesional de Gény (que le llevaba a excluirse de las ideas iusnaturalistas de corte racionalista) y el positivismo agnóstico de Duguit (que le llevaba a excluirse de toda conexión con doctrina alguna del Derecho Natural) (61). Algunos de los términos de la polémica parecen dejarlo entrever, y el propio fondo de aceptación o rechazo de un elemento ideal o metafísico que late en la controversia parece así abonarlo. Pero creo que aquí llamamos a la puerta de planteamientos cuasifidenciales y difícilmente reconducibles a un debate científi-

---

(58) GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, cit., pp. 405 ss.

(59) El exceso de la posición de Gény había sido visto por BONNECASE: la distinción entre « donné » y « costruit » sólo puede admitirse en un plano exclusivamente lógico; pero la posibilidad de ser separados ambos elementos con un análisis abstracto no puede llevar a negar su intrínseca unión, en cuanto las reglas técnicas no son sino una representación inmediata de la realidad social (y, por consiguiente, añadimos nosotros, históricamente vinculadas a ella): cfr. *La pensée juridique française*, II, Paris, 1933, pp. 28 ss.

(60) La distinción que inspira toda la obra de Gény, como es notorio: cfr. sobre todo *Science et technique*, cit., II, *passim*.

(61) HERNANDEZ-GIL, *Metodologia*, cit., pp. 247 ss. y 267 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fico, incluso para nosotros, juristas de hoy, que seguimos padeciendo la perplejidad del problema del Derecho Natural. De todos modos, no será inútil subrayar que el punto de partida en este concreto problema condicionará para siempre el entendimiento de Gény y de Duguit.

Y con todo lo anterior parecería poderse concluir que, desde el punto de vista puramente técnico tan contingente es el concepto de « situación jurídica subjetiva », sustitutivo del derecho subjetivo en la formulación de Duguit, como el del mismo derecho subjetivo como « procedé technique » en la de Gény. Estaríamos ante una aparente relatividad. Es claro que reducido el problema a un puro problema de conceptos, descontextualizados de la urdimbre histórica, todo acaba resolviéndose en un nominalismo más o menos complicado, de escasa entidad científica y nula utilidad práctica, y ello, en última instancia, porque la alternativa Derecho objetivo-derecho subjetivo en términos sólo lógicos es irreducible (62). Pero el problema, el eterno problema del derecho subjetivo, lo hemos visto, es mucho más que eso. Quizás la conclusión, en términos positivos, para nosotros, de la polémica reseñada, sea otra: que no podemos obviar la constatación del declive del individualismo jurídico, por un lado, y que, por otro, aún no estamos en condiciones de prescindir (aunque por razones más que « puramente » técnicas) de la lógica del sujeto como instrumento de análisis y explicación del ordenamiento (63) que como legado histórico nos ha llegado desde la inauguración de la edad moderna hasta nuestros días.

---

(62) Cfr. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., pp. 88 ss., con referencias importantes a Rümelin y Cesarini Sforza.

(63) Hoy por hoy es preciso compartir con FROSINI (voz *Soggetto del diritto*, en *Novissimo Digesto italiano*, XII, pp. 816) que « il soggetto del diritto non è dunque "un nome vano, senza oggetto", cioè senza una sottostante realtà, che sostiene i diritti soggettivi e i doveri giuridici ad esso attribuiti, e che sarebbero in realtà impensabili senza un soggetto, a cui essi facciano capo. Esso consiste in una forma definita, assunta dalle azioni umane che acquista rilevanza per l'ordinamento giuridico, ossia per il sistema di relazioni fra le azioni stesse in una cornice normativa ». Prejuicio antropomórfico y reacción normativista, reconducidos en su exceso, nos llevan siempre a la necesidad categorial (al menos) del sujeto, añadimos nosotros, tal como los ordenamientos históricamente se han configurado en nuestra área jurídico cultural. Y no se olvide que el fascinante espectáculo del actual cambio del mundo parece guiado por la recuperación, tal vez exacerbada, de una lógica individualista.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

NORBERTO BOBBIO

# FRANÇOIS GÉNY: UNA PREFAZIONE

Quando cominciai i miei studi di filosofia del diritto, all'inizio del decennio tra il '30 e il '40, François Gény era all'apice della sua notorietà, soprattutto per le due opere, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, di cui erano uscite due edizioni nel 1899 e nel 1919, e per l'*opus magnum* in quattro volumi, *Science et technique en droit privé positif*, usciti uno dopo l'altro, nel 1914, 1915, 1921 e 1924. Orientato com'ero allora verso studi di teoria della scienza giuridica e di metodologia in generale, che avevano molto séguito nella filosofia del diritto del tempo, entrambe le opere del giurista-filosofo francese mi erano familiari. Uno dei miei primi libri, oggi ripudiatissimo, anche se mi accade di vederlo qualche volta citato solo per completezza bibliografica da autori, che spero non l'abbiano letto, *Scienza e tecnica del diritto* (1934), mostrava chiaramente, se pur più nel titolo che nel contenuto, quale ne fosse l'ispirazione. Per quel che riguarda le tesi ivi sostenute, non solo la soluzione data da Gény alla distinzione fra scienza e tecnica fondata sulla differenza fra il « donné » e il « construit » veniva messa completamente da parte, ma il giudizio che io davo in una nota sui presupposti filosofici da cui il celebre autore era partito, era, che Dio me lo perdoni, piuttosto malevolo, non privo di giovanile saccenteria. Del libro precedente sull'interpretazione mi servii ampiamente e senza toni polemici in una mia opera successiva su *L'analogia nella logica del diritto* (1938).

Fu con mia sorpresa che durante la preparazione di un discorso commemorativo che tenni all'Università di Venezia il 14 marzo 1954 su Silvio Trentin, che vi aveva insegnato tra il 1923 e il 1925, in occasione del decimo anniversario della morte, appresi che uno dei molti libri che egli aveva scritto in esilio in Francia, di tutte le sue

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

opere quella filosoficamente più impegnativa, *La crise du droit et de l'Etat*, pubblicata a Parigi nel 1935 (1), era preceduta da una lunga e ammirevole prefazione di François Gény, che definivo, così com'era giusto, « uno dei più illustri giuristi francesi » (2).

Trentin, professore di diritto amministrativo e d'istituzioni di diritto pubblico, autore di vari scritti sui problemi dell'autogoverno locale e fautore di una politica di decentramento, era stato uno dei pochi professori che aveva scelto l'esilio piuttosto che la sottomissione al regime fascista (3). Emigrò in Francia dove arrivò il 2 febbraio 1926. Nei primi anni vi fece l'agricoltore e il tipografo prima di trovare un assetto stabile nella conduzione di una libreria a Tolosa nel 1934. Tra le molte opere che scrisse in Francia, di cui la maggior parte sono di analisi e critica del fascismo, due, attraverso cui torna a fare il professore universitario, sono di teoria giuridica e politica: quella già citata sulla crisi del diritto e dello stato e quella precedente su *Les transformations récentes du droit publique italien. De la Charte de Charles Albert à la création de l'Etat fasciste*, apparsa

---

(1) Trattandosi di libro raro, ne riporto per intero il frontespizio: SILVIO TRENTIN / Ancien Professeur de Droit public dans les Facultés Italiennes / *La crise du droit et de l'Etat* / Préface de F. Gény / Doyen honoraire de la Faculté de Nancy / L'Eglantine / Paris-Bruxelles / 1935, pp. 498.

(2) Il mio discorso su Trentin è ora compreso nel volume *Italia civile*, I ed., Manduria, Lacaita, 1964; II ed., Firenze, Passigli, 1986, pp. 249-266. Sulla personalità e sull'opera di Trentin sono tornato da allora altre volte: *La crisi europea e lo stato federale nell'opera di Silvio Trentin*, in *Atti del Convegno di studio su Silvio Trentin*, Jesolo, 20 aprile 1975, Vicenza, Neri Pozza editore, 1976, pp. 109-123; *Silvio Trentin e lo stato fascista*, in *Belfagor*, XL, 1985, pp. 700-707; *Il pensiero federalista di Trentin*, in *Silvio Trentin e la Francia. Saggi e testimonianze*, Prefazione di Giannantonio Paladini, Venezia, Marsilio, 1991, pp. 147-171. Lo stesso scritto figura come Introduzione a Silvio Trentin, *Federalismo e libertà. Scritti teorici 1935-1943*, a cura di Norberto Bobbio, nelle *Opere scelte di Silvio Trentin*, Venezia, Marsilio, 1987, pp. IX-XXXVII. La prefazione di Gény non è sfuggita all'autore dell'unica monografia italiana su di lui: Aristide TANZI, *François Gény tra scienza e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 18, nota 8. L'autore fra l'altro constata che questa prefazione non è mai stata citata nella letteratura critica su Gény.

(3) Sull'opera di Trentin sino all'esilio in Francia, vedi Moreno GUERRATO, *Silvio Trentin, un democratico all'opposizione*, Milano, Vangelista, 1981. Per uno studio monografico completo si veda Frank ROSENGARTEN, *Silvio Trentin dall'Intervento alla Resistenza*, Milano, Feltrinelli, 1980: sulla prefazione di Gény, p. 140.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel 1929 (4). Questa avrebbe dovuto essere presentata al pubblico francese da Maurice Hauriou, il celebre « doyen » della facoltà giuridica di Tolosa, se non fosse morto dopo breve malattia nel marzo dello stesso anno. Lo sostituì, meno celebre ma non meno noto, Julien Bonnacase dell'Università di Bordeaux, autore di due opere che fanno parte del patrimonio comune di uno storico del diritto moderno: *L'école de l'éxégèse en droit civil* (II ed. 1928) e *Science du droit et romantisme* (1928), che lo stesso Trentin dimostra di ben conoscere e di apprezzare.

Quale fosse il debito di riconoscenza che Trentin aveva contratto verso il Bonnecase è da lui stesso dichiarato nell'Avant-Propos al libro sulla crisi del diritto e dello stato, là dove esprime la sua riconoscenza per « l'obligeance fraternelle » dei colleghi delle facoltà di Bordeaux e di Tolosa, e, in modo particolarmente caloroso, per l'« aide généreuse que n'a pas cessé un instant de m'offrir un témoignage d'une solidarité humaine émouvante, le professeur Julien Bonnecase, de la Faculté de droit de Bordeaux » (p. 20).

*La crisi del diritto e dello stato* è dei libri di Trentin dell'esilio il più ambizioso e teoricamente più importante, ma è anche quello meno fortunato. L'enorme mole (circa cinquecento pagine) e una meritoria ma anche un po' farraginosa rassegna della letteratura giuridica del tempo, lo rendono di non facile lettura: molto citati lo stesso Gény, ma anche Hauriou e Le Fur, Duguit e Saleilles, Bonnecase e Renard; tra gl'italiani, Giorgio Del Vecchio e Santi Romano. Non mancano riferimenti a Kelsen, cui si ispira sin dall'inizio per la definizione di democrazia (di Kelsen era stata allora tradotta in francese da Charles EISENMANN, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, Paris, Sirey, 1932). Il punto di riferimento principale è Georges Gurvitch, ammirato e criticato, i cui due libri fondamentali, *L'idéé du droit social et le temps présent* e *L'idée du droit social* erano entrambi usciti nel 1932. Nel suo insieme l'opera può essere oggi studiata per la parte che essa rappresenta nella fortuna dell'idea del diritto sociale in Francia (5).

---

(4) Tradotta in italiano, a cura di Alessandro Pizzorusso, nel primo volume delle *Opere scelte di Silvio Trentin*, Venezia, Marsilio, 1983.

(5) Quando mi occupai di Gurvitch più o meno negli stessi anni ignoravo il libro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Poco fortunata, dicevo, perché poco letta, introvabile nelle biblioteche italiane, e, per la sua mole, non ristampata, salvo la conclusione, nelle *Opere scelte* di Silvio Trentin, pubblicate, con introduzione di autori vari italiani contemporanei, da Marsilio tra il 1983 e il 1987 (6). Nell'evoluzione del pensiero di Trentin quest'opera è importante, perché vi appare per la prima volta, proposta con determinazione, l'idea del federalismo come soluzione della crisi del diritto e dello stato, conseguenza dello strapotere politico ed economico, quale si è venuto formando in una società capitalistica, soffocante sempre più l'autonomia dei gruppi e calpestante la dignità della persona. Punto di partenza e punto di arrivo della complessa costruzione teorica del libro è la difesa della democrazia. Allo sviluppo e alla precisazione dell'idea federalistica, cui giunge attraverso Proudhon e Gurvitch, che a sua volta ha ripreso Proudhon, saranno dedicate da Trentin le due principali opere successive, *Libérer et fédérer*, del 1943 (7) e *Stato, Nazione, Federalismo* del 1945 (8). Da sottolineare l'insistenza sull'importanza dell'associazionismo che caratterizza la società moderna, e sull'idea che solo lo stato federale permetta la convivenza dei gruppi che tenderebbero, se lasciati liberi di esercitare il loro potere, a disgregare lo stato. Il federalismo è l'unica soluzione democratica tra autoritarismo dello stato sovrano e anarchia dei gruppi: « L'Etat ne peut s'organiser qu'en organisant la société, et la société, à son tour, ne peut être organisée selon le Droit qu'en conformant son organisation à l'impératif qui place la valeur suprême dans l'autonomie de la personne et dans celle des ordres » (p. 188).

Trentin ha colto benissimo il fenomeno caratteristico della

---

di Trentin: *Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch)*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XVI, 1936, pp. 385-418.

(6) Nel volume di scritti, già cit., *Federalismo e libertà*, col titolo *La conclusione della crisi*, pp. 4-31.

(7) Pubblicata per la prima volta nella traduzione italiana di Antonio Giuriolo in Silvio Trentin, *Scritti inediti. Testimonianze e studi*, Torino, Centro Studi Piero Gobetti, 1972, pp. 189-278, quindi nel volume *Federalismo e libertà*, cit., pp. 235-321.

(8) Scritto nel 1940, pubblicato postumo, con prefazione di Mario Dal Pra, nella « Biblioteca di cultura politica », n. 1, « La fiaccola », Milano, 1945. Il libro iniziava una collana edita a cura del Partito d'Azione cui Trentin aveva aderito dopo il ritorno dall'esilio nell'agosto 1943.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

società di un paese industrialmente progredito in quella che chiama la « pluralisation des ordres juridiques », e la tendenza verso il loro inserimento in sistemi sempre più vasti, destinato a trasformare lo stato futuro, se vorrà conservarsi democratico contro le spinte autoritarie del momento presente, in un « ordre d'intégration dans le droit des forces sociales », alla cui base sta « l'équivalence des autonomies, l'autonomie constituant la valeur suprème que le droit vise à servir » (p. 331). Non bisogna dimenticare che quando Trentin scrive quest'opera Hitler ha preso saldamente il potere in Germania, e nel 1934 in Francia in seguito a un'agitazione delle destre reazionarie il presidente del consiglio, Daladier, che è un radicale, è costretto a dare le dimissioni e gli succede un governo di unità nazionale guidato da Dumergue, da cui sono esclusi socialisti e comunisti. Il fascismo, che nell'interpretazione di sinsitra, che Trentin segue, rappresenta la difesa ad oltranza del capitalismo minacciato dall'ineluttabile avanzata del movimento operaio, è ormai alle porte. La lotta per la democrazia e il federalismo che deve portare alla soluzione della crisi (*Le denouement de la crise* è intitolato il capitolo conclusivo) non può essere che rivoluzionaria. L'emancipazione dell'individuo esige la soppressione dei privilegi e l'instaurazione di un ordine socialista. La rigenerazione della società contro lo stato moderno monocratico e monocentrico, non può avvenire se non « par le fédéralisme en tant que mode de réalisation, sur le plan collectif, du principe de l'autonomie » (p. 476). A sostegno della tesi rivoluzionaria cita il famoso passo dei *Discorsi* di Machiavelli in cui si legge che le repubbliche meglio ordinate sono quelle che si possono rinnovare, perché « è cosa più chiara del sole che non si rinnovando questi corpi non durano » (9), e che per rinnovarsi debbono essere ricondotti ai loro principi.

Per lo scopo che mi propongo in questa breve nota è interessante osservare che per giustificare la propria conclusione, Trentin cita anche un brano di Gény, uno dei suoi autori prediletti, là dove questi sostiene che quando la legge non riesce a controllare il potere politico, e da sovrana diventa suddita, il diritto si attua attraverso l'autodifesa: « Qu'on ne dise pas — s'écrie le Doyen Gény —: il y a

(9) Il famoso brano dei *Discorsi* è tratto dal cap. I del libro III.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contradiction dans les termes: le désordre ne peut-être ramené à l'ordre. Je répondrai que le prétendue désordre n'est ici que le cri de révolte d'un idéal plus parfait et qu'au témoignage de l'expérience, les progrès le plus décisifs de la civilisation et du droit ne sont acquis qu'au prix des révolutions » (p. 467). Il libro termina con parole che non potrebbero essere più ispirate: « L'ère qui annonce la catastrophe du capitalisme ne comptera dans l'histoire de la civilisation qu'en tant qu'elle saura marquer la révanche de l'autonomie humaine et la soumission de tous les rapports sociaux, qu'ils soient inter-individuels ou inter-groupals, à la seule soveraineté, à la souveraineté exclusive du Droit » (pp. 478-79).

Trentin aveva scritto un'opera di teoria e insieme di proposta politica, di riflessione sul proprio tempo e di proiezione ideale verso il futuro. Nella lunga prefazione, che non è un retorico e rituale omaggio all'autore, ma contiene un'analisi, un'interpretazione, in parte critica, del libro presentato, Gény colse con profonda simpatia umana lo spirito del libro. Parla di « important ouvrage », di « profondes méditations, dont un dur éxile ne pouvait qu'augmenter la puissance », di « doctrine profonde », di « remarquable ouvrage », in cui l'autore fa valere le sue idee « douées souvent d'une profondeur impressionante et mises en un relief saisissant ». È d'accordo sulle trasformazioni dello stato e del diritto che impongono una revisione delle categorie tradizionali. Distingue due parti dell'opera, una prevalentemente teorica che risale ai principi dai quali si deve osservare e valutare la crisi, una orientata verso le possibili soluzioni della crisi. Questa seconda parte, Gény ritiene secondaria e contingente. Coglie bene quel che vi è di astratto nelle dottrine giuridiche e filosofiche, di cui l'autore si è largamente avvalso nel tracciare il disegno della situazione storica, per cui « si la direction générale de sa pensée reste assez aisément saisissable, elle laisse souvent subsister, autor d'elle et dans ses développements nécessaires, un halo vaporeux, qui ne permet pas toujours d'en fixer fermement les traits » (p. 11).

Riassumendone per sommi capi il contenuto, constata che l'ispirazione filosofica prevalente è spiritualistica, antipositivistica, favorevole al primato del diritto naturale sul diritto positivo. Ritiene particolarmente nuovo e fecondo il capitolo in cui lo stato è considerato essenzialmente come l'« ordine delle autonomie », e tra di-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ritto individuale e diritto sociale l'autore si pronuncia in favore del primo che salvaguarda la dignità umana, con un sentimento generoso che, diffuso in tutto il libro, arricchisce la nostra teoria generale del diritto e dello stato. Riguardo agli ultimi due capitoli in cui viene prendendo forma, se pure in modo talvolta confuso, il progetto politico di Trentin, il pur benevolo prefatore esprime, sebbene cortesemente, il proprio dissenso nei riguardi dell'« aprété impitoyable » e dello « style heurté et parfois apocaliptique » con cui viene criticata la società borghese (p. 14). Riassunti i quattro punti principali della conclusione, dubita della validità del primo, che riguarda la necessità della rivoluzione, osservando che nessuna previsione scientifica ci permette di prevedere che il mutamento avvenga per gradi o attraverso un procedimento rivoluzionario. Critica il secondo che vede un avvio di soluzione nella critica del nazionalismo e nella formazione graduale dello stato universale. Considera formula vaga e troppo generale la proposta contenuta nel terzo punto, riguardante la soppressione della proprietà individuale, cui non sostituisce chiaramente il modello di una società fondata sulla proprietà collettiva. Per quello che riguarda il quarto punto, il progetto federalistico, lo considera semplice espressione di un desiderio che richiederebbe una più precisa ricostruzione.

Nonostante queste riserve, nell'ultima pagina il vecchio saggio (nato nel 1861, quando scrive queste pagine ha 74 anni) esprime ancora una volta la propria ammirazione per l'indipendenza di giudizio dell'autore, « une admiration qui s'élève jusqu'à une émotion sympatique, qui ne peut qu'accroître ma reconnaissance, quand je songe aux conditions douloureuses et difficiles qu'un éxil, courageusement et noblement accepté, a imposées à la réalisation de cet effort ». Nelle condizioni in cui è stata composta l'opera, l'autore diventa « un exemple sublime: exemple d'indépendence de pensée, d'énergie morale indomptable, de haute vertu civique, de fidélité, sans compromission, ni réserve, au pur idéal du Droit » (pp. 17-18).

Non so se Silvio Trentin abbia ricevuto elogio più alto. So peraltro che tale elogio dimostra la nobilità d'animo di chi lo pronunciò. Per questo ho creduto che meritasse di essere conosciuto, nel momento in cui l'opera e la personalità dell'illustre doyen dell'Università di Nancy vengono riesaminate e riproposte al lettore di oggi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JARO MAYDA

# GÉNY AND THE COMMON-LAW WORLD: THIRTY YEARS LATER

## I.

Having translated Gény's *Méthode* into American (1), written a 70-page « critical introduction » to the translation (2) which was eventually elaborated and expanded into a monograph published by the Louisiana State University (LSU) Press (3), I was asked to write on « l'influenza di Gény sulla cultura giuridica statounitense ».

There are two reasons for broadening this essay to cover the whole not-so-happily-called « common law » world (4):

---

(1) *Method of interpretation and sources of private positive law* (2d edit., 1919, as reprinted 1954); West Publ. Co. for Lousiana State Law Institute, 1963; cxviii + 624 pages.

(2) *Gény's Methode after 60 years: A critical introduction*, Id., pages v-lxxvi.

(3) *François Gény and modern juisprudence*, Baton Rouge, 1978; xxi + 264 pages. As a matter of historical record — and to correct some references to the book made in subsequent literature — it should be noted that (*a*) the bulk of doctrinal reference contained in this monograph appeared already in the « critical introduction » (note [2] above), written in the second-half of 1961; so did the conceptual pillars of Essay Three, *Beyond Gény: The unfinished job*, including the « retrospective » conception of stare decisis, and the elaboration of Gény's « free search » (see note [27] below) as « deciding on policy », distinct from the legislator's « policy making »; (*b*) the tripartite structure of the monograph was set in my Bailey Lectures at the Louisiana State University Law School in the spring of 1969; (*c*) much of the draft of the book was ready by early 1971 (cf. the many current general references dated ca. 1970, such as, e.g., in notes XL and XLI); the work was then interrupted by conflicting professional commitments and taken up again only in mid-1975, with the text and notes finished in the spring of 1976.

(4) I have spoken my mind about this macroconcept in *Quelques réflexions critiques sur le droit comparé contemporain, Rev. int. droit. comp.*, XXII (1970) 57-82, at 71-72 (in English: *Rev. Jur. Univ. Puerto Rico*, XXXIX (1970) 432, sec. X; reprinted in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*a*) in the literature about theory and philosophy of law it is difficult, as well as unproductive, to draw line between the U.S. product and that coming from other legal systems of similar historical origin; most of the jurisprudential literature in the United States does not draw this line;

*b*) one purpose of the exercises listed in the first paragraph above was to confirm a hunch going back to the beginnings of my career as comparative law teacher and researcher (1950-; (5)) that the sharp distinctions often drawn between the civil-law and common-law « methods » were largely artificial — if not also provincial — when one looked closer at the tasks and performance of the various systems (6).

The « thirty years later » refers, of course, to the period that has run since I wrote the evaluation of Gény's Méthode « after 60 years ».

## II.

The gist of my report is that the *au delà* — the effort to explain Gény and update him for the purposes of contemporary jurisprudence (in the sense of theory of law) (7) — has had little, if any impact outside of Europe. There it was reviewed with germane understanding (8); and the continued interest has been demonstra-

---

Zweigert & Puttfarken (eds), *Rechtsvergleichung* (*Wege der Forschung*, vol. CCCXXXII), Darmstadt, 1978, pages 361-394; in Spanish, *Bolet. Mexic. de der. comp.* III (1970) 639-666, at 654-655).

(5) Cf. J. Mayda, *The value of studying foreign law*, 1953 *Wisc. Law Rev.* 635-656. At that time it was still necessary to discuss whether comparative law was a branch of law or, rather, a method of study and analysis.

(6) An illustration, in the concrete context of the operation of *stare decisis*, is in ref. [3], pages 95-96. The « striking convergence » was recently discovered even on the plane of legal positivism (although going « beyond positivism and natural law theory as traditionally conceived ») in N. McCormick and O. Weinberger, *An institutional theory of law: New approaches to legal positivism*, Dordrecht (Kluwer) 1986. McCormick is a product of « Scottish philosophy and analytical jurisprudence in the Anglo-American style » and Weinberger was trained in « the Czechoslovakian and Austrian schools of norm-logic and the "pure theory of law" » (Citing from the publisher's blurb.).

(7) See reference [3], page 2.

(8) H. Battiol (Paris), *Rev. int. droit. comp.* XXXIII, No. 2 (1981); R. Dubischar

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ted by at least one recent monograph (9), as well as the present symposium.

North America, on the other hand did not attract any new admirers of the stature of Cardozo, Pound, Cohen, Llewellyn and other American jurisprudes of the first one-half of this century. A fortiori, no notable application to current problems of jurisprudence has taken place.

One swallow spring doesn't make, but a book review that appeared in Britain seemed to remove the suspicion that my attempt to outline the conception of a « unified theory of uses and development of legislated and decisional law » and to define the tasks of an « operational model of [forward-looking] empirical jurisprudence » on Gény's foundations (10) was off-target as far as the « common-law » sphere was concerned (11).

But in America, the reaction was curiously circular: the book was not reviewed (with two exceptions (12)) because Gény's name

---

(Bremen), *Rabel's Zeitung* (1981). English translations of these reviews are in *Rev. Jur. Univ. P. Rico*, LI, 663-667 (1982).

(9) A. TANZI, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, 1990. J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit* (Dalloz, 1985, 1989) makes fifteen references to Gény. The fact that this is a textbook for French law faculties, could explain the conventional selection and interpretations, but not such formalistic statements as « Gény's theory is not followed by the courts. The judge has not converted himself into legislator » (par. 234). Have French judges never practiced « free search », no matter what the written opinions may say? Is the resulting *jurisprudence constante* not the practical equivalent of legislated law, especially if a decisional doctrine is — as is most often the case — the product of collective work of judges and commentators over a period of time, different from the legislative product only in terms of *formal* promulgation at a stated *specific* time (see ref. 3, page 95)?

(10) Ref. [3], pages 81 ff.; 95, 98.

(11) R.W.M. DIAS, *The Cambridge Review*, Spring, 1980: « Gény's contribution, coming...between that of Jhering and Pound, never attracted much appreciation in Britain; which makes the [reviewed] book all the more welcome... [It] breathes a readiness to leap... into the dusty social arena and does provide helpful leads. It is a change from recent... writings where the authors seem to be as much concerned with keeping their positivist garb unsullied as with the social exercises they venture to perform ». Equally important is to note that the few obligatory points of critique in this book review have resulted invariably from misreading the text or context.

(12) J.M. LIDSAY, *Law books in review*, Sept. 1979 (a trade publication); S. HERMAN, *Amer. J. Comp. Law*, XXVII (1979) 730-738. Herman's review is descriptive in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lost the currency it had in the 1910s and 1920s; an the projection of his doctrine was not understood because it was not made known — approvingly or critically — through book reviews.

Some of these lapses were almost hilarious. Although the 1978 monograph was published by the LSU, it was never reviewed in its own law review (13). An article published in the same review (in English) in 1988 quoted (wrongly) from the 1954 French edition of the Méthode, ignoring — probably not knowing about — the 1963 translation.

---

detail and sympathetic; it suggests (with reference to another writer, page 735, No. 14) that « Gény may have had a profound but covert impact [on a key article in] the [U.S.] Uniform Commercial Code » drafted by Llewellyn and expressing his Gény-inspired « situation sense » (ref. [3], page 150). On the other hand, the one major point of criticism in the book review reveals serious conceptual and ideological limitations. Since they appear more widely symptomatic, it seems worthwhile to go into some detail.

On the *ideological* side, Herman condemns the use of Roe v. Wade — the by now notorious pro-abortion decision of the U.S. Supreme Court, 1973 — as an example of free search, as « utilitarianism run riot »; and he contrasts *Roe* with the opposite decision of the [West] German Constitutional Court. Yet, the different teleology of these two decisions can be distinguished on basis of the different birth rates in the two countries, as well as other cultural-anthropological elements, all of which represent a legitimate input into « free search ». Nor is this example invalidated now that the issue has become so political that both sides urge the U.S. Supreme Court to uphold *or* overrule the 1973 decision so that the conflict could be taken into the arena of the 1992 presidential election (Editorial, New York Times, 19 December 1991).

On the *conceptual* side, the reviewer confused « empirical » jurisprudence with « scientific » jurisprudence (which is nowhere in the monograph postulated as such). *Empirical* jurisprudence is based on all available data, including quantifiable *scientific* data. This *donné* changes as the scientific knowledge changes. In *Roe*, any intervening progress in applied medical knowledge that would have extended the viability of the fetus to survive outside the mother's womb as an independent unit of life, would be possibly important because the state of medical technology in 1973 was a consideration in determining the extent of government interest in the control of abortion practice. Contra the notion that technology could/should completely control the constitutional right of private decision (« Did the Supreme Court really intend that...? »), see N.R. RHODEN, *Should medical technology dictate a woman's right to chose?, Technol. Rev.* 89 (April 1986) page 21; expanded in *Yale Law Rev.* vol. 95 (March 1986).

Gény indeed used the terms « science » and « scientific » freely, but I have carefully explained away their old « systematic » meaning and have consistently translated Gény's antiquated vocabulary into contemporary idiom (as expressly noted also by Dubischar, ref. [8] above).

(13) The law reviews in the U.S. are edited by students, not by the faculty.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

When a faculty member of the LSU law school prepared, in 1986, an international seminar on comparative interpretation of the U.S. constitution, Gény's Méthode was the initial reference on interpretation; but the comment on the Méthode included in the syllabus was the « critical introduction » of 1963, not the 1978 monograph — also apparently yet undiscovered.

As they already knew in biblical times, nobody is a prophet in his own country — except that in this case the potential prophet was not even known. And the very publisher was restricting the audience by advertising the book — repeatedly self-defined as a *comparative* study of empirical jurisprudence on *both sides of the Atlantic* — as merely « a valuable contribution to the literature of the civil law... which can be of use to those who have a civil law background » (14).

## III.

The intervening years — thirty or fifteen, depending on how one counts (15) — have increased the evidence of how the interaction of an updated Gény with the existing doctrines in the common-law sphere could have benefited both sides of the Atlantic legal word (16). In face of this fact, which I will try to illustrate, it would seem of little use to speculate about which factor — the lack of

---

(14) The final touch of irony may be, however, that the initial advertising folders for the book were paid by Exxon (Baton Rouge, the seat of the LSU, is a major oil processing center) when the publisher could not find $ 200 for that purpose. Poor Gény...!

(15) The « critical introduction » written thirty years ago was rather « hidden » in the translation of the Méthode, as distinguished from the separate monograph fifteen years later.

(16) On Gény's universality see also this excerpt from my book review of Faculté de droit et des Sciences Economiques de Nancy: *Le centenaire du Doyen Gény* (Paris, 1963), in *Amer. Journ. Comp. Law*, XIV (1966) 713-715: « In [the] preface, Dean Tallon (Nancy) concludes that Gény "is still today a stimulus for all varieties of jurisprudence in all countries". This may be a modest understatement. I believe that Gény is in fact one of the germinal thinkers in the contemporary process toward the construction of a *theory* of law, distinguished from the innocous passtime that, with a few exceptions, is contemporary legal *philosophy*. The path is clearly "beyond Gény, but *through* Gény". The commemorative volume is a monument...to the obstacles which still prevent full comprehension and application of his ideas ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

public relations or the conceptual obstacles — did more damage, even if it were possible to quantify such data.

Let me first correct an interpretation of my monograph as « appearing, in a strictly interpretative perspective, too directed, at time somewhat forcibly, at the analysis of Gény's influence on the United States decisional law (giurisprudenza) » (17).

My position can be summarized as follows: Except perhaps for some reasoning of Cardozo *as judge*, there is *no* question of Gény's influence on American decisional law. My purpose was merely to show how artificial are the sharp lines drawn between the so-called common and civil law methods, including the concept and practice of *stare decisis*; and consequently, how relevant is Gény's nature-of-the-thing empirical approach to the understanding of (not « influence on ») the American practice, as well as on jurisprudence (in the sense of theory of law).

Franklin, whom I quoted (18) and who is taken to task together with me (19), merely said that Gény « will have to be the point of departure » for a reevaluation in the United States of the relation between the « law-maker and adjudicator » — that has been, I would add, confused by the blackstonian theology that preached that judges never « make law », they only find a preexisting law (Holmes called it « a brooding omnipresence in the sky ») even when the court is faced with a *verbal* gap — an absence of any law or precedent that could determine how the case is to be decided (20).

Another remark, preliminary to the small sample with which I

---

(17) TANZI (ref. [9], page 14, No. 4.

(18) Ref. [2], page lxxvi; ref. [3], page 100.

(19) TANZI, id., page 151, text and No. 65.

(20) On the distinction between « verbal », « semantic » and « teleological » gap (the last meaning that there are words of law, but their application would violate a demonstrable *purpose* of equity in the sense of concrete justice, see ref. [3], index entry « Gap ». The mid-18th-century blackstonian fiction is still alive and well, at least in M.A. EISENBERG, *The nature of the common law* (1988), as quoted in AUERBACH, *The revival of some ancient learning, Minnesota Law Rev.* 75 (1991) 539, 578: « ... the common law is comprehensive, in that there is a legal answer to every question that takes the form "What is the law concerning the matter [to be decided]?" ». Contrast the realism of Art. 4, French Civ. Code: « The judge who refuses to proceed with a case on the ground that the statute is silent [verbal gap], obscure [semantic gap] or incomplete [verbal gap], can be held liable for denial of justice ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intend to illustrate the continuing relevance of the doctrine of Gény to the common-law sphere, concerns the difficulty to draw a line between the *original* Gény and the *updated* one. Let us assume that if Gény were to live and write today (and could, as he no doubt would, write comparatively on the common-law systems (21)) he may have reviewed his *Méthode* (22) in the direction of the operational model of legal process I postulate (23). So, when reference is made in the following text to the « Gény doctrine », the original one *or* the updated is meant, according to the context.

## IV.

The relevant writers — academics, judges and other commentators — can be classified basically in three groups:

1. Those who say something parallel to Gény or the French practice against the backdrop of which he wrote, and/or invoke such convergent authorities as Holmes, Cardozo, Pound or Llewellyn. Some representatives of this group are Gilmore, when he writes about law as « mechanism for an orderly adjustment to change... reasonably just law » (24); Justice Brennan on deliberate gaps, « ambiguity of legislative language... to let courts put a gloss on the words [according to the concrete case] » (25); perhaps Greenawalt, placing himself between Hart's The Concept of Law (1961) and what

---

(21) Even in France, the comparative provincialism was (occasionally still is? See note [35] below) such that Lambert, the great internationalist, cited Gény in 1903 (!) as reference for the proposition that « England and the United States are ... typical examples of great nations living principally under a system of customary law » (ref. [3], page 22).

(22) He really said everything important there — and better — although only few commentators have shared this opinion (id., page 135).

(23) Id., page 133.

(24) G. Gilmore, *The ages of American law* (Yale, 1977).

(25) W.J. Brennan, *Address* (reported in the New York Times, 22 Oct. 1982, responding to the suggestion by Justice Stevens which was, incidentally, pure and unadulterated *référé* under the original *Code Napoléon*). The decisions Brennan had in mind, are perforce made « on policy » (ref. [3], pages 89, 92); a massive concrete example is the body of decisions of the U.S. Supreme Court, as well as the federal appellate courts, that developed the general, though not deliberately ambiguous, National Environmental Policy Act of 1969.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

became Dworkin's Law's Empire (1986), although his discussion of judicial attitudes towards precedent may have benefited from critical comparison, especially with regard to the retrospective analysis of stare decisis (26).

2. Those who deal with the same basic issues in blissful ignorance. For instances, gap in the law continues to be discussed over and over again, but without any reference to Gény's *aperçu* about interpretation by analogy as being already an instance of judicial « free objective search for a rule » (27), in short, free search. Gavison, an Israel-cum-Oxford product, speaks in an otherwise well-reasoned article (28) about « natural law judges » (meaning that they do not decide mechanically, without respect to social values!); « [denial] that judges ever make law [to fill a gap] » (which she criticizes, but without the analytical distinction between legislative *law making* and judicial *deciding on policy*, that is on facts and values, as any competent legislator does or should do (29)); she confirms her undifferentiated analysis by speaking subsequently about « cases in which [the judge] is justified to legislate ». The function of intuition is disposed of by two conditional sentences and reference to Cardozo, Frank, Hutcheson (who contributed the cited article also to Gény's *Festschrift* (30)), Llewelyn and Dewey (whose original con-

---

(26) K. GREENAWALT, *Hart's rule of recognition and the United States, Ratio Juris*, I (1988) 40-57; *Reflections on holding and dictum, Journ. Leg. Educ.* 39 (1989) 431-442. Greenawalt also concludes that « judges do not *usually* [my emphasis] conceive of their function as being judicial up to a point, and then legislative » (p. 55) — a classical concept of « dédoublement » which I have analysed critically and comparatively, with reference to Art. 1 (2), Swiss Civ. Code *and* the conventional doctrine in the United States (ref. [3], pages 98, 186 ff.). In the first article, the author (Cardozo Professor of Jurisprudence at Columbia University, New York) also states, quite contrary to Cardozo's tradition, that he does « not make explicit reference to theorists from other legal traditions... ». On the retrospective conception of precedent cf. [3], pages 92-93. Dias (ref. [11] above) chided me for presenting such an obvious point as « some kind of revelation ».

(27) This is my translation of *libre recherche scientifique* (ref. [3], Index entry « Free search »).

(28) R. GAVISON, *The implication of jurisprudential theories for judicial election, selection, and accountability, So. Calif. Law Rev.* 61 (1988) 1618-1661.

(29) See ref. [3], 89-97; the language of the Swiss Civ. Code, is in id., 167 f.

(30) Bibliographical reference No. 347 in [3].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tribution to the modern theory of decision was the application of experimental logic to law (31), not comments on intuition (32).

3. Then there are, of course, those who seek the right answers to the wrong questions. One textual example for many: « Can the power to revise statutes be properly asserted by courts on their own or must it be given to them by legislature? » (33) Comment: The real issue is concrete justice (34) done by whomever (35). The inscription above the portal of the U.S. Supreme Court says « Equal justice under law », not under any specific branch of the legal system.

## V.

Obviously a great deal of conceptual gymnastics and printing paper could have been saved. Why keep on warming up the ages-old perception that « judges [do not] reach their decisions by justifying them » (36) — except, of course, to respond to (instead of ignoring) writing that still insists (37). Would a better homework resulted in a

---

(31) I consider Dewey one of the five makers of modern jurisprudence, together with Jhering, Holmes, Ehrlich and, of course, Gény (ref. [3], page 3).

(32) The gestation of the « hunch » concept, from the glossator Bartolus, through, among others, Chancellor Kent, Büllow, Bergson (Gény's inspirator), Kantorowicz' *Gefühlsjurisprudenz* and Ehrlich to — yes! — Justice Frankfurter's « disciplined feeling », is recounted in [3], pages 143-144, 219-220. My comparison there with « the well-known intuitive nature of political decision making » could be subsequently related to the pattern of human processing and synthesis of information — the famous two-brain-spheres theory of Roger Sperry et al. (Nobel Prize, 1980); cf. the application to another specific field of decision making, in J. Mayda, *Environmental impact assessment: Toward a general adaptive model,* in *Water for human consumption: Man and his environment* (Proceedings of a congress, Buenos Aires), Dublin (Tycooly) 1982, page 519.

(33) G. Calabresi, *A common law for the age of statutes* (1982) page 91.

(34) On « concrete justice » see [3], index references. The term « concrete » distinguishes this concept from such flights of philophical phantasy as the greatly overestimated J. Rawls, *A theory of justice* (1971). Cf. the critique by, and my review of, C.F. Murphy, *Descent into subjectivity* (1990), in *Rev. Jur. Univ. Pto Rico* (1992; to appear).

(35) The Italians called concrete justice long ago « giustizia di caso singolo ».

(36) Gavison (ref. [28]) page 1636.

(37) E.g., Dworkin, *Law's empire* (1986). On the other, correct, side are, among the many, Pound (law *is* what it *does*), Kocourek (an American contributor to the *Recueil Gény*, writing in the late 1920s): « One cannot always rely on the explanation of the

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

more precise characterization of the real process of judicial decision making than only as « interstitial legislature » (38)?

Would a textbook by a practicing judge *and* law professor, convincing on the descriptive-analytic level, contain such a crude, as well as lame, generalization as « more and more judges acknowledged... that [they] often make law in deciding cases [reference to a 1965 article]. By the 1980s (sic) the inevitability of lawmaking by judges... was generally accepted » (39)?

Could another Harvard textbook, with great and deserved reputation, have sharpened its conceptual focus had it lifted itself above the broad and yet limited common-law environment (40)?

---

reasoning which judges offer after the event »; not to mention the perhaps apocryphal but genuine-sounding dictum ascribed to Chief Justice Marshall of the « judicial control » fame (early 19th century): « Judgement for the plaintiff; Mr. Justice Story will find the authorities ».

(38) J. BELL, *Policy arguments in judicial decisions* (1983), pages 244-245 (as cited in GAVISON). Bell, who was a visiting professor at Paris 1 and 2 in the mid-1980s, also mixes up decisional method aiming at concrete justice with an abstract « ideal standard »; and he practices some anti-comparative reductionism with regard to French doctrine, e.g., concerning the historical as well as the contemporary-practical meaning of Art. 5, Civ. Code. See *Principles and methods of judicial selection in France, So. Calif. Law Rev.* 61 (1988) 1757-1780. Contrast, as to the latter example, [3] 196-197, the conceptual model on page 205, as well as other index entries under « France, Civil code: Art. 5 ». Cf. also Wechsler's lament that the U.S. Supreme Court failed to issue an *arrêt de reglément* (such as prohibited in the French Art. 5) in the antidiscrimination case Brown v. Topeka (1954), that would have explicitly covered all minorities (see [3], bibliogr. No. 412 and the references there).

(39) R.E. KEETON, *Judging* (1990), page 15. Policy-oriented reasoning is termed by Keeton « value-based »; but this concept is much narrower, as his ch. 4 indicates. Already Gény was much closer to complying with the injunction (as stated by Alfred NORTH WHITEHEAD, *Science and the modern world*, 1925; cited in [3] page 20, see also 104, 115) that « the final problem [is] to conceive the *whole* fact [my emphasis] » — the very opposite of the either/or fragmentation that is, to various degrees, still the tenor of the common-law writers.

(40) H. HART and A. SACKS, *The legal process: Basic problems in the making and application of law* (1958). I refer to phrases such as « The function of a court in interpreting a statute is to decide what meaning ought to be given to the directions of the statute in the respects relevant to the case before it ». In the following comment, the authors recognize that « this statement [may be] so nearly indeterminate as to be meaningless », but attempt to salvage the situation by pointing what the statement does *not* say: « ... that the court's function is to ascertain the intention of the legislature with

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Much of the deceivingly elaborate, sophisticated-looking literature begins to come apart only when it is stripped down to the conceptual infrastructure (41). Not so the continued ideological twitter surrounding the nominations of new justices to the U.S. Supreme Court, on which I have already commented in the Gény monograph (42).

As John Stuart Mill told us, « On all subjects much remains to be said ». The conclusion here imposes itself that much less would have had to be said if Gény's thought had entered the comparative stream enough to reach even into the many parochial doctrinal stillwaters.

---

respect to the matter in issue » (page 1410). Comparative annotation based on the « Critical introduction » to Gény's Method was suggested to the junior author in 1963, when the original mimeographed edition was being readied for the eventually-never-to-be printing, but it was turned down. The only comparative reference in over 1400 pages remained the original 8-page quotation from a vintage Radbruch (cf. [3] page 74).

(41) E.g., R. DWORKIN, *Law's empire* (1986); M. WEAWER, *Is a general theory of adjudication possible? The example of principle/policy distinction, Mod. Law Rev.* 48 (1985) 613-643. Note, for instance, the meaningless « distinction » between the *general* principle (« law or rule as a guide to action », according to, among other, the Oxford English Dictionary) and policy which even in the traditional sense is a *specific* « course of action adopted as advantageous or expedient ». Policy in the modern sense is both more and less than the amalgam of these two dictionary meanings: its development amounts to a synthesis of data, values, goals, which may suggest *alternative* courses of action, and which the decision maker selects as the best indicated. This integrative definition, although all-encompassing (cf. J. MAYDA, *Policy R & D* [research and development]: *Outline of a metholodogy*, 1979) governs perforce also any conceivable theory of adjudication, that is the judicial search for policy (« free search », if no general « guide for action » is given in the concrete case) and the decision based on it. The alternative may be between a mechanical and a just decision of the case.

(42) See [3], note LXXI. The process has been so politicized in the 1980s that it practically lost any element of jurisprudence and has been, instead, turned into an exercise in the marketing of an often mediocre product.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARLOS PETIT

# « A CONTRIBUTOR TO THE METHOD OF INVESTIGATION ». SOBRE LA FORTUNA DE GÉNY EN AMERICA (1)

> « Notre effort demeurera donc essentiellement historique, étant entendu que c'est seulement à l'histoire *contemporaine*, que nous entendons demander les éléments réalistes, en l'absence desquels tout problème juridique demeura sans racines et sans vie » (François Gény, *Des droits sur les lettres missives*, 1911, I, p. xviii).

I. « A great compliment to American scholarship ». Un *Recueil* que ofrece el argumento (nn. 1-2). — II. « How far from 'impractical' this field of thought and research really is ». Noticias y traducciones en tiempos de guerra (nn. 3-14). — III. « The best thing in French ». Lecturas de Roscoe Pound, Benjamin Cardozo (y Max Radin) (nn. 15-22). — IV. « Kindred spirits of other countries ». Participación americana al *Recueil Gény* (nn. 23-32). — V. « François Gény and Modern Jurisprudence ». ¿Un *revival* posterior? (nn. 33-35).

## I. « A GREAT COMPLIMENT TO AMERICAN SCHOLARSHIP ». UN *RECUEIL* QUE OFRECE EL ARGUMENTO

1. Muy originales resultan al lector de hoy los escritos que festejaron, en la turbulenta década de los '30, la jubilación académica del activo Gény. No era frecuente entonces la envergadura del *Recueil*, tres volúmenes y más de mil cuatrocientas páginas, ni tampoco su llamativo carácter monográfico, querido desde un principio por los convocantes (Capitant, Josserand, Lambert y Mi-

(1) Sirva la primera nota para agradecer — una vez más — a Laurent Mayali, Director de la *Robbins Collection*, Professor of Law en Boalt Hall (University of California, Berkeley) y vivo ejemplo del cruce de influencias intelectuales que aquí interesará, su amable acogida durante el verano de 1991. Sin ella este trabajo no hubiera podido siquiera concebirse.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chon (2)) y subrayado por la sistematización de los trabajos, así considerados capítulos de una obra única, que realizó el editor: se trataba, con intención confesadamente experimental, de otorgar coherencia y casi unidad a aportaciones muy numerosas y variadas, dentro del apropiado argumento de « les sources du droit » (3).

Las novedades incluían además una inusitada participación extranjera, en conjunto superior a la inevitable colaboración de colegas franceses (4); a la cabeza, inmediatamente tras éstos, figuraba un nutrido grupo de trece autores norteamericanos. Semejante vocación internacional añadió al *Recueil* ulteriores dosis de originalidad, pues los trabajos fueron publicados en italiano, alemán o inglés, con versión francesa a pie de página. El problema de las traducciones, sobre todo cuando mediaba una familia jurídica diferente, ocasionó considerables retrasos (5), pero la colección final-

---

(2) Cfr. EDOUARD LAMBERT, « Préface au *Recueil Gény* », en *Recueil sur les sources du droit en l'hommeur de François Gény*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, sin fecha (ca. 1935), I, (xix)-xxxi, p. xxi: los dos primeros eran, además de insignes civilistas, representantes de los profesores de Derecho franceses cerca del Ministerio de Instrucción Pública; Lucien Michon aparecía a título de convocante en tanto Decano de Nancy.

(3) Cfr. EDOUARD LAMBERT, « Préface au *Recueil Gény* », cit. (n. 2), pp. (xix)-xxi.

(4) He aquí las cifras: un total de 85 trabajos, de los cuales 28 eran de Francia, 13 de Estados Unidos, 10 de Italia, 5 de Rumanía, 4 de Alemania, 4 de Bélgica, 3 de Inglaterra, 3 de Japón, 3 de Checoslovaquia, 2 de Austria, 2 de Hungría, 2 de Suiza, 1 de Holanda, 1 de España, 1 de Egipto, 1 de Polonia, 1 de Turquía y 1 de Yugoslavia. Son recuentos que mejoran los de Albert Kocourek, autor de la única reseña del *Recueil Gény* que he sabido localizar en revistas americanas: cfr. *Illinois Law Review*, (= *Ill. L. Rev.*), 30 (1935-1936), 821-824, p. 821. Tampoco es exacto — olvida dos americanos — JARO MAYDA, *François Gény and Modern Jurisprudence*, Baton Rouge and London, Louisiana State University Press, 1978, pp. 232-233.

(5) Unos cinco años duró la gestación del *Recueil Gény*: ALBERT KOCOUREK, cit. (n. 4), p. 821, lo que motivó las excusas (prevista la publicación para 1933) del editor EDUARD LAMBERT, « Préface au *Recueil Gény* », cit. (n. 2), pp. (xix)-xx, pp. xxv y ss. Y las referencias cronológicas no siempre coinciden, oscilando los materiales consultados entre 1934 y 1935. Probablemente debe preferirse esta segunda fecha, que es la indicada por Kocourek — autor de la reseña pero también de una contribución al *Recueil* que allí se silencia por explicable pudor — y la que aparece en la relación de publicaciones del « Institut de Droit Comparé de Lyon », curador de la edición celebrativa: véase *Introduction a l'étude du Droit Comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, I, Paris, Sirey-Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938, 17-21, p. 20; en esa sede se ofrece también la fecha 1934 al hacer el elenco de los trabajos de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente salida de las prensas de la « Librairie Sirey » pudo saludarse desde perspectiva angloamericana como « not only one of world-wide importance, but also one of world-wide accesibility » (6).

2. Accedemos ahora a ella primando tal perspectiva. Pues entre tantas singularidades que convierten, no tan sólo por contenido, el *Recueil Gény* en pieza única de la literatura jurídica contemporánea destaca, parece obvio advertirlo, la presencia norteamericana; ya la misma colaboró, con su aportación protagonista, en la original presentación bilingüe de la obra toda. En esta nueva ocasión en que celebramos, gracias a la iniciativa feliz de Paolo Grossi, la obra del Decano de Nancy semejante circunstancia merece alguna atención, y es mi propósito prestársela, por más que debo advertir sobre el carácter exclusivamente instrumental e informativo de las líneas que siguen: opero, desde la perspectiva escorada que permite el *Recueil* (7), avanzando simplemente algunas ideas y aportando sobre todo datos no muy conocidos a este lado del Atlántico, lo que explica la riqueza de notas con que he querido dotar estas páginas. Espero además que sirvan para destacar la importancia del estudio sereno de las relaciones intelectuales entre juristas de *common* y *civil law* durante ese primer tercio de siglo en que se forjó en ambos hemisferios lo mejor de la cultura jurídica de nuestros días.

---

Lambert (cfr. « L'oeuvre d'Edouard Lambert », 7-10, p. 9), pero pudiera ser que las separatas del *Recueil Gény* circulasen con anterioridad a su publicación oficial.

(6) ALBERT KOCOUREK, reseña cit. (n. 4), p. 821. La participación americana en el *Recueil* constituía, según KOCOUREK (p. 822), « a great compliment to American scholarship ».

(7) Ofrece referencias JARO MAYDA, *François Gény and Modern Jurisprudence*, cit. (n. 4) y en el prólogo de su excelente traducción de la segunda edición francesa de 1919, reproducida en 1954: « Gény's *Méthode* after 60 Years. A Critical Introduction », en *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif. Critical Essay by François Gény. An English Traslation by the Louisiana State Law Institute*, St. Paul (Minn.), West Pub Co., 1963, v-ixxvi, pp. xviii y ss. Algo también en ARISTIDE TANZI, *François Gény tra Scienza del Diritto e Giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 189 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

## II. « How far from 'impractical' this field of thought and research really is ». Noticias y traducciones en tiempos de guerra

3. ¿Pero tan conocido era François Gény para despertar el entusiasmo de los colegas norteamericanos? ¿Qué difusión alcanzaron sus obras en la academia jurídica estadounidense? Son preguntas obvias que asaltan al lector del *Recueil* ante la inusitada presencia transatlántica.

Y a cuestiones obvias, respuestas que también lo son, comenzando por las menos positivas. Si el éxito de un jurista extranjero puede medirse por el eco que las publicaciones especializadas de otros paises transmiten de su obra, nuestra primera conclusión ha de ser negativa: hasta la traducción íntegra de la *Méthode* en 1963 y la ulterior monografía sobre Gény que publicó hace unos años Jaro Mayda (8), todo indica que el profesor de Lorena no fue un jurista demasiado popular en medios norteamericanos. Las revistas de mayor rango guardaron silencio tras la aparición de aquel volumen, lo que explicable, por la misma juventud de los periódicos (9), en el caso de la primera edición (1899), se justifica menos tratándose de la segunda (1919): para entonces no resultaba ya insólito la aparición de reseñas que informaban de los libros más importantes del mundo del *civil law* ni anormal, aun dentro de su carácter excepcional, la participación europea en la sección principal de artículos. No constan noticias sobre los trabajos restantes de Gény, salvo la rápida nota del juez Holmes sobre « Natural Law » (10), estimulada, mas sin aprovechar o aprobar sus enseñazas ni tampoco a título de reseña, por la aparición en 1915 del tomo segundo de *Science et Technique* (11).

---

(8) Jaro Mayda, *François Gény and Modern Jurisprudence*, cit. (n. 4).

(9) Cfr. Michael I. Swygert/Jon W. Bruce, *The Historical Origins, Founding, and Early Development of Student-Edited Law Reviews*, en *Hastings Law Review*, 36 (1985), 739-791.

(10) Oliver W. Holmes, *Natural Law*, en *Harvard Law Review* (= *Harv. L. Rev.)*, 32 (1919), 40-44.

(11) François Geny, *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, I, 1914; II, 1915; III, 1921; IV, 1924. Solo tardíamente se ha estudiado con alguna atención esta obra en América:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. Falta Gény, pero es el caso que no faltan sus coetáneos. Siguiendo siempre lo que — me apresuro a advertir — son huellas intelectuales de intensidad variable, el moderno lector de las viejas revistas aprecia de inmediato una doble presencia europea en América, alemana y francesa, encontrándose en la I Guerra un esperable punto de inflexión que no llega a cancelar, desde luego, la difusión de juristas centroeuropeos. La germanización inicial arranca del Harvard del Presidente Charles Eliot y el Decano Christopher Columbus Langdell, confundiéndose propiamente con la organización contemporánea de la enseñanza del Derecho en América a título de disciplina universitaria (12), y se manifiesta en el número relativamente elevado de reseñas de literatura alemana (13), en colaboraciones de juristas alemanes (14), a veces en relación a cursos impartidos en los Estados Unidos (15), e, incluso, en alguna

---

THOMAS J. O'TOOLE, *The Jurisprudence of François Gény*, en *Villanova Law Review*, 3 (1958), 455-468.

(12) ROBERT STEVENS, *Law School. Legal Education in America from the 1850's to the 1980's*, Chapel Hill and London, University of North Carolina Press, 1983 (reimp. 1987), pp. 51 y ss. En general, LAWRENCE R. VEYSEY, *The Emergence of the American University*, Chicago, University of Chicago Press, 1965; JURGEN HERBST, *The German Historical School in American Scholarship. A Study in the Transfer of Culture*, Ithaca (N.Y.), Cornell University Press, 1965.

(13) Meros ejemplos: F. MEILI, *Das internationale Civilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis* (1906), en *Yale Law Journal* (= *Yale. L.J.*), 16 (1906-1907), 60-62 (Simeon E. Baldwin); ARTHUR NUSSBAUM, *Verträglicher Schutz gegen Schwankungen des Geldwertes* (1928), en *California Law Review* (= *Calif. L. Rev.*), 20 (1931-1932), 104-105 (Max Radin); WALTER HALLSTEIN, *Der Aktienrecht der Gegenwart* (1931), ibd. 224-225 (Max Radin); HANS LEWALD, *Das deutsche Internationale Privatrecht* (1931), en *Cornell Law Quaterly* (= *Cornell L.Q.*), 17 (1931-1932), 529-535 (Anthony Park).

(14) De nuevo ejemplos: OTTO GIERKE (1841-1921), *German Constitutional Law in Its Relation to the American Constitution*, en *Harv. L. Rev.* 23 (1909-1910), 273-290; EUGEN EHRLICH (1862-1922), *Montesquieu and Sociological Jurisprudence*, ibd. 29 (1915-1916), 582-600; del mismo, *The Sociology of Law*, ibd. 36 (1922-1923), 130-145; JOSEF KOHLER, *The Mission and Objects of Philosophy of Law*, en *Ill. L. Rev.* 5 (1910-1911), 423-430 (trad. por Albert Kocourek); RUDOLF STAMMLER (1856-1938), *Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence*, en *Michigan Law Review* (= *Mich. L. Rev.*), 21 (1922-1923), 623-654, 765-785 y 962 y ss..

(15) HERMANN KANTOROWICZ (1877-1940), *Legal Science. A Summary of Its Methodology*, en *Columbia Law Review* (= *Colum. L. Rev.*), 28 (1928), 679-707, que es sumario de curso veraniego impartido por el antiguo *Gnaeus Flavius* en Columbia, con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tardía monografía sobre el pensamiento jurídico de autores relevantes (16). La mejor prueba, con todo, de la receptividad americana hacia una ciencia jurídica que desde mediados del XIX venía produciendo lo mejor de sus escuelas son probablemente las traducciones de obras doctrinales (17), muy frecuentes. El viaje de estudios a Alemania (18), coronado a veces con la lectura de una tesis doctoral, suministraba un núcleo de traductores y expresaba la admiración del jurista norteamericano por la tradición académica germana.

Por eso un ilustre autor, cuya obra revela como pocas el uso recurrente de la bibliografía alemana, podía concluir hacia 1912 repasando varias definiciones de derecho que « most of the American formulas... show the influence of the Historical School, which become very marked after 1870, as American students began to go to Germany in increasing numbers and German ideas took root in our universities » (19). Son palabras, cómo no, de Roscoe Pound (1879-1964), padre de la jurisprudencia americana (20), condición en la que tendrá nuevamente que comparecer en estas páginas; ahora basta con señalar

---

notas añadidas por Edwin W. Patterson; RUDOLPH LEONHARD, *American Remembrances of a German Teacher of Roman Law*, en *Yale L.J.* 18 (1908-1909), 583-590, p. 583: Leonhard enseñó en Columbia durante el invierno de 1907-1908.

(16) GEORGE H. SABINE, *Rudolf Stammler's Critical Philosophy of Law*, en *Cornell L.Q.* 18 (1932-1933), 321-350. Seguirán más referencias.

(17) OTTO V. GIERKE, *Political Theories of the Middle Ages* (1900); RUDOLF HUBNER (1964-1945), *A History of Germanic Private Law* (1918); JOSEF KOHLER (1849-1919), *Philosophy of Law* (1914); RUDOLF V. IHERING (1818-1892), *Law as a Means to an End* (1913). Es asunto y son datos sobre los que volveremos.

(18) Viene de inmedito a la mente el caso de KARL N. LLEWELLYN (1893-1962) y sus famosas — y condecoradas — hazañas bélicas bajo las banderas del *Kaiser* (cfr. WILLIAM TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1973, pp. 479 y ss.), pero podrían recordarse otros nombres menos épicos, como el de ERNST FREUND (n. Nueva York, 1864-1932), estudiante en Berlin y Heidelberg y doctorado en 1884: cfr. *Prolegomena to a Science of Legislation*, en *Ill. L. Rev.* 13 (1918-1919), 264-292, p. 264 y n. 1, o de ERNEST G. LORENZEN (n. 1876), doctorado en Göttingen con la tesis *Die wesentlichen Bestandteile des gezogenen Wechsels. Eine vergleichende und kritische Studie*, Kiel, H. Fiencke, 1901. Para el de WALTER LOEWY (n. 1881), cfr. *infra*, n. 81.

(19) ROSCOE POUND, *Theories of Law*, en *Yale L.J.* 22 (1912-1913), 114-153, p. 135.

(20) PAUL SAYRE, *The Life of Roscoe Pound*, Iowa City (Iowa), State University of Iowa, 1948; DAVID WIGDOR, *Roscoe Pound, Philosopher of Law*, Westport (Conn.), Greenwood Press, 1974.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que el primer Pound — el joven profesor de Derecho en Nebraska (1903-1906) recién doctorado en Botánica (1897); el luego profesor en Northwestern (1906-1909), Chicago (1909-1910) y por fin en Harvard, donde sería Decano largos años; el autor de « A New School of Jurists » (1904) y de « The German Movement for Reform in Legal Administration and Procedure » (1909) — demostró en sus frecuentes artículos conocer la doctrina jurídica alemana, difudiendo en especial el sociologismo de su amigo Eugen Ehrlich (21), « very close to the top, if not at the top among Continental legal scholars » (22), y la *Freirechtsbewegung* en América (23).

5. De todas formas la influencia alemana coexiste con la que ejercieron otros autores europeos, básica, pero no exclusivamente

---

(21) Por quien demostró gran estima intelectual, habiéndolo invitado a Harvard: cfr. ROSCOE POUND, *An Appreciation of Eugen Ehrlich*, pp. 129-130, que es nota necrológica publicada como presentación del trabajo de Ehrlich de 1922-1923 arriba citado. El estallido de la Guerra impidió a Ehrlich acudir a América y participar en el encuentro de la Asociación de Escuelas Jurídicas: cfr. *Proceedings of the Fourteenth Annual Meeting of the Association of American Law Schools, Held at Chicago, Illinois... 1914* (= *AALS-Proceedings*, con indicacion de encuentro y año), sin lugar ni fecha, p. 4, pero en defecto del maestro W. HERBERT PAGE, de la Ohio State University, presentó a discusión una ponencia sobre los métodos de Ehrlich y su adaptación al derecho americano: *Professor Ehrlich's Czernowitz Seminar of Living Law*, ibd. 46-75.

(22) Carta de Pound a Oliver W. Holmes, 22 de julio de 1915, comunicándole la dirección de Ehrilich en Viena con todo tipo de elogios hacia el profesor de Czernowitz. Ed. PAUL SAYRE, *The Life of Roscoe pound* cit. (n. 20), pp. 272-273.

(23) JAMES E. HERGET/STEPHEN WALLACE, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, en *Virginia Law Review* (= *Va. L. Rev.*), 73 (1987), 399-455, particularmente pp. 422-426. Y es de lamentar que las investigaciones europeas del movimiento, a pesar del precedente ofrecido por GUSTAV RADBRUCH, *La Théorie anglo-americaine du droit vue par un juriste du Continent*, en *Archives de Philosophie du droit et de Sociologique juridique*, 1936, 29-45, no se entretengan en el capítulo americano: KLAUS RIEBSCHLAGER, *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968; DIETMAR MONCH, *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*, Frankfurt/Main, Athenaeum Ver., 1971; o que las que en él se centren olviden su cotejo con el caso europeo de referencia: NORBERT REICH, *Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenkens Amerikas*, Heidelberg, Carl Winter-Universitätsverlag, 1967. Fue situación denunciada por LUIGI LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 210, en la que aún estamos. Y hubiera bastado con leer a Joseph Kohler: cfr. *infra*, n. 108.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

franceses. Los nombres de Léon Duguit (24), A. Esmein (25), Giuseppe Salvioli (26) y otros (27), sin contar las esperables noticias de versiones inglesas de alguna gran obra europea (28), eran por esos años cercanos a la Gran Guerra conocidos en los Estados Unidos y sus firmas, sobre todo la ilustre firma de Duguit (1859-1928) con su toma de partido patriótica en cuestiones de teoría y fines del Estado y sus correspondientes valoraciones de la publicística alemana, podían figurar entre los autores que frecuentaban las páginas de Harvard, Yale o Columbia (29).

6. Tras la Guerra los contactos académicos con Francia se intensificaron, sin por eso acentuarse la presencia de Gény. El

---

(24) Cuyo *Traité de Droit Constitutionnel*, I-IV (1921-1926), fue, por cierto duramente, reseñado por EDWIN W. PATTERSON en *Harv. L. Rev.* 36 (1922-1923), 894-896 y 39 (1925-1926), 144-147. P.E. CORBETT reseñó, en esta ocasión encomiásticamente, las *Leçons de Droit Public Général* (1926), en *Colum. L. Rev.* 27 (1927), 480-481.

(25) A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, I (1929), en *Harv. L. Rev.* 44 (1930-1931), 143-144 (Theodore F.T. Plucknett).

(26) GIUSEPPE SALVIOLI, *Storia del Diritto Italiano* (1921), en *Harv. L. Rev.* 35 (1921-1922), 891-892 (Roscoe Pound).

(27) Incluso españoles: PEDRO DORADO MONTERO, *Valor social de leyes y autoridades* (1903), en *Yale L.J.* 13 (1903-1904), 104-105 (Simeon E. Baldwin); MANUEL TORRES CAMPOS, *Elementos de Derecho Internacional Público* ($^{3}$1912) y *Elementos de Derecho Internacional Privado* ($^{4}$1912), en *Mich. L. Rev.* 12 (1913-1914), 425-426 (Simeon E. Baldwin); JUAN CARRERAS ARANO, *Filosofia de la ley según Santo Tomás de Aquino* (1919), en *Ill. L. Rev.* 17 (1922-1923), 252-256 (Isaac Husik); JOSE SOLANO POLANCO, *Tribunales para niños y comentarios a la legislación española* (1920), ibd., 71-74 (R.W.M.), destacándose la excelente información sobre legislación norteamericana de justicia de menores.

(28) Por ejemplo las partes traducidas del conocido manual de PAUL GIRARD y publicadas (1906) como *A Short History of Roman Law*, en *Mich. L. Rev.* 4 (1905-1906), 674-676 (Joseph H. Drake), el tratado de N.M. KORKUNOV en traducción de Hastings, *General Theory of Law* (1909), en *Mich. L. Rev.* 8 (1909-1910), 351-352 (Joseph H. Drake) o el ya citado de RUDOLF HÜBNER, *A History of Germanic Private Law* (1918), en *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register* ((= *U.Pa. L. Rev. and A.L. Reg.*), 68 (1919-1920), 406-407 (M.C. Klingelsmith).

(29) LEON DUGUIT, *The Law and the State*, en *Harv. L. Rev.* 31 (1917-1918), 1-185; del mismo, *Collective Acts as Distinguished from Contracts*, en *Yale L.J.* 27 (1917-1918), 753-767; del mismo *Objective Law*, en *Colum L. Rev.* 20 (1920), 817-831; 21 (1921), 17-34, 126-143, 242-256. He localizado también MAURICE HAURIOU (1856-1929), *An Interpretation of the Principles of Public Law*, en *Harv. L. Rev.* 31 (1917-1918), 813-821.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prestigio intelectual de Léon Duguit, sentido ya antes como sabemos, permitió que el XVIII congreso de la *Association of American Law Schools* reservara un puesto de honor a la intervención del Decano de Burdeos (30), incorporado por entonces (enero 1920-febrero 1921) a la Columbia University (Nueva York) para impartir un curso sobre soberanía y libertad (31) que reflejaba todavía en sus páginas todos los desastres de la contienda europea. Poco antes ya podía disponerse de las *Transformations du Droit Public* de Duguit en versión inglesa (32).

Y surgieron además cauces institucionales para producir el acercamiento científico entre Francia y Norteamérica, aunque nuevamente sin repercusiones directas, que yo sepa, en la difusión americana de la obra de Gény. Un personaje central en esta historia de contactos internacionales es John H. Wigmore (1863-1943), Decano de Derecho en Northwestern (Illinois) y profesionalmente volcado al estudio de la Filosofia y la Historia jurídicas, el régimen de la prueba — es aún famoso su tratado sobre *Evidence* — y el Derecho Comparado (33). En 1916 « A Proposal to Restore the True Status of French Science and Learning in America » servía a Wigmore para iniciar una campaña de opinión y un programa de captación de fondos encaminados a fomentar la práctica de estudios superiores en Francia, ofreciendo así alternativas a la atracción académica que antes, sabemos ya por boca de Pound, venía ejerciendo sobre América la imperial Alemania. Los rechazos a la jurisprudencia alemana, directamente denunciada como causante de

---

(30) Leon Duguit, *German and French Doctrines on the Nature of Subjetive Law*, en *AALS-Proceedings* 18 (1920), 178-183. Una nota en p. 81 advierte que Duguit intervino como « guest of honor » y pronunció su discurso en francés.

(31) Leon Duguit, *Souveraineté et Liberté. Leçons faites à l'Université Columbia (New-York), 1920-1921*, Paris, Librairie Felix Alcan, 1922, donde se anuncia una simultánea publicación en inglés y en Nueva York que no he sabido encontrar.

(32) Leon Duguit, *Law in Modern State*, transl. by Frida and Harold Laski, New York, B.W. Huebsch, 1919.

(33) William R. Roalfe, *John Henry Wigmore. Scholar and Reformer*, Evanston, Northwestern University Press, 1977, en especial p. 93 para los datos que siguen. Varios articulos sobre Wigmore (Kenneth W. Abbot, James A. Rahl, Kurt Schwerin, David S. Ruder) en *Northwestern University Law Review* 75 (1990-1991), « Supplementum » en pp. 1-130; véase también E. Donald Elliott, *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, en *Colum. L. Rev.* 85 (1985), 38-94.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la contienda europea (34), no faltaron, y en semejante clima bélico-intelectual el entusiasmo francófilo del Decano de Northwestern, persona respetadísima en los medios profesionales según permiten comprobar las actas de la *Association of American Law Schools*, se vio de inmediato coronado por el éxito. En 1917 fue creada la *Society for American Fellowships in French Universities* y se publicó, bajo la coordinación de Wigmore y el mismo año que marca la participación americana en la hasta entonces Guerra europea, el volumen *Science and Learning in France*: una suerte de guía, en la que no faltaba el capítulo sobre la formación jurídica, con todas las orientaciones necesarias para los estudiosos que, becados por la *Society*, acudieran a Francia continuando una educación intelectual iniciada en América (35).

7. Desde Francia se emitieron señales concordantes. Sobre la base de un informe colectivo para el establecimiento de lo que sería el productivo *Institut de Droit Comparé*, Edouard Lambert (n. 1866) — el historiador del Derecho y comparatista de Lyon (36), entusiasta « metteur en pages » del *Recueil Gény* como ya sabemos — publica en 1919 su opúsculo *L'enseignement du Droit Comparé*, con un expresivo y prometedor subtítulo: *Sa co-opération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américai-*

---

(34) El ataque más furioso correspondió a JOHN M. ZANE, *German Legal Philosophy*, en *Mich L. Rev.* 16 (1917-1918), 287-375, privadas de toda mesura y dominadas de racismo, afortunadamente aisladas: cfr. HAROLD GILL REUSCHLEIN, *Jurisprudence-Its American Prophets. A Survey of Taught Jurisprudence*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1951, p. 127 y n. 73. Pero en los años de la II Guerra volvió a condenarse la filosofía juridica alemana: EDGAR BODENHEIMER, *Jurisprudence*, New York and London, McGraw-Hill, 1940, pp. 174 y ss., con comparecencia de Gény como fundador de la *Bewegung* y del juez nazi como su consecuencia. Cfr. aún JAMES E. HERGET/STEPHEN WALLACE, *Free Law Movement*, cit. (n. 23), pp. 418-419.

(35) *Science and Learning in France, with a Survey of Opportunities for American Students in French Universities. An Appreciation by American Scholars*, Chicago, R.R. Donnelly & Sons Co., 1917. Y el libro fue reseñado en la clave antigermánica que correspondía: cfr. *Mich. L. Rev.* 16 (1917-1918), 661-662 (Williard Barbour).

(36) Cfr. PIERRE GARRAUD, *Hommage à Edouard Lambert*, en *Recueil Lambert*, cit. (n. 5), (I) 3-5; y también, por ser su criatura, SUZANNE BASDEVANT-BASTID, *L'Institut de Droit Comparé de Lyon*, ibd. 11-15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*ne* (37). Se trataba allí de mostrar el enriquecimiento que para la educación jurídica francesa había de derivarse del cultivo del Derecho Comparado, en especial de la colección y estudio de materiales de la familia angloamericana, pero no era simplemente una cuestión científica: interesaba atraer, tras la Guerra, a los estudiantes ingleses y americanos hacia unas universidades francesas que se veían emergentes frente el descrédito político que sacudía Heidelberg o Berlin. De entrada Lambert ofrecía desde Lyon una historia más o menos imaginada de relaciones entre el derecho francés y el anglosajón que hacía prometer futuros intercambios, finalizando en el terreno más firme de colaboración intelectual francoamericana coincidente con las iniciativas del Decano Wigmore desde Northwestern. Si Lambert había ya estrechado esos lazos de amistad con Wigmore que se harían evidentes algo después, siendo de este modo *Science and Learning in France* y *L'enseignement du Droit Comparé* dos piezas de un plan preconcebido y armónicamente ejecutado en los dos países de referencia, no lo sabemos (38), pero la oportunidad de la publicación francesa fue punto que no escapó a la atención de los lectores americanos: « The war has brought discredit upon German culture. Our appreciation of French scholarship, as evidenced by the volume *Science and Learning in France* ... is not merely relative, due to a dislike of all that is German... The cordially friendly and scholarly aims of Professor Lambert and his colleagues of the Law School of the University of Lyon are directed very specially, I think, to legal science in America; it seems like a fraternal answer to the volume in appreciation of which mention has just been made » (39).

8. ¿Acercaron estos esfuerzos a algún jurista americano a los circulos de Lorena en que se movía Gény? Su nombre aparece, desde luego, en el informe sobre la enseñanza francesa del Derecho publicado en Chicago y los elogios no faltan: « Among the principal contributors now occupying university chairs may be mentioned... Gény (Nancy), whose *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899) has stained European philosophic legal thought

(37) Ed. Lyon, A. Rey, 1919.
(38) Cfr. *infra* núm. 25.
(39) *Ill. L. Rev.* 14 (1919-1920), 533-538 (Layton B. Register), p. 538.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

as no other single book has done since von Ihering's *Der Zweck im Recht* (40) », pero se trata de una apreciación general que encuentra su lugar entre otras dedicadas a Duguit, Charmont, Saleilles o Demogue: nada indica un contacto más estrecho entre la academia estadounidense y el civilista de Lorena. Adelanto sin embargo mi convicción de que en la convergente iniciativa de Wigmore y Lambert se encuentra la clave de la participación norteamericana al *Recueil Gény* antes que en el conocimiento y apreciación de la *Méthode* o de *Science et Technique* (cfr. *infra* núm. 25), extremos que, sin faltar ciertamente como aún deberá recordarse (cfr. *infra* núms. 15-22), resultaron más bien discretos.

9. Con todo, las actividades desbordantes de Wigmore condujeron por otras vías a una cierta difusión de la obra de Gény en los Estados Unidos. Estamos en 1910 y el clima para lanzar una operación de apertura intelectual de gran respiro parece propicio en los medios jurídicos norteamericanos. Tan reciente aún la adquisición de estatuto universitario por parte de la educación jurídica (41), se debatía con alguna insistencia la superación del estrecho marco tradicional de aprendizaje artesanal del Derecho, en el que poco espacio cabía para unas reflexiones teóricas sólo posibles en aulas y bibliotecas universitarias. El método socrático de Langdell y el recurso exclusivo al *case-book*, con todas sus aspiraciones científicas y su vocación conceptual (la Dogmática del caso), venían resolviéndose sin embargo en un culto a la práctica jurídica contra el que no faltaban reacciones (42), al tiempo que, inevitablemente, los modelos docentes de Harvard, no obstante las críticas ocasionales (43), se

(40) *Science and Learning in France*, cit. (n. 35), p. 155.

(41) Robert Stevens, *Law School* cit. (n. 12). También, en lo que hace a la descripción y trasfondo de los métodos de Harvard, Laura Kalman, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Chapel Hill and London, University of North Carolina Press, 1986, pp. 10 y ss.

(42) Y de nuestro conocido John H. Wigmore, uno de los pioneros de Harvard: *Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae*, en *Harv. L. Rev.* 30 (1916-1917), 812-829.

(43) Vale como muestra de una sensibilidad, mejor que como propuesta seria capaz de desbancar el « case-method », Sylvanus Morris, *University of Jurisprudence*, en *Yale L.J.* 21 (1911-1912), 205-206. Cfr. Albert Kocourek, *The Teaching of Jurisprudence*, en *AALS-Proceedings* 17 (1919), 121-127 y discusión posterior (Drake, Scott) en pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

afirmaban como sistema inequívocamente americano. Tardaría desde luego en popularizarse, pero desde comienzos de siglo la aspiración a una enseñanza del Derecho de vocación intelectual, en la que, sin renuncias a la adquisición de los instrumentos profesionales del abogado, el objetivo prioritario fuese la formación de juristas (44), se abría paso en las escuelas norteamericanas.

A las anteriores se añadían otras razones de mayor peso a favor de la Filosofía y la Historia jurídicas y el Derecho Comparado. Apenas apagados los ecos de la polémica que desataron las iniciativas de David D. Field (1805-1894) en el terreno de la codificación (45), las críticas a la indeterminanción del derecho americano, con la fragmentación derivada de la misma experiencia federal pero ante todo impuesta por las exigencias del *stare decisis*, llevaban a multiplicar los esfuerzos hacia el logro de una legislación uniforme, cuando no francamente a abogar por la promulgación de códigos (46),

---

128-134; GEORGE H. BOKE, *The Institute of Jurisprudence*, en *Calif. L. Rev.* 17 (1928-1929), 135-144. Y no faltaron visiones transatlánticas: BENJAMIN AKZIN, *Reflexions sur la science et l'éducation politiques aux Etats-Unis*, en *Annales de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris* 3 (1938), 145-228, pp. 224 y ss.; ROBERT VALEUR, *L'enseignement du droit en France et aux Etats-Unis*, Paris, Marcel Giard (= Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon, t. 23), 1928, particularmente pp. 191 y ss., donde destaca, frente a Harvard, el ambiente de Columbia.

(44) Un ejemplo: *Editorial Miscellany*, en *Annual Bulletin. Comparative Law Bureau of the American Bar Association* (= *Annual Bulletin*), 3 (1910), 11-12.

(45) Cfr. ALISON REPPY, *The Field Codification Concept*, en ALISON REPPY (ed.), *David Dudley Field. Centenary Essays*, New York, N.Y. University Press, 1949, 17-54; DAUN VAN EE, *David Dudley Field and the Reconstruction of the Law* (tesis, Johns Hopkins University), Ann Arbor (Mich.), University Microfilms, 1979; CHARLES M. COOK, *The American Codification Movement. A Study of Antebellum Legal Reform*, Westport (Conn.), Greenwood Press, 1981; RODOLFO BATIZA, *Sources of the Field Civil Code: The Civil Law Influences on a Common Law Code*, en *Tulane Law Review* (= *Tul. L. Rev.*), 60 (1985-1986), 789-819.

(46) ALTON B. PARKER, *Uniform State Laws*, en *Yale L.J.* 19 (1909-1910), 401-408: es su discurso como presidente de la *Commission of Uniform States Laws* reunida en Washington; JAMES DE WITT ANDREWS, *The Next Great Step in Jurisprudence*, ibd. 485-504; ROBERT C. SMITH, *The Cry for Law Reform*, ibd. 20 (1910-1911), 292-296; FRANCIS M. BURDICK, *A Revival of Codification*, en *Colum. L. Rev.* 10 (1910), 118-130. La cuestión, ya se sabe, duró: HENRY UPSON SIMS, *Notes on Codifyng Real Property Law in the United States*, en *Harv. L. Rev.* 36 (1922-1923), 987-1006, a propósito de la *Law of Property Act* inglesa de 1922.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con todos los problemas competenciales o constitucionales que desde la limitada realidad de los poderes legislativos del Congreso imponía la Constitución de 1787 (47). Algunos, más recalcitrantes a esa pieza maestra del *civil law* que es el código, adoptaban posiciones *à la Savigny* que igualmente favorecían el interés por la Historia y la Filosofía: sólo sobre su base podría aspirarse a la elaboración de códigos nacionales norteamericanos (48). Y como en Alemania, no obstante la tradición fuertemente judicial del *common law*, en la clase profesoral jurídica — ciertamente nunca muy disociada en América de la abogacía y la magistratura — se veía la fuerza necesaria para salvar el divorcio existente entre integración económica y desintegración jurídica, para acercar los extremos opuestos que marcaban una interpretación jurisprudencial ajena a las circunstancias de la vida real y las necesidades de una sociedad sometida a profundas y rápidas transformaciones (49). Una « science du droit commun américain », por encima de la variedad impuesta por la organización federal y el derecho de precedentes, veían los europeos posible mediante la contribución de los colegas estadounidenses (50). Y éstos, por su parte, desde comienzos de siglo — y hasta que los juristas del *New Deal* condenaran a las viejas figuras de la *Progressive Era* a engrosar las filas de los conservadores (51)

---

(47) Cfr. JOHN R. DOS PASSOS, *The United States Supreme Court and the Commercial Era*, en *Yale L.J.* 17 (1907-1908), 573-584.

(48) JOSEPH H. DRAKE, reseña de KARL GAREIS, *Introduction to the Science of Law* (1911) y LUIGI MIRAGLIA (1846-1903), *Comparative Legal Philosophy Applied to Legal Institutions* (1912) en *Mich L. Rev.* 10 (1911-1912), 663-666, p. 663; del mismo, reseña de RUDOLF VON IHERING, *Law as a Means to an End* (1913) y JOSEPH KOHLER, *Philosophy of Law* (1914), en *Mich. L. Rev.* 12 (1913-1914), 708-711, p. 709.

(49) G. EDWARD WHITE, *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America*, en *Va. L. Rev.* 58 (1972), 999-1028, que he consultado en su colección *Patterns of American Legal Thought*, Indianapolis etc., Bobbs-Merill, 1978, 99-135; KERMIT L. HALL, *The Magic Mirror. Law in American History*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 267 y ss.

(50) EDOUARD LAMBERT, *L'enseignement du Droit Comparé*, cit. (n. 37), pp. 73 y ss. sobre « les destinées du common law américain », bajo la consigna de « la formation d'un droit national ».

(51) Muy ilustrativo es el testimonio contemporáneo de un protagonista: JEROME FRANK (1889-1957), *Experimental Jurisprudence and the New Deal*, en *AALS-Proceedings* 31 (1933), 100-108.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— se veían a sí mismos como el fermento necesario para el progreso jurídico (52).

No es casual, por ejemplo, la formación por esos años de un *Comparative Law Bureau* (1907) en el seno de la *American Bar Association*, con su revista dedicada a informar de novedades legislativas y traducciones inglesas de obras jurídicas extranjeras bajo la consigna del « law as a science » (53), ni tampoco la resonancia que logró el BGB, vertido al inglés en dos ocasiones, la segunda con el apoyo de instituciones norteamericanas (54). Y no estaba en causa tanto la construcción académica de un Derecho Comparado, cuanto el interés inmediato por lo que se asumía como experiencia comparable: « There is no reason why the German codification should not have its influence on civil legislation in the countries of the common law... Problems of private law must be ultimately settled upon purely rational principles, and these are essentially the same where fundamental economic conditions are alike. It is this element of universality and permanence in the principles of private law which gives to such a work as the German Civil Code an interest and an importance extending far beyond the territory of its inmediate operation » (55).

---

(52) Ernst Freund, *Prolegomena to a Science of Legislation* cit. (n. 18), *passim*.

(53) Se trata del ya citado *Annual Bulletin*, que comenzó a publicarse en 1908. Cfr. el arranque de la « Editorial Miscellany » del numero primero: « This Bureau was called into existence by the growing conviction among practicing lawyers and teachers of the law in this country that we need more than a mere acknowledgment of how to conduct litigation by the aid of *stare decisis*... A prophetic intuition demands that the American lawyer adds to his forensic forces those supporting powers which can be derived only from a knowledge of the law as a science ».

(54) Cfr. *The German Civil Code*, London, Stevens, 1907, realizada por el comparatista chino Ch'ung-hui Wang (1881-1958), colaborador por ejemplo de la revista de Harvard, y *The Civil Code of the German Empire, as Enacted on August 18. 1896, with the Introductory Statute Enacted on the Same Date*, Boston, Boston Book Co., 1909, obra de Walter Loewy. Para la valoración de estas traducciones y el patrocinio de la *Bar Association* y la University of Pennsylvania, al que se debió la obra de Loewy, cfr. *Yale L.J.* 19 (1909-1910), 477-480 (Simeon E. Baldwin) y *Annual Bulletin*, 3 (1910), 221-222, con lista de reseñas.

(55) Ernst Freund, *The New German Civil Code*, en *Harv. L. Rev.* 13 (1899-1900), 627-637, líneas conclusivas; y es autor que informó del complejo americano en Alemania: *Unifying Tendencies in American Legislation*, en *Yale L.J.* 22 (1912-1913), 96-113, traducción de trabajo aparecido en el *Jahrbuch für öffentliches Recht*, 1911. La visión de Freund se mantuvo: Charles Sumner Lobingier, *The Evolution of the German Civil Code*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Hasta el más modesto Código de 1888-1889, mal recibido en España como se sabe, fue tratado encomiásticamente en Estados Unidos, por más que en este caso se encontrara presente la necesidad de familiarizar al jurista americano con un texto legal y una tradición vigentes en territorios (Filipinas, Cuba y Puerto Rico) adquiridos tras la todavía reciente guerra hispano-norteamericana (56).

10. Entre añoranzas de códigos, deseos comparativos y sociologismo jurisprudencial iba tomando cuerpo la necesidad de compensar, mediante una planificada política de traducciones doctrinales, el complejo de provincianismo que de entonces (57) hasta nuestros dias (58) parecen arrastar los juristas estadounidenses, y que cuanto antecede permite situar con más justicia sólo tras la Segunda Guerra. Seguimos en 1910. El congreso de la *Association of American Law Schools* (AALS) tenido en Chattanooga (Tennessee) aprueba la constitución de un « Committee to Arrange for Translations of Continental Master-Works on Jurisprudence and Philosophy of Law » (59). En una cultura de precedentes, como es reconocidamente la americana, ya podían alegarse a su favor la traducción del ruso Korkunov (60) y la inmediata publicación de la obra de Gareis (61) en version inglesa debida a un personaje de la

---

en *Southern Law Quarterly* (= *South. L.Q.*) 1 (1916), 1-16; HESSEL E. YNTEMA, *The Jurisprudence of Codifcation*, en ALISON REPPY, (ed.), *David Dudley Field. Centenary Essays*, cit. (n. 45), 251-264.

(56) CHARLES S. LOBINGIER, *A Spanish Object-Lesson in Code-Making*, en *Yale L.J.* 16 (1906-1907), 411-416; PETER J. HAMILTON, *The Spanish Civil Code*, en *Harv. L. Rev.* 31 (1917-1918), 1089-1103. Con sus limitaciones, comienza a existir investigación: WINFRED LEE THOMPSON, *The Introduction of American Law in the Philippines and Puerto Rico, 1898-1905*, Fayeteville, University of Arkansas Press, 1989.

(57) ROSCOE POUND, *The Place of Comparative Law in the American Law School Curriculum*, en *Tul. L. Rev.* 8 (1933-1934), 161-170, sin ahorrar sus criticas a los *civilians*.

(58) Cfr. JAMES E. HERGET/STEPHEN WALLACE, *The German Free Law Movement*, cit. (n. 23), p. 432.

(59) *AALS-Proceedings*, 10 (1910), 49-51.

(60) NIKOLAI MIKHAILOVICH KORKUNOV (1853-1904), *General Theory of Law*, Boston, The Boston Book Company, 1909, trans. by William Granger Hastings. Es obra que nos remite a Gény: en versión francesa de Tchernoff (1903), fue usada con cierta frecuencia en la segunda edición de la *Méthode*.

(61) KARL GEREIS (1844-1923), *Introduction to the Science of Law. Systematic*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Northwestern de Wigmore, Albert Kocourek (1875-1962), mientras que la utilización judicial de la obra teórica de Gray, precisamente de título afín a la *Méthode* (62), por el Tribunal Supremo de la Federación permitía concluir « how far from 'impractical' this field of thought and research really is ».

Y es que la preocupación por la Filosofía jurídica encerraba bastantes implicaciones. Cuantos echaban de menos la seguridad del derecho codificado confiaban dominar la indeterminación de los datos jurídicos impuesta por la masa de precedentes mediante una actividad cientifica deductiva paralela y coadyuvante a la uniformización de los ordenamientos americanos, siendo en esta clave saludada calurosamente la serie promovida por Wigmore (63); en todo caso, « without financial liability to this Association » — una cauta mención que acredita justificados recelos por el éxito económico de la hermosa empresa (64) — a las pioneras traducciones de Korkunov y Gareis siguieron otras, componiéndose una *Modern Legal Philo-*

---

*Survey of the Law and Principles of Legal Study*, Boston, The Boston Book Company, 1911.

(62) JOHN CHIPMAN GRAY (1839-1915), *The Nature and Sources of Law*, New York, Columbia University Press, 1909. Se trataba del caso Kuhn *vs.* Fairmont Coal Co.

(63) H.C.C., reseña de LUIGI MIRAGLIA, *Comparative Legal Philosophy* cit., en *Yale L.J.* 22 (1912-1913), 68-69: « Before the dangers and problems which confront our law and legal profession can be properly met, American lawyers will have to become students of legal philosophy, and thereby learn how to face with scientific analysis such questions as, what is the proper remedy for the amassing of our case law, or for the great amount of experimental legislation which is being continually brought forth ». Otra empresa similar, la *Continental Legal History Series* en la que figuraba también John H. Wigmore, dio motivo a similares comentarios: cfr. C.P.S., reseña de JEAN BRISSAUD, *A History of French Private Law*, ibd. 170-172: « At one time prior to the Code Napoléon some 300 customs (coutumes) prevailed in France. But the fact that all this chaos of law was at last transformed into one uniform and codified law for all France should impart strength and encouragement to the advocates of the movement for one single uniform and codified private law for the United States — a gigantic but not impossible task » (p. 172).

(64) En los informes del comité curador de la serie, que presidía Wigmore, la difícil financiación de la colección de Filosofía jurídica por falta de suscripciones es motivo recurrente: cfr. por ejemplo *AALS-Proceedings* 22 (1924), 21-22. El asunto de fondo era la modesta presencia de la Filosofía y la Historia del Derecho en los *curricula* universitarios: *AALS-Proceedings* 15 (1915), 54-56 (informe de Lorenzen, del comité de publicaciones, ante la Asociación).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*sophy Series* que permitió la presentación del mejor y más actual pensamiento jurídico continental en la América angloparlante (65).

Wigmore, presidente del comité responsable y activo también en la edición de la paralela *Continental Legal History Series*, desarrolló una generosa labor impulsando las traducciones. Aunque las dificultades objetivas y financieras inherentes al proyecto impidieron complir el plan original de trece volúmenes (66), la mayoría de las obras previstas vio la luz, cubriéndose plenamente el objetivo de los editores: « it is believed that the complete series will represent in compact form a collection of materials whose equal cannot be found at this time in any single foreign literature » (67). A comienzos de la década de los '20 fue publicada una nueva edicion (68).

El programa del comité editorial se reproducía en cada volumen como « General Introduction to the Series », ya citada. En esas páginas, tras un sentido *mea culpa* por la carencia de la especulación filosófica que se afirmaba necesaria para superar la « anarchy of uncertainty » del derecho americano, se daba cuenta del acuerdo corporativo de 1910 y del *modus procedendi* del grupo presidido por Wigmore: más de un año invertido en la selección de los autores a traducir, a cuyo efecto se habían consultado « masters in the leading universities of France, Germany, Italy, Spain, and elsewhere ». Y se trataba de reunir « all the modern viewpoints of any present importance », « the most representative views of the most modern writers in jurisprudence and philosophy of law », sin primar escuelas o países,

---

(65) La *Series* fue saludada encomiásticamente: cfr. por ejemplo EDWIN M. BORCHARD, *Jurisprudence in Germany*, en *Colum. L. Rev.* 12 (1912), 301-320, pp. 319-320.

(66) Cfr. *AALS-Proceedings* 26 (1928), 154-155: es el informe final del comité presidido por Wigmore, disuelto ese año. Se dejó de publicar la obra del italiano ICILIO VANNI, *The Positive Philosophy of Law*, al demorarse la traducción y resultar progresivamente obsoleto el pensamiento juridico positivista.

(67) Cfr. *General introduction to the Series*, by the Editorial Committee (*h.e.*: Joseph H. Drake; Albert Kocourek; Ernest G. Lorenzen; Floyd R. Mecham; Roscoe Pound, Arthur W. Spencer; John W. Wigmore, presidente; más tarde aparece también Morris R. Cohen), que consulto en *Science of Legal Method. Select Essays by Various Authors*, trans. by Ernest Bruncken and Layton B. Register, with intr. by Henry N. Sheldon and John W. Salmond, Boston, The Boston Book Comany, 1917, v-x, p. xiii.

(68) Cfr. *Calif. L. Rev.* 10 (1921-1922), 267-269 (Max Radin). Y se ha editado facsimilarmente en tiempos aún mas recientes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aunque el resultado de la selección remitió — no son míos los adjetivos — a la *metafísica* Alemania (69), la Italia *positivista* (70) y la *sociológica* Francia (71), con una discreta representación de terceros (72).

11. « The years of the publication of this series in the future may be referred to as the period when the American bar discovered Continental Europe », podía escribir un entusiasta lector de los

(69) Dejando aparte su presencia en obras misceláneas, como el volumen de 1917 al que más abajo me referiré, los autores alemanes de la serie fueron KARL GAREIS, *The Science of Law*, cit.; FRITZ BEROLZHEIMER (1869-1920), *The World's Legal Philosophies* (1912) (= *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, II), trans. by Rachel Szold Jastrow, New York, Macmillan, 1929; RUDOLF VON IHERING, *Law as a Means to an End* (= *Der Zweck im Recht*, I), trans. by Issac Husik, Boston, The Boston Book Company, 1913; RUDOLF STAMMLER, *The Theory of Justice*, trans. by Issac Husik, New York, Mcmillan, 1925; y JOSEPH KOHLER, *Philosophy of Law*, trans. by Adalbert Albrecht, Boston, The Boston Book Company, 1914.

(70) LUIGI MIRAGLIA, *Comparative Legal Philosophies Applied to Legal Institutions* (= *Filosofia del Diritto*), trans. by John Lisle, New York, Mcmillan, 1921; GIORGIO DEL VECCHIO (n. 1878), *The Formal Bases of the Law* (= *I presupposti filosofici della nozione di diritto*, 1905; *Il concetto di diritto*, 1906; *Il concetto della natura e il principio del diritto*, 1908), trans. by John Lisle, Boston, The Boston Book Company, 1914, que fue el volumen peor recibido de toda la *Series*: cfr. *Calif. L. Rev.* 4 (1915-1916), 265-267 (F.S.P.); *Mich. L. Rev.* 13 (1914-1915), 713-715 (Alfred H. Lloyd). Y ya sabemos que la prevista traducción de ICILIO VANNI, *The Positive Philosophy of Law*, no se llegó a realizar.

(71) *Modern French Legal Philosophy*, trans. by Mrs. Franklin W. Scott (= Ethel C. (Forbes) Scott) and Joseph P. Chamberlein, with an editorial preface by Arthur W. Spencer and with Introductions by John B. Winslow and F.P. Walson, Boston, The Boston Book Company, 1916. Los autores seleccionados eran Alfred Fouillée (1838-1912), Joseph Charmont (1859-1922), Léon Duguit y René Demogue.

(72) Como el profesor en Suiza PIERRE DE TOURTOULON (1867-1932), *Philosophy and the Development of Law* (= *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*), trans. by Martha McC. Read, New York, Macmillan, 1922; o el ruso NIKOLAI M. KORKUNOV, *General Theory of Law*, cit. Entre los españoles sólo puedo hacer mención de JOSE CASTILLEJO Y DUARTE (Valladolid), con unas páginas sobre *Kohler's Philosophical Positions* traducidas como apéndice de JOSEPH KOHLER, *Philosophy of Law*, cit. Castillejo, hombre de la Institución Libre de Enseñanza, había ejercido en Sevilla como profesor de Derecho Romano y su sólida formación germánica incluyó una estrecha relación con Rudolf Stammler: RAMON CARANDE, *Galería de amigos*, edición, introducción y notas de BERNARDO VÍCTOR CARANDE, Madrid, Alianza, 1989, pp. 80 y ss., delicada evocación que me facilita el no menos delicado Antonio Serrano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

volúmenes (73) celebrando la aparición de los primeros, pero sus palabras nos sirven para recordar que, por fin, semejante descubrimiento de Europa por parte de la profesión americana fue también un descubrimiento parcial de la obra de François Gény en América. Nos situamos ahora en 1917. Como tomo noveno de la serie filosófica aparece publicada una reunión de trabajos de doce especialistas de varios países, con particular presencia centroeuropea (Ehrlich, Gmelin, Kiss, Kohler, Berolzheimer, Gerland, Wurzel), alguna francesa (Gény, Lambert y, por formación ya que no nación, el chileno Alejandro Alvarez) y norteamericana (Pound, Freund), que propia, aunque tácitamente, suponía una colección de escritos más o menos vinculados a la *Freirechtsbewegung* irradiada desde Alemania (74). En unos años en que el movimiento se encontraba ya en decadencia (75) ni estaban todos los que eran — si sorprende la ausencia de Ernst Fuchs (1859-1929), *bête noire* del grupo, todavía más llamativa resulta la del fundador Kantorowicz, al que poco antes había acudido fervorosamente Pound (76) — ni, lógicamente, se daba la viceversa: Kohler, Berolzheimer y particularmente Gény, con relaciones algo dudosas respecto a la *Bewegung* (77), aparecían en la miscelánea; los unía al menos la superación de la *Exégèse* y el

---

(73) Cfr. *Mich. L. Rev.* 10 (1911-1912) cit. (Joseph H. Drake), p. 666. No faltaron detractores: Robert Ludlow Fowler, *The New Philosophies of Law*, en *Harv. L. Rev.* 27 (1913-1914), 718-731, con enérgica respuesta por parte de Roscoe Pound, ibd. 731-735, y de Albert Kocourek, *Formal Relation between Law and Discretion*, en *Ill. L. Rev.* 9 (1914 -1915), 225-246, p. 238 y n. $24^{1/2}$.

(74) James E. Herget/Stephen Wallace, *Free Law Movement*, cit. (n. 23), p. 428.

(75) Klaus Riebschlager, *Die Freirechtsbewegung*, cit. (n. 23), pp. 72 y ss.

(76) Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence* (iii), en *Harv. L. Rev.* 25 (1911-1912), 489-516, pp. 513-515. Y *supra* se citó un curso de Kantorowicz en América: cfr. *Colum L. Rev.* 28 (1928), 679-707.

(77) François Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Paris, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, $^{2}$1919, II, pp. 330 y ss., que es relato aún insustituible del movimiento, toma sus distancias de los *Freirechtler*, pero nuestro autor sigue siendo considerado inspirador, cuando no iniciador, de la *Bewegung*: cfr. por ejemplo, Luigi Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* cit. (n. 23), pp. 210-211; James E. Herget/Stephen Wallace, *Free Law Movement*, cit. (n. 23), pp. 490-410; Rafael Hernandez Marín, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 227 y ss.; últimamente Aristide Tanzi, *François Gény*, cit. (n. 7), pp. 139 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rechazo a la *Begriffjurisprudenz* en una dedicación común a esa *Science of Legal Method* que otorgaba vago título al libro (78).

Agrupadas las varias contribuciones — en algún caso verdaderos mosaicos de páginas originales (79) — en torno a dos ejes de problemas, « the problem of the judge » y « the problem of the legislator », el metodo jurídico en causa era, propiamente, el de la coordinación e interpretación de las fuentes del derecho privado positivo, como hubiese dicho Gény: « the mode of treatment of the concrete legal problems which are presented in practice, the manner in which the abstract legal principles that lie at the foundation of all jurisprudence are applied to the task of reaching just and reasonable conclusions adequate for the decision of all disputed matters » (80). Observemos los adjetivos. Se trataba de problemas jurídicos *concretos*, de principios que si eran *abstractos* interesaban en tanto jurisprudencia *aplicada*. Como metodología directamente operativa, y no a titulo de epistemología jurídica inaprensible, los editores se centraban en el asunto de la interpretación del derecho y de las relaciones entre el juez y la ley: problemas que en 1917 podía exportar a América la Europa de los códigos envuelta en *Methodenstreiten* ya hacía unas dos décadas, pero problemas que encontraban también un sentido concreto en los Estados Unidos cuando las denuncias del *stare decisis* constituían lugar común y venía debatiéndose animadamente la aceptación judicial de una legislación de contenido social y económico cuya constitucionalidad llegaba a cuestionar la judicatura (81). Que la *Series*, creada para informar en

---

(78) Interesa repasar las páginas de ALBERT KOCOUREK, *Law and Discretion*, cit. (n. 73), particularmente p. 235 y n. 26, pues allí se hace una larga relación de autoridades continentales, agrupadas, dentro de su diversidad, como « School of Judicial Freedom » e interesadas por « the problem of legal method », que constituye la base del volumen de 1917, uno de cuyos editores fue precisamente Kocourek. Véase además *infra*, núm. 31.

(79) Cfr. EDOUARD LAMBERT, *Codified Law and Case-Law: Their Part in Shaping the Policies of Justice*, en *Science of Legal Method*, cit. (n. 67), 251 ss., p. 251 y n. 1. Los editores compusieron este capítulo usando muy libremente la obra *La fonction du Droit civil Comparé* (1903): se tomaban párrafos del volumen primero, pp. 16-18, 61, 63, 74, 88, 93-95, 95-100, 110-112, 173-199, 795-796, 799-811, 821-823, 903. Sobran comentarios.

(80) H.N. SHELDON, *Introduction*, en *Science of Legal Method* cit. (n. 67), lxix-lxxiv, p. lxix.

(81) Así la obra doctoral, defendida en Alemania, de WALTER LOEWY, que ya

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

América de las novedades de Europa, agregase en este tomo noveno los nombres de Pound y Freund a los de Gény, Ehrlich y otros *novatores* no sólo presentaba una valencia académica: la dignidad de la joven ciencia jurídica americana tal vez importaba menos que la existencia de unas preocupaciones sentidas como propias.

Entre los métodos en disputa resultaban *prima facie* los más *libres* perfectamente comprensibles para el lector americano, explicándose fácilmente, y no por simples razones de moda o actualidad, el grueso de la selección doctrinal efectuada en 1917. Si preocupaba por entonces la formulación legislativa del derecho en el seno de una cultura jurisprudencial, la mirada dirigida a quienes estaban ya de vuelta — así Gény, así Ehrlich o Kantorowicz — de la aridez de la Dogmática y la Exégesis convertía la reflexión sobre legisladores y jueces en terreno común inevitable. Y es que la denuncia de la jurisprudencia de conceptos podía sentirse muy cercana incluso donde, como Estados Unidos, no existía la base normativa o el sistema de fuentes que la engendró en Europa; los desvíos altamente conceptuales de los métodos de Harvard — la creencia en la naturaleza científica y aséptica de la jurisprudencia (82), con la *Law library* como laboratorio (83), los *cases* como materia de estudio y la

---

conocemos como traductor del BGB: *Die bestrittene Verfassungsmässigkeit der Arbeitsgesetze in den Vereigniten Staaten von Nordamerika. Ein Biespiel der Beschränkung der legislativen Gewalt durch das richterliche Prüfungsrecht*, Heidelberg, C. Winter, 1905. El argumento interesó también al Instituto de Lyon: EDOUARD LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard, 1921; EDOUARD LAMBERT-HALFRED C. BROWN, *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés aux Etats-Unis*, Paris, Marcel Giard (= Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon, t. 6), 1924.

(82) THOMAS C. GREY, *Langdell's Orthodoxy*, en *University of Pittsburgh Law Review*, 45 (1983-1984), 1-53; MARTIN P. GOLDING, *Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America. Major Themes and Developments*, en *Journal of Legal Education*, 36 (1986), 441-480, pp. 442-443.

(83) Es famosa la expresión de Langdell, hija de la cultura positivista del siglo XIX: « We have also constantly inculcated the idea that the library is the proper workshop of professors and students alike; that it is to us all that the laboratories of the university are to the chemists and physicists, the museum of natural history to the zoologists, the botanical garden to the botanists », en ROBERT STEVENS, *Law School*, cit. (n. 12), p. 53.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aspiración de reducir a unos cuantos principios inexorables y lógicos las posibilidades de determinación judicial del derecho (84) — ofrecían por vía diversa, en América, los mismos excesos conceptuales contra los que venían reaccionando los nuevos juristas europeos.

Mas subsistían algunas diferencias de fondo en este panorama, tan simple, de experiencias y problemas comunicables. No es que en América faltasen los códigos (85). Faltaba, y no es lo mismo, la cultura del derecho codificado. Aparte el caso singular de la Luisiana (86), sobre el que volveremos (cfr. *infra* núm. 33), en aquellos estados con débil tradición jurídica *common*, y así California, Montana o las Dakotas, triunfaron como se sabe los esfuerzos de David D. Field. Códigos había también en algunos estados más tradicionales, como Georgia, que muy pronto escogieron esta vía para coleccionar un derecho contra cuyo conocimiento conspiraban las circunstancias. Y se produjeron, en tiempos relativamente recientes,

---

(84) Otra afirmación famosa: « law, considered as a science, consists of certain principles or doctrines. To have such a mastery of these as to be able to apply them with constant facility and certainty to the ever-tangled skein of human affairs, is what constitutes a true lawyer... and the shortest and the best, if not the only way of mastering the doctrine effectually is by studying the cases in which it is embodied... Moreover, the number of legal doctrines is much less than is commonly supposed », en ROBERT STEVENS, *Law School*, cit. (n. 12), p. 52. Con lo que estamos a un paso de la jurisprudencia *more geometrico*: M.H. HOEFLICH, *Law and Geometry. Legal Science from Leibniz to Langdell*, en *American Journal of Legal History*, 30 (1986), 95-121, pp. 119 y ss.

(85) CHARLES MCGUFFEY HEPBURN, *The Historical Development of Code Pleading in America and England, with Special Reference to the Codes of New York, Missouri, California, Kentucky, Iowa, Minnesota, Indiana, Ohio, Oregon, Washington, Nebraska, Wisconsin, Kansas, Nevada, North Dakota, South Dakota, Idaho, Montana, Arizona, North Carolina, South Carolina, Arkansas, Wyoming, Utah, Colorado, Connecticut and Oklahoma*, Cincinnati, W.H. Anderson & Co., 1897; WILLIAM B. HORNBLOWER, *A Century of Judge-Made Law*, en *Colum L. Rev.* 7 (1907), 453-475; ROSCOE POUND, *Codification in Anglo-American Law*, en BERNARD SCHWARTZ (ed.), *The Code Napoléon and the Common-Law World*, New York, New York University Press, 1956, 267-297.

(86) Cfr. EDWARD SMITH, *Edward Livingston, and the Louisiana Codes*, en *Colum. L. Rev.* 2 (1902), 24-36; JOHN H. WIGMORE, *Louisiana: The Story of Its Legal System*, en *South. L. Q.* 1 (1916), 1-15; JOHN G. TUCKER, Jr., *The Code and the Common Law in Louisiana*, en *Tul. L. Rev.* 29 (1954-1955), 739-764; del mismo, *Tradition and Technique of Codification in the Modern World: The Louisiana Experience*, en *Louisiana Law Review* (= *La. L. Rev.*), 25 (1964-1965), 698-719.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ensayos doctrinales: de Wigmore, sin ir más lejos (87). Pero en esta historia de códigos con nombre propio está muy claro que el *Field Code* nunca aspiró a convertirse en el *Code Napoléon*. Con o sin *Freirechtler*, la actitud del jurista americano carecía de paralelos en Europa: correspondía al código un valor simplemente declarativo o recopilatorio del previo *common law*, según se precisó inmediatamente desde California (88). Por eso, si lo editores de *Science of Legal Method* proclamaban « the greatest question of legal theory nowadays in the arena of professional debate, both in Europe and America » la de saber « what is the inherent nature of the judicial and the legislative functions, and the difference between them? What respective parts do judge and legislator perform in the declaring or formulating of law? And what are the materials or data which they respectively employ in this process of law-declaring?... » (89), justificándose entonces la indiscriminada colección de trabajos que habían sido elaborados en Europa y en América, permanecía, por encima de los acercamientos y territorios comunes, una decisiva diversidad en la toponimia. La parificación de jueces y legisladores en la formulación del derecho, telón de fondo de la encuesta, con toda la legitimidad de una judicatura de elección popular y el vigor de una tradición jurídica basada en derechos previos a la Constitución que convenía poner a salvo precisamente del poder

---

(87) Se trata del *Pocket Code of Evidence*. Cfr. Louriz Vold, *Some Reasons Why the Code States Should Adopt the Uniform Sales Act*, en *Calif. L. Rev.* 5 (1916-1917), 400-414 y 6 (1917-1918), 37-67.

(88) John Norton Pomeroy (1828-1885), *The True Method of Interpreting the Civil Code*, en *West Coast Reporter*, 3 (June-September 1884), 585-593, 657-662, 691-696, 717-721 y 4 (October-December 1884), 1-6, 49-52, 109-115, 145-152 (= *The « Civil Code » in California*, New York, Bar Association, 1885), con su conclusión, tan de *Quaestiones statutorum*, en esta última: « All its provisions are to be regarded as simply declaratory of the previous common law and equitable doctrines and rules, except where the intent to depart from those doctrines and rules clearly appears from the unequivocal language of the text ». También Maurice E. Harrison, *The First Half-Century of the California Civil Code*, en *Calif. L. Rev.* 10 (1921-1922), 185-201 (donde comparece fugazmente Gény: p. 188) y William J. Palmer/Paul P. Selvin, *The Development of Law in California*, St. Paul (Mn.), West, 1983.

(89) John H. Wigmore-Albert Kocourek, *Editorial Preface*, en *Science of Legal Method*, cit. (n. 67), xxi-lxvii, p. xxi. Cfr., en similares términos, la reseña (anónima) de esta obra en *U. Pa. L. Rev. and A.L. Reg.* 67 (1919), 201-202.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislativo (90), suponía un pie demasiado forzado en la hora de la recepción americana de los rebeldes europeos: bastaba un conocimiento algo detenido de la obra de Gény para acreditarlo (91).

En efecto. Por más que la posición constitucional del juez americano interesara vivamente en Europa y aunque algunos la propusieran allí como modelo (92), Marbury *vs.* Madison sólo era posible en América. Si en el Continente se difundía un entendimiento del órgano judicial en funciones de legislador, se trataba, como se sabe, con el caso destacado del mismo Gény (93) y la regla contenida en algún código moderno (94), del supuesto límite de las lagunas del derecho. Más libertad judicial no cabía: Magnaud resultaba ante todo un *phénomène* (95) (cfr. *infra* núm. 22) y la búsqueda del derecho que correspondía al juez se reclamaba doctrinalmente — de nuevo es suficiente invocar a Gény — *scientifique*. Insólito en esta clave, para Europa (96), el largo prefacio de *Science of Legal Method* debido a Wigmore y Kocourek, ya podía evidenciarlo también alguna aportación americana al cuerpo mismo de su texto (97), por si no fuese suficiente la desigual densidad y número de páginas que aquél reservaba a cada parte.

---

(90) Cfr. Bartolome Clavero, *Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio*, en *Quaderni Fiorentini*, 18 (1989), 79-145.

(91) Y al no afectar sustancialmente la revisión de 1919 a esta parte de su obra (tengo a la vista sin embargo la no demasiado feliz versión española, anónima, de la primera de 1899: Madrid, Reus, $^{2}$1925), puedo seguir citando por la segunda edición: François Geny, *Méthode d'interprétation*, cit. (n. 77), II, pp. 38-39. Es uno de los escasísimos lugares en que Gény alude a la cultura de *common law*; sobre ello véase más abajo.

(92) Edouard Lambert, *Le Gouvernement des juges*, cit. (n. 81). Cfr. *Ill. L. Rev.* 16 (1921-1922), 572-574 (Ernst Freund), reseña llena de escepticismo y con referencias también para Alemania. (Para otro comentario de este libro véase *infra*, n. 147).

(93) François Geny, *Méthode d'interprétation*, cit. (n. 77), II, p. 77.

(94) Cfr. Código civil suizo de 1907, art. 1.

(95) Cfr. François Geny, *Méthode d'interprétation*, cit. (n. 77), II, pp. 287-307.

(96) Donde no faltaban, aun con todas las cortapisas de la propia tradición, los acertamientos: Joseph Kohler, *Die Gesetzesauslegung im englischen und angloamerikanischen Recht*, en *Archiv für Bürgerliches Recht* (= *Archiv. f.B. Recht*), 38 (1912), 49-65; Geza Kiss, *Die Theorie der Rechtsquellen in der englischen und anglo-amerikanischen Literatur*, ibd. 39 (1913), 265-297.

(97) Me refiero al trabajo de Ernst Freund, *Scientific Method in Legislative Drafting*, en *Science of Legal Method*, cit. (n. 67), 558 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

12. En ellas la presencia de Gény era doble y distribuída armónicamente, abriéndose con fragmentos de la *Méthode* la primera (« The problem of the judge ») y cerrándose — propiamente (98) — la segunda (« The problem of the legislator ») con una versión del ensayo aparecido algo antes en el centenario del *Code civil* (99). La posición especial reservada a nuestro jurista, alfa y omega de *Science of Legal Method* como vemos, realzaba ciertamente la importancia otorgada a un autor que fungía de esqueleto o fundamento de las demás aportaciones (100), pero en la economía de un volumen misceláneo los músculos — sociologismo, *freie Rechtsfindung*, crítica del modelo codificatorio — determinaban por su parte la osamenta: de la *Méthode* se tomaron las páginas más generales sobre « La libre recherche scientifique », con pérdida de los « éléments de libre recherche puisés dans la raison et la conscience » (nn. 160-163) y de los « éléments positifs » (nn. 164-168), esto es, marginando unas consideraciones sobre el derecho natural y el valor de la analogía como método de investigación presentes en el capítulo original y así demostradas sin interés para el público norteamericano (101). La opción fue criticada (102), lo mismo que las traducciones (103), pero no cabe olvidar el papel que reservaron a Gény los editores de 1917: la presentación, instrumentalizando un trabajo que así podía perder contornos e información, de la libertad del intérprete como motivo argumental que

(98) Seguía al de Gény el trabajo de Ernst Freund arriba citado, pero, dedicado a la técnica legislativa, poco o nada tenía que ver con el resto de la colección.

(99) FRANÇOIS GENY, *The Legislative Technique of Modern Civil Codes*, trans. by Ernest Bruncken, en *Science of Legal Method*, cit. (n. 67), 498 y ss.

(100) No siendo entonces casual las repetidas referencias a Gény contenidas en el prefacio y la primera de las dos introducciones: cfr. *Science of Legal Method*, cit. (n. 67), pp. xxiv-xxv, xxxix, xl-xli (« libre recherche »), xliv y n. 5, xlvii y n. 15 (con cita de *Science et Techique*, II), liii y n. 29 (id.), lxix, lxxi, lxxii. Con Gény compartía trono Eugen Ehrlich.

(101) FRANÇOIS GENY, *Méthode d'interprétation*, cit. (n. 77), II, nn. 155-159 y 169-176, pp. 74 y ss., en *Science of Legal Method*, cit. (n. 67), 1-46. El traductor era Ernest Bruncken.

(102) *Calif. L. Rev.* 10 (1921-1922), 267-268 (Max Radin) cit., p. 268; HAROLD GILL REUSCHLEIN, *Jurisprudence-Its American Prophets*, cit. (n. 34), p. 126, n. 71.

(103) En general, JARO MAYDA, *Gény's Méthode after 60 Years*, cit. (n. 7), pp. viii y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

daba sentido a las restantes aportaciones. Además, con la traducción del civilista Joseph Charmont (Montpellier) aparecida en el volumen *Modern French Legal Philosophy* (104) existía ya desde 1916 un amplio resumen de las tesis de Gény para uso de juristas apresurados.

13. Reflejo de las diferencias que apartaban la jurisprudencia europea de la americana a pesar de las inquietudes intelectuales que acreditaba la segunda, la de Gény con América era una relación francamente desigual, que nuevas empresas de Wigmore escoraron aún más a su favor. Otras páginas del profesor de Nancy, ahora de *Science et Technique*, fueron publicadas como apéndice a la traducción de Rudolf Stammler, *The Theory of Justice*, preparada por Husik (105) en 1925. Sin explicaciones editoriales (106), compartía Gény con el comparatista chino John C.H. Wu una sección final de crítica al pensamiento stammleriano, pero ahora también se trataba de una presencia duplicada: Wu discutía en sus páginas, por cierto bien duramente, el pensamiento de Gény entre otros críticos de Stammler (107).

---

(104) JOSEPH CHARMONT, *Recent Phases of French Legal Philosophy*, cap. x: « Free Scientific Research » (trad. F.W. Scott), en *Modern French Legal Philosophy*, cit. (n. 71), pp. 112-124, donde una nota editorial, que demuestra la excelente información de que disponía Wigmore, anunciaba la futura segunda edición de la *Méthode* — « important book, so widely discussed in all Continental countries » — y su traducción parcial en la *Modern Legal Philosophy Series*. El nombre de Gény, sin atención en esta ocasión a su obra, también podía difundirse desde la otra serie dirigida por el Decano de Northwestern: *The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century*, by Various authors, Boston, Little, Brown, and Co., 1918, pp. 45, 90, 268 (n. 2), etc.

(105) RUDOLF STAMMLER, *The Theory of Justice*, cit. (n. 69). El apéndice primero, « The Critical System (Idealistic and Formal) of R. Stammler », se tomaba de *Science et Tecnique*, cit. (n. 11), II, pp. 127-190, traducidas por el mismo Isaac Husik, profesor de Filosofia en la Universidad de Pennsylvania.

(106) A su manera las dio el Comité de Filosofia del Derecho ante el vigésimo segundo congreso de la Asociación: cfr. *AALS-Proceedings*, 22 (1924), pp. 20-21: « This book has a genuinely international significance, — composed by a German, translated by an American, commented on by a Frenchman and a Chinese ».

(107) JOHN C.H. WU, *Stammler and His Critics*, en RUDOLF STAMMLER, *The Theory of Justice*, cit. (n. 69), 553-586, especialmente pp. 570 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

14. ¿Valoró el profesor francés el eco de la *Méthode* en América? Tan cuidadoso en repasar las reseñas y la fortuna de su obra, guardó Gény una absoluta discreción sobre la fragmentaria versión americana. La advertencia situada al frente de la segunda edición, donde se anunciaba la existencia de una traducción (completa, desde luego) española, silenció el extremo; en el mismo caso se encuentra el cuerpo de los volúmenes, donde una rápida alusión, aunque de segunda mano (108), a la suerte de la discusión contemporánea sobre la interpretación y aplicación del derecho en los Estados Unidos (109) habría aportado la ocasión de evocar una noticia que no dejaría de halagarle. La índole parcial de la traducción y su función introductoria a otros escritos que le eran muy familiares en versión original explicarían la indiferencia tácita de Gény ante *Science of Legal Method*, por si no bastara al efecto su insensibilidad hacia la cultura de *common law*. Y es que para el acercamiento le hubiera hecho falta el inglés (110).

---

(108) Se citaban, en el lugar que recojo en la nota siguiente, JOSEPH KOHLER, *Die Freirechtsbewegung in den Vereigniten Staaten*, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 16 (1911) 918-919, y C.H.P. INHULSEN, *Die freie Rechtsfindung in Deutschland und England*, en *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, 3 (1911), 348-353. Algunas referencias, pero exiguas, al derecho angloamericano contiene la *Méthode*, cit. (n. 77): cfr. I, pp. 70-71 y n. 1, y II, pp. 38-39, ya recogidas. Los conocimientos superficiales de *common law* que acredita Gény pudieron ser veladamente criticados por algún inglés conocedor de su obra: B.A. WORTLEY, *La théorie des sources en droit privé positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise*, en *Recueil Gény*, cit. (n. 2), II, 16-29, p. 26. Modernamente ha escrito JARO MAYDA, *François Gény and Modern Jurisprudence*, cit. (n. 4), p. 22, que nuestro autor « was regrettably parochial with regard to the common law world ».

(109) FRANÇOIS GENY, *Méthode d'interprétation*, cit. (n. 77), I, p. viii y nn. 1-2.

(110) Al contrario que Ehrlich, quien escribía directamente en inglés (cfr. ROSCOE POUND, *An Appreciation of Eugen Ehrlich*, cit. (n. 21), p. 130), probablemente Gény, tan buen conocedor del alemán y el italiano, no usaba esta lengua. Tras un repaso cuidadoso de la *Méthode* sólo he sabido encontrar un título inglés, que además resulta ser una edición de Gayo: cfr. *Méthode d'interprétation*, cit. (n. 77), I, p. 55 y n. 1 (cita de POSTE, *Preliminary definitions*, p. 10, en *Gaii Instit. ... with a Translation and Commentary*, Oxford 1890). Pero la seguridad no es total, pues la *Méthode* se abre con unos versos, de clara militancia intelectual (« There are more things in heaven and earth... than are dreamt of in your philosophy »), tomados directamente de *Hamlet* (i, v).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

## III. « The best thing in French ». Lecturas de Roscoe Pound, Benjamin Cardozo (y Max Radin)

15. Gustara o no a Gény, hasta la traducción de Jaro Mayda las referencias a su obra — nunca demasiado numerosas — se apoyaron en la antología de 1917. El mismo Wigmore que animó la extraordinaria participación americana al *Recueil* filtró con su selección, facilitándolo, el acceso a la producción intelectual del Decano de Nancy. Pero no faltaron quenes fueron más allá del resumen y acreditaron un conocimiento directo de la *Méthode*. Bien mercen ahora que los recordemos.

De nuevo sirve para identificar influencias la consulta del *Recueil* (cfr. núm, 1). La larga lista de sus subscriptores (111) contiene cuatro americanos: dos institucionales, las bibliotecas de Yale y Columbia, y dos individuales, el ya referido Roscoe Pound, y el neoyorquino Benjamin N. Cardozo (1879-1938), por esos años magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la vacante de Holmes (112). Que figurasen en el elenco de abonados precisamente las Universidades de Columbia y Yale, que destacaban por entonces como templos del realismo jurídico y sede de los juristas más comprometidos con el *New Deal* (113), no ha de entretenernos, por más que el dato ofrezca ocasión para especular sobre el aprecio a Gény que demostraron algunos de los realistas más eminentes; centrémonos en los suscriptores particulares, no por casualidad Roscoe Pound y Benjamin Cardozo (114). En su compañia nos encontramos con dos de las más sobresalientes figuras de la jurisprudencia norteamericana: modelo de jurista

(111) Cfr. *Recueil Gény*, cit. (n. 2), I, (ix)-xiii.

(112) Sobre este jurista, recientemente, Banjamin A. Zelermyer, *Benjamin N. Cardozo: A Directive Force in Legal Science*, en *Boston University Law Review* (= *B.U.L. Rev.*), 69 (1989), 213-256, y Richard A. Posner, *Cardozo. A Study in Reputation*, Chicago and London, University of Chicago Press, 1990. No he podido acceder a Moses J. Aronson, *Cardozo's Doctrine of Sociological Jurisprudence*, en *Journal of Social Philosophy*, 4 (1938), 5-44, edición separada New York, 1938.

(113) Laura Kalman, *Legal Realism at Yale*, cit. (n. 41), pp. 67 y ss., pp. 130 y ss.

(114) Presentados ambos como exponentes de la *Sociological Jurisprudence americana*: Francis P. LeBuffe/James V. Hayes, *The American Philosophy of Law. With Cases to Illustrate Principles*, New York, Jesuit Educational Association, 1953, p. 172.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

universitario el primero, dedicado siempre al estudio e investigacion del derecho con particular sensibilidad hacia su Filosofía e Historia; prototipo de experto del foro el segundo, abogado durante años en Nueva York hasta pasar, con elección popular y designación presidencial, a ocupar altos cargos en la magistratura. Y tras la consulta de sus escritos cabe afirmar que el recurso de uno y otro a François Gény fue tan diferente como sus mismas carreras profesionales: más intensa la presencia de Gény en la obra de Cardozo que en la de Pound, éste llegó a manifestar un aprecio por *Science et technique* que contrasta con el uso frecuente que el primero, al fin y al cabo jurista práctico comprometido con la tarea de interpretación del derecho, realizó de la *Méthode*. Son conclusiones, las anteriores, que requieren un mínimo de justificación y algunos datos.

16. Aficionado como era a Ehrlich y hombre de cultura universal, la utilización directa de Gény por parte de Pound parece poco menos que obligada. Mas no se trató de una consulta entusiasta, como la que Pound reservó al profesor de Czernowitz, ni temporalmente uniforme. Ya sabemos, en relación a lo primero, la opinión de Pound sobre Ehrlich contenida en una carta al juez Holmes: era uno de los mejores, si no el mejor, de los juristas continentales (115). Y aunque la correspondencia entre Pound y Holmes contiene también referencias a Gény (116), elogios de tal suerte faltan.

---

(115) Y añádase que en esa carta de 1915 se elogiaba calurosamente toda la producción intelectual de Ehrlich, desde sus estudios sobre normas de conflictos, que Pound decía haber recomendado a Joseph H. Beale, hasta los trabajos dogmáticos sobre las fuentes romanas dedicados a la declaración tácita de voluntad en el negocio jurídico. Pound terminaba comparando a Ehrlich con Holmes (« just as you have been enforcing upon us judicially, so Professor Ehrich has been enforcing upon us academically that it is not enough to be conscious that the law is living and growing, we must rather be conscious that it is a part of human life ») y lamentándose de que sólo por ser judío estuviera postergado en Czernowitz: ed. Paul Sayre, *The Life of Roscoe Pound*, cit. (n. 20), pp. 272-273.

(116) Carta de Roscoe Pound a Oliver W. Holmes, 24 de julio de 1919, donde Gény aparecía a propósito de Ehrlich: « Ehrlich's last book (*Juristische Logik*) is very good. Also there is a second edition of Gény, *Méthode d'interprétation* (1919), which is the best thing in French », ed. Paul Sayre, *The Life of Roscoe Pound*, cit. (n. 20), p. 275.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Frente a la acogida que sus escritos reservaron a Ehrlich (pero también a Kantorowicz), el moderado uso de Gény por parte de Pound revela la diferente apreciación que ambos juristas le merecían. Pero se trató de una relación cambiente. En los artículos más antiguos, donde Pound comenzaba a dar cuenta de sus lecturas de jurisprudencia europea, Gény no comparece (117), o figura de modo absolutamente circunstancial, en contraste con la presencia de otros juristas franceses, como Charmont, Demogue o Saleilles (118). La atención por Gény fue en aumento con los años, mientras se borraba el nombre de Ehrlich de esas presentaciones generales de juristas relevantes que tanto cultivó el profesor de Harvard (119). Basten unas referencias. En 1933, cuando la irrupción de los realistas domina ya la escena intelectual de la academia americana y la preparación del *Recueil* ha relanzado el nombre de François Gény, una conferencia de Roscoe Pound hoy poco conocida — por recogerse en una sede que, sin embargo, hubo de darle gran difusión en los medios universitarios contemporáneos — presentaba a Gény como uno de los cinco autores más significativos « in contemporary juristic thought », estimándose, tras el reconocimiento de sus aportaciones sobre el apecto axiológico del derecho, como su mérito principal una llamada de atención sobre « the technique element in law (using law in the sense of the authoritative materials of judicial and administrative determination) and to the non-mechanical and administrative element in application of legal precepts and in adjudication », situados en el terreno de la razón (120). Algo más tarde — en « Fifty Years of Jurisprudence » — Gény dispone ya de un lugar

(117) Roscoe Pound, *Theories of Law*, cit. (n. 19), especialmente pp. 137-139, en las que extraña el silencio sobre Gény, pues se discute la Exégesis.

(118) Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence* (i), en *Harv. L. Rev.* 24 (1910-1911), 591-619; (ii) ibd. 25 (1911-1912), 140-168 (cfr. p. 159 y n. 72, donde se contiene la referencia) y (iii) ibd. cit. (n. 76), 489-516.

(119) Lo que no impidió que Ehrlich fuera traducido en Harvard y su obra prologada por Pound: cfr. Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, trans. by Walter L. Moll, with an Introduction by Roscoe Pound, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1936.

(120) Roscoe Pound, *Law and the Science of Law in Recent Theories*, en *AALS-Proceedings*, 31 (1933), 93-100, pp. 96-97. Los otros nombres eran Ihering, Stammler, Duguit y Kelsen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relevante entre las corrientes del pensamiento jurídico moderno: era entonces presentado como máximo exponente de una difundida corriente neoescolástica que correspondía enfrentar, y con ventajas, a la orientación sociológica personificada en Duguit (121). « Of the two », llegaba Pound a concluir, « Gény may in the end be rated the higher in respect of permanent contribution to the science of law » (122), atribuyendo una clasicidad a las ideas de Gény que parece tardía compensación por el predicamento de Léon Duguit en la América anterior a la I Guerra; aunque en términos absolutos los lectores de Pound sabían desde 1933 que, para el Decano de Harvard, « Kelsen ... is unquestionably the leading jurist of the time » (123).

17. No cambiemos todavía de generación. La preferencia de Pound por Gény sobre Duguit ha sido aplaudida por los críticos, pero se han observado también ciertas omisiones en su reconocimiento de los méritos de Gény. O de lo más permanente en los escritos de este último: « the *craft*-aspect, the daily working aspect for daily working lawyers, of this great *Méthode* of Gény's — even while... he (*Pound*) is sniffing out the greatness which has been missed by almost every other American writer except Cardozo ». Son palabras de Karl Llewellyn (124), que debemos necesariamente compartir. De una parte, como aún veremos (cfr. núms. 20-21), por la importancia que Cardozo reserva a Gény en su intento de describir « la naturaleza del proceso judicial », esto es — que no engañen las palabras — el método seguido por los jueces en la resolución del litigio. De otra, porque los juicios y citas contenidos en « Fifty Years of Jurisprudence » — la sede más generosa, siquiera por espacio, con Gény — nos indican que Pound, no

(121) Roscoe Pound, *Fifty Years of Jurisprudence*, en *Harv. L. Rev.* 50 (1936-1937), 557-582; 51 (1937-1938), 444-472, pp. 463 y ss. sobre Gény; 777-812.

(122) *Harv. L. Rev.* 51 (1937-1938) cit. (n. 121), p. 466.

(123) Roscoe Pound, *Law and the Science of Law*, cit. (n. 120), p. 97.

(124) Karl Llewellyn, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago and London, University of Chicago Press, 1962, pp. 499-501, pertenecientes en origen a su reseña de Roscoe Pound, *Jurisprudence* (es el trabajo *Fifty Years of Jurisprudence* cit. (n. 121), que allí se coleccionaba), en *University of Chicago Law Review*, 28 (1960), 174 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

obstante su primitiva intención, nunca lograda, de escribir a propósito de la segunda edición de la *Méthode* (125) y la más que probable implícita referencia a esta obra contenida en la conferencia de 1933, manifestaba mayor estima por la voluminosa y teórica *Science et Technique*, cuyas aspiraciones filosóficas, tan acentuadas en relación a la *Méthode*, terminaron sin duda por seducirle. Los primeros años de experiencias juficiales en Nebraska, en contacto con aquel « *craft*-aspect », con el « daily working aspect for daily working lawyers » que apreció Llewellyn como valor principal de la *Méthode*, habían quedado muy atrás en la vida del ilustre Decano de Harvard.

18. Cierto es que Pound manifestó al final de sus largos días una gran admiración por Gény: « The more I think of the matter, the more Gény grows upon me as one of the most satisfactory thinkers on jurisprudence of our time » (126), pero fue una apreciación privada que su obra escrita no supo o quiso expresar; bien diferente fue el caso del otro suscriptor del *Recueil*. La recepción en Benjamin Cardozo de François Gény fue muy intensa (127) y se centró,

---

(125) En la carta de 1919 Pound comunicaba a Holmes su intención de dar cuenta de ésta y otras obras (de Ehrlich, Binding, Somlo, Kohler y Wenger) en la revista de Harvard, pero contaba con la oposición de los estudiantes: « There has been violent objection to Laski's writing therein (*h.e. el inglés Harold J. Laski, profesor de Ciencia Politica y Derecho en la Universidades de Harvard, Yale, Oxford, Londres y Dublin, estudioso y traductor de la obra de Léon Duguit*) and I am now told there must be less jurisprudence and more that is « practical ». Many zealous alumni think that all my writing is a cover for socialism, — and they are increasingly clamorous », ed. PAUL SAYRE, *The Life of Roscoe Pound*, cit. (n. 20), p. 275. Por eso llama la atención la discreción de ROSCOE POUND en *The Theory of Judicial Decision*, en *Harv. L. Rev.* 36 (1922-1923), 641-662, 802-825, 940-959, aunque en sede tan apropiada — por el argumento y por la ocasión: unas conferencias pronunciadas ante la *Bar Association* neoyorkina — tampoco aparecía el juez Cardozo.

(126) Son palabras de una carta de 27 de agosto de 1962 dirigida a Mayda, que éste recoge: JARO MAYDA, *Gény's Méthode after 60 Years*, cit. (n. 7), p. xxviii y n. 101.

(127) Admira que los estudiosos de la obra de Cardozo hayan pasado por alto la influencia de Gény: cfr. GEORGE S. HELLMAN, *Benjamin N. Cardozo, American Judge*, New York/London, Whittlesey House, 1949, sin entradas en el índice; RICHARD A. POSNER, *Cardozo*, cit. (n. 112), en el mismo caso. Peor aún BENJAMIN ANDREW SELERMYER, *Benjamin N. Cardozo*, cit. (n. 112), p. 214: se atribuye directamente a Cardozo la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tratándose de un « daily working lawyer » presente desde 1913 en los más importantes tribunales de Nueva York (128), en la *Méthode*, sin perjuicio de algún recurso ocasional a *Science et Technique* (129). « In *The Nature of The Judicial Process* », pudo decir un jurista contemporáneo (130), « Judge Cardozo gives a very interesting and valuable, if somewhat idealized account of the way in which the common law judge goes to work, and provides English readers with the best introduction to Gény's point of view ».

19. Repasemos las circunstancias de tal recepción. 1921. Benjamin Cardozo es invitado a impartir las « Storrs Lectures » en la cercana y prestigiosa Universidad de Yale. El argumento elegido fue la narración del *modus operandi* del juez al dictar sentencia, lo que en gran inedida equivalía a una autoconfesión; de « introspective searchings of spirit » se hablaba en efecto. Hoy puede sorprender la repercusión de aquellas conferencias (131), convertidas hasta la fecha en clásico de la jurisprudencia americana, pero conviene no olvidar que su mensaje antiformalista distaba de ser obvio en unos círculos donde, a pesar de la tradición establecida por Holmes, no había triujnfado aún el realismo jurídico: muy otra hubiera sido probablemente su fortuna de haberse impartido en Harvard, o muy diferente su contenido de no haberse formado Cardozo en Columbia. El caso es que las lecciones fueron impresas bajo el título *The Nature of the*

---

definición de la *libre recherche scientifique* tomada originalmente, y con acuse de recibo, de la *Méthode* de Gény.

(128) RICHARD A. POSNER, *Cardozo*, cit. (n. 112), pp. 2-3.

(129) BENJAMIN N. CARDOZO, *The Growth of the Law* (1924), en MARGARET E. HALL (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo. The Choice of Tycho Brahe*, Albany etc., Matthew Bender, 1947, 186-250, pp. 225-226, con referencia al primer volumen de *Science et Technique*, cit. (n. 11). Y es la única mención a esta obra que he sabido encontrar: frente a lo que sugiere el índice de la edición de Hall (cfr. p. 446), la aparición de Gény en *The Paradoxes of Legal Science* (1928), *Selected Writings*, cit., 251-337, p. 266, contiene una referencia genérica.

(130) J. WALTER JONES, *Modern Discussions of the Aims and Methods of Legal Science*, en *The Law Quarterly Review*, 47 (1931), 62-91, p. 69 y n. 18.

(131) Planeadas para ser expuestas ante un corto público, durante su desarrollo atrajeron a muchos oyentes, lo que obligó a la ocupación del mayor auditorio de Yale: cfr. MARGARET E. HALL (ed.), *Selected Writings*, cit. (n. 129), p. 107.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*Judicial Process* (132) y constituyen desde entonces uno de los escritos de derecho más citados en los Estados Unidos (133).

Por tema y por cultura jurídica, el diálogo continuo de Cardozo con los europeos resultaba inevitable: junto a Gény, a cierta distancia, comparecen Ehrlich, Duguit, Charmont, Kantorowicz, Saleilles, Vender Eycken (y Kohler, Brütt, Gmelin, Ihering..., sin presencia por cierto de italianos), aprovechándose las traducciones de la *Modern Legal Philosophy Series* mas con uso preferente de los textos originales (134). La erudición y amplitud de lecturas recuerdan al Decano Pound, pero los objetivos eran muy otros: en *The Nature of Judicial Process* estamos ante un jurista práctico en trance de reflexión sobre su quehacer cotidiano como intérprete del derecho (135) y por eso monografías dedicadas a institutos en particular, como el conocido tratado de Saleilles sobre la persona jurídica, gozan de lugar propio junto a *Die juristische Logik* (Ehrlich), *Die Kunst der Rechtsanwendung* (Brütt), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (Kantorowicz) o, por supuesto, la *Méthode d'interprétation*. No era tanto cuestión de presentar el panorama de una filosofía, según gustaba de hacer Roscoe Pound (136), como de aportar, con conciencia de que

---

(132) Recogido en MARGARET E. HALL (ed.), *Selected Writings*, cit. (n. 129), 107-184, pero uso una de las reproducciones de la edición original, New Haven and London, Yale University Press, 1921, que siguen — único ejemplo entre los escritos de Cardozo — actualmente realizándose.

(133) RICHARD A. POSNER, *Cardozo*, cit. (n. 112), pp. 20-21, con recuentos estadísticos. Sólo aventaja a Cardozo Oliver W. Holmes, cuyos escritos pueden considerarse proseguidos por los del primero.

(134) Una muestra: BENJAMIN CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, cit. (n. 132), p. 82, recoge un párrafo de JOSEPH CHARMONT, *La renaissance du droit naturel* (1910) reservando para nota la traducción inglesa contenida en *Modern French Legal Philosophy*, cit. (n. 71). En lo que hace a la *Méthode*, aunque se cita ocasionalmente la versión fragmentaria de 1917, es utilizada la segunda edición de 1919, aún una verdadera novedad cuando Cardozo preparaba sus lecciones de Yale.

(135) Es instructivo comparar el elenco de referencias contenido en el escrito que se comenta con las autoridades de *The Paradoxes of Legal Science* (1928), en MARGARET E. HALL (ed.), *Selected Writings*, cit. (n. 129), siendo esta segunda obra de mayores ambiciones filosóficas.

(136) De Linneo de la jurisprudencia llegó a autocalificarse este jurista, el fin y al cabo botánico: cfr. su carta a Julius Stone, 19 de abril de 1962, que consulto en LAURA KALMAN, *Legal Realism at Yale*, cit. (n. 41), p. 46.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la misma subyacía en las respuestas (137), reflexiones directamente operativas en la vida cotidiana del derecho.

20. Desde esta perspectiva las lecciones arrancaban de una paradoja inicial: el contraste entre la pretendida facilidad con que cualquier juez podría responder a la simple cuestión de los criterios que le llevaban a decidir un caso y la inexistencia de pronunciamientos claros sobre esa pregunta. Tratando de obtenerlas Cardozo se enfrentaba pronto con Gény: mediante su preferente ayuda (y la de Holmes), después de mostrar la unidad sustancial de los métodos propuestos en Europa y América con la consiguiente comunicabilidad de soluciones a problemas interpretativos que se querían los mismos, exponía en sendos capítulos el uso de la filosofía, la historia, la tradición y la sociología realizado por un juez que llegaba a actuar como legislador en el supuesto límite ofrecido por el caso carente de regulación (138). Con otra terminología — no, la suya, particularmente feliz (139) — y acudiendo — pero sólo en parte — a autoridades diversas, a lo largo de este recorrido intelectual sobre la labor del juez ofrecía Cardozo un relato en primera persona que presenta admirable correspondencia con el *ensayo crítico* sobre fuentes que algunos años antes había realizado Gény.

Tomemos, en efecto, las páginas introductorias de Cardozo (pp. 14-15). Encontramos lagunas del derecho, « gaps to be filled », vaguedades en la legislación y los precedentes, « doubts and ambiguities to be declared », problemas en el acceso a las fuentes disponibles ante el juez, « rule... supplied by constitution or by the statute », « judge-made law », miserias de un entendimiento de la interpretación como sencillo proceso de descubrimiento de la voluntad del legislador, « the search and the discovery of a meaning which, however obscure and latent, had none the less a real and

(137) Cfr. BENJAMIN CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, cit. (n. 132), p. 12.

(138) Cfr. BENJAMIN CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, cit. (n. 132), pp. 140-141, donde traduce (a partir de Gény) el art. 1 del Código civil suizo.

(139) Cfr. RICHARD A. POSNER, *Cardozo*, cit. (n. 112), p. 26 sobre el « method of sociology » y, en general, todo su capítulo segundo con exposición de « Cardozo's Judicial Philosophy ». Ya antes había aireado este punto EDWIN W. PATTERSON, *Foreword*, en MARGARET E. HALL (ed.), *Selected Writings*, cit. (n. 129), v-x, p. ix.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ascertainable pre-existence in the legislator's mind ». Son todos asuntos que pueden resultar muy familiares al jurista de cultura continental, mas prosigamos el repaso. « *Stare decisis* is at least the everyday working rule of our law... but... the work of deciding cases in accordance with precedents that plainly fit them is a process similar in its nature to that of deciding cases in accordance with a statute » (p. 20), se nos dice. Comparemos la afirmación según la cual « the common law does not work from pre-established truths of universal and inflexible validity to conclusions derived from them deductively. Its method is inductive, and draws its generalizations from particulars » (pp. 22-23), con la referencia a « ... teachings of continental jurists who would dethrone it (*h.e. el método lógico*) from its place and power in systems of jurisprudence other than our own » (pp. 45-46). La idea de fondo es que, por encima de sus particularidades, *common law* y *civil law* presentan una sustancial unidad en materia de interpretación: la *Science of Legal Method* se entendía una, y automáticamente adaptables en América las enseñanzas de los juristas europeos.

El puente de unión que acercaba ambas experiencias era precisamente Gény: « Today a great school of continental juristas is pleading for a still wider freedom of adaptation and construction », lo que Cardozo podía singularizar en la *libre recherche scientifique* — así citada — « of Gény and Ehrlich and Gmelin and others » que era aplicable al derecho norteamericano si « the same problems of method, the same contrasts between the letter and the spirit, are living problems in our own land and law » (pp. 16-17). Y se trataba de un intercambio en relación de simetría: en una cultura de códigos, « if the statute is interpreted by the method of 'free decision', the process differs in degree rather than in kind from the process followed by the judges of England and America in the development of the common law » (p. 70). Con todo ello Cardozo se apropiaba de los planteamientos de los editores del volumen de 1917 (cfr. *supra* núm. 11), reconociéndose naturalmente en las páginas de Gény y los *Freirechtler* sin plantear — tampoco ahora — la naturaleza constitucional tan diversa que la judicatura y la presencia de la ley poseían a un lado y otro del Atlántico; pero al acertamiento podía también ayudar la cautela — o la flexibilidad —

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con que Cardozo formulaba la regla del *stare decisis* (140) y su proclividad a reconocer como superior la labor del órgano legislativo (141); a reservar al *statute* en tiempos de profundas transformaciones sociales un papel superior a lo que era común en la judicatura norteamericana (142).

21. Es más. No llegó a decirlo expresamente, pero la exposición de Cardozo llevaba a concluir que los problemas señalados, consiguientemente los métodos de solución propuestos en Europa, aúm tenían más actualidad en Estados Unidos que en el Continente. En primer lugar, porque la peculiar técnica normativa angloamericana deparaba (y depara aún, añadamos) leyes llenas de particularismos que vinculan al juez, con sus detalles, más estrechamente de lo habitual en la tradición europea de reglas de portada general: « the fissures in the common law are wider than the fissures in a statute, at least in the form of statute common in England and the United States. In countries where statutes are oftener confined to the announcement of general principles, and there is no attempt to deal with details or particulars, legislation has less tendency to limit the freedom of the judge » (p. 71). Bajo tales condiciones la libertad del intérprete jugaba ante todo en relación a la Constitución: « Above all

---

(140) Cfr. por ejemplo BENJAMIN CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, cit. (n. 132): « the rule of adherence to precedent, though it ought not to be abandoned, ought to be in some degree relaxed » (p. 150); « if judges have woefully misinterpreted the *mores* of their day, or if the *mores* of their day are no longer those of ours, they ought not to tie, in helpless submission, the hands of their successors » (p. 152). Y Cardozo podía invocar (pp. 159-160), silenciando que se trataba de una decisión propia, el caso McPherson *vs.* Buick Motor Co., 217 N.Y. 382 (1916), como muestra de la independencia judicial respecto a los precedentes ante nuevas circunstancias sociales; de hecho, su sentencia en ese litigio dio nuevo rumbo al derecho de obligaciones americano (cfr. RICHARD A. POSNER, *Cardozo*, cit. (n. 112), pp. 107 y ss. Disponemos de una antología de sentencias: BERYL HAROLD LEVY, *Cardozo and the Frontiers of Legal Thinking. With Selected Opinions*, New York, Oxford University Press, 1938).

(141) EDWIN W. PATTERSON, *Foreword*, cit. (n. 139), p. vii.

(142) BENJAMIN CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, cit. (n. 132), p. 143: « No doubt the ideal system, if it were attainable, would be a code at once so flexible and so minute, as to supply in advance for every conceivable situation the just and fitting rule », enfrentándose seguidamente a la cruda realidad mediante una extensa cita de Gény. Y ténganse presente los materiales citados *supra*, n. 81.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in the field of constitutional law, the method of free decision has become, I think, the dominant one today. The great generalities of the constitution have a content and a significance that vary from age to age. The method of free decision sees through the transitory particulars and reaches what is permanent behind them » (p. 17), mas aplicar el mensaje de la *libre recherche scientifique* a la interpretación constitucional en el seno de la tradición estadounidense, esto es, en sistema de justicia constitucional desconcentrada, suponía, en segundo lugar, una valiente apuesta cuando los tribunales venían excepcionando la constitucionalidad de la legislación intervencionista de algunos estados en materias de economía: « Courts have often been led into error in passing upon the validity of a statute, not from misunderstanding of the law, but from misunderstanding of the facts. This happened in New York. A statute forbidding night work for women was declared arbitrary and void in 1907. In 1915, with fuller knowledge of the investigations of social workers, a like statute was held to be reasonable and valid. Courts know today that statutes are to be viewed, not in isolation or *in vacuo*, as pronouncements of abstracts principles for the guidance of an ideal community, but in the setting and the frame-work of present-day conditions, as revealed by the labors of economists and students of the social sciences in our own country and abroad » (pp. 80-81). El campo de los contratos, donde la libertad entre las partes se conseguiría solamente bajo circunstancias de igualdad (143), o el terreno de la propiedad, « though immune under the Constitution from destruction, is not immune from regulation essential for the common good » (144), se ofrecían como ejemplos de sensibilidades nuevas que justificaban una lectura moderna de la Constitución. Con su acceso a la *Supreme Court* en los años del *New Deal* ocasión tuvo el juez de Apelaciones neoyorquino para poner en práctica estas ideas (145).

---

(143) BENJAMIN CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, cit. (n. 132), p. 82, apoyándose en la autoridad de Joseph Charmont.

(144) BENJAMIN CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, cit. (n. 132), pp. 86-87, con mención de la normativa neoyorquina en materia de alquileres y recepción — cautelosa — de la noción de función social de la propiedad, con citas de Duguit.

(145) BENJAMIN ANDREW ZELERMYER, *Benjamin N. Cardozo*, cit. (n. 112), pp. 249-255, que es lo más aprovechable del articulo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cardozo se apoyaba en las decisiones de Holmes (146), pero el punto era admitir que una « judicial interpretation in *le sens évolutif* » (p. 84) parecía aún extraordinaria en Norteamérica: « I think the instances must be rare, if any can be found at all, in which this method of interpretation has been applied in English or American law to ordinary legislation » (p. 85). Y si semejante interpretación se estimaba deseable, convenía, en el proceso de aclimatación americana, tener conciencia de sus límites, siendo nuevamente de peso el influjo de Gény al respecto. En la lección última, destinada a mostrar al juez como legislador, se compartía con Gény el rechazo a una *Gefühlsjurisprudenz* (p. 106) que podía más adelante personificarse en el juez Magnaud (pp. 138-139) (147) gracias a la minuciosa noticia ofrecida en el epílogo de la *Méthode* (cfr. *infra,* núm. 22); se compartia también, aunque no siempre realizara Cardozo la cita pertinente, la índole científica de la libre interpretación judicial propuesta (148), que si estaba sustentada en una experiencia que inevitablemente resultaba la propia, debía descansar en la percepción objetiva de la vida real (149). De manera que cuando Cardozo confesaba finalmente « my duty as judge may be to objectify in law, not my own aspirations and convictions and philosophies, but the aspirations and convictions and philosophies of the men and women of my time » (p. 173), proclamando una objetividad no exenta de mensajes progresistas (150), pronunciaba unas palabras que hubiese suscrito el mismo François Gény.

---

(146) BENJAMIN CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, cit. (n. 132), pp. 79-80. Lo que se destacó oportunamente: *Cornell L. Q.* 7 (1921-1922), 287-290, p. 289 (C.M. Hough).

(147) Y las reseñas de la obra de Cardozo llamaron la atención sobre el « phénomène Magnaud »: *Calif. L. Rev.* 10 (1921-1922), 367-369 (Max Radin), por supuesto utilizando, al igual que el juez neoyorquino, a Gény como fuente; también, reseña de EDOUARD LAMBERT, *Le Gouvernement des juges*, cit. (n. 81), en ibd. 11 (1922-1923), 63-67 (Max Radin). El caso se explica: cfr. *infra*, núm. 22.

(148) BENJAMIN CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, cit. (n. 132), pp. 119-121, que contienen una larguísima cita — el pasaje sustancial donde se define la « libre recherche scientifique » — de la *Méthode*.

(149) BENJAMIN CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, cit. (n. 132), pp. 113-114, verdaderamente a un paso de la « nature de choses positive » de Gény.

(150) El párrafo recogido en texto continuaba: « Hardly shall I do this well if my own sympathies and beliefs and passionate devotions are whith a time that is the past »,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

22. Tanto Pound como Cardozo leyeron a Gény — junto a otros europeos, singularmente los *Freirechtler* — para delinear con su concurso el panorama del pensamiento jurídico moderno o, el segundo, exponer el complejo proceso interno seguido por el juez para fallar un caso: Gény fue para ellos pensador o profesional de la interpretación, no simple fuente de información jurídica. Esta última función, particularmente referida a la segunda edición de la *Méthode*, es lo que interesó a Max Radin (1880-1950), profesor de Derecho en California y, aún lo veremos (cfr. *infra* núm. 30), participante en el *Recueil*. Además de numerosas notas sobre libros europeos que le acreditaron como fino crítico y políglota, entre los trabajos de Radin para la *California Law Review* figuran unas páginas sobre « The Good Judge of Chateau-Thierry and his American Counterpart » largamente basadas en el relato de las andanzas del conocido juez Magnaud que realizó Gény (151). Importa ahora destacar, por encima de los paralelos existentes entre Magnaud y el juez James E. Robinson (Dakota del Norte), violentamente contestado por Radin (152), que la utilización informativa de Gény no le impedía deslizar juicios generales, muy apreciativos, sobre la obra del último: presentado como « the protagonist in France of the *free-law school* », Radin formulaba votos por la pronta traducción de la *Méthode* — « of the great importance of Gény's book, there is not the place to speak » — y de aquella *Science et Technique* que pasó bastante desapercibida al público norteamericano. Silenciando la selección del primero de estos libros publicada en *Science of Legal Method* como ya sabemos, el profesor de California deseaba una

---

lo que casa muy bien con juicios anteriormente recogidos sobre la interpretación de la Constitución y el descubrimiento de *le sens évolutif* de la legislación.

(151) *Calif. L. Rev.* 10 (1921-1922), 300-310.

(152) Y estaba de por medio la cuestión de la « Non-Partisan League », a la que pertenecía Robinson, que por esos años iba extendiéndose por California. Un relato rabiosamente contrario a este movimiento, con alguna información sobre su presencia en los medios judiciales, en ANDREW A. BRUCE, *The Non-Partisan League*, New York, Macmillan Co., 1921, pp. 170 y ss., 227 y ss., con reseña en *Calif. L. Rev.* 10 (1921-1922), 269 y ss. (Kidd.). La historia más ecuánime procede del Instituto de Lambert: EUGENE W. BURGESS, *La « Nonpartisan League ». Une experience américaine du socialisme d'état agraire*, Paris, Marcel Giard (= Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé, t. 21), 1928, aunque se echa en falta el capítulo judicial.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

versión inglesa de la mayor producción de Gény que sólo se logró, y en relación a la *Méthode*, en Luisiana cuarenta años más tarde.

## IV. « Kindred spirits of other countries ». Participacion americana al *Recueil Geny*

23. Si el *Recueil* celebrativo nos ha guiado en esta rápida búsqueda de Gény en América bueno será completar las anteriores informaciones con una consideración algo más espaciosa de la participación americana que allí se encuentra presente. Los términos y las circunstancias de esa participación ocuparán las líneas que siguen, pero vayan por delante algunas advertencias. No pretendo realizar la reseña completa de las contribuciones estadounidenses: tras una detenida lectura se aprecian diferencias de interés que dispensan ahora de prestárselo a todos por igual. Importa, por el contrario, conocer en lo posible a sus autores, recordar sus obras principales y perfilar algo de su pensamiento; tarea ambiciosa, que no siempre ha podido realizarse. A falta de una labor de archivo que excede obviamente la ocasión actual, en el mismo supuesto estará la precisión de las circunstancias de redacción de los trabajos, o, más exactamente, las razones que están detrás de la participación al *Recueil Gény* en cada caso. Me limito a ofrecer una información muy general, que de nuevo remite a las inquietas figuras de Wigmore y Lambert (cfr. *supra* núms. 6-7).

24. Ya lo reconocía, presentando el *Recueil*, este último: la nutrida presencia americana en el homenaje a Gény sólo fue posible por el entusiasmo de John H. Wigmore en allegar colaboradores de su país, por más que Lambert, no sin cierta coquetería y como « metteur en pages » de los volúmenes, confesara haber añadido nombres « a la masse imposante des travaux d'*hommes arrivés* rassemblée par Wigmore » (153).

El amigo americano actuó, se nos dice aún, « par le souci de servir une cause a laquelle il s'est toujours devoué passionnement: l'aspiration a une renaissance de l'humanisme, dans le domaine

(153) Edouard Lambert, *Préface au Recueil Gény*, cit. (n. 2), p. xxiii.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

juridique, par le developpement de l'association de travail entre les juristes des divers pays ». Valoremos las palabras. No se trataba tanto de festejar la obra de un jurista insigne, más o menos recibido, más o menos influyente en el país de referencia, cuanto de aprovechar la ocasión de trabajar juntos juristas de dos culturas, continuando colaboraciones existentes desde hacía algún tiempo: estas, y no el factor de una recepción que ya sabemos más bien escuálida, se encontraban en la base de la participación estadounidense a la publicación celebrativa francesa. Y llegaba a producirse algún efecto perverso: con el trámite del *Recueil*, la obra de Gény permitía una difusión de juristas americanos en Europa sin correspondencia con la que aquélla logró en América durante el primer cuarto de siglo.

25. Con toda la marginalidad que deseemos atribuirles en esta pequeña anécdota para la historia del pensamiento jurídico moderno, las relaciones profesionales entre Wigmore y Lambert cobran una importancia mayor que la recepción de las ideas de Gény en la jurisprudencia norteamericana, pero lamento advertir que no he sabido encontrar al respecto demasiada información. Es admirable, y ahora perturbador, el silencio sobre Lambert en el índice onomástico de la biografía de Wigmore (154).También arroja un resultado negativo la consulta del homenaje que se le tributó tras cumplir en 1919 sus bodas de plata como profesor de Northwestern: Lambert no aparece entre los numeros participantes extranjeros, varios de ellos precisamente franceses (Léon Duguit, Joseph Charmont...) y alguno del claustro de Lyon (Paul Huvelin) (155). Desconozco además si Lambert envió su adhesión a los actos de 1929 cuando Wigmore fue retirado del Decanato (156). Y sin embargo puedo afirmar con un elevado grado de certeza que los contactos intelectuales entre los dos juristas se iniciaron en los años de la I Guerra.

---

(154) WILLIAM R. ROALFE, *John Henry Wigmore*, cit. (n. 33).

(155) Cfr. *Celebration Legal Essays. By Various Authors. To Mark the Twenty-fifth Year of Service of John H. Wigmore as Professor of Law in Northwestern University*, Chicago (Ill.), Northwestern University Press, 1919 (= *Ill. L. Rev.* 13 (1918-1919), 143-704).

(156) Cfr. WILLIAM R. ROALFE, *John Henry Wigmore*, cit. (n. 33), p. 183, con unos cuantos nombres pero a titulo de ejemplo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

No hay que olvidar, para suponer una relación entre Wigmore y Lambert hacia 1917, que el segundo figura entre los autores de *Science of Legal Method*, volumen curado por el primero y por su fiel colaborador Kocourek (cfr. *supra* núm. 11), con el añadido de posibilidades de relaciones aportado por la *Society for American Fellowships in French Universities*, operante por entonces gracias a Wigmore (cfr. *supra*, núm. 6).

Al pasar los años la amistad entre ambos juristas, al estrecharse, deja ya una constancia que documentan las fuentes. Y eran relaciones humanas que reclamaban circunstancias científicas: en Northwestern algunas fundaciones permitían adquirir importantes fondos bibliográficos de derechos europeos más allá de lo que era habitual en las jóvenes Escuelas americanas (157), impulsando así las inquietudes comparatistas del Decano Wigmore (158), al tiempo que en Lyon el *Institut de Droit Comparé* funcionaba por su parte coleccionando y publicando sobre materiales casi todos angloamericanos (159). No fue casual que la *Illinois Law Review*, tan vinculada al Decano de Northwestern, resultase el órgano que comenzó a dar publicidad al Instituto de Lyon (160), ni que el mismo Wigmore saludara calurosamente desde sus páginas las primeras ediciones del centro francés bajo la consigna de un « new awakening of mutual interest between the legal professions in France and in America » (161). Mientras se producían nuevos frutos, ese « mutual interest » justificaba la propuesta, en uno de los congresos de la *Association of American Law Schools*, de donación al centro creado por Lambert de todas las revistas jurídicas publicadas por las Escuelas americanas, « and thus reciprocate the sympathetic interest already there existing » (162).

---

(157) Así la *Julius Rosenthal Foundation*, que también contribuyó a otras empresas: cfr. (Albert Kocourek, ed.), *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars*, Boston, Boston Law Book Co., 1941 (resp. Littleton, Col., Fred B. Rothman Co., 1987), pp. v-vi.

(158) Cfr. John H. Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems*, I-III, St. Paul (Mn.), West Pub. Co., 1925, que es su obra principal.

(159) Cfr. Edouard Lambert, *L'enseignement du Droit Comparé*, cit. (n. 37); Suzanne Basdevant-Bastid, *L'Institut de Droit Comparé de Lyon*, cit. (n. 36), p. 13.

(160) Cfr. *Ill. L. Rev.* 14 (1919-1920), cit. (n. 39).

(161) *Ill L. Rev.* 17 (1922-1923), 400-402 (John H. Wigmore), p. 401.

(162) Cfr. *AALS-Proceedings* 21 (1923), p. 15. Era moción presentada, dentro de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

26. Nos interesan estos datos para situar la edición del *Recueil Gény* en el período de mayor colaboración entre Wigmore y Lambert. A partir de la década de los '30 las relaciones entre ambos progresaron hasta el punto de recibir el jurista americano, que no faltó por cierto a la cita que ofrecía el homenaje convocado tras la jubilación de Lambert (163), el doctorado *honoris causa* (1938) por la Universidad de Lyon (164). Mas otras circunstancias, que de nuevo nos enfrentan a sus nombres, favorecieron la participación estadounidense al *Recueil*. Primero de agosto de 1929. La Academia de Derecho Comparado, fundada en Ginebra cuatro años antes, convoca un Congreso Internacional de Derecho Comparado « on the basis of a comprehensive report submitted by Director Lambert of the Institute of Comparative Law » (165). Tres décadas después del Congreso parisino de Raymond Saleilles y con el dato nuevo de las organizaciones de Estados surgidas tras la I Guerra, el objetivo consistía en poner en común las experiencias de los diversos países industrializados ante los fenómenos jurídicos que imponía una economía crecientemente internacionalizada, pero la sensibilidad por cuestiones de método del derecho también se encontraba presente: « a more flexible and enlightened interpretation of the laws and precedents, coming down from a former epoch, and their adaptation to the economic conditions of social life of today » aparecía en el programa trazado por Lambert (166).

El evento goza de rápida difusión en Norteamérica. Las enton-

---

su informe y excediéndose obviamente de los cometidos que le eran propios, por el Comité de Filosofía del Derecho, presidido por Wigmore.

(163) JOHN H. WIGMORE, *L'avenir du systeme juridique angloaméricain*, en *Recueil Lambert*, cit. (n. 5), (II) 104-108.

(164) WILLIAM R. ROALFE, *John Henry Wigmore*, cit. (n. 33), p. 266.

(165) H. MILTON COLVIN, *Editorials. The Forthcoming International Congress of Comparative Law at the Hague*, en *Tul L. Rev.* 5 (1930-1931), 610-613 (el manifiesto se publicaba en castellano e inglés), p. 611.

(166) Cito por la traducción, con alguna nota añadida, que realizó Wigmore: EDOUARD LAMBERT/JOHN H. WIGMORE, *An International Congress of Comparative Law in 1931*, en *Ill. L. Rev.* 24 (1929-1930), 656-665, p. 657. También se publicó en castellano: EDOUARD LAMBERT, *El papel de un Congreso Internacional de Derecho Comparado en el año 1931 y resumen de las deliberaciones de la Academia Internacional de Derecho Comparado sobre este asunto en sus sesiones de 1 y 2 de agosto de 1929*, en *Revista de Derecho Internacional* (1929), que manejo en separata (Habana, 1930, 1-22).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ces aún muy jóvenes páginas de la *Tulane Law Review*, tan apropiadas al efecto por tratarse de un periódico de la multicultural Luisiana (167), y las más consolidadas de la *Illinois Law Review*, que con la presencia de Wigmore en Northwestern hacía tiempo animaban los intercambios jurídicos entre Europa y América, publicaron editoriales y documentos al objeto de fomentar una amplia participación. A instancias del mismo Wigmore, que podía apoyarse en experiencias anteriores como el *Comparative Law Bureau* establecido por las corporaciones de abogados (cfr. *supra* núm. 9), la *Association of American Law Schools* estableció una comisión « for the purpose of bringing about adequate and qualified representation from the United States at the Congress of Comparative Law » (168). La comisión se mostró muy activa en las reuniones preparatorias celebradas en Holanda (169), colaborando también en la designación de ponentes americanos y, en general, dando todo el apoyo posible al Congreso en los medios académicos y profesionales.

No era la suya tarea fácil (170). A pesar de los intercambios establecidos, se luchaba contra « the lack of any international urge on the part of the American legal profession ». No obstante la labor desarrollada mediante traducciones (cfr. *supra* núm. 10), era insoslayable la perturbadora realidad de « the different modes of thought and the different technical language of the English-speaking peoples », con la consiguiente dificultad « for them to come together with the European Continentals, the Latin Americans, and the Orientals, in discussion of identical problems ». Pero había lugar a

---

(167) Y son páginas llenas de estímulos al Derecho Comparado: cfr. por ejemplo ROSCOE POUND, *The Revival of Comparative Law*, en *Tul. L. Rev.* 5 (1930-1931), 1-16; del mismo, *The Place of Comparative Law in the American Law School Curriculum*, cit. (n. 57); CONSTANTINE E. MCGUIRE, *The Legislator's Interest in Comparative Legal Studies*, ibd. 8 (1933-1934), 171 y ss.

(168) Cfr. *AALS-Proceedings* 28 (1930), 159-160; ibd. 29 (1931), 172-173. También H. MILTON COLVIN, *Subjects for Discussion at the Forthcoming International Congress of Comparative Law at the Hague*, en *Tul. L. Rev.* 6 (1931-1932), 94-97.

(169) EDOUARD LAMBERT, *El papel de un Congreso Internacional de Derecho comparado*, cit. (n. 166), p. 17, sobre intervenciones de Edwin Bochard, presidente de la comisión americana.

(170) EDOUARD LAMBERT/JOHN H. WIGMORE, *An International Congress of Comparative Law*, cit. (n. 166), *addendum* de Wigmore en p. 665, de donde proceden las siguientes frases que recojo en texto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la esperanza: « in spite of these difficulties there ought to be, in all conscience, an active appreciation on the part of the American legal profession of the splendid vista thus opened before it ».

El caso es que la presencia americana en el Congreso celebrado — no sin retrasos — en el Palacio de la Paz de la ciudad holandesa del Haya, durante los días 2 a 6 de agosto de 1932, pudo festejarse como verdadero éxito: de los más de trescientos juristas participantes, en representación de 31 países, 72 delegados provinieron de los Estados Unidos. John H. Wigmore pronunció uno de los discursos de apertura; Roscoe Pound (ausente por enfermedad) (171), Edwin Borchard (Yale), Ernst Freund (también ausente por la enfermedad que le costó la vida) y Mitchell Franklin (Tulane) presentaron informes generales, mientras que Albert Kocourek y Ernest G. Lorenzen (Yale) fueron autores de informes particulares. Casi todos los miembros del « Special Committee on the International Congress of Comparative Law » (AALS), que presidía Borchard como sabemos, estuvieron presentes y, en conjunto, diez y seis escuelas de Derecho, algunas las más importantes de la nación, enviaron miembros de sus claustros. La revista de Tulane se prestó a publicar anticipadamente los *reports* norteamericanos, pero para facilitar la publicación definitiva el *Carnegie Endowment*, que había participado mediante el internacionalista James Brown Scott, ofreció cinco mil dólares (172).

27. Volvamos a nuestra historia. El importante Congreso atrajo la atención de todo del mundo, pero, en el fondo, su celebración había sido posible por los esfuerzos de Lambert y Wigmore (173). Con las salvedades del caso y en esa sola medida, resultaba

---

(171) Su ponencia fue publicada: ROSCOE POUND, *Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law*, en *Tul. L. Rev.* 7 (1932-1933), 475-487. No hay referencias a Gény.

(172) Cfr. *AALS-Proceedings* 30 (1932), 155-157, a lo que hay que sumar la información detallada de H. MILTON COLVIN, *The International Congress of Comparative Law*, en *Tul. L. Rev.* 7 (1932-1933), 53-81. Con cifras más elevadas de participantes individuales (350) y por países (más de 50) alguna noticia general aparece en E. FABRE SURVEYER, *The First International Congress of Comparative Law*, sin lugar ni fecha (ca. 1933), destinado a evaluar la aportación canadiense.

(173) Sobre el protagonismo de Wigmore, E. FABRE SURVEYER, *The First Interna-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un ensayo general de otras empresas conjuntas, como por ejemplo la publicación del *Recueil Gény*: si al comienzo de estas páginas llamaba la atención la insólita presencia internacional de colaboradores, ahora ya conocemos el clima intelectual y las relaciones humanas que la hicieron viable. Pudo en su momento advertirlo Lambert: « En se faisant (*h.e. Wigmore*), à la même heure, l'organisateur de la participation américaine, et à l'établissement du Recueil Gény, et à la reprise en 1932 des Congrès internationaux de droit comparé, il a resté fidèle à la pursuite du même idéal qui l'avait conduit, avant la guerre, à organiser la publication de diverses séries de traductions d'oeuvres et d'extraits d'oeuvres choisises de la science juridique continentale pour en diffuser la connaissance et la compréhension parmi les juristes de son pays » (174).

Los nombres, además, se repiten. Cuatro entre los componentes de la comisión especial formada en la AALS para el Congreso del Haya colaboraron después en el *Recueil* (Franklin, Borchard, Kocourek, Radin), y a ellos hay que agregar, por más que no publicase, el omnipresente Wigmore. Autor del *Recueil* y de comunicación en el Congreso fue también Lorenzen. Si cruzamos esos datos con los personajes comprometidos en la *Legal Philosophy Series* (Kocourek, Lorenzen, Wigmore), por entonces ya completada, encontramos nombres recurrentes, profesores de Filosofía jurídica, autores de reseñas de obras extranjeras (Radin, Patterson), traductores (Kocourek), prologuistas o lectores de las mismas; un reducido pero muy activo grupo de juristas americanos que desde Northwestern, Harvard, Columbia, Yale o Berkeley conocían lo mejor de la cultura europea contemporánea. Pocos, salvo Eduard Lambert y su grupo de Lyon (no, desde luego, Gény (175)) podían decir lo proprio en Europa, pero es muy probable que en aquellos « magnificent ban-

---

*tional Congress of Comparative Law* cit. (n. 172), *in fine*: « A special mention must also be made of Dean J.H. Wigmore, of Northwestern University, Chicago, who was instrumental in bringing to The Hague seventy-two jurists from various parts of the United States, therefore contributing in making the meeting not a purely european, but an international gathering ».

(174) EDOUARD LAMBERT, *Préface au Recueil Gény* cit. (n. 2), p. xxiii.

(175) Cfr. *supra*, nn. 108-109. No consta la presencia de Gény en el Congreso de Derecho Comparado: del claustro de Nancy sólo he encontrado mención de Louis Trotabas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quets and delightful balls », en los « elaborate teas, luncheons, dinners and garden parties » que disfrutaron los congresistas en Holanda (176), se trabaran relaciones y surgiesen compromisos de colaboración que darían sus frutos más tarde: « the fact that the delegates who attended have established acquaintanceship with kindred spirits of other countries, who will probably be willing to render scientific assistance in the study of legal problems » (177) resultaba así uno de los principales logros de la presencia estadounidense en el Congreso.

28. Cuando en 1930, cercana ya la jubilación de Gény, comenzó a gestarse el *Recueil* (178), factores más profundos o de fondo podían también apoyar algún interés por la obra del ilustre profesor francés en los medios norteamericanos. Las tareas del *American Law Institute* (ALI), fundado en 1923, empezaban a dar como fruto la sistematización de los precedentes mediante los llamados *Restatements*, elaboraciones profesorales del *judge-made law* según ramas principales del derecho (privado: *torts, conflicts, contracts...*) para lograr la armonización no legislativa de la dispersa vida jurídica americana (179). Una valoración de resultados a poco años de la publicación de los *Restatements* (180) indicaría que ni tan completa

---

(176) H. Milton Colvin, *The International Congress of Comparative Law*, cit. (n. 172), p. 53.

(177) *AALS-Proceedings* 30 (1932) cit. (n. 172), p. 157.

(178) Un interesado recordaba que las invitaciones para enviar colaboraciones se cursaron hacia 1930, esto es, un año antes de la jubilación de Gény (n. 1861): Albert Kocourek, *Ill. L. Rev.* 30 (1935-1936) cit. (n. 4), p. 821. La simultaneidad con los trabajos del Congreso de Derecho Comparado es total, aunque la publicación del *Recueil* no tuviera lugar hasta 1935 como sabemos.

(179) Basta a nuestro propósito con información contemporánea: Wm. Draper Lewis, *The American Law Institute and Its Work*, en *Colum. L. Rev.* 24 (1924), 621-631; Hessel E. Yntema, *What Should the American Law Institute Do Next?*, en *Mich. L. Rev.* 34 (1935-1936), 461-473. Documentos fundacionales en *The American Law Institute. 50th Anniversary*, Philadelphia (Penn.), The American Law Institute, 1973, con amplia bibliografía en pp. 297-302, que puede poner a punto James Gordley, *European Codes and American Restatements: Some Difficulties*, en *Colum. L. Rev.* 81 (1981), 140-157.

(180) Herbert F. Goodrich, *Restatement and Codification*, en Alison Reppy (ed.), *David Dudley Field. Centenary Essays*, cit. (n. 45), 241-250, en especial tabla estadística de p. 246.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

resultaba la tradición *common* de cada estado, pudiendo así el *Restatement* servir a los jueces para colmar numerosas lagunas de las reglas al uso en sus jurisdicciones, ni tan divergentes las decisiones en concreto, resultando mínimas la diferencias estatales respecto a los principios consagrados en el *Restatement*, pero en cualquier caso la conciencia de fragmentación y diversidad que pesaba en el ánimo de los juristas del primer tercio de siglo condujo, en la elaboración de estas obras, al empleo de las soluciones lógicas o sistemáticas que se tuvieron presentes en la Europa de los códigos: « the *Restatement* will speak ex cathedra » (181). Algunos de sus autores, como Joseph H. Beale (Harvard), reconocidamente compartían la orientación dogmática de Langdell (182). Otros juristas vinculados al Instituto, y así el mismo Juez Cardozo (183), se situaban más cerca de la concepción de Holmes sobre el derecho como experiencia jurídica. Mas lo cierto es que los *Restatements* pudieron fungir de códigos en la cultura norteamericana y evocar los problemas y las técnicas de interpretación que eran familiares a los juristas del Continente (184). Cuando algunos anunciaban la crisis final del *common law* o se proponía la aclimatación del sistema francés de justicia administrativa (185), cuando nacía el *legal Realism* y se endurecía la condena de los formalismos jurídicos (186), la actualidad de pensadores como Gény se veía ciertamente realzada. Un claro reconocimiento a su

---

(181) WM. DRAPER LEWIS, *The American Law Institute and Its Work*, cit. (n. 179), p. 626.

(182) Conviertiéndose así en objeto de ataques — incluso sátiras en verso — por parte de los realistas de Yale: LAURA KALMAN, *Legal Realism at Yale*, cit. (n. 41), pp. 25 y ss. Para la oposición « realism » y « bealism », pp. 47 y ss., con referencia a las tareas de Beale en el *American Law Institute*.

(183) Véase el arranque de *The Growth of Law*, en MARGARET E. HALL (ed.), *Selected Writings*, cit. (n. 129), p. 186.

(184) Con expresa referencia a las labores del ALI y uso de la *Méthode* como « the almost clasical book of Gény », MAX RADIN, *Statutory Interpretation*, en *Harv. L. Rev.* 43 (1929-1930), 863-885, p. 863 y n. 2. Desde Inglaterra pero en Estados Unidos, H.C. GUTTERIDGE, *A Comparative View of the Interpretation of Statute Law*, en *Tul. L. Rev.* 8 (1933-1934), 1-20, también a vueltas con Gény (pp. 3-4).

(185) FRANCIS R. AUMANN, *The Changing American Legal System: Some Selected Phases*, Columbus (Ohio), 1940, pp. 219-235.

(186) Así JAMES E. HERGET/STEPHEN WALLACE, *Free Law Movement*, cit. (n. 23), p. 430.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

figura en los Estados Unidos tuvo lugar por esas fechas: en 1933 era nombrado Gény miembro honorario de la *American Academy of Arts and Sciences*, con sede en Boston (187).

29. En tales coordenadas la presencia de realistas entre los colaboradores de Lambert y Wigmore era inevitable, pero no sólo hubo partidarios de esta escuela entre los angloamericanos del *Recueil Gény*. Algunos de ellos, salvo una rápida mención inicial de presentación, no interesarán; en el mismo supuesto están, no obstante su cultura *common*, los juristas ingleses del *Recueil*: tres participantes (188), de los que tan sólo cabe recordar a B.A. Wortley (Londres y Birmingham) en su condición de expositor contemporáneo del pensamiento de Gény y difusor angloparlante de su obra (189). A conocer algo de los no excluídos y sus trabajos, a valorar rápidamente sus páginas en el *Recueil*, a esbozar, en fin, la imagen del derecho americano que esas mismas páginas ofrecían al público internacional de la obra se dedican los parágrafos que siguen.

30. El perfil medio del colaborador estadounidense nos presenta a un jurista aún joven, activo como profesor universitario en Universidades del Este o Centro del país y dedicado a la enseñanza

---

(187) JARO MAYDA, *François Gény and Modern Jurisprudence*, cit. (n. 4), n. 232.

(188) DOWDALL, *Les Sources psychologiques du Droit*, en *Recueil Gény*, cit. (n. 2), I, 297-309, una suerte de relato en primera persona de la « libre recherche scientifique » realizada por el propio autor, hoy — y probablemente también entonces — ilegible; otro es el caso de B.A. WORTLEY, *La théorie des sources en droit privé positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise*, cit. (n. 108), donde, partiendo del creciente volumen de *statutory law*, se repasan los rígidos métodos interpretativos al uso en los tribunales británicos y la aplicabilidad de las propuestas de Gény; H.C. GUTTERIDGE, *Lord Mansfield, a Comparative Jurist of the 18th Century*, III, 239-246, centrado en la justicia mercantil, sin mayores pretensiones.

(189) B.A. WORTLEY, *François Gény*, en *Modern Theories of Law*, London, Oxford University Press, 1933, 139-159, cuya lectura recomendó en América, para el mejor acceso al *Recueil*, ALBERT KOCOUREK: *Ill. L. Rev.* 30 (1935-1936) cit. (n. 4), p. 822 y n. 2. En este libro, fruto de diez conferencias pronunciadas (1932) en la *London School of Economics*, junto a Gény se trataba de Stammler, Duguit, Pound, Kelsen, la teoria institucional y otras escuelas. Por las mismas fechas escribía J. WALTER JONES, *Aims and Methods of Legal Science*, cit. (n. 130), pp. 66 y ss. sobre Gény.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de materias de derecho privado y teoría jurídica (190). Son pocas las desviaciones: un juez (191), un economista (192); dos profesores del Oeste (193), dos sureños (194); un publicista (195), dos expertos en Derecho Internacional y Comparado (196). En cuanto a su filiación

---

(190) Mis datos biográficos, en parte también bibliográficos, proceden de AALS, *Directory of Teachers in Member Schools. 1932*, St. Paul (Mn.), West Pub. Co., 1932, lista alfabética de profesores y listas de profesores según materias. También, HAROLD GILL REUSCHLEIN, *Jurisprudence-Its American Prophets*, cit. (n. 34), apéndice v en pp. 465 y ss.; SILVANA CASTIGNONE (a cura di), *Il realismo giuridico scandinavo e americano. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 37 y ss.

(191) JOSEPH CHAPPEL HUTCHESON Jr. (n. 1879), que accedió en 1931 a magistraturas federales (Corte de Apelaciones para el Quinto Distrito), autor de varias publicaciones: *Law as Liberator. The Principle of Democracy in America. The Spirit of Its Laws*, Chicago (Ill.), The Foundation Press, 1937; *Jugement Intuitive*, ibd. 1938.

(192) JOHN ROGERS COMMONS Jr. (1862-1945), el más anciano de los colaboradores americanos, profesor en Wisconsin y autor de obras relacionadas con el derecho y la economía, como *Principles of Labor Legislation*, New York and London, Harper and Brothers, 1920, y *Legal Foundations of Capitalism*, New York, McMillan Co., 1924. Frente al análisis económico del derecho de signo ultraliberal, las propuestas de Commons han sido relanzadas modernamente: JAMES B. ZIMAROWSKY, *Public Purpose, Law, and Economics: J.R. Commons and the Institutional Paradigm Revisited*, en *West Virginia Law Review*, 90 (1987), 387-416.

(193) MAX RADIN (n. Kempen, Prusia, 1880-1950), en Berkeley (California), del que ya conocemos algunas obras y otras se mencionan más abajo; JAMES GRAFTON ROGERS (n. 1883), activo en la University of Colorado Law School, Denver, donde se forma, autor de varias publicaciones: *American Bar Leaders: Biographies of the Presidents of the American Bar Association, 1878-1928*, Chicago, ABA, 1932; *World Policing and The Constitution. An Inquiry into the Powers of the President and Congress, Nine Wars and a Hundred Military Operations, 1789-1945*, Boston, World Peace Foundation, 1945.

(194) Uno es MITCHELL FRANKLIN (n. Nueva York, 1902), de Tulane, Nueva Orleans (Luisiana), en la que permaneció hasta que, tras su jubilación en 1967, se trasladó a la State University of New York, Buffalo (Nueva York). El otro es LON LUVOIS FULLER (n. 1902), profesor de Illinois al tiempo de la convocatoria del homenaje a Gény (así aparece en el *Recueil*), de Duke University, Durham (Carolina del Norte), desde 1931 y Carter Professor of General Jurisprudence en Harvard a partir de 1940. Más abajo se recordarán las obras de éstos que eran los más jóvenes autores del grupo americano.

(195) JOHN DICKINSON (n. 1894), profesor de Ciencia Política en Princeton, condición en la que se ocupó de la obra de John of Salisbury; luego profesor de Derecho en la University of Pennsylvania, Filadelfia. Consejero general del Pennsylvania Railroad y Secretario Asistente de Comercio (1933-1935). Autor de *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1927.

(196) EDWIN MONTEFIORE BORCHARD (1884-1951), profesor de Yale y con anterio-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intelectual predomina la variedad, con una importante presencia, signo de los tiempos ya *supra* advertido, de los realistas. No lo eran ciertamente los iusnaturalistas Lon Luvois Fuller (197) y James G. Rogers (198), ni John Dickinson (199), discípulo de Pound, cuya

---

ridad *Law Librarian* en la Biblioteca del Congreso (1911-1916), doctor *honoris causa* por Berlin (1925), autor de varias monografias (*Declaratory Judgement*, Cleveland, Banks-Baldwin Law Pub., 1934; *Neutrality for the United States*, New Haven, Yale University Press, 1940; *American Foreign Policy*, Indianapolis, National Foundation Press, 1946), dictámenes en controversias internacionales (*Opinion on the Controversy between Peru and Chile, Known as the Question of the Pacific*, Washington 1920; *Opinion on the Roumanian-Hungarian dispute before the Council of the League of Nations, Arising out of the Application to Hungarian Nationals in Transylvania of the Roumanian Agrarian Law of 1921*, New Haven, Tuttle, Morehouse and Taylor, 1927), numerosas bibliografías de derecho extranjero (*Guide to the Law and Legal Literature of Germany*, Washington, Govt. print., 1912; en colaboración con GEORGE W. STUMBERG, *Guide to the Law and Legal Literature of France*, ibd. 1931), traducciones y prólogos en la *Continental Legal History Series* de Wigmore.

ERNEST GUSTAV LORENZEN (n. 1876), también de Yale, especialista en Derecho Internacional Privado: *Cases on the Conflict of Laws, Selected from Decisions of English and American Courts*, St. Paul, West Pub., 1909 y muchas ediciones posteriores; *The Conflict of Laws Relating to Bills and Notes, Preceded by a Comparative Study of the Law of Bills and Notes*, New Haven, Yale University Press, 1919; *Selected Articles on the Conflict of Laws*, ibd. 1947. Su tesis doctoral en Gotinga versó sobre derecho cambiario: cfr. n. 18.

(197) LON L. FULLER (n. 1902), autor de varios libros: *The Law in the Quest of Itself*, Chicago, The Foundation Press, 1940 y ed. posterior New York, AMS Press, 1978; *Reason and Fiat in Case Law*, New York, American Book-Stratford Press, 1943; *Basic Contract Law*, St. Paul (Mn.), West Pub., 1947 y ed. posteriores; *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964 y ed. posteriores (traducción española *La moral del Derecho*, México, Trillas, 1967); *Legal Fictions*, Stanford (Cal.), Stanford University Press, 1967; *Anatomy of the Law*, New York, F.A. Praeger, 1968; *The Principles of Social Order. Selected Essays of...*, Durham (N.C.), Duke University Press, 1981. Sobre este autor, « one of the most original figures in American jurisprudence », MARTOM P. GOLDING, *Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America*, cit. (n. 82), pp. 473-480, más su propria confesión en (ALBERT KOCOUREK, ed.), *My Philosophy of Law*, cit. (n. 157), 111-125, que por fecha (1941) resulta crítica de posturas ajenas antes que exposición de la propia; en el mismo caso está su trabajo *American Legal Realism*, en *University of Pennsylvania Law Review* (= *U. Pa. L. Rev.*), 82 (1933-1934), 429-462.

(198) Presenta alguna inclinación jusnaturalista en su aportación al *Recueil*: cfr. *A Scientific Approach to Free Judicial Decision*, en *Recueil Gény*, cit. (n. 2), II, 552-573.

(199) Cfr. su confesión en (ALBERT KOCOUREK, ed.), *My Philosophy of Law*, cit. (n. 157), 89-106; del mismo, « The Law behind the Law », en *Colum. L. Rev.* 29 (1929),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contribución al *Recueil* sobre « The Unprovided Case » se resolvía precisamente en una dura crítica a los realistas ahí presentados como *legal skeptics*; tampoco el tradicional Albert Kocourek (200) ni el hegeliano Mitchell Franklin, joven colaborador del homenaje a Gény con un trabajo que revela esa familiaridad con el *civil law* que está en la base de su admirable construcción dialéctica del derecho constitucional americano (teoría de las tres Constituciones) (201) y explica el arraigo en la Luisiana de este jurista de origen neoyorquino. Con todas las inseguridades que rodean los elencos conocidos de realistas (202), no en último lugar por la conversión iusnaturalista que algunos experimentaron a partir de la II Guerra (203) y por la contradictoria formulación de su pensamiento (204), podemos

---

113-146 y 285-319; del mismo, *Legal Rules and the Process of Decision*, en *U. Pa. L. Rev.* 79 (1930-1931), 833 y ss.; del mismo, *Legal Rules: Their Application and Elaboration*, ibd. 40-52. Cfr. MARTIN P. GOLDING, *Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America*, cit. (n. 82), pp. 461-462.

(200) ALBERT KOCOUREK (1875-1952), que conocemos como estrecho colaborador de John H. Wigmore, fue autor de *Jural Relations*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1927 y *An Introduction to the Science of Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1930, ambas con ed. posteriores. Editó y participó en *My Philosophy of Law*, cit. (n. 157), 165-177, desconcertantes. Algunas evocaciones de Kocourek fueron publicadas con ocasión de su fallecimiento: cfr. *Northwestern University Law Review*, 47 (1952-1953), 419-426.

(201) No conozco libros de Franklin, salvo el opúsculo *The Formulation of the Concept of Aggression*, Bruxelles, Association Internationale des Juristes Democrates, 1952. Cita sus principales artículos JAMES LAWLER, *Freedom and the U.S. Constitution. Aspects of the Marxist Legal Theory of Mitchell Franklin*, en *The National Lawyers Guild Practitioner*, 44 (1987), 111-123, debiendo advertirse que el índice de la revista suprime el adjetivo *marxist* de este título. Una semblanza: Board of Editors, *Mitchell Franklin: A Tribute*, en *Tul. L. Rev.* 54 (1979-1980), 808-811.

(202) Cfr. RAFAEL HERNANDEZ MARÍN, *Historia de la Filosofía del Derecho*, cit. (n. 77), p. 253. Uso las referencias de una crónica contemporánea: EDWIN N. GARLAN, *Legal Realism and Justice*, New York, Columbia University Press, 1941, más las listas que elabora, usando materiales de Llewellyn, N.E.H. HULL, *Some Realism about the Llewellyn-Pound Exchange over Realism: The Newly Uncovered Private Correspondence 1927-1931*, en *Wisconsin Law Review* (= *Wis. L. Rev.*), 1987, 921-969, pp. 967-969.

(203) G. EDWARD WHITE, *The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change*, en *Va. L. Rev.* 59 (1973), 279-302, consultado en *Patterns of American Legal Thought*, cit. (n. 49), 136-163.

(204) RAFAEL HERNANDEZ MARÍN, *Historia de la Filosofía del Derecho*, cit. (n. 77), pp. 252 y ss., que constituye, junto a la conocida obra de GIOVANNI TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, lo mejor que he utilizado.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

considerar como tales a los profesores de Yale Lorenzen y Borchard, al privatista y iusfilósofo de Columbia Edwin Patterson (205), al profesor de Indiana Fowler V. Harper (206), que manifiestaba su militancia realista en el mismo *Recueil*, y, sobre todo, al 'intuitivo' juez Hutcheson (207) y el versátil Max Radin (208), ambos figuras

(205) EDWIN WILHITE PATTERSON (1889-1965), autor de varias obras sobre contratos, seguro y filosofía jurídica: *The Insurance Commissions in the United States. A Study in Administrative Law and Practice*, Cambridge, Harvard University Press, 1927; *Cases and Other Materials on the Law of Insurance*, New York, Chicago etc., Commerce Clearing House etc., 1932 y numerosas ediciones posteriores; *Essentials of Insurance Law. An Outline of Legal Doctrines in their Relation to Insurance Practices*, New York, McGraw-Hill, 1935; *Cases and Materials on Contracts*, I-II, Chicago, The Foundation Press, 1935 y varias nuevas ediciones; *Lectures in Jurisprudence*, New York, Columbia Law School, 1940; (y NOEL THOMAS DOWLING), *Materials for Legal Method*, Chicago, The Foundation Press, 1946; *Jurisprudence. Men and Ideas of Law*, Brooklyn, Foundation Press, 1953; *Legal Protection of Private Pension Expectations*, Homewood (Ill.), R.D. Irwin, 1960. Participó en (ALBERT KOCOUREK ed.), *My Philosophy of Law*, cit. (n. 157), 229-243, donde se define como ecléctico.

(206) FOWLER VINCENT HARPER (1897-1965), autor de varios libros: *A Treatise on the Law of Torts...*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Co., 1973; *Cases and Other Materials on Judicial Technique in Conflict of Laws...*, ibd. 1937; *Readings in Torts...*, ibd. 1941; *Problems of the Family*, ibd. 1952 y ed. posterior 1962; *Justice Rutledge and the Bright Constellation*, ibd. 1965; *Some Reflections on the Law in Democratic Societies*, Río Piedras (Puerto Rico), Colegio de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, 1945; *The Law of Torts*, Boston, Little and Brown, 1956.

(207) Autor que, tras algunos párrafos de compromiso y homenaje a François Gény, colaboraba en el *Recueil* con un trabajo sobre la corazonada judicial previamente publicado (en *Cornell L.Q.* 14 (1929), 274 y ss.) y que pasa por ser un manifiesto del *Legal Realism*. Sobre Hutcheson cfr. MARTIN P. GOLDING, *Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America*, cit. (n. 82), pp. 459-460, a propósito de Jerome Frank.

(208) Nacido como sabemos en Prusia, Radin se forma en Columbia y ejerce de profesor en Berkeley entre 1918 y 1948, en que deja California por el *Institute for Advanced Studies* de Princeton, Nueva Jersey, dos años antes de su muerte. No conozco estudios sobre este autor, que los merece; para los historiadores del derecho Max Radin es el atractivo personaje que sugirió a ERNST KANTOROWICZ *The King's Two Bodies*, que le está póstumamente dedicado. Sus libros, jurídicos y de ficción, confirman la imagen que transite E. Kantorowicz: *The Jews among the Greeks and Romans*, Philadelphia (Penn.), Jewish Publication Society, 1915; *Handbook of Roman Law*, St. Paul (Mn.), West Pub., 1927; *Handbook of Anglo-American Legal History*, ibd. 1936; *The Lawful Pursuit of Gain*, Boston etc., Houghton Mifflin Co., 1931; *The Law and Mr. Smith*, Indianapolis etc., Bobbs-Merrill Co., 1938; *Manners and Moral of Business*, ibd. 1939;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

estelares del movimiento como podía advertir, desde el *Recueil*, Albert Kocourek (209).

31. Con más o menos justificación los trabajos allí publicados se centraban mayoritariamente en las enseñanzas de Gény, pero algunos desarrollaron temas de especialidad sin referencia al homenajado: así los de Lon L. Fuller (210), Rodney L. Mott (211), Edwin M. Borchard (212) y Ernest G. Lorenzen (213) que, llamando desde

---

*Law as Logic and Experience*, New Haven-London, Yale University Press etc., 1940; *The Day of Reckoning*, New York, A. Knopf, 1943 (novela histórica sobre Adolf Hitler); *Stability in Law*, Philadelphia (Penn.), Brandeis Lawyer's Society, 1944; *Epicurus, My Master*, Chapel Hill (N.C.), University of North Carolina Press, 1949 (novela histórica sobre la Roma republicana); *Radin Law Dictionary*, New York, Oceana, 1955. Colaboró en revistas europeas de historia y filosofía jurídicas y en los homenajes de varios juristas continentales (Bonfante, Del Vecchio, Fournier, Riccobono).

(209) Cfr. *Libre recherche in America*, en *Recueil Gény*, cit. (n. 2), II, 459-502, p. 481, con cita también de Patterson.

(210) Lon L. Fuller, *What Motives Give Rise to the Historical Fiction?*, en *Recueil Gény*, cit. (n. 2), II, 157-176, con dos rápidas citas de *Science et technique.* Eran temas sobre los que volvería años más tarde: *Legal Fictions*, cit. (n. 197).

(211) Rodney Loomer Mott (n. 1896), *Natural Rights and Legislative Vagueness*, en *Recuil Gény*, cit., III, 44-67, (donde, por cierto, se firma como miembro de la University of Chicago, más no consta en el *Directory* cit. (n. 190) ni recibe tratamiento de profesor en la reseña de Kocourek cit. (n. 4), p. 822). En ese trabajo expone la actitud de la *Supreme Court* en relación a la constitucionalidad de leyes ambiguas, rechazada por un entendimiento amplísimo de las más ambiguas cláusulas de la Constitución norteamericana (Enmiendas Cuarta y Decimocuarta: « due process of law »). El argumento, muy familiar por demás a quien se había doctorado (Wisconsin) con el trabajo *Due Process of Law. A Historical and Analytical Treatise of the Principles and Methods Followed by the Courts in the Application of the Concept of the « Law of the Land »*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1926, se prestaba a una discusión teórica sobre la interpretación que Mott no llega a realizar.

(212) *The Theory and Sources of International Law*, en *Recueil Gény*, cit. (n. 2), III, 328-361, donde sólo aparece Gény, entre otros pensadores, genéricamente invocado al comienzo del texto. El trabajo, realmente, permitía explicar « why the votaries of international law are content to have their science, limited as it is, accepted as a legal system, and why they are not more largerly concerned with the speculations of the historical, the philosophical, the analytical, and the sociological schools of jurists who have so greatly enriched thinking in private law » (p. 358); no olvidemos que Borchard escribía desde los ambientes realistas de Yale.

(213) *The Federal Constitution of the United States of America as a Source of Private International Law*, en *Recueil Gény*, cit. (n. 2), III, 437-465. Según aclara una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ahora la atención sobre su elevada calidad, no habrán ya de interesarnos. Los restantes componían una amplia gama: Max Radin, « La Censure des Coutumes » (I, 89-99); Mitchell Franklin, « M. Gény and Juristic Ideals and Method in the United States » (II, 30-47); Fowler Vincent Harper, « The Forces behind and beyond Juristic Pragmatism in America » (II, 243-268); Edwin W. Patterson, « Judicial Freedom of Implying Conditions in Contracts » (II, 379-402); Albert Kocourek, « Libre Recherche in America » (II, 459-502); John Dickinson, « The Problem of the Unprovided Case » (II, 503-530); Joseph C. Hutcheson, « The Judgment Intuitive: the Function of the 'Hunch' in Judicial Decision » (II, 531-551); James Grafton Rogers, « A Scientific Approach to Free Judicial Decision » (II, 552-573); John R. Commons, « The Problem of Correlating Law, Economics and Ethics. Comments on Gény's Méthode d'interprétation et Sources en Droit privé positif » (III, 124-144) ». Ahora comentaremos, obviando en lo posible el recurso al aparato de notas, algunos de sus aspectos.

El grueso de estas colaboraciones fue editado en el segundo volumen del *Recueil*. Dedicado en general a las fuentes en los sistemas jurídicos actuales, entre ellas Lambert situó todo un título sobre « la libre recherche scientifique », que en su mayor parte resultó obra de los norteamericanos. Lo explicó admirado el mismo Lambert: « Si on l'a étudiée avec une ardeur passionnée dans le cercle des coopérateurs américains, c'est qu'on l'y envisage sous l'angle de l'utilité pratique... Elles (*h. e. las contributiones americanas*) fournissent une documentation d'une rare ampleur sur le mouvement de la libre recherche scientifique aux Etats-Unis » (214), pero la discusión, algo velada, entre realistas (Harper, Hutcheson, Rogers) y quienes no lo eran (singularmente Dickinson y Kocourek) poco o nada decía a los juristas eu-

---

suerte de presentación debida a EDOUARD LAMBERT, *Sources du Droit International Privé*, ibd. 432-435, p. 435, no se atendió la petición de Lorenzen de revisar su trabajo a la luz del *Restatement* sobre *conflicts*, aparecido cuando aún estaba en trance de publicación el *Recueil*; así se perdió una buena ocasión, tal vez con alegación de la obra de Gény, para enfrentar la posición realista de Lorenzen a la *Begriffjurisprudenz* de Joseph Beale, autor del *Restatement*. Pudo hacerlo en otra sede: E.G. LORENZEN/E.H. PHELPS/R.J. HEILMAN, *The Restatement of the Conflicts of Laws*, en *U. Pa. L. Rev.* 83 (1934-1935), 555-589.

(214) EDOUARD LAMBERT, *L'objet commun des titres iii à viii et la répartition des matières entre ces titres*, en *Recueil Gény*, cit. (n. 2), II, 191-203, pp. 201 y 203.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ropeos del momento: sólo los buenos oficios del editor francés permitían presentar como terreno común de la disputa una *libre recherche* que no ofrecía, desde América, bases demasiado sólidas para cumplir tal función. Entendiéndola, como veremos, a la americana y trazando los recorridos intelectuales del caso ya lo expresó Kocourek: « These papers show at least that if no more of legal metaphysics is involved than the problem of *Libre recherche* implies, American writers can give a good account of their learning and abilities alongside the most distinguished authorities in Europe... this liberality to America, which stands above Germany and Italy, and next only to France, measured by the number of contributions, is probably explainable by the sudden and vigorous emergence of the anti-logic or realist movement which was in full flower just when the Capitant-Josserand-Lambert-Michon committee conceived the idea of the present publications. The American *Bewegung* already prepared by views attributed (if always attributable) to Holmes, Peirce, James, and others, was greatly accelerated by recent importations (for which Dean Wigmore and Dean Pound are chiefly responsible) of European literature dealing with *libre recherche* or *freie Rechtsfindung* » (215).

Estaba en causa, pues, una *American Bewegung* que tenía raíces propias, destacadamente Oliver W. Holmes, aunque a su expresión sirvieran las importaciones europeas, con la responsabilidad del caso atribuible a Pound y Wigmore, de Gény y los *Freirechtler*. Mas éstos ya no contaban en los ambientes jurídicos cuando se producía la floración de un *legal Realism* que, además, nunca llegó a reconocerse deudor de los primeros (216). No lo reseñaba Kocourek, pero la existencia de problemas específicamente americanos, y así el *New Deal* con su secuela de intervención pública en la economía, la tensión entre el Ejecutivo federal y la *Supreme Court* o la misma sensibilidad de los juristas neocontinentales ante el auge de los fascismos en Europa, componían un cuadro de referencias que dotaban de peculiaridad, cuando no de verdara autonomía, a las reflexiones de la jurisprudencia en los Estados Unidos. Algo de todo

(215) Cfr. *Ill. L. Rev.* 30 (1935-1936) cit. (n. 4), p. 822.

(216) Así James E. Herget/Stephen Wallace, *Free Law Novement*, cit. (n. 23), p. 432. Pero esta conclusión negativa había de matizarse teniendo en cuenta los pronunciamientos que se contienen en el *Recueil Gény* y que examino seguidamente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ello, gracias a unas páginas de Edouard Lambert (217), podían conocer los lectores del *Recueil*, pero ahora interesa subrayar que los hechos no se encontraban solos: una determinada tradición intelectual anglosajona aportaba por su parte peculiaridades. Si la entronización de la enseñanza del Derecho en las Universidades había llevado en América a la sana preocupación por cuanto hacían y decían los juristas en las tradicionales Universidades europeas (cfr. *supra* núm. 9), de manera que, en palabras de Harper en el *Recueil* (II, pp. 252-253) que el lector de éstas ya podrá suscribir, « one has only to look at the repeated references in the writings of Pound, Cardozo, Wigmore and many others to see how strongly the work of Gény, Jhering, Erlich (*sic*), Duguit and other civil law jurists have been relied upon in the fashioning of American ideas about law », no resultaba menos cierto « that just as the general doctrine of Pragmatism has been carried to far greater lengths by James, Dewey, Tufts, Smith and American philosophers, so has the pragmatist conception of law been pushed, by Cook, Oliphant, Holmes and Cardozo to a point to which Continental thinking has not yet approximated ». De las ideas a los hechos, el informe de Harper — hoy olvidado, y lamentablemente, por ser material que sintentiza muy bien las tesis realistas — continuaba trazando un panorama insólito de la práctica americana contemporánea: el derecho oficial no lograba aplicación, en buena medida porque « the law, as such, is not taken seriously by the individual citizen » (Harper, p. 256), porque « a vast quantity of criminal statutes in America are simply not enforced at all in certain communities » (ibd.), proponiéndose así aceptar « the empirical view of the law » (p. 263) teorizada por un « younger writer » que en nota se identifica como Karl Llewellyn y que, simplemente, pasaba por la previsión del « official behavior », de la actitud que en el caso disputado tomarían los operadores jurídicos (p. 748, pp. 253-254).

Tradición intelectual y hechos inequívocamente americanos configuraban un contexto muy diferente, desde luego, al propio de la obra de Gény; por eso no puede extrañarnos que quienes, desde América, acudían ahora a Europa haciendo balance de su presencia

(217) Cfr. *L'objet commun des titres iii à viii*, cit. (n. 214), pp. 196-198.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en el pensamiento jurídico americano arrojaran como resultado la paradoja de una reconocida influencia, forzada por la naturaleza celebrativa de composición de todos estos trabajos, y una realidad jurídica en la que Gény resultaba, como mucho, discretamente presente como referencia cultista de los autores propios. Se trata, sobre todo, de los trabajos de Franklin y Kocourek. No similar a ellos, por más que desde su propio título invocara a Gény y citase la *Méthode*, era la aportación de John R. Commons, cuya lectura nos indica la dimensión real de las pregonadas conexiones entre François Gény y la jurisprudencia norteamericana. Allí se formulaba un concepto de « transaction » que permitiría, al igual que el átomo a la Física, Química y Astronomía, encontrar la común « unit of activity » para analizar conjuntamente Derecho, Economía y Etica, pero entre la invocación de elementos de la realidad social para orientar la interpretación creativa del jurista, propia de Gény, y el análisis complejo de Commons, basado en transacciones, existía una escasa relación: justamente Commons situaba en la *Supreme Court* americana el ámbito de coordinación de Derecho y Economía en orden a la formulación misma, constitucionalmente superior a la actividad de otros « law-making bodies », de las reglas jurídicas, carente de paralelos europeos. Las invocaciones a Gény, y así a propósito de la *Wisconsin State Industrial Commission* que Commons citaba como ejemplo americano de « scientific research of the nature of things », sorprenderían desde luego a un homenajeado que no podría reconocerse padre de criaturas semejantes.

Valoremos los balances. O, mejor, los trabajos que efectivamente los realizaban, pues acabamos de mostrar que los títulos, forzados por la índole conmemorativa de la obra, no siempre daban cuenta exacta de los contenidos. Podían indicarlo también desviaciones de los traductores: compárese el que usó Mitchell Franklin, « M. Gény and Juristic Ideals and Method in the United States », con una versión francesa que llamaba la atención sobre « L'influence de M. Gény sur les conceptions et les méthodes juridiques aux Etats-Unis » (218). Admitiendo una cierta presencia intelectual europea en las jóvenes escuelas de Derecho americanas (Franklin, p.

(218) En *Recueil Gény*, cit. (n. 2), II, 30-47, que cito de nuevo para recoger el nombre del traductor: JENNY ARON-MENGERSEN, *Docteur en Droit*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

32), la tradición pragmática destacada por Harper de nuevo comparecía para minimizar una influencia sólo existente en el título de traducción francesa. Según Franklin, el realismo jurídico — como tal no mencionado — que comenzaba a asentarse en los medios universitarios hacía poco probable que progresara la recepción de europeos: « it is not to be expected that the Neo-Kantianism of Stammler, the Neo-Hegelianism of Kohler, the Social-Utilitarianism of Ihering, or the Neo-Scholasticism of M. Gény will be influential, though there are some characteristics of Ihering's thinking that will appeal to the American jurist » (Franklin, p. 33), pero si faltaban condiciones para el desarrollo de estas filosofías jurídicas algunas propuestas teóricas de dimensión práctica inmediata conservarían una vocación de futuro ante fenómenos parecidos a los europeos. Más en concreto: ese *juridical method* que tanto debía a Gény, entendido como « the relation of the adjudicator of cases to the materials for his decision » (p. 37), gozaba de todo su sentido en una América « already familiar with a series of uniform statutes, chiefly in the field of commercial law, and with restatements of other branches of law » (Franklin, p. 38), cuando estas leyes uniformes, por ejemplo el *Uniform Sales Act* de 1906, admitían aún un recurso a los precedentes judiciales que limitaba al juez y resultaba así perturbador (Franklin, p. 41). De poco serviría su iusnaturalismo, mas tratándose del método « the point of departure will have to be M. Gény's *Méthode d'interprétation*, which is the flower of 2000 years of Romanist thinking upon the problem of juridical method, a problem hardly yet perceived in America, a problem calling for the régime of the university law school » (Franklin, p. 45).

La contraposición entre las ideas iusnaturalistas de Gény y sus aportaciones en el terreno de la interpretación se encuentra también en James G. Rogers, autor de un mediocre trabajo sobre *libre recherche* que no tiene otro mérito que hermanar claramente a Gény, Pound y Cardozo (cfr. sus pp. 562-563), conclusión que no puede ya sorprendernos (cfr. *supra* núms. 15-21). Es suficiente ahora recoger las frases finales, donde Rogers muestra, como Franklin, sus preferencias: « Professor Gény is known abroad from France partly as the swordsman of a new and somewhat metaphysical natural law. The writer suspects there are important strains of truth in both the old

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

and new phases of that magnificent conception, but for the moment looks to his distinguished French colleague primarily as a contributor to the methods of investigation. Such at least is a phase of his study of 'free judicial decision' which is applicable alike to the present days of Continental and Anglo-American jurisprudence » (pp. 572-573). Seguimos en la paradoja de unos autores que conceden y niegan influencias sin abordar nunca, detenidamente, las condiciones jurídicas de la cultura en que la obra de Gény podía o no recibirse.

Con su estilo enclicopédico lo hizo Albert Kocourek: una cierta consideración de los rasgos y tradiciones de *common* y *civil law* iniciaba su exposición sobre el « derecho libre » en América, pero el trabajo se resolvía en aquella *American Bewegung* de que hablara en su reseña del *Recueil* (cfr. *supra*) y que resultaba, en las páginas allí publicadas, una dudosa derivación del « free law » que enmascaraba propiamente el aún innominado *legal Realism*. Y a partir de ahí se explican las diferencias. Si en el trabajo de Franklin la fortuna americana de Gény acaba resultando proyecto de futuro, el de Kocourek acepta su conocimiento como « legal background » europeo de un movimiento que era, todo sumado, esencialmente americano: « the 'free judge' movement has taken on a specific form in America since the libre recherche movement was inaugurated by indigenous roots in the nature of our Anglo-American law and in our juristic literature. The movement in America has, however, been directly stimulated and fortified by the writings of European scholars » (p. 495). Síntoma de una recepción poco rica en matices, falta en Kocourek la precisión de fronteras entre el sociologismo de Ehrlich, la lucha de Kantorowicz y el método de Gény: la misma concepción que llevó a Kocourek a editar, junto a Wigmore, el volumen *Science of Legal Method* en 1917, ahora incidentalmente recordado (p. 462), conducía en 1931 a simplificar las influencias, por más que la atención del momento por el « American background » (Oliver W. Holmes, John C. Gray, James. C. Carter, Roscoe Pound, Joseph W. Bingham, Morris R. Cohen) pudiera justificarlo. De todas formas la claridad no era virtud de Kocourek. Entre los autores citados como « foreground » del movimiento americano (Cardozo, Frank, Hutcheson, Llewellyn, Radin, Patterson, Oliphant y otros) se estudiaban con detalle Walter Wheeler

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cook y Lon Green (219), quienes, aunque juristas conocidos, no han pasado a la historia del pensamiento como los más importantes del Realismo, y sobre todo: no se fijaban fronteras entre los partidarios del *free Law* y del *legal Realism*, resultando que Kocourek agotaba éstos en aquéllos. Se puede pensar en la intencionalidad de ciertas exclusiones, pero, tal vez, tras la simplificación de posiciones se encontraba el mero propósito de descalificar sus manifestaciones más extremas en un momento de controversia intelectual. « Professor Gény has been a considerable factor in stimulating and supporting the ideas which have found expression in America » advertía Kocourek, « but it needs to be stated at once that Professor Gény's insistence on the creative function of the judge is a proposal for 'free research' within scientific limits, and not a proposal for an unlimited judge. While Professor Gény will be interested to see how far his ideas have carried, yet we think it highly improbable that he would accept all that has been advanced under the high protection of his distinguished name » (pp. 460-461).

La identificación de derecho libre con realismo jurídico, sin mayores explicaciones, era *parti pris* que provocaba esas confusiones y que permitía a Kocourek condenar el realismo invocando, por emplear sus mismas expresiones, « the high protection of his distinguished name » de Gény. Igualmente crítico frente a los realistas, pero esta vez sin equiparación expresa de *Freirechtschule* y *American Bewegung*, el trabajo de John Dickinson sobre las lagunas de derecho. En « The Problem of the Unprovided Case » el recurso al Gény de *Science et Technique* se enfrenta a las posiciones escépticas — neoabsolutismo en el que la regla jurídica nada vale, « arbitrary discretion by an oriental *cadi* » (p. 526) — de los juristas realistas. « The determination of legal rules must always depend on ultimate judgements of value, of better or worse, more preferable or less preferable », advertía Dickinson frente a la utopía cientificista de los nuevos saberes sociales, para concluir: « There is no contribution to recent legal literature which should be more worth the while of current American legal scholarship to ponder than the pages of Gény's great work which he devotes to a discussion of this topic »

(219) Y Kocourek recordaba a su respecto ocasionales lecturas de Gény: cfr. *Recueil Gény*, cit. (n. 2), II, p. 486, con referencia a *Judge and Jury*, Kansas City 1930.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(p. 523). El retorno al derecho natural frente al nihilismo realista estaba en causa.

32. Al margen matizaciones, Gény comparecía, según vemos, en los trabajos americanos que celebraron su jubilación de la cátedra de Nancy. Procede finalmente completar las anteriores informaciones precisando las obras de Gény que aquéllos citaban. Según permitía prever cuanto llevabamos visto, sus estudios más técnicos, en especial *Des droits sur les lettres missives* de 1911, a pesar de su vocación como estudio de metodología aplicada, carecen de cualquier mención. Los americanos (Radin, Franklin, Patterson) acuden directamente a la *Méthode* (sólo para destacar vías de influencia menciona Kocourek la versión parcial inglesa de 1917), pero también se invoca *Science et Technique* (Radin, Franklin), en alguna ocasión (Patterson, Dickinson, Fuller) con clara preferencia sobre aquélla. En todo caso las citas no abundan.

## V. « François Geny and Modern Jurisprudence ». ¿Un *revival* posterior?

33. Con toda la carga de futuro que Dickinson y Franklin concedieron a Gény mediados los años '30, lo cierto es que su presencia posterior en una jurisprudencia progresivamente cerrada al diálogo con los europeos resulta más bien escasa. Tal vez la orientación realista, mantenida hasta hoy con más o menos variantes (220), suministró una identidad americana que no obligó a ensayar nuevas aperturas; de todas formas la experiencia de la *Modern Legal Philosophy Series* quedó como muestra cultural aislada (221). Si en el primer cuarto de siglo era muy poco lo que

(220) De « a new kind of Legal Realism afoot in the provinces » habla últimamente Lyn M. Lopucki, *Bringing Realism to the Classroom. A Review of Warren and Westbrook's The Law of Debtors and Creditors*, en *Wis. L. Rev.* 1987, 641-657, p. 641.

(221) Sería de interés identificar las obras jurídicas europeas traducidas y publicadas en los Estados Unidos desde mediados de siglo. Desde luego casos como Paolo Grossi, *Un altro modo di possedere* (1977), editado en inglés por University of Chicago Press (1981), no son frecuentes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de América llegaba a Europa, tras la II Guerra el flujo se invirtió. No hacen falta referencias.

En estas páginas, sin embargo, hemos revisado aportaciones que contradirían la anterior afirmación. Repasemos. Hasta la reciente aparición (1990) del ensayo de Tanzi, la monografía más actual sobre el pensamiento de Gény era la de un profesor americano, Jaro Mayda, *François Gény and Modern Jurisprudence* (1978). Y en Norteamérica se publicó la única traducción completa de la *Méthode* en su definitiva versión de 1919, debida al mismo Mayda (1963) como sabemos. ¿No son datos que revelan un *revival* americano de Gény?

Obsérvense más de cerca ambas publicaciones. Ante todo hay que recordar que el interés de Mayda por Gény se explica por sus mismas circunstancias (222); nacido en Checoslovaquia (1918) donde cursó los estudios jurídicos (Universidad Masaryk, Brno), se tituló también en Chicago, instalándose definitivamente (1958) como profesor de Derecho en Puerto Rico (Río Piedras), que es zona de derecho codificado. Formado en las dos culturas jurídicas, se explica su actividad en un punto geográfico de encuentro entre ambas. Y no es casual que la enseñanza de Mayda como visitante en Luisiana, otra jurisdicción con códigos en los Estados Unidos, esté detrás de la monografía dedicada a Gény, como tampoco lo es que su traducción apareciese bajo los auspicios del *Louisiana State Law Institute* (223), para el que Mayda también tradujo a Planiol, pues se trataba de traducciones de aliento oficial y con alcance práctico inmediato. En efecto. El Instituto, creado (1938) por acto de la legislatura estatal « to promote and encourage the clarification and simplification of the law of Louisiana and its better adaptation to present social needs; to secure the better administration of justice and to carry on scholarly legal research », pronto

(222) Cfr. *Directory of Law Teachers in American Bar Association Approved Law Schools. 1964*, San Paul (Minn.), West Publishing Co., 1964, p. 239. Informa también la nota de J. DENSON SMITH al frente de su traducción: *Méthode d'interprétation... An English Translation*, cit. (n. 7), p. iii.

(223) Bastan los datos que se encuentran en la necrología de su principal animador: T. HALLER JACKSON Jr., *John Tucker and the Law Institute*, en *La. L. Rev.* 45 (1984-1985), 999-1002. Específicamente, WILLIAM E. CRAWFORD, *The Louisiana State Law Institute. History and Progress*, ibd. 1077-1084, pero sin referencia a las traducciones que aquí interesan.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comenzó sus trabajos de revisión del vetusto *Civil Code*, que era, en sustancia, el texto de 1825 actualizado ligeramente (tras la supresión, guerra mediante, de la esclavitud) en 1879. Se abrió así un amplio proceso de reformas que convocaba a todas las profesiones jurídicas, con la consiguiente necesidad, desaparecido hacía tiempo el francés como lengua del foro, de aprontar traducciones: no en último término por la autoridad reservada al texto original francés en caso de conflicto con la usual versión inglesa, considerada bastante deficiente (224). Si el *Civil Code* procedía íntegramente del *Code civil*, además de antecedentes legales, tablas de concordancias y versiones inglesas de los artículos napoleónicos, el conocimiento de la doctrina jurídica francesa se entendía uno de los « tools for the profession... necessary for a better understanding of the civil law » en el estado. Tratándose de reformar los códigos, se decía, « in Lousiana the task will be even longer than in France, for we do not have the benefit of the wealth of the doctrinal writings of great juris-consults that has marked the development of French law from its beginning » (225), de manera que las obras de los grandes juristas franceses, en ocasiones con el respaldo de los tribunales, alcanzaron — y conservan — en Luisiana una posicion de privilegio (226).

Aunque no sólo circunstancias de política legislativa podían favorecer la difusión en inglés de la obra de Gény. Un caso, tan concreto como económicamente importante, basta como ejemplo. Las riquezas minerales del estado, básicamente gas y petróleo, carentes aún a mediados de siglo de clara regulación, se venían explotando sobre la base de interpretaciones judiciales creativas a partir del régimen de la servidumbre (Frost-Johnson Lumber Co. *vs.* Salling's Heirs, 150 La. 756, 91 So. 207, 1922, que aplica el art. 789 del *Civil Code* sobre extinción del derecho de servidumbre por desuso durante diez años) y del arrendamiento rústico (Tyson *vs.* Surf Oil Co., 195 La. 248, 196 So. 336, 1940), en lo que los expertos estimaban « the most massive example of the extension of a Code by

(224) John H. Tucker Jr., *Code and Common Law in Louisiana*, cit. (n. 86), p. 746.

(225) John H. Tucker Jr., *Tradition and Technique of Codification*, cit. (n. 86), pp. 708-710, p. 718.

(226) En general, Joseph Dainow, *Civil Law Translations and Treatises Sponsored in Louisiana*, en *American Journal of Comparative Law*, 23 (1975), 521 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

analogy to the unprovided-for case» (227). Si, en una palabra, el supuesto de los recursos mineros situaba al jurista de Luisiana «au-delà du Code civil, mais par le Code civil» (228), el interés oficial por la traducción de la *Méthode*, dedicada enteramente a la interpretación del código bajo el signo de la creatividad del juez en caso de lagunas, resultaba inmediato (229). Y, según se recuerda más abajo (cfr. núm. 35), también reconocido públicamente.

34. Importante en la Luisiana la obra de Gény, en defecto de las circunstancias peculiares que se dan en ese estado se explica el relativo olvido en que cayó aquélla en los restantes, pero estamos ahora ante la decadencia general de la doctrina jurídica europea en América según quedó señalado. Es improcedente acumular los datos; me permito sin embargo ofrecer los resultados de una limitada consulta de fuentes sobre Gény, tan modesta de ámbito como representativa de tendencias. El banco de datos jurídicos Lexis(R)-Nexis(R) (Mead Data Central Inc.) en su sección de publicaciones periódicas contiene los textos íntegros de las principales revistas americanas desde 1982, incluyendo, además de artículos, reseñas y notas de estudiantes. La búsqueda del término «Gény» arroja treinta y una apariciones, que corresponden, tras una primera depuración destinada a eliminar contaminaciones, a veintinueve citas de nuestro jurista durante la última década. Una segunda depuración excluye las citas indirectas (y no siempre intencionadas), es decir, referencias a terceros autores que mencionan a Gény en algún pasaje escogido o que lo son de títulos donde Gény aparece: en este caso está, singularmente, el juez Cardozo (tres apariciones), cuya obra se demuestra discreto vehículo difusor de ideas y algunos

(227) JOHN H. TUCKER, *Tradition and Technique of Codification*, cit. (n. 86), p. 712; del mismo, *Code and Common Law in Louisiana*, cit. (n. 86), pp. 759-762, con cita de JOSEPH DAINOW, *Method of Legal Development in Louisiana Through Judicial Interpretation*, en *Travaux de la Semaine Internationale de Droit*, 1950, 411 y ss., que no he podido consultar.

(228) JOHN H. TUCKER Jr., *Au-delà du Code civil, mais par le Code civil*, en *La. L. Rev.* 34 (1973-1974), 959-974 (antes en *Xenion. Festeschrift für Pan. J. Zepos*, Athens, Ch. Katsikalis, 1973). Es máxima tomada, como se sabe, de Gény.

(229) JOHN H. TUCKER Jr., *Code and Common Law in Louisiana*, cit. (n. 86), p. 761 y n. 89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

significativos párrafos de Gény en la jurisprudencia americana contemporánea (230), y el traductor Jaro Mayda (dos apariciones). Nos quedan así poco más de veinte citas, tal vez no demasiadas si consideramos que a favor de Gény, y por cuanto hemos visto anteriormente (cfr. núm. 33), existe desde 1963 una buena traducción completa de su aportación principal. Y aunque los datos absolutos no signifiquen gran cosa, pues falta cotejar las citas de Gény con las de otros juristas europeos de pareja importancia, mi impresión es que Gény figurará en cabeza de los juristas continentales al uso de americanos.

35. En la mayoría de las ocasiones la mención de Gény es circunstancial: un ligero toque de sabor francés a pie de página que sirve para apoyar verdaderas vulgaridades (231). Otras veces, al tratarse la codificación en general, el análisis más o menos feliz de Gény parece inevitable (232). Pero existe además un supuesto especial. Del total de recurrencias depuradas, la tercera parte corresponde a revistas jurídicas de Luisiana, *Tul. L. Rev.* y *La. L. Rev.*, sobre todo la segunda; resultado que no por esperado deja de merecer un rápido comentario, con el que deben finalizar estas ya demasiado largas páginas.

Como el objeto es conclusivo, una ojeada general será suficiente (233). A comienzos de los años '70 y siempre en el estado de

---

(230) De manera que hay que extender a Cardozo el juicio de HAROLD GILL REUSCHLEIN, *Jurisprudence-Its American Prophets*, cit. (n. 34), p. 126, referido a Pound: « Perhaps, not the least of Pound's contributions has been the currency he has given to the juristic thought of Jhering, Stammler, Kohler, Ehrlich, Gény, and Duguit in America ».

(231) Dos ejemplos: MICHAEL J. GLENNON, *The Use of Custom in Resolving Separation of Powers Disputes*, en *B.U.L. Rev.* 64 (1984), 109-148, p. 134 y n. 128, sobre el requisito de la *opinio iuris* en la costumbre, atribuido a Gény; WILLIAM N. ESKRIDGE Jr., *Dynamic Statutory Intrpretation*, en *U. Pa. L. Rev.* 135 (1986-1987), 1479-1555, p. 1506 y n. 110, en el contexto de crítica al « silogismo judicial ».

(232) JEREMY M. MILLER, *A Comparative Analysis of Codification*, en *Western State University Law Review*, 12 (1984), 93-116.

(233) KENNETH M. MURCHISON, *The Judicial Revival of Louisiana's Civilian Tradition: A Surprising Triumph for the American Influence*, en *La. L. Rev.* 49 (1988-1989), 1-37, que remite a la bibliografía del caso. El contrapunto de la justicia federal en el estado y su uso del derecho de Luisiana en ALVIN B. RUBIN, *Hazards of a Civilian Venturer in a Federal Court: Travel and Travail on the Erie Railroad*, ibd. 48 (1987-1988), 1369-1381.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Luisiana se inició la que uno de sus principales protagonistas ha calificado de « Renaissance of the Civilian Tradition ». Un balance reciente ha precisado que el tal renacimiento, sin perjuicio de una tradición civil indudable que ya venía reivindicándose en actos como la erección del *Louisiana Law Institute*, supuso realmente la transformación del derecho de Luisiana a tenor de una evolución iniciada a fines de los '60 en toda la Federación, a veces con uso de materiales y razonamientos más propios de la cultura *common* americana que de la tradición *civilian* oficialmente celebrada (234), pero interesa subrayar que formalmente el proceso ha sido llevado a cabo por la Corte Suprema estatal bajo la consigna del método de interpretación jurídica de François Gény. Sus obras, en particular la traducción de Mayda que así adquiere dimensión especial, han sido invocadas en varias decisiones judiciales (235) y muchos artículos escritos por los jueces que compusieron la mayoría responsable de la « Renaissance » (Berham, Tate, Dixon, Calogero) revelan el acusado influjo de Gény (236), todavía « contributor to the method of investigation », que decía Rogers en el *Recueil*, al menos en el estado de Luisiana.

¿Hasta qué grado, empero, su reconocida influencia es más auténtica que el simple peso del *common law*, también presente en ese estado, a la hora de configurar la actuación diaria de los jueces? Como se trataba ahora de reunir algunos datos, puede quedar sin respuesta esta clase de preguntas.

---

(234) Es la tesis de KENNETH M. MURCHISON, *The Judicial Revival of Louisiana's Civilian Tradition*, cit. (n. 233), p. 1, pp. 25-36. Y para el neurálgico sector de la responsabilidad extracontractual, TIMOTHY J. MCNAMARA, *The Duties and Risks of the Duty-Risks Analysis*, en *La. L. Rev.* 44 (1983-1984), 1227-1266.

(235) KENNETH M. MURCHISON, *The Judicial Revival of Louisiana's Civilian Tradition*, cit. (n. 233), p. 9 y n. 50, cita Chambers *vs.* Chambers, 259 La. 246, 249 So. 2d 896, 906 (1971) y Hibbert *vs.* Mudd, 187 So. 2d 503, 510 (La. App. 3d Cir. 1966), tratándose en ambos casos del voto particular del juez Albert Tate, Jr.

(236) Es suficiente citar como ejemplo, porque además entra en debate con Mitchell Franklin y contradice su posición favorable a una interpretación estricta del derecho escrito, ALBERT TATE Jr., *The 'New' Judicial Solution: Occasions for and Limits to Judicial Creativity*, en *Tul. L. Rev.* 54 (1979-1980), 877-915. Cfr. p. 887: « Even after considering Professor Franklin's weighty arguments in favor of a more limited and legislative analogy-bound judicial solution for the new case, I do not recede from my statement *in the abstract* that the less restricted, Gény-influenced judicial creativity... is both appropriate and permissible ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

# EL METODO ENTRE INFIELES O EL CODIGO EN ESPAÑA

> No hay duda que hay derechos superiores a la voluntad legislativa. Esta no se ejercita legítimamente sino para *exteriorizar* el derecho que no *crea*. Pero por razones de carácter general y de seguridad social, la ley se *presume* por todos como expresión del derecho superior tal cual existe. Esto supuesto, ¿debe admitirse que esta presunción sea destruida por la pretensión de derechos individuales desconocidos y en qué condiciones puede serlo sin considerable peligro? En esto está la verdadera dificultad. Gény, *Método*, parte II, cap. 1, nota 2

1. La asignatura. — 2. La matrícula. — 3. Lectura primera: la ley de la relatividad. — 4. Lectura segunda: la economia de la libertad. — 5. Lectura tercera: la costumbre de la democracia. — 6. Lectura cuarta: la ciencia de la politica. — 7. Lección magistral: el valor del derecho. — 8. Examen de curso: la cultura de las fuentes. — 9. Examen de grado: el silencio de la *Méthode* y la algarabía del *Método*. — 10. Nota final: las dos dogmáticas.

1. La *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif* de François Gény ve la luz en 1899, declinando el siglo que se había inaugurado con la codificación. Busca la salida permaneciendo en el interior. Procura abrir campo y asegurar terreno para formas de determinación del derecho distintas a la ley, a esta clase de norma de determinación política que impera con los códigos. Es un método que alcanza su sentido íntegro en tiempo y tierra de codificación cumplida, de ordenamiento y cultura conformados por ella. Este modo de imperio de la ley, esta forma característica del caso francés, constituye su base aceptada de partida y su razón crítica de ser.

El *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* de Francisco Gény comienza a vez la luz en 1902 por fascículos mensuales, completándose la tirada y ofreciéndose como libro en

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1903. La edición sigue viva un par de décadas. Una segunda se realiza en 1925. La traducción es anónima y siempre la misma. Produce la *Casa Editora, Librera, Impresora Hijos de Reus*, descendientes de José Reus, fundador en 1852 de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* de cuyo éxito ha nacido y se alimenta la casa. Su *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros* la dirige entre siglos Gusmersindo de Azcárate, lo que la propaganda inserta en la revista resalta. Era la editorial más importante en el campo jurídico no sólo por sus publicaciones, sino también por sus relaciones. Desde 1891 esta *Casa Reus* también era la que estaba al cargo de la *Colección Legislativa de España*, « publicación oficial », como no deja de especificar su catálogo, no sólo de legislación, sino también de jurisprudencia. La empresa es concesionaria de la colección y proprietaria de la revista y la biblioteca. Esta comienza a seriarse en 1913, figurando el *Método* como volumen número XC en la edición de 1925.

El catálogo también hace propaganda. He visto el de 1917, entrada número 1.288: « Gény (Francisco), Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo, por el autor, Profesor de Derecho civil de la Universidad de Dijon, con prólogo de Raimundo Saleilles, Profesor de Derecho civil de la Universidad de Paris, 1913; un volumen en 4º de 638 páginas; 10 y 10,50 pesetas. La importancia de la obra se aprecia solamente con la detenida lectura de su índice de materias, y según palabras del Profesor Dorado Montero en *La Lectura*, es la monografía más abundante de doctrina, de datos, de puntos de vista, de observaciones agudas y a menudo originales, no conociéndose otro trabajo tan recomendable como éste en dicha materia ». 1913 es errata por 1903. El precio no se ha alterado desde entonces; es doble por un recargo mínimo de cincuenta céntimos para los envíos fuera de Madrid. Lleva años la obra en circulación. La transposición está completa, y la valoración, planteada. François es Francisco, y la *Méthode*, el *Método*. ¿Qué significación alcanzan el nuevo autor y el nuevo texto?

Hay una transmisión que ha de pasar no sólo por medio de idiomas, sino también a través de ordenamientos, no se sabe si tan vecinos los segundos como los primeros. El mismo anuncio editorial, tomando expresiones de Pedro Dorado Montero, no parece que identifique satisfactoriamente la entidad de la obra. Se destacan

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

información, penetración y originalidad, pero no se señala la significación. Su posición de cara al sistema de fuentes y al estilo de interpretación impuestos por la codificación no es que se reseñe. Puede ser un indicio de que la relevancia de Francisco Gény y su *Método* no es la misma que la de François Gény y su *Méthode*, y de que quizá no lo sea porque se difiera más por derecho que por lengua; porque no toda codificación resultara tan cumplida. Estamos de momento ante una incógnita.

2. Quien llegara a España por nuestros años sin noción de su cultura jurídica y con deseos de informarse, se encontraría con una biblioteca surtida. La *Bibliografia española contemporánea del Derecho y de la Política* de Manuel Torres Campos, que con sus dos volúmes cubre prácticamente todo un siglo, desde 1800 hasta 1896, alcanza a cinco mil cuatrocientas cincuenta y cinco entradas. Y siguen años de florecimiento. El catálogo de *Filosofía, Derecho y Ciencias Sociales* de la *Casa Reus*, que sólo en pequeña parte se solapa y que registra además ediciones ajenas, pues es de ventas, en calidad, no sólo de *Casa Editora e Impresora*, sino también de *Casa Librera*, suma tres mil seiscientos diecinueve ingresos de publicaciones vivas en 1917. ¿Por dónde empezar? ¿Cómo informarse? Descarto, por lo que se verá y diré, la información mediada por observadores posteriores.

Pues somos profanos, elijamos la vía más vulgar de la literatura más divulgadora y más divulgada. Allá por los años de la *Méthode* y el *Método*, la empresa de mayor éxito entre las de esta indole era aquí la de los *Manuales Soler*, de la editorial de mismo apellido. Se dirigía a un amplio público, peninsular y ultramarino. A tenor de su propaganda, que parece verosímil, arrancaría en 1899 con unas ventas de diez mil ejemplares, más de la mitad en España, para superar el millón al cabo de una década, con el porcentaje español mantenido, por encima de ciento cincuenta mil en Argentina y Méjico, más de cincuenta mil en Colombia y Chile, y cifras menores en otros países hispanos. Las magnitudes se refieren a ventas globales por ejercicio. Son datos que también se presentaron como de lectores anuales, pero un cálculo de su media por título debía resultar más modesto; serían unos dos mil al inicio, en 1899, cuando aparecía la *Méthode*, y habrían alcanzado los sententa mil en 1903,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cuando se completaba el *Método*. Las tiradas efectivas se situarían lógicamente por debajo, pero habían de superar ya los diez mil ejemplares, número de suscriptores hacia estas últimas fechas. El precio del volumen, un libro de bolsillo encuadernado entre las cien y doscientas páginas, era de 1,50 pesetas, menos de la séptima parte que el del *Méthodo* en rústica.

Con miras al mercado interior y para el consumo interno, se acuña un lema, *España progresa*, y ciertamente se responde al signo progresista de una educación popular. Los textos eran originales contratados; los autores, especialistas acreditados. La propaganda, que solía ir encuadernada con los ejemplares, se ocupaba no sólo de destacar estas circunstancias, sino también de reproducir reseñas periodísticas que las avalaban. Era una universidad abierta que pretendía cubrir la gama enciclopédica de los saberes útiles. También los adjetivos pertenecen a los anuncios: « Famosa Biblioteca Util y Económica de Conocimientos Enciclopédicos » trabajada por « Eminentes Profesores, Distinguidos Autores y Reputados Artistas » y destinada a « las personas amantes de la instrucción », « las familias que se preocupan de despertar en el hogar la afición al estudio » y « los centros y asociaciones de carácter científico, político, profesional o recreativo para el perfeccionamiento intelectual de sus asociados ». La colección llegó al centenar de números. Gozó de más vida que su propia editorial; ésta pasa de *Manuel Soler, Editor* a *Sucesores de Manuel Soler, Editores* para acabar con un cambio de propriedad en 1919. Los *Manuales Soler* siguen reeditándose como *Manuales Gallach*.

En cien manuales cabían muchas cosas. Entre química y física, agronomía y geología, hidrología y metereología, geometría y gramática, higiene y medicina, micología y dietética, agricultura y enología, educación y pedagogía, redacción y contabilidad, cooperativismo y polemiología, ingeniería y telegrafía, carpintería y arquitectura, mecánica y pirotecnia, electricidad y cerrajería, periodismo y panadería, etc., etc., entre tantas materias tan útiles como atractivas, algún lugar quedaría para el derecho. Tiene sus títulos. No dejan de figurar en el catálogo de ventas de la *Casa Reus*, cauce de distribución importante, pero no primordial para su caso. Seguramente nos hallamos ante las exposiciones jurídicas que han contado con más público en España antes del advenimiento de la Universi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dad de masas. Y no son meros prontuarios prácticos, sino manuales de auténtica entidad teórica. Utilidad y atractivo no estaban reñidos con inteligencia y dignidad.

Se trata en lo fundamental y concreto de escritos de Adolfo Posada, *Ciencia Política*, de Joaquín Costa, *La ignorancia del Derecho*, nuevamente de Posada, *El sufragio*, del mencionado Dorado Montero, *Bases para un nuevo Derecho Penal*, de Lorenzo Benito, *Las bases del Derecho Mercantil*, y otra vez de Dorado, *Valor social de leyes y autoridades*, relacionados conforme al orden de serie en la colección. Son sus números VIII, XII, XIII, XXIII, XXXIV y XXXVIII. Los años de aparición, que no suelen figurar, son 1900, la *Ciencia*, 1901, *La ignorancia* y *El sufragio*, 1902, la *Bases* penales, y 1903, las *Bases* mercantiles y el *Valor social*. Todos vienen a quedar entre *Méthode* y *Método*. No faltan otros volúmenes que interesen al campo jurídico por entradas de historia, sociología, economía, política o incluso derecho internacional, alguno de algún autor entre los dichos, pero los que vemos son los básicos y específicos. Si no hay un manual de derecho civil, es porque no lo hubo.

No es preciso que nos detengamos en presentar a los autores como juristas de reconocido prestigio, con obra más amplia todas ellos. Ni será necesario que nos extendamos con la literatura. Ahorro notas. Bastan unas lecturas y se trata de leer sencillamente. Las posiciones que se producen, difunden y consumen mediante estas publicaciones son, conforme a su vocación, nada esotéricas. Procuro ajustarme a los textos. Los subrayados, salvo el último, son originales. Pues algún orden de lectura hace falta, sigamos el evangélico, el inverso al de aparición de los autores en la colección, de los últimos a los primeros; con los de más de un volumen, doy comienzo por el de carácter más general.

3. Comenzamos entonces por el *Valor social* de Dorado Montero. El calificativo ya anuncia algo, aunque no sea aún lo decisivo. Hay más. O hay por de pronto también menos. Si entonces existe una constitución política con capítulo parlamentario y un código civil con título de fuentes, cosas todas ellas que no debemos dar por sabidas por muy elementales que nos parezcan, si los códigos existen, no es cuestión en lo esencial de ellos. Es de entrada como si no existieran. No resulta lo elemental. De cara a la ley, el problema

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

básico no parece que sea el de su posición cardinal en un sistema de fuentes. Unas cuestiones primarias de legitimidad de normas y poderes, *leyes y autoridades*, no responden mínimamente a las previsiones y presupuestos de la codificación. El mismo valor de la ley se dirime por criterios y baremos menos exclusivos y más relativos.

« De algunos problemas tocantes a la tutela del Estado » es un epigrafe capitular del *Valor social de leyes y autoridades*, con una cuestión primera: « ¿Es la ley opuesta a la libertad? ». El problema es que puede serlo, que el monopolio político, aun parlamentario, de determinación del derecho no garantiza por sí un orden de libertad. La misma ley puede ser superflua o incluso contraproducente, como en alguna materia de código: « Si no hubiera leyes que se cuidaran de imponer por la fuerza la cohesión familiar, no por eso la sociedad doméstica se disolvería, porque el mismo interés de los asociados se encarga de obrar como fuerza centrípeta. Igualmente, si la autoridad familiar faltase, la vida doméstica apenas sufriría quebranto »; y « lo que se dice de la familia puede también decirse de otras pequeñas sociedades; por ejemplo, de las compañias mercantiles » de pocos socios. Pero la ley, aunque no así siempre, también se justifica.

Allí donde los intereses derivan más hacia el conflicto, « en las sociedades cuyo radio es bastante extenso », es donde la ley puede desplegar « una de sus principales funciones, la principal acaso », la de composición y concordia, « ensanchándose más cada día el círculo y la conciencia de la solidaridad y la cooperación ». Alcanzándose estas metas, la misma ley podrá sobrar. Mientras tanto es saludable y precisa. Así se justifica una « tutela del Estado, transitoria » por funcional. La autoridad consiguiente de las leyes no es en sí buena ni mala, sino conforme a principio y según finalidad. Tampoco representa un canon constitucional perpetuo. El momento en el que se alcance el objetivo de unos principios, ley y autoridad resultarán en sí superfluas.

Esto no es sólo un anhelo, sino también una evidencia. « Todas las tutelas perpetuas que en la historia han existido (de las mujeres, de los esclavos, de los siervos, de las personas sociales, consideradas como menores por su propia naturaleza, de las colonias...) han ido desapareciendo gradualmente y acabarán por desaparecer del todo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

¿No deberá ocurrir otro tanto con la del Estado oficial? ». Y este mismo deseo de futuro encierra su sentido de presente: ningún poder tiene autoridad por sí mismo ni siquiera en su recinto constitucional propio. Esta es la consecuencia: « reputar la ley y la coacción autoritaria como tutores y correctivos de la masa y la opinión colectiva, y a su vez esa opinión colectiva, pública, como correctivo y tutor de la autoridad y la ley ».

Los capítulos siguientes no dejan de aplicar la regla a la materia de fuentes. Quienes sólo reconocen la ley « no advierten una cosa », ello es que « no pasa de ser la forma actual, originada por las concepciones reinantes desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta la segunda mitad del XIX, y aún podríamos decir que hasta ahora mismo, y tan transitoria y preparatoria de formas ulteriores como las demás ». Lo cual impugnatoriamente se aplica a la pretensión « de que se concentre toda la justicia en los Códigos, que expresan la voluntad del gobernante, y se niegue el carácter de fuente del derecho a todo lo que no sea la ley dada por éste ». Es « el culto a la fórmula legal » y son unos adoradores, « los legistas », que se pasa a someter a fuerte denuncia. Con su cierre de horizontes, con su bloqueo del ordenamiento, con su ignorancia y con su impotencia, pues de todo ello se trata, la ley se asegura que lo que produce fácilmente es injusticia. La codificación así la genera.

Y la injusticia fundamentalmente es el impedimento a la libertad, efecto incluso, no de desconsideración, sino de desconfianza. « Uno de los grandes males que las leyes pueden producir, y a menudo producen, es el de comprimir y ahogar la libertad de los ciudadanos, de tal modo que hacen imposible todo movimiento normal del sujeto. Y esto, en ocasiones, por querer favorecer a los individuos mismos a quienes perjudican ». Para la libertad, mejor escuela que la ley sería ella misma. Se plantea incluso el panorama « de la *futura esclavitud* a que nos lleva el afán de preverlo todo por ley y de convertir a los poderes públicos en tutores de los individuos ». Habría una paradoja en el legado de una revolución como la francesa por cuanto que, de una parte, « es de cuando data la afirmación explícita de la personalidad individual, con propio valor como tal », y de otra, « es desde cuando mayor uso se ha hecho del instrumento legislativo ». El « absorvente movimiento codificador moderno arranca de la época revolucionaria ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La codificación, si no era base, es clave. Resulta que claramente no basta y tal vez ni siquiera sirve. El otro manual del propio Dorado, aun con toda la dificultad suplementaria de la especialidad, no deja de reflejarlo. No es el mejor campo. Las *Bases para un nuevo Derecho Penal* enseguida se aprecia que cubren una materia no ordinaria. Es una rama en la que se piensa que debe decididamente operar « la tutela del Estado », con el carácter excepcional que entonces esto implica. La concepción tutelar se aplica respecto al delincuente con una consecuencia que llega a afectar a un principio de legalidad. Aun con el peligro del « antojo legislativo » respecto a la determinación de delitos y penas, parece que en este capítulo resulta indeclinable tal imperio de la ley, « de aquí, el aforismo *nullum crimen, nulla pena sine lege* », pero intenta reducírsele a una regla de máxima, como un techo de la discreción judicial que debiera existir y operar en beneficio de los propios delincuentes. El legalismo ya imperante en este campo se considera que ha conducido en cambio a la irresponsabilidad de la justicia.

Con la evidencia social del caso, se diagnostica « el fracaso del sistema penal corriente » que es el de la codificación, « derecho antiguo » o viejo de cuya superación precisamente se trata. Que en España haya un código penal desde 1848, varias veces reformado, ya no nos extrañará que no ofrezca el terreno del tratamiento y la resolución del problema de los delitos y las penas. Toda su concepción punitiva se pone en cuestión, con un exceso de contraste entre lo viejo y lo nuevo, lo presente y lo futuro, del que el mismo autor debe defenderse en un *postscriptum*, particularmente obligado, según nos notifica, por « las observaciones y reparos » que ante las galeradas le hizo Francisco Giner de los Rios, pero lo que de momento nos interesa es que la codificación pueda darse así prácticamente por desahuciada. Y retengamos también el nombre de Giner, que como verdadera autoridad comparece.

4. El manual destinado a la exposición de otro derecho codificado, el mercantil, también se resiste a confinarse en el universo de la legislación y a contentarse con las solas escapadas que la misma ley permite. Y sigue habiendo más. *Las bases del Derecho Mercantil* de Lorenzo Benito no son las del código vigente, el mercantil de 1885 como no deja de informarse. Esta ley tiene aquí su importancia, pero

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tampoco absoluta. El propio derecho codificado se ve que conoce otros fundamentos superiores y previos. Tanto la materia como sus directrices se preconstituyen con antelación e independencia de las leyes. Siendo una rama más ordinaria del derecho, de libertad y no de tutela, puede interesarnos en especie el argumento.

Es un manual que se dedica a la exposición de instituciones vigentes, de unas instituciones mercantiles cuyo « núcleo », cuya « ley fundamental », se identifica con el código en vigor, pero un manual que presenta además el empeño de afirmar, si no tanto de colacionar, otras fuentes no siempre claramente por debajo de la propia ley. No componen este orden solamente las leyes y disposiciones anejas, sino también « las costumbres, los contratos y las resoluciones de los tribunales ». Se celebra y aprovecha que el código mercantil español permita la anteposición de « los usos del comercio » a la ley civil cuya aplicación como ordenamiento más general se intenta así obstaculizar. Puede también interponerse en la materia una jurisprudencia con base en la propia práctica establecida y no sólo con la del criterio del autor. Hay un motivo concreto para todo esto: « El derecho civil es el más tradicional de todos los derechos y el mercantil es por el contrario el más progresivo ». Y este ordenamiento respecto al que quiere mantenerse las distancias ya es también aquí código, el cívil de 1889. El principio de libertad no estaría de su parte, sino en el campo de un derecho mercantil que no se identifica completamente con su código propio.

Lo esencial a nuestro efecto puede ser que este mismo derecho, el mercantil, no parezca contener su principio de fundación. No se lo prestaría el código ni alguna otra de sus fuentes positivas; no serían ellas las que justificasen su existencia ni legitimasen su autoridad. No se ve que este ordenamiento cuente como tal con título para hacerse por sí mismo aceptar y valer. El propio código mercantil, aún comprobándose que es el núcleo, no acaba de acreditarse que sea la ley fundamental. Pese a la codificación propia y a la civil, no hay por lo visto ley ni otra fuente que preste base y razón a esta rama del derecho.

Sintomáticamente, la exposición de un derecho efectivo sólo es una « parte segunda », aunque la mayor, del manual. Más sintomáticamente todavia, éste se inicia con la aseveración de que « las bases de la existencia del derecho mercantil » están en cuestión. Para

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conjurarse la inseguridad, para fundarse en fin la materia, he aquí una « parte primera » consagrada precisamente a la explicación y justificación del derecho mercantil en general antes de entrarse en la consideración del español. Y abre la historia: « El derecho mercantil existe desde que el comercio hizo su aparición en el mundo, y el comercio es coetáneo de las primeras relaciones pacíficas... ». Puede el arranque parecer banal, pero la historia resulta que se toma en serio. El comercio es signo de paz; el derecho mercantil, de libertad. Y en esta fundación no entran los códigos, ni siquiera el propio, o éste sólo lo hace en un momento postrero y sin un papel protagónico.

Se figura una historia del derecho, de este derecho mercantil; se procede a la invención. En lo esencial lo habrían producido los mismos interesados a través de los tiempos con prácticas tanto de mercado local como de tráfico ultramarino. Existiría desde la antigüedad, alcanzando un especial desarrollo durante los siglos medievales. La edad moderna supondría un giro, sumándose más decisivamente ahora la actividad reguladora de unas monarquías, no tan positiva. « Efecto de esta ingerencia de los soberanos en la formación del derecho mercantil en esta época es el perder en parte su primitivo sentido universal, nacionalizándose y reflejando en cierto modo el carácter propio de cada pueblo, acentuándose diferencias que, aunque existieron ya en el período en que el derecho mercantil fue obra exclusiva de la costumbre, no tenían el relieve que adquirieron más tarde por efecto de la codificación realizada ya en la Edad Contemporánea, o sea en el siglo XIX ».

Hay otro factor anterior al de la ingerencia legislativa y más inequívocamente negativo. Es el contexto tradicional « del derecho romano y el derecho canónico, incapacitados uno y otro, por las peculiares condiciones de su origen y desenvolvimiento histórico, para poder comprender el carácter económico de las instituciones comerciales ». Que el derecho ahogase a la economía es un fenómeno de tal incidencia en la materia que todavía puede estar pesando. « Decir que la naturaleza del derecho mercantil responde al doble carácter de éste, económico y jurídico, parece en cierto modo una perogrullada, y sin embargo, hay necesidad de insistir en ello hasta hacer penetrar esta verdad en la conciencia de todos, y principalmente en la de los legisladores, que con frecuencia se han

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

olvidado de esto, y han hecho de la ley un obstáculo para el desarrollo de las energías mercantiles ». Son explicaciones necesarias, no tan banales cuando no suelen atenderse. Y el legislador que así estorba ya puede ser el de la codificación.

Ya habíamos llegado al tiempo contemporáneo, tiempo del código. De nuevo llegamos a la matriz de una revolución, la francesa. Se nos dice que « tuvo un sentido altamente humano, y por eso su influencia en Europa no quedó circunscrita tan sólo al país que la produjo », extendiéndose no solamente por la fuerza de las armas. El código de comercio francés de 1807 se asegura que « constituye la obra más fundamental de todas las de Napoléon », mereciendo como modelo « el dictado de padre » para otros muchos códigos. Se hace el elenco, con el debido registro de los vástagos propios, pues resultan dos, con un código mercantil español de 1829 « que ha sido substituido por el vigente de 1885 ». Pero la codificación tampoco es el fin de la historia; ya ha efectuado su ingreso en ella con una doble valencia, la positiva de su valor humano y la negativa de su forma legislativa.

Dentro de la misma codificación se ve un futuro gracias no ya a la matriz francesa, sino a otra corriente de composición no obligadamente codificada. « Los países anglogermanos » se nos explica que, al « haber roto por completo con el derecho canónico, a partir desde la reforma protestante », pudieron « desenvolver su derecho mercantil en condiciones de libertad muy diversas a las de los países latinos », logrando así colocarse a la cabeza del progreso no sólo de dicho ordenamiento, sino también del « movimiento comercial » sin más, de donde se sigue « la necesidad de que nuestros legisladores tengan que inspirarse en las leyes alemanas o inglesas, cuando pretenden introducir reformas en nuestras leyes comerciales ». Quienes progresan de este modo dentro de la horma de la codificación, como la misma Alemania o como tras sus pasos Italia, se nos dice que marcan camino.

El presagio del futuro guarda bastante relación con la imagen del pasado y el diagnóstico del presente. Lo que se patrocina y propugna es una confluencia de codificaciones que, con el ejemplo ahora de Suiza, supere definitivamente esta historia, « porque las diferencias que han separado y separan el derecho mercantil del civil son más históricas y circunstanciales que de fondo o esenciales » y

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

así lo son « porque el derecho de contratación es, y no puede ser menos de ser, un derecho económico ». El progreso común hacia aquellas condiciones de libertad más adelantadas en otros países y más propias del derecho mercantil constituiría la base y ofrecería el conducto de dicha aproximación.

En cuanto que rama escindida del derecho civil, todo el mercantil, incluído el codificado, sería un fenómeno histórico. De la misma escisión da cuenta la historia. Y lo hace en consideración de una libertad ahogada en el pasado, confinada en el presente y radiante por fin en el futuro. La propia posición de la historia resulta de fondo. El problema radica en que la misma sustantividad, el carácter actualmente no excepcional y virtualmente regular, del derecho mercantil como exponente de libertad social ni puede ser justificado ni es oportuno que lo sea por el propio código. En estas condiciones, no basta la ley y se hace precisa la historia.

Tampoco es la historia el único ni el mejor garante concebible del derecho así entendido. Ya también se la mira como un recurso transitorio. Está también y sobre todo « la economía política que no hizo su aparición como ciencia hasta el siglo XVIII ». Es más joven y tiene también más futuro. Gracias a ella, la materia mercantil tampoco tendrá por qué disolverse a la postre dentro de un sistema civil y constitucional más integrado. Se entiende que es la propia economía la que seguirá requiriendo de una forma más estable y fundada la misma especialidad ordinaria e interna de un derecho mercantil. Sería su filosofía. Mientras tanto, mientras que no se llegue a una edad económica más plena, es mediante la historia que puede defenderse el derecho mercantil ante uno civil adverso, frente un ordenamiento general cuya integración, lastrando los códigos, no acaba así de lograrse.

La edad de la codificación no ha resuelto ni la dificultad del contexto. El lastre que se nos decía histórico, o más concretamente romano y canónico, sigue presente y pesante en el código civil español de 1889. No dejan de ofrecerse ejemplos tan explicativos como justificativos. Interesando todo el ordenamiento y preocupando sus bases, no es por reflejo corporativo que se defiende una especialidad. No son tampoco los códigos los que pueden legitimarla. Y el problema no es sólo de contenido, sino también de forma. No es solamente cuestión de que el codificador patrio no

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

haya sabido escapar de un pasado refractario a libertad, sino también de que al legislador en general no conviene jurídicamente confiarle la libertad misma. Y esto último, mediando la imagen de la historia, tiene un valor más intemporal. Vale también incluso para el futuro, para un tiempo en el que los lastres tradicionales hayan llegado por fin a superarse.

5. Y llegamos a *La ignorancia del Derecho* o *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre* que es el título completo de esta obra de Joaquín Costa. No es además, frente a la regla editorial, un escrito original para esta colección de *Manuales Soler*. Salvo expresiones de ocasión, es el discurso de ingreso del autor en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, correspondido en el acto de recepción el mismo año de 1901 por contestación de Gumersindo de Azcárate, a quien ya conocemos como director de la *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Entranjeros*. Era un texto que así resultaba especialmente avalado. Y sólo costaba 1,50 pesetas.

Son palabras mayores. Sencillamente estamos ante una impugnación en toda regla de las presunciones de la codificación. Según el título anuncia, se comienza por una del título preliminar sobre fuentes, *De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación*, del código civil vigente, de 1889. Figura bien al principio. Tras declarar el artículo primero que las leyes obligan por su promulgación en la prensa oficial, sin otra requisito sustancial, procede el segundo a la presunción del caso, que es la de conocimiento: « La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento ». Son cosas que aprendemos con nuestras lecturas. Esta concreta para Costa « constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia ». Ahora con los códigos resulta « que el orden social, en las naciones modernas, no puede asentarse sobre la verdad; necesita de una abstracción, necesita de un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas por el mundo; que les condena a regir sus vidas por criterios que les son y que fatalmente han de serles ignorados ». Ya se ve que son palabras también fuertes.

Y la cuestión se eleva: « Acaso el problema no fue bien planteado en sus orígenes, y en vez de decir que *el pueblo está obligado*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*a conocer y cumplir las leyes*, deban invertirse los términos diciendo que *no son verdaderamente leyes sino aquellas que el pueblo conoce y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas en sus hechos* ». Costa subraya. La « presunción base de todo nuestro sistema legal » descansa en « una separación entre la voluntad que estatuye el derecho y la voluntad que ha de ejecutarlo » que ya es la que merece cuestionarse. « Para mí — para nuestro autor — la antinomia no se resolverá en tanto que no desaparezca efectivamente y de hecho esa dualidad de personas, fundiéndose en uno los dos conceptos de legislador y legislado, conforme lo tienen admitido nuestras constituciones civiles respecto del derecho individual ». El problema aún recae en la categoría de la ley y en la posición de la libertad.

Por esto el título anunciaba a continuación el extremo del *status individual*. El capítulo lo aborda en los términos de « soberanía » del individuo en su esfera, de constitución de su derecho « en lo que expresa la palabra, en un *Estudo* », de concepción de su persona como « persona *jurídica*, la cual no es meramente el *sujeto* del derecho, sino juntamente y al par *sujeto* y *objeto*, que encierra dentro de sí los fines para que el derecho está dado, parte de los medios necesarios para realizarlos y actividad racional para aplicar éstos a aquéllos ». Es una base de autodeterminación personal, « autarquía del Estado individual » o « *selfgovernment* molecular » para todo el ordenamiento social que no deja de traducirse y concretarse en un catálogo de derechos o libertades superiores e irreductibles a la ley, « manifestaciones de ese que podríamos llamar Código o Constitución del Estado individual ».

No es solamente filosofía. No es sólo un elenco teórico de libertades que alcanzan al terreno de la determinación del derecho, con la « potestad de introducir costumbre individual con fuerza de pacto » y el « derecho de pactar con fuerza de ley », y al de la administración de la justicia, con derechos « de ejecutar por sí los propios contratos » y « de transigir y de comprometer en árbitros y amigables componedores », sino que también es una exposición práctica de la forma como dichas facultades pueden fundarse sobre el propio ordenamiento establecido y defenderse en su caso frente a sus mismas leyes. Costa cuenta con el campo de maniobras que ha dejado el proprio código civil de 1889, su mismo título básico *De las leyes*, que en su conjunto resulta no ser de signo tan inequívoca-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente legalista como anunciaba su arranque. No impone enteramente un principio de prevalencia y aún menos de exclusividad de la ley, permitiendo en concreto la permanencia sectorial, no sólo de derecho canónico y derecho romano, sino también de derecho regional, dicho « foral », y además « escrito o consuetudinario ». Costa sabe aprovechar particularmente esto último.

Incluso bajo la codificación, bajo la concreta codificación española, resulta que « nada nos impide ser los legisladores de nuestra propia vida, regir nuestros actos por normas propias de derecho, permaneciendo extraños a la confusa balumba de la legislación y dejándola reducida a una estéril posibilidad sin aplicación presente para nosotros y, por tanto, sin necesidad de conocerla ». Consta que todavía se presentan dificultades, que hay aquí un futuro incierto, pero la cuestión sigue elevándose: « Acaso la clave, o una de las claves, para despejar la incógnita o para descubrir carreras por donde despejarla, se encuentre en la teoría de la costumbre jurídica y de su relación con la ley, con la soberanía y con la autoridad ».

Por ello el título también finalmente anunciaba *el referendum y la costumbre*. Llegamos a los puntos cardinales de la categoría de una ley que no es la que presume la codificación. Este es el epígrafe del capítulo: « Unidad e indentidad de ley y costumbre. Las leyes se promulgan siempre *ad referendum* ». Que quede claro: « El legislador no tiene derecho a mandar aquello para lo que el pueblo explícita o implícitamente no le autoriza, y seguramente que no le había autorizado para mandar lo dispuesto en una ley que el pueblo no cumple o deja caer en desuso ». Debe condicionarse la ley por consideración de los legisladores, representantes, para con los legislados, representados, porque la voz última sólo pueden tenerla éstos. Y debe también insistirse puesto que hay gentes de difíciles entendederas, las más involucradas:

> Tú, Diputado, Senador, Ministro, eres el súbdito, y el pueblo el soberano: derecho positivo que verdaderamente sea derecho, no hay otro que aquel que el pueblo dicta expresamente en sus hechos al Ministro o al Diputado, o el que el Diputado o el Ministro saben adivinar en las elaboraciones más o menos calladas de la opinión: si el pueblo crea una costumbre *fuera de ley*, es que su órgano para la función de legislar se distrajo y no vió que existía allí una necesidad demandando plan, regla, para satisfacerse; si el pueblo crea una costumbre *contra ley*, es que el legislador, por distracción, por precipitación o por soberbia, no comprendió la naturaleza de la necesidad o no quiso comprenderla, y le impuso una norma que no le era

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> adecuada, que le venía ancha, que le venía estrecha, o que le era enteramente exótica. Y en ese caso, no digamos que el pueblo ha sido infiel a la ley, sino que el legislador ha sido infiel al derecho: no es el pueblo quien desobedece al legislador, es el legislador quien desobedece al pueblo, único soberano. Ni siquiera hay, en realidad, costumbre según ley, fuera de ley y contra ley, conforme a la añeja distinción de los juristas y de los leguleyos; lo que hay es ley *según costumbre, fuera de costumbre* y *contra costumbre*.

He aquí una constitución social que completa a la individual y que definitivamente nos aleja e incluso extraña de las presunciones de la codificación. A nuestro autor le distancia y enajena del constitucionalismo en uso, bastante menos consecuente. La posición de Costa no resulta muy parlamentaria, pero el código civil tampoco es que estableciera ningún requisito de este género para la norma legal. Y la propia codificación sustrae en su campo libertad. Ni por forma ni por contenido tiene esta ley más legitimidad que la que Costa imagina.

No puede ser indulgente el juicio: « Los liberales de las dos últimas generaciones » conceden « en cuanto políticos » la libertad que sustraen « en cuanto jurisconsultos ». « Liberales lo son sólo de aprensión, de hecho son absolutistas ». Queda toda una tarea por delante: « Los esfuerzos de la Filosofía jurídica han de dirigirse lo primero a reducir esas dos personalidades a una sola ». Para curarse y curar de la esquizofrenia, Costa personalmente sobre todo recurre a la sociología de la costumbre y a la historia de la doctrina; mediante ambas intenta salvarse y salvar todavía del imperio de la ley, de lo que no es más que una forma de absolutismo a su entender.

Frente al código, hay por lo visto un mundo no resignado a perderse. También quiere fundarse en la misma categoría de libertad que el constitucionalismo en general predica así como implantarse en el mismo ordenamiento que los códigos aquí respetan. En la previsión de futuro, Costa también mira a Suiza; busca casos que, aun conociendo la codificación, no hayan quedados constitucionalmente encerrados en ella. Su debate frente a un presente volviendo la vista a una historia, figurándola a su modo, tampoco se mueve por consideración del pasado, sino siempre del porvenir, para que consiga con todo redimirse una actualidad adversa.

6. Y una *Ciencia Política* no es ajena a todo ello. El manual de Adolfo Posada intenta ante todo definir su campo para evitar

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confusiones. « Creemos que la *Política* puede definirse como palabra que se *refiere al Estado*: la política es *ciencia* o *arte, estudio* o *práctica, pensamiento* o *acción* », todo esto, pero en cuanto « *relativo al Estado* ». « La Política es ciencia del Estado », conexión que se subraya porque se piensa importante. Desde el principio precisamente se trata de que no llegue a producirse la reducción política del derecho. Porque el derecho es lo que no se identifica o no debe identificarse con el Estado.

« El hombre es un ser político », pero esto no quiere decir que no lo sea antes jurídico. El Estado es una forma de poder, una « institución de dominio », pero por una razón y con una finalidad que tienen que ver con el derecho. Su actuación primaria es la declaración, más que creación, del mismo: « El Estado *legisla*, y la ley quiere ser reflejo venerado del derecho: impone el cumplimiento de una ley, porque la cree justa ». Esta forma de poder se constituye « *para que el derecho reine en las relaciones humanas* ». Es el autor siempre quien subraya.

El derecho es cosa de individuo y sociedad antes que de Estado y poder. « No hay hombre que no dirija su conducta racional de una manera más o menos amplia, dándose cuenta del derecho al que tal conducta debe acomodarse », y esto con su base y su consecuencia: « En esa esfera de la vida individual, la persona viene a ser *como un Estado* », con una zona así obligada de autonomía. « Las *personas individuales* no son el objeto de la política, sino en cuanto pueden relacionarse con el *Estado político* ». Fuera de él y con independencia en principio de él tienen derecho porque tienen libertad.

Esto alcanza no sólo a conducta individual, sino también a ordenamiento social. « Si bien en toda sociedad podemos señalar el Estado, *no toda la sociedad es el Estado* », aunque aquí es donde se establece del vínculo. « Toda sociedad tiene *su* Estado, en cuanto toda sociedad tiene una *personalidad* propria, una *autonomía*, es decir, poder suficiente para regirse interiormente con independencia ». Y esto no se afirma solamente a efectos coyunturales ni transitorios. El Estado es condición y garantía de la autonomía de la sociedad e incluso, con tales mediaciones, de la libertad del individuo. Estamos ante una concepción de necesidad, pero también de bondad, de la institución estatal. Se le concibe de forma radicalmente no lesiva a una inspiración de libertad.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La libertad individual y la autonomía social quedan constituidas en condiciones precisas para que se erija un Estado conforme a derecho. « Dondequiera que hay una *persona*, es decir, un ser individual o una entidad colectiva, capaces para dirigirse por sí mismos, esto es, dotados de razón, hay la condición indispensable para que surja el Estado, como fuerza moral, capaz de regular la vida de una manera jurídica ». Todo el argumento ya está definiendo el campo de esta regulación. Está fijando unos límites y unas funciones a la ley como determinación normativa del Estado. Define su legitimidad, marca su dirección y delimita su alcance.

Hay preguntas de carácter previo: « ¿Para qué sirve, qué hace el Estado? ¿Cuál es, en suma, su misión? ». Entre posiciones de « *estatismo* o absolutismo del Estado » que ven su fin en él mismo y otras que sólo lo miran « como mero instrumento al servicio de los intereses individuales », la cuestión se considera que está mal planteada. El Estado es un medio, como quieren los segundos, pero necesario, como pretenden los primeros; es un instrumento preciso para un fin que no se identifica con su existencia. Ya lo sabemos, pero se abunda. « El derecho como fin del Estado » es un epígrafe que viene ahora. El objetivo práctico del Estado no es ni puede ser otro que su principio teórico.

Y el medio lo está entre ellos, entre principio y objetivo; ha de responder a ellos. Tiene un objeto. Las posiciones menos jurídicas, tanto la estatista como la individualista, se nos dice que conducen a un terreno similar, para sus diversos fines, de afirmación impositiva de la autoridad política. Frente al individualismo de este cariz estatista, se nos explica que han venido a concebirse y situarse un anarquismo y un socialismo, un anarquismo que, porque afirma el derecho, niega el Estado y un socialismo que, por igual razón, se inclina en cambio a reforzarlo. Del círculo vicioso de este género de confrontaciones a varias bandas sólo se ve salida por la via que indica el derecho. Es siempre el objeto. Es la determinación del medio por la inspiración del principio y la persecución del fin:

> Lo que el Estado trata, es de hacer efectivo en las relaciones humanas *el derecho*, porque todos entienden que el orden social se funda en el derecho. La dificultad mayor estriba en determinar cómo se hace imperar el derecho por el Estado: lo cual depende de cómo se entiende que se hace cumplir el derecho. Si se estima quel el derecho se hace cumplir y se cumple por medio de la fuerza, *obligando* a someterse a una persona coactivamente,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> el fin jurídico del Estado se entenderá como pretende el individualismo, y surgirá enfrente la afirmación socialista como en son de protesta, animada por el espectáculo de injusticias que tal manera de cumplir el derecho permite. Si en cambio se entiende el derecho como orden racional en virtud del cual se ponen, por todos, los medios adecuados para que la vida humana sea como debe ser: una vida fecunda y completa, en ese caso, sin caer en el puro socialismo, el *fin jurídico* del Estado implicará la acción espontánea y reflexiva del todo social hacia el cumplimiento, mediante el desarrollo, por todos y cada uno de los miembros del Estado, de una conducta acomodada a las exigencias generales de la justicia.

Es la aplicación de los principios. Son la libertad individual y la autonomía social como requisitos de legitimación, condiciones de existencia y procedimientos de actuación de un Estado que, correspondientemente, tiene como razón y objetivo, causa y fin, una justicia entendida en dicho preciso sentido y bajo dichos precisos compromisos de reconocimiento y realización, garantía y promoción, de libertad y autonomía. No es una petición de principio porque el razonamiento circular reposa sobre la base de una entidad que no se encierra en el círculo, la personalidad que se ha dicho no exclusivamente individual, sino también social. Los estados básicos eran los de las personas, los individuos.

Cuestión ulterior es la de los poderes del Estado político, tocándose más específicamente ahora « la función legislativa », función porque debe serlo del derecho, « declaración o determinación » suya. No es exclusiva, puesto que la concreción se puede también producir mediante otras formas, « verbigracia mediante las *costumbres* », pero ya sabemos que la ciencia política, el arte del Estado, no entiende de todo el derecho. Lo suyo es en este punto la ley. ¿Lo es así también el código? Era un problema que estaba al orden del día. Hemos llegado nuevamente a su lugar.

Pero no aparece. No se plantea. Sabemos que hay un volumen más jurídico de Posada en los *Manuales Soler*. Es *El sufragio*, con un doble título completo dentro de la misma colección; primero, *El sufragio según las teorías filosóficas y las principales legislaciones*; luego, *El sufragio. Doctrina y práctica en los pueblos modernos*. Trata el derecho electoral como procedimiento político. Es un capítulo que afecta neurálgicamente, no sólo a la legimitidad, sino también a las posibilidades de la ley, mas no parece cosa a la que convenga o interese aquí extenderse. Conforme al espíritu de la empresa, el

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prólogo entiende que, si se aborda un abanico de cuestiones, es para que « entren a formar parte del caudal común de la cultura popular ». Por lo visto, la codificación no figuraba entre las materias que debían seguir ese curso. Puede quizá entenderse con el catálogo de la colección en la mano. El volumen precedente era *La ignorancia*, o mejor el *Status individual*, de Joaquín Costa. La ausencia entre los *Manuales Soler* de uno de derecho civil podía ser síntoma de reparo y temor.

La ignorancia es ahora la cuestión. El caso es que la posibilidad de que la ley se produzca como un ordenamiento, no sectorial y heterointegrado, sino sistemático y autorreferencial, no es algo que merezca consideración por parte de unos manuales de derecho electoral y de ciencia política. El hecho es que rehuyen el problema. Estos textos constitucionales, estrictamente ellos, no lo abordan. Una doctrina de este objeto, de esta identificación, no quiere saber nada de unas prácticas legislativas que simplemente no casan con sus presupuestos jurídicos. El momento del código no es constitucional. No parece descuido, sino incomodidad.

¿Podía superarse? Este es entonces el punto. Desde un momento constitucional en el que se ha procedido a la distinción entre derecho y Estado, se ha proseguido colocándolos en tal orden y se ha identificado al primero con unas nociones capaces de comprometer al segundo no sólo en lo que importa a su institución, sino también en lo que atañe a su función y en lo que interesa a su actividad, desde este momento preciso, ¿cuál es el tiempo del código? ¿Cuál, el espacio de la codificación? Si no es ninguno, resulta angosto. Ya sería un compromiso enfrentarse al resultado.

7. El resultado es común y compartido. Lo es de estos *Manuales Soler* que atienden más específicamente la materia jurídica. No parece que nos encontremos ante salidas de tono de autores ocurrentes, que nos las veamos con posturas marginales ni aisladas. Eran planteamientos y previsiones, análisis y diagnósticos, que podían cultivarse en el mundo del derecho y propagarse fuera de él. Y no eran exactamente supuestos ni posiciones, requerimientos ni secuelas, de la codificación. Eran posiciones de autoridad en el ámbito de una cultura no sólo popular.

Aparte de nuestros cuatro autores, hemos dado con un par de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autoridades. Gumersindo de Azcárate hace cosas como dirigir la *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros* o como encargarse de la contestación al discurso de Joaquín Costa en la Academia de Ciencias Morales y Políticas; Francisco Giner de los Ríos, otras como interponer reparos y mover a explicaciones a Dorado Montero por razón y en base de su mera y exclusiva autoridad moral e intelectual. Estamos realmente ante unos nombres que merecen la máxima consideración en la España de la época. Son juristas, más inclinado el segundo, Giner, a la filosofía y la pedagogía; el primero, Azcárate, a la política y la sociología, pero compartiendo ambos actitudues éticas, posiciones jurídicas y empresas culturales. Así se granjearían un prestigio. Aunque sólo cubra hasta 1896, son cosas que pueden apreciarse a través de los registros de la *Bibliografía Española del Derecho y de la Política* de Torres Campos. Nosotros no debemos salirnos de nuestros materiales.

No vamos a entrar en la noticia y mérito de unas personalidades y unas obras. Somos profanos y sólo sabemos lo que vamos averiguando. Y no debíamos extendernos tampoco en unas lecturas. Vamos a leer sencillamente lo preciso, a entablar conocimiento de unas autoridades para el entendimiento de unos autores, para la inteligencia de una cultura. A tenor de las propias citas de nuestros *Manuales Soler*, a criterio no sólo de Dorado, sino también del resto, de Benito, de Costa y de Posada, la autoridad mayor es la de Giner. Mantengamos el orden evangélico y comencemos por Azcárate. Que pueda interesarnos ahora, anunciando una cuestión ya surgida y aún incierta, en 1885 publica y en 1892 reedita *El Régimen Parlamentario en la práctica*. En el catálogo de ventas de la *Casa Reus* se ofrece al precio módico de 3 pesetas. Y estamos así situados entre la codificación propia y la *Méthode* ajena, que es un espacio corto de tiempo.

El asunto es constitucional. Como había códigos, hay constitución, de 1876, con un capítulo parlamentario de práctica bastante degradada por lo que se nos dice. Este es el objeto, la degeneración constitucional. Y esta es la secuencia de algunos epígrafes capitulares: « Corruptelas parlamentarias », « Omnipotencia del poder ejecutivo », « Impotencia del poder judicial ». Son problemas institucionales, estructurales, que no se resolverán con el advenimiento previsible y auspiciable de un nuevo régimen: « La democracia,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

además de las dificultades transitorias que ha de llevar consigo un cambio radical en la organización del Estado, encontrará planteado, juntamente con el problema político y social, éste otro que se refiere a la moral pública », que es así más que constitucional.

Otro capítulo de *El Régimen Parlamentario* responde al epígrafe « El Derecho y la Política ». Expone que « la política es el *medio* » y « lo jurídico es el *fin* »; que el llamado derecho público, penal incluído, es procedimiento, mientras que sustancia es el que se denomina privado. Y agrega que resulta corriente un sacrificio bien poco saludable, el del fin por el medio: « La verdad es que forma singular contraste, en algunos países, la inmensa actividad consagrada por los individuos y por los partidos a las cuestiones políticas, que son por esencia de *forma*, con la escasa atención que se presta a los problemas jurídicos, que son en esencia de *fondo*. El absurdo que de aquí resulta es igual al que nos ofrecerían una academia o una sociedad mercantil que se preocuparan casi exclusivamente de su constitución u organización y desatendieran, la una, el fin científico, y la otra, el fin económico para el que han sido creadas y establecidas ».

Y el fin era el derecho. Sufre por lo anterior ante todo la libertad del individuo: « Muchos creen erróneamente que del derecho político forma parte toda la materia concerniente a los llamados *derechos individuales*, siendo de notar que entre éstos se concede, por lo general, más importancia a los que revisten un carácter mixto de civiles y políticos », sustanciales y procedimentales. Para Azcárate, lo civil no se reduce a lo privado, pero es ante todo privacidad, intimidad, espacio de libertad intangible para la ley, irreductible a ella. Si siguiéramos con el catálogo de ofertas de la *Casa Librera Reus*, si reparásemos en una publicación anónima de 1876, pero que aquí justamente se le adjudica, *Minuta de un Testamento*, a 1,50 pesetas, ya con esto, comprobaríamos que nos encontramos ante un individuo realmente significado en la España de la época por su singular y profunda sensibilidad respecto a una libertad sustancialmente individual porque comienza por la autonomía y responsabilidad de la conciencia propia así como respecto a una libertad procedimentalmente social porque vive del reconocimiento y se alimenta del compromiso con la equivalencia de la condición ajena.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Y no es otra la posición donde encontraríamos a Giner, autoridad primera. Bibliografía y catálogo transmiten que este problema de los espacios individuales y colectivos fue objeto principal de sus desvelos. En 1899 reune y publica sus páginas sobre *La persona social*, que la *Casa Reus* ofrece al precio de 5 pesetas. Hay una noción de fondo: « El círculo sustantivo de derecho que rige una persona, sea individual, sea social, se llama *Estado* ». Ya podemos saber lo que significan el término de derecho, el de estado y la conexión que se establece entre ambos en esta aplicación determinada. Giner es quien más autorizadamento la expone.

Y llega a las fuentes, con unas nociones de constitución, ley y costumbre que guardan consecuencia. Hay remisión a un *Resumen de Filosofía del Derecho* que Giner ha realizado con la colaboración de Alfredo Calderón. Había comenzado a publicarse en 1886 y ha tenido una edición más cumplida, nunca completa, en 1898. Figura en el cátalogo de ventas de la *Casa Reus* a 7,50 pesetas. Estamos moviéndonos con precios entre los *Manuales Soler* y el *Método*, más asequibles siempre que éste. Entre la codificación y la *Méthode*, en este tiempo aquí corto, también seguimos.

El resumen o curso de *Filosofía del Derecho* se ocupa más cumplidamente de las fuentes y en particular de la ley. La categoría se presenta como una forma que no debe ser objeto de desprecio, pero tampoco de « ciega idolatría ». Su valor depende de que sea una efectiva expresión del derecho, lo que no siempre resulta. Y el contraste primordial no es de procedimiento constitutional, sino de sustancia moral. La distinción entre derecho y ley se subraya porque tienden a refundirse indebidamente en beneficio y con premio de la segunda, en perjuicio y con detrimento del primero. « Es ejemplo », se nos explica, « la importancia excesiva concedida en todo el curso de la historia contemporánea a las formas políticas, consideradas como la más firme garantía de los derechos y de las libertades »; e ilustración más tangible se nos asegura que ofrecerían « el llamado derecho *civil* y el procesal de nuestro tiempo, ya rara vez adaptados a lo que éste exige ».

Para podérsele considerar ajustada a derecho, es relevante el contenido y no sólo la forma de la ley. Hay unos requisitos porque no debe reconocérsele una soberanía. El ordenamiento legislativo se nos dice que ha de concebirse esencialmente como intérprete depu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rador del derecho consuetudinario, « de suerte que el pueblo mismo vea en la obra legislativa la expresión fiel, pero concreta, purificada y sistématica » de sus propios sentimientos y aspiraciones, logrando asi además superarse « el carácter ocasional, y en la apariencia empírico e incoherente, de la costumbre ». Pero el contenido de la ley debe legitimarse no sólo de cara al pueblo, sino también del individuo.

Y en esto no cabe ponderación ni medias tintas. Es el punto que parece cardinal. La norma debe ante todo fundarse en « el reconocimiento de la esfera de independencia personal, propia de cada sujeto para la dirección de su vida jurídica y que suele llevar el nombre de *libertad civil*, la cual es conculcada siempre que, por extender indebidamente el carácter obligatorio de la ley, se entromete el poder social a regir aquellas relaciones cuyo gobierno corresponde por su naturaleza a los particulares: tal acaece, por ejemplo, cuando la ley declara insoluble el matrimonio o establece el sistema de legítima ». Son cuestiones de libertad dicha civil, de la relación matrimonial como de la disposición sucesoria, aquí muy sensibles, no sólo frente al derecho canónico, sino también frente al código de posiciones que no resultaban menos adversas.

Con lo que hemos llegado efectivamente a la codificación naturalmente entonces problemática: « El concepto del *código* está muy vacilante todavía ». Representa un triunfo discutible de la ley. El agostamiento a su calor de otras fuentes puede ser fatal para sus proprios requisitos de legitimación y validez. No puede prescindirse de la costumbre, que debe incluso servir como confirmación de la ley y no al contrario. Entre una y otra, pero debiendo así acercarse al terreno consuetudinario, ha de mediar la jurisprudencía. La misma doctrina, « el llamado derecho *doctrinal, científico* o *de los jurisconsultos* » tiene un papel de orientación y guía de carácter cultural, sin suplantación de las fuentes. « *Fuentes del Derecho* » propiamente sólo serían la ley y la costumbre. Por encima de todo ha quedado bien situada la libertad autónoma del individuo. Con ella no sólo resultaba cuestionado el código como forma, sino también en cuanto a su contenido. La codificación estaba entonces aquí aquejada de esta debilidad esencial.

La libertad estaba reñida por lo visto con el código; la civil, con el civil. Un sistema que comenzase por reconocer y respetar la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autonomía del individuo y prosiguiese haciendo lo propio con el autogobierno de la sociedad, no reduciéndolo a un terreno político, un sistema tal, no tiene cabida para la codificación porque tenga un lugar para las leyes. En materia civil, ya se nos dice que el matrimonio como la sucesión son espacios de la libertad de unos individuos antes que terrenos de la ordenación de un código. Respecto a otras ramas e incluso respecto al tronco, las *Bases* de Dorado Montero, las de Lorenzo Benito, el *Status individual* de Costa, la *Ciencia* de Posada y el mismo *Régimen Parlamentario* de Azcárate no nos dicen otras cosas. Igual que la libertad civil, incluso la mercantil podía ser expresión de autonomía individual y social, un principio constitucional. En 1890, Benito ha publicado una traducción, *La Libertad*, esto era, *On Liberty* de John Stuart Mill, otra afirmación categórica tampoco tan lejana, de 1859, y de una tierra a la que también como vimos el autor miraba para que su materia no acabase de recluirle en el interior de la codificación. El dato de la versión no deja de registrarlo la *Bibliografía Española del Derecho y de la Política* de Torres Campos.

Pero no debíamos extendernos en lecturas. Ya las tenemos para hacernos presente una cultura. No es de códigos, cuya existencia choca aunque la confrontación se eluda. Azcárate y Giner han puesto de manifiesto la incomodidad que, en el caso de Posada, sólo pude sospechar. No hay ningún descuido, aunque haya algún abandono. Si la codificación no es tema preferido, es porque no merece preferencia. Una vez que se había diferenciado el derecho de la ley por razón de libertad, una vez que se hace esto y no en otros casos, el mismo mantenimiento del derecho constitucional a un nivel de forma política evitándose el fondo jurídico puede acusar la constancia del desajuste entre tales precisos elementos, el derecho y la ley, la libertad y el código. Deben primar los primeros y tienden a hacerlo los segundos. Es constancia de unos autores y testimonio de unas autoridades.

Así eran, autoridades de la libertad y no de la ley, o antes de la primera que de la segunda. Dorado, Benito, Costa o el mismo Posada podían expresar más o menos felizmente unas posturas o acentuar en mayor o menor medida algunas modulaciones, pero no cabe duda de la sintonía. Es la misma de Giner y Azcárate. Pueden explicarse los unos por los otros porque la posición en la que se

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mueven es una misma. Importa más lo que comparten que lo que pueda diferenciarles. Hay un autor colectivo que se ha ganado una autoridad social. Los *Manuales Soler* tienen su mérito.

Y estamos dando siempre con lo mismo, un desajuste. La autoridad de una cultura no abonaba la de un orden. Una disciplina común no se conforma. El código no contaba con este sostén ni con esta cobertura. No parece que se le dejara en efecto mucho sitio a la codificación, a un sistema de consustancial vocación legalista. La universidad abierta de los *Manuales Soler* y el universo cerrado de los códigos eran realmente espacios distintos. Se mantiene el interrogante de si queda de por medio alguna zona de contacto que pueda servirle acogida y abrirle campo a la *Méthode* de François y al *Método* de Francisco. Estamos acercándonos a nuestra incógnita.

8. Sólo hemos entrado hasta el momento en tratos con una sola tendencia, pero no con una cualquiera. También estamos comprobando que resulta la que mejor puede sintonizar con una actitud crítica, la de aquellos incluso entre quienes pudo quizá fraguarse la iniciativa de la traducción. Vemos que andaban lejos de la *Méthode*, ajenos a los presupuestos del *Método*. No comparten la base de partida ni aceptan la razón de ser. Son críticas distintas. ¿Es todo un malentendido? ¿Juega el equívoco? He aquí la incógnita desnuda.

Pero hemos podido detectar de paso algo más para entender una recepción, para conocer su terreno. Las posiciones aborígenes de impugnación del código, las de dicha concreta tendencia, contaban, no sólo con unos predicamentos personales, sino también con unas bases objetivas. Refiriéndose a la situación de hecho del derecho, nuestros autores han podido transmitir noticias sobre la costumbre y la jurisprudencia, los derechos romano y canónico o los fueros regionales que ya de por sí no encajan en los supuestos de la codificación, en aquel sistema de ley que era la base aceptada de partida y la razón crítica de ser de la obra de Gény.

Aquí había códigos, comenzándose por los básicos político y civil, pero el sistema establecido no parece exactamente el de la codificación. La constitución, el código político, establecía un sistema de vocación legalista, contemplando el procedimiento parlamentario y requiriendo la codificación, pero ni el uno acababa de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regularizarse ni la otra de imponerse. El código civil, su título preliminar, partía de la concepción legalista, pero luego contenía salvedades a favor de ordenamiendos no reducidos e irreductibles a ley. Y no han faltado datos e indicios de que el campo de juego de las fuentes no legales podía ser mucho más dilatado y significativo, más relevante a efectos no sólo cuantitativos, sino también cualitativos, de lo que los códigos mismos llegaron a reconocer. ¿Cómo encajan las piezas? ¿Es la codificación la que preside? ¿Qué firme pisa entonces la cultura que se le resiste?

Aprovechemos nuestros materiales. Tenemos la *Colección Legislativa de España* y la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. La primera ya sabemos que no se limita a las leyes, extendiéndose a la jurisprudencia. La segunda cuenta también con unos preciosos anexos, el *Boletín* de legislación y las colecciones jurisprudenciales propias. Todo lo edita la *Casa Reus*, con carácter oficial lo primero. La *Revista General* no es además tan sólo *de Legislación y Jurisprudencia*. Conoce, aunque no anuncie, otras fuentes. Acercándonos a nuestro momento, será también de la costumbre.

En 1879 la revista abre una sección de *Derecho foral* que acoge escritos de *Derecho consuetudinario* debidos a Joaquín Costa. De 1896 a 1898 es este segundo título el que recibe y merece la sección, publicando estudios y encuestas sobre costumbres de manos diversas bajo la dirección de Costa. Y la revista también ofrece noticias. En 1897 la Academia de Ciencias Morales y Políticas inicia unos concursos de *Derecho Consuetudinario y Economía Popular* dando origen a una serie propria de publicaciones de 1900 a 1921. Paralelamente, Costa reune escritos suyos y ajenos, fundamentalmente aquellos de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, bajo el mismo título de *Derecho Consuetudinario y Economía Popular en España*, dos volúmenes publicados en 1902 por nuestra otra casa, *Manuel Soler, Editor*. Junto con nuestros catálogos, son materiales bastantes para proseguir sin necesidad de salirnos de nuestros medios. Y lo que nos interesa es lo básico.

No damos con el cuadro que suele hoy representarse para este derecho español de la edad de la codificación, pero estamos ante el panorama que la época nos brinda. Lo primero que resulta es que en la España del XIX no parece que se haya impuesto el principio de imperio de la ley en su sentido específico de norma contemporánea

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

políticamente determinada. El susodicho título preliminar del código civil de 1889 a la hora de la verdad hace ceder la ley, por una parte ante el derecho canónico, por otra ante unos derechos regionales que pueden prevalecer incluso con su componente consuetudinario y con su cobertura integradora del derecho romano y del mismo canónico. Y el código mercantil de 1885 permitía en su terreno la anteposición frente al civil también de la costumbre.

A lo que además debe agregarse un valor de la jurisprudencia no reconocido por los códigos sustantivos, pero consagrado en los procesales. Las sucesivas leyes de enjuiciamiento civil, de 1855 y de 1881 con sus reformas, admitieron a efectos de casación, junto a la infracción de ley, la de jurisprudencia, la de una « doctrina legal » o doctrina sin más que estos códigos identifican primero como la que adoptan los tribunales y luego como la que éstos mismos crean. Dada la carencia de código civil durante casi todo el siglo, con un sistema de vocación legalista que expresamente lo requería, el papel suplente de la jurisprudencia resulta de importancia más que supletoria.

Y estamos ante una codificación sustancialmente tardía. Los códigos españoles de los años ochenta, el procesal de 1881, el mercantil de 1885, el civil de 1889..., no llegaron a tiempo de hacer mucho. Las cosas se las encontraron dadas. La llegada se produce tras varias décadas de presencia y beligerancia, presión y vicisitudes, compronisos y acomodamientos de su cultura. No es que fueran los primeros códigos, como también venimos viendo, pero tampoco se había producido durante los años anteriores una codificación que pudiera imponer su propia suficiencia. Porque haya habido códigos, no había habido codificación.

Código mercantil había existido uno primero, vigente en teoría como se nos ha dicho entre 1829 y 1885, pero no se había constituido en núcleo y ley fundamental de su materia. Sus propios exégetas hubieron de extenderse no sólo a otras leyes sucesivas, sino también a diversas fuentes, como la jurisprudencia y la costumbre; y tampoco mantuvieron confinada la materia en un ámbito positivo, sino que ya acabaron también buscando otros motivos de legitimación y ordenación, como la filosofía y la historia. No hay un desarrollo, pero esto ya se gesta. El código nunca bastó. Le faltaba

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

además al mercantil la referencia del civil respecto al que situarse y definirse, plantearse y legitimarse.

Civil ninguno hubo hasta el de 1889. Durante cerca de un siglo, no fueron muchas las leyes que se introdujeron en su terreno. El derecho civil, huérfano de código en un sistema que lo requería, venía doctrinalmente construyéndose con recurso a la historia y a la filosofía, a fuentes pretéritas pasadas por derecho natural, y positivamente estableciéndose mediante la labor judicial. Aunque no exclusivamente, para este derecho sobre todo cuenta la jurisprudencia de casación, con su valor equiparado a ley y su campo amplio de juego en manos de un tribunal supremo que aquí era único y resolutivo. Bajo dicho concepto se le publica y considera. Esto no lo reflejaba en 1889 el título preliminar del código civil, pero la situación tampoco es que se altere. Operaba un sistema de fondo más judicialista que legalista. Se añade la admisión de otros ordenamientos no legales, el canónico y los regionales, por el propio código. Y fuera de él, también en el campo público, existe todo un mundo consuetudinario más inmune cuya revelación le sigue.

Los códigos más sustantivos, el civil de 1889 y el mercantil de 1885, fundan ciertamente poco. No inauguran. La misma jurisprudencia precedente puede concurrir a su lectura. Y la doctrina no será exactamente exegética. En una última demora también ocurre que se han organizado los planes de estudios de derecho conforme sustancialmente, no a los presupuestos generales de la codificación, sino e la cultura particular de fuentes que viene por aquí gestándose a lo largo del XIX. Los códigos pueden identificar asignaturas, pero no definirlas. Si hubiéramos seguido las obras más académicas de nuestros mismos autores también habríamos llegado a esto. He aquí las denominaciones de estas materias más sustantivas según el plan de 1883: *Derecho Civil español, común y foral* y *Derecho Mercantil de España y de las principales Naciones de Europa y América*. Son más que síntomas.

Por una parte, en el derecho civil ya abiertamente se integraba el derecho regional dicho foral, con sus fuentes forzosamente no legales al no existir parlamentos regionales, además de que se definía un ordenamiento común que, faltando todavía el código, había de seguir componiéndose más con historia y filosofía que con ley. Por otra parte, el derecho mercantil ya paladinamente se presentaba,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pese en su caso al código, como un orden que transcendía los confines propios de la ley. No son cosas nuevas ni tampoco viejas. No las alteran los códigos sustantivos de 1885 y 1889 que a continuación llegan. Son años además éstos de una legislación concesiva de libertades, que se implantan de un modo efectivo. Es un factor que también concurre a la frustración cultural de la codificación. En fin, ésta no produjo solución de continuidad ni siquiera en el grado ya relativo previsto.

La literatura jurídica que eclosiona entre siglos refleja todo esto en sus mismos títulos y desde luego en los contenidos. No faltan lecturas exegéticas de los códigos, y particularmente ahora del civil; tampoco faltarán juristas que se tomen absolutamente en serio la presunción aquí amortiguada del código, pero la codificación no acaba de conformar el derecho. Historia y filosofia podían seguir fundando el propio orden de los códigos por encima de su misma posición legislativa, estorbando seriamente un acceso incontrastado de la ley a su imperio de principio. La misma doctrina oficialista que no cuestionaba las bases de los códigos establecidos, incluído el político, y estaba atenta a sus requerimientos, tampoco solía contentarse con sus desnudas presunciones de autoridad y vigencia. No parece que pudiera. Aun con todas las diferencias, lo común es moverse en un campo más abierto y aireado que el característico de la codificación. No acotaba la ley aquí el terreno. No tuvo el código a su alcance la fundación del sistema. No lo había sometido a sus reglas. Una libertad se le resistía. Y algunas cosas se compartían.

La realidad de un sistema no era ni estaba tan ajena a la tendencia de unos autores. Ofrecía incluso base. Había comunicación. El abanico del catálogo de la *Casa Editora Reus*, desde la *Colección Legislativa* de caràcter oficial a la *Biblioteca Jurídica* dirigida por Azcàrate, ya constituía todo un síntoma. Si un extremo representaba el ordenamiento; el otro podía ser la cultura. Pero no eran posiciones complementarias ni estaban equilibradas. Seguían predicando principios contrapuestos y constituyendo posiciones encontradas. La concepción cultural del derecho como libertad, si no era incompatible con la ley, con los códigos, lo resultaba con la codificacíon, con el sistema. Aun compartiendo un terreno, los códigos españoles y los *Manuales Soler* no podían concordarse. Cuestiones esenciales obligan a mantener las distinciones. El título

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

preliminar *De las leyes* del código civil, aun con su admisión de fuentes no legales, no tenía realmente mucho en comùn con la *Filosofía del Derecho* de Francisco Giner, aun con su consideración de la ley. Comunicación no era comunidad.

Y una cultura, la de derecho, se demostraba de fundamentos más asentados y firmes, más asimilados y propios, que un ordenamiento, el de código. Aunque no sea cosa que suela luego subrayarse, el sustrato social de la codificación se hallaba debilitado precisamente y ante todo por razón y predicamento de una filosofía. Ya sabemos que era también una práctica; que constituía, no una abstracción del derecho, sino una teoría de la libertad; no una ideología, sino una moralidad. No podía resultar una doctrina concorde con los códigos ni siquiera a unos efectos críticos constructivos. No lo era que pudiera acudir en su ayuda, no ya a su concepción y sustento, a su cuidado y abrigo, sino tampoco a su educación y compostura, a su vigilancia y salud.

La cultura de derecho no era posición vencida. El sistema de código no la había puesto en retirada. El propio medio no le era completamente desfavorable. Había un caldo de cultivo. Posiciones como las difundidas con los *Manuales Soler*, las propugnadas por el *Régimen Parlamentario* de Azcárate o las concebidas en la *Filosofia del Derecho* de Giner no estaban fuera de juego. Aunque el régimen constitucional, con su regulación concesiva de las libertades, y el sistema codificado, con su ignorancia resuelta de la civil, fueran de otra posición, el horizonte no estaba cegado. Existía una cultura que impulsaba y conducía su propia dinámica. La codificación estaba lejos de haber dicho la última palabra.

De cara a ella, puede entenderse que no sólo una cultura jurídica elevada la viera con malos ojos; tampoco las cosas estarían mucho mejor a pié de obra. El desapego respecto a los códigos no era sobrevenido, no se había improvisado ante la codificación. Ya estaba metida aquí una marcha que la ley por sí sola no parecía con fuerza para cambiar. Y la situación no se resolvía, resistiéndose la cultura, por la misma entidad práctica de los problemas teóricos que se ventilaban. Contraposición de principios y confrontación de posiciones tenían sentido. No había confusión. La alternativa radical entre derecho y código podía afectar a la misma posibilidad de las

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libertades más propias para el individuo y más elementales para la sociedad.

Si una posición, la de nuestros autores, se ha dicho progresista, puede decirse conservadora la otra, la de nuestros códigos. De esta forma se había producido realmente la colisión más frontal durante los años finales de la codificación, con su ocasión. El código civil de 1889 se había topado con una seria resistencia que no lo era a un progreso. Una oposición de este otro signo estaba quedándose fuera de lugar y tiempo. El código sólo podía decirse civil a medias, particularmente por la conservación en su propio campo de un derecho canónico que entonces afectaba seriamente no sólo al orden familiar, institucionalizando, sino también a la condición personal, discriminando y supeditando. Era código especialmente lesivo para la libertad básica que se nos ha dicho civil, para el derecho en este sentido fundamental. Y llegaba en una época a cuyas alturas sobraban razones para la susceptibilidad. Aquí radicaba una diferencia. De esto nacía una oposición.

Su significación no es cosa que suela subrayarse, pero quedó patente y puede verse en los mismos debates parlamentarios de la codificación final española y particularmente del código civil entre 1885 y 1889. Conviene seguir sumando algunos materiales. Exponente significado de la posición de derecho frente a ley en el parlamento, en el Congreso de los Diputados en concreto, fue Azcárate, nuestro autor de *El Régimen Parlamentario en la práctica* y director de la *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros* que albergara el *Método*. Ya estaba en otra órbita, aunque el debate le obligara a entrar críticamente en el mundo interno del código. Y esta necesidad se acentuaría tras la promulgación. Ahora, con la codificación, si no implantada, establecida, ya convendría cuestionarla desde el interior. La táctica no alteraba la posición. El código no lograba una incidencia cultural de atracción hacia su campo. A efectos críticos empero, convendría ahora la entrada.

Entre el código y el *Método*, antes de la *Méthode*, hay otras traducciones más críticas con la codificación. Están fuera de la *Biblioteca Jurídica* que dirige Azcárate, pero no muy distantes y, sobre todo, dentro del campo civil. *La nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales* de Enrico Cimbali, cuyo original es de 1885, está publicado en 1893, con prólogo de Felipe Sánchez

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Román que se nos presenta como civilista y por el cual nos enteramos que otro miembro del gremio, Augusto Comas, ha estado en correspondencia con el autor. Por las actas parlamentarias también podemos ver que este otro civilista se ha significado en la otra cámara, en el Senado, combatiendo el código de 1889. Y una golondrina pudo hacer verano. Entre nuestros autores, Dorado Montero diligentemente traduce *La reforma integral de la legislación civil* de Giuseppe D'Aguanno; se publica en 1894 y el original es del año anterior; Adolfo Posada hace lo propio con *El Derecho civil y los pobres*, según vierte el título, de Anton Menger, que se publica en 1898, siendo el original de 1889. Hay una receptividad que no es ajena a la propia apertura del sistema de fuentes o a la concreta falta de cierre con la codificación.

La misma necesidad táctica más que la posición estratégica pudiera dar razón de que le llegase también el turno a la traducción de la *Méthode*. Nuestros materiales no nos informan del grado de participación de Azcárate en la iniciativa, pero tampoco se trataba de una posición de carácter personal. Era todo un ambiente. No resultaba desde luego proclive al entendimiento ni favorable al aprovechamiento de la obra de Gény, pero tal era, tal seguía siendo, la atmósfera que por aquí se respiraba. Con todo esto, con todo lo visto, no ha hecho más que agudizarse la propia incógnita de la recepción deparada al *Método*.

9. Gény no comparace ni en la *Ciencia* de 1900, ni en *La ignorancia* ni en *El sufragio* de 1901, ni en las *Bases* penales de 1902, ni en las mercantiles ni en el *Valor social* de 1903. Nuestros *Manuales Soler* manejan literatura foránea, incluida francesa coetánea, pero no la *Méthode*, de 1899, aun habiendo ocasión. Un silencio antecede a la recepción. Entre 1902 y 1903 la *Casa Reus* procede a la publicación del *Método*. Desde el primero de estos años obra en castellano su mensaje, proclamando en la tribuna del prólogo por Raymond Saleilles, aquí Raimundo Saleilles: « *Por el Código civil, pero más allá del Código* ». ¿Qué puede aquí significar la consigna? ¿Qué se ofrece y qué se recibe? Llegamos por fin a nuestra incógnita.

La *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, la revista de la misma *Casa Reus*, publica en 1904, en su número CIV, una reseña del *Método*, suscrita por Enrique García Herreros. No es que sea

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

muy entusiasta. Se distingue entre dos cosas, la « fundada crítica » de un legalismo, de « los juristas idólatras de los Códigos », y « las bases quizá no demasiado sólidas » de un método, de la propuesta que se hace. Esto se ve que convence menos. Puestos a ello, se tiene a mano, « en nuestra patria », otra posición más consecuente, precisamente la de Joaquín Costa, la cual « demuestra la superioridad de la costumbre sobre la ley y llega a plantearse el problema de si las leyes se promulgan siempre *ad referendum* ». De lo que ahora es objeto de importación, entre Saleilles y Gény, entre prólogo y texto, se comete con el segundo la descortesía de preferirse el primero, quien subraya en la consigna la parte transcendente, *más allá del Código*, y no la inmanente, *por el Código*. « La obra y su prólogo son en extremo interesantes y dignos de ser leidos ».

Sólo ha faltado añadir que la obra sobra, que su traducción aporta poco, que hubiera bastado para el caso con la edición del prólogo en las páginas de la revista. Pero estas desatenciones tampoco puede decirse que lo fueran del medio. La propia *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* también ha traducido y publicado muy diligentemente, en 1901, en su número XCIX, la lección con la que inaugurara Gény en Dijon el curso corriente, el de 1900-1901, *La notion de Droit positif à la veille du XXe siécle*, aquí ya, por unos meses, *La noción del Derecho positivo a principios del siglo XX*. El interés de arranque es llamativo. Mas no se mantiene. La recepción tampoco tendrá por qué ser ser una señal de recibimiento.

La *Casa Reus* procede. La obra extranjera que apareció a continuación en su *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros*, en 1904, va más allá de Gény, pero no a su través. Se trata de *Las más famosas sentencias del Buen Juez francés Magnaud*, ejemplo de impugnación de las leyes no acordes con derechos aún en el momento de su aplicación obligada. La presentación, de Dionisio Díez Enríquez, lo resalta. Sigue habiendo diligencia, pues la edición que se traduce es de 1900, pero ahora se aplica más a un caso que al otro. La crítica de Gény al juez Magnaud, tachándolo poco menos que de anarquista, está en la *Méthode*, pero en la edición de 1919, en la versión ampliada que aquí nunca se traduce. En 1925, reeditándose la traducción de la primera, se ignora este rechazo mientras que nuestro *Buen Juez* conoce en 1909 una segunda edición corregida y

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aumentada. Sólo se reduce el título en portadilla por ambas ediciones: *Las sentencias del magistrado Magnaud*. Datos de tiradas no tengo, pero la primera edición del *Método* permaneció en catálogo un tiempo y la segunda no se agotó; sigue ofreciéndose al cabo de los años.

El silencio precedente a la recepción cobra elocuencia. No parece que fuese mucho lo que pudiera brindar por estas latitudes primero la *Méthode* y luego el *Método*. La misma iniciativa de la traducción pudo ser coyuntural por parte de una posición que sólo apreciaba en Gény su limitada vertiente crítica. Transcendiéndose el código mediante el código y dentro del código, con el código y por el código, puede que incluso se favoreciese en demasía la posición adversa, no otra que la del código. No parece que puje una demanda. La oferta quedaba muy por debajo de unas necesidades. No hay un mercado común de las ideas jurídicas. España y Francia contituían al efecto dos mundos. Podían serlo la *Méthode* y el *Método*. Peso a la codificación, no había una comunidad jurídica. Entre el silencio y la recepción, Francisco Gény se encuentra de entrada en un limbo. Conocía algo la existencia, pero no sospechaba el alcance de unas peculiariedades que podían llegar a inutilizar su *Método*.

Unos espacios no resultaban parientes por estar contiguos y comunicados; no lo eran estrechos porque compartiesen superficies y accidentes, depresiones y relieves. Porque se crucen senderos, confluyan corrientes, coincidan remansos, se reciban sedimentos y transmitan desechos, no estamos ante geografías que se confundan. No son los mismos unos problemas porque lo sean unos términos. Las diferencias entre contextos alcanzan a textos. Expresiones gemelas no son equivalentes. Unas categorías de ley y de derecho o de jurisprudencia y de costumbre pueden no significar lo mismo a un lado y otro de un istmo. La comunicación no sólo era cosa de traducción. El mismo discurso, correspondiéndose entre lenguas, podía no hacerlo entre ordenamientos. Las propias formas de parentesco ya marcaban sus diferencias; el primero, el lingüístico, es por consanguinidad; el segundo, el jurídico, por adopción.

No es de extrañar que el *Método* tenga dificultades para que valga su entrada y se le de un sitio. Siguen acusándose problemas en la misma *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Vemos

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

asomar cuestiones: *Las normas jurídicas y la función judicial*, en 1916 y 1917, números CXXIX, CXXX y CXXXI, *El uso, los usos sociales y los usos convencionales*, en 1919, número CXXXIV, *La Jurisprudencia*, en 1925, 1928 y 1933, números CXLVI, CLII y CLXIII... La primera referencia nos lleva a un trabajo de entidad, debido a Demófilo de Buen, que también tuvo tirada exenta en 1917. Se viene a un terreno legalista, con acopio de doctrina, pero con constancia y conciencia de unas dificultades, no sólo de sistema establecido, sino también de principio jurídico, que impide en definitiva el acomodo. Autoridades siguen constituyendo Giner, Azcárate y Costa. La presencia de Gény es más bien modesta y no parece que en este contexto pueda dejar de serlo. Unas conclusiones de signo judicialista le desbordan.

La segunda referencia remite a una reseña del mismo De Buen de un discurso de ingreso de 1918 en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, el de Felipe Clemente de Diego, « maestro de los civilistas españoles » que está trazando « una nueva dirección » según aquí nos lo presenta el reseñante. También se nos dice que esta disertación sobre *El uso* forma unidad con « los trabajos publicados en la *Revista de Derecho Privado* que dirige » el reseñado. Efectivamente, son páginas que conducirán en 1922 a un volumen unitario de *Fuentes del Derecho Civil Español*. Es su autor el susodicho Clemente de Diego, director y maestro.

Y aquí tiene un sitio Gény. En este volumen, en estas *Fuentes del Derecho*, hace una comparecencia de protocolo, por su valor crítico frente a la pretensión de suficiencia de la ley y corolario de autointegración: « Las nuevas doctrinas se alzan contra ese método, alegando que los medios de la hermenéutica tradicional no pueden en todo caso suministrar una regla, y aun suministrada, ella no responde a la voluntad del legislador, sino que es una creación del intérprete ». Y esta tradición tan engañosa es la propia de la codificación. El efecto es suyo y el *Método* sirve para dejarla, no sólo en evidencia, criticada, sino también en posición, introducida. Ya es el presupuesto del discurso, que era lo que aquí precisamente fallaba. Sigue una revalorización de la función judicial que no desborda metodológicamente a Gény, que se mantiene sustancialmente en el terreno del *Método*. Y lo propio pasa con la costumbre.

Los problemas resultan planteados por estas *Fuentes del Dere-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*cho Civil Español*, antes que con referencia al valor específico de la ley, la jurisprudencia y la costumbre en España, de conformidad con la presunción legalista genérica del código, y, así, de esta forma, dentro de los supuestos del *Método*. La exposición del caso español no es sólo que sea ulterior; queda situado, particularidades comprendidas, dentro de los confines y en el interior del horizonte de la codificación. Se trata de depurar el capítulo de las fuentes, distinguiéndose unas estrictas, con hegemonía del código, respecto a otras más latas, con presencia de un derecho natural y una voluntad privada sin vinculación estrecha, sin la identidad común que sólo podía prestar la noción de libertad. Se tiene constancia de la entidad constitucional del capítulo de fuentes, pero tal identificación ni se toma en consideración. Ya es cuestión de normas, de lo que diga entonces la constitución con su propio punto de partida reductivo del derecho, y de la doctrina que se mueve en esta cultura de código.

El panorama literario cambia. Desaparecen Giner y Azcárate; lejos queda su problemática; la postura consuetudinaria de Costa se remite « a tiempos anteriores al Código », el de 1889. Una evacuación discreta de doctrina aborigen se acompaña de una entrada masiva de literatura foránea. Interesa más el efecto de suplantación que la posibilidad de recepción. No son unas posiciones en su integridad lo que importa. Es el cambio interior de perspectivas. Así se arropa. Puede que fuera maestría, pero no es esclarecimiento. Ya se sabe que los buenos juristas también cometen malas obras.

Quedaba una tercera referencia de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, con remisión a tres números diversos, respecto a cuestión de ésta última, de jurisprudencia. Llevan a páginas de Rafael García Ormaechea. Lo primero, en el número CXLVI de 1925, es una nota que rinde tributo a Clemente de Diego; lo segundo, en el CLII de 1928, una reseña editorial del volumen de *Jurisprudencia del Código Civil, 1889-1926* publicado por Ormaechea en 1928; lo tercero, en el CLXIII de 1933, un trabajo suyo tan modesto de título, *Notaciones sobre Jurisprudencia*, como sustancioso de contenido. Se trata de un estudio específico del valor efectivo de esta fuente en la formación contemporánea del ordenamiento español. Con esto vuelve a pisarse tierra, a escaparse nuevamente del mundo de Gény. Pero igual que se ha comenzado por un tributo de autoridad, se acaba con otro. He aquí el broche de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ormaechea: « Huyendo de dictar normas a la actividad judicial, hay que reconocer a los Tribunales libertad de coordinación de los factores que integran cada pleito como base de sus resoluciones, a fin de que les sea posible hacer, según feliz expresión de Gény, un poco de justicia entre los hombres ».

El periplo es sintomático. La mera invocación acusa no sólo una autoridad ya reconocida, sino también un horizonte ya presente. El ambiente está cambiando. Ya no lo crea tanto la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Se nos ha hablado de otra que realmente le hace la competencia, la *Revista de Derecho Privado*, en cuya dirección se sitúa Clemente de Diego. Ha participado en su fundación y, como también se nos decía, ha venido publicando por entregas en ella, desde el primer número de 1913, buena parte de su volumen de *Fuentes del Derecho*. La depuración era el objetivo de la nueva revista. Se trataba de recomponer una doctrina, con la ruptura precisa, para reconducir un ordenamiento, con el tracto oportuno. *Publicación mensual para el estudio de las cuestiones prácticas del Derecho español civil, mercantil, etc.* es el subtítulo del nuevo periódico. Nacía para la intervención; la *Revista General* era bimestral. Es la *de Derecho Privado* la que crea el espacio teórico para una recepción práctica.

En el número décimo de la *Revista de Derecho Privado*, de 1914, se publica una reseña, que sucribe Francisco Candil, del primer volumen, aparecido el mismo año, de *Science et Technique en Droit privé positif* de Gény, « uno de los juristas más finos de la Francia contemporánea y que mejores garantías ofrecen para tratar el problema de la interpretación, pues casi toda su actividad la ha dedicado a tan interesante estudio, trazando el camino, hoy fecundo en resultados, en su hermosa obra *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif* ». Son las expresiones que faltaban en la primera reseña. Ya no habrá traducción, pero hay recepción. Se ofrece el terreno y construye la pista. Gény aterriza. Lo hacen por fín la *Méthode* y el *Método*. En 1933 y en otro campo de juego, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, podía su nombre constituir un hito de autoridad incluso para quien, como García Ormaechea, seguía palpando las inconveniencias.

El punto G pueda aquí situado, no en la edición primera, la de principios de siglo, sino más bien en la postrera, la de 1925, aunque

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tampoco resultara exactamente el éxito esperado. Es ahora cuando se recibe la crítica y su objeto, también el código, la cultura que no había logrado dominar con la codificación. En un medio tan refractario a ésta, una y otra cosa se imponen juntas. No viene antes el temible sistema y luego la revisión meritoria, sino que aquí la segunda hace las funciones de embajadora del primero. No extrañará el papel peregrino y triste que le toca finalmente jugar a Francisco Gény y su *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, trasunto de François Gény y su *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*. Si la *Méthode* era sombra alargada del *Code*, el código es acompañante corpóreo.

Y el ambiente aún podía resistirse. Había otras recepciones. Azcárate, Posada y Dorado eran los más diligentes para un arco que se extiende del reformismo italiano al constitucionalismo anglosajón. La *Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros* contaba con compañia. Hay una más activa por entonces, la *Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia* de *La España Moderna*. Y no están solas. *La reforma de la legislación civil y el proletariado* de Francesco Cosentini, suma del género, aparece, con prólogo de Azcárate añadido a los de Edmond Picard y Giuseppe Salvioli y con apéndice del autor que trata de maestro al prologuista español, en la *Biblioteca Moderna de Filosofía y Ciencias Sociales* de la *Librería Española y Extranjera de Francisco Beltrán*; el original es de 1911 y la edición española de 1921, póstuma para Azcárate. Era una efervescencia todavía.

Era todavía la cultura que la *Revista de Derecho Privado* quería desterrar de todo el campo jurídico. Pero no sólo ni principalmente es negocio de importación. El mercado sigue siendo nacional. Las recepciones no serán lo decisivo. Tampoco era Stuart Mill quien había fundado *La libertad* de nuestros *Manuales*. Se da con lo que se mira. No se encuentra sino lo que se busca. No se utiliza sino lo que se necesita. Se adopta lo que se piensa que se precisa. Y no hay cultura que se imponga por su virtud intrínseca. El receptáculo no es pasivo. Si deben comprenderse y explicarse las cosas, no son unos recibimientos lo que puede dar cuenta de unos cambios, sino al contrario. No se entiende un destino sin conocerse un medio, las coordenadas de una situación y las abscisas de una evolución. Gény y el *Método* desembarcaron en puerto extraño y sólo se acomodaron

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cuando les fue algo familiar el clima. No provocaron la mudanza. Pero algo hicieron.

Nombre y obra resultarán emblemáticos para la operación depuradora e involutiva, para librarse el ordenamiento de unas evidencias sociológicas y unos compromisos sociales aquí encauzadas y agudizados por la misma apertura del sistema de fuentes, para alcanzarse la presunción de la cultura de código. Más tangiblemente, nombre y obra servirán para autorizarse en el terreno positivo de modo superfluo unas fuentes no legales o para predicarse en el ámbito especulativo de igual forma, sin incidencia práctica, un derecho natural, ambas cosas sobre los supuestos sentados por una codificación especialmente poco sensible para con la libertad individual y con la autonomía social, particularmente así poco triunfal.

Con su posición doctrinal en el campo del código, Francisco Gény servirá más para la imposición de un imperio ni siquiera mitigado de la ley frente a la anarquía de la costumbre, capacitación social, y a la libertad de la justicia, habilitación judicial, más para esto que para equilibrarse e integrarse un sistema de fuentes bien complejo porque no había precisamente nunca admitido una reducción tamaña. Tampoco hará falta mucho conocimiento de causa; también bastarán las citas de mera invocación y de segunda, tercera y ulteriores manos. Acabará su nombre tomándose en vano. Es la algarabía.

Historia contrafactual no hay. Despejada la incógnita, no cabe inventarse otras, fantasear futuribles. Pero si la evolución hubiese sido la contraria, la de integración más equilibrada del sistema, no hubieran ido mejor las cosas. Se habría probablemente consumado la inutilización del *Método*. En verdad es que arrivaba a tierra de infieles. Y resultó ser de misión. Tampoco va a achacársele la culpa. La mala acción no es suya. Mas si hubiera de exonerársele, si la historia no fuera factual, buena disculpa sería la de distancia de mundos con disparidad de universos.

10. Lo cortés no quita lo valiente, como también la viceversa. Francisco Giner fallece a principios de 1915 y la *Revista de Derecho Privado* le dedica no sólo una necrología inmediata, sino también los estudios de un número del mismo año, el XX. El principal es de Fernando de los Ríos, quien, encareciendo su filosofía, no deja de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

incidir en el capítulo de fuentes. Estamos en un momento álgido de la conflagración, no sólo entre las evidencias de la sociología y las presunciones de la doctrina, sino también todavía entre principios, la libertad de Giner frente a la ley del código.

De los Ríos toca el extremo sensible de la relatividad de la norma de determinación política, « un punto de herméneutica legal en que se hallan frente a frente dos dogmáticas del derecho y dos visiones del mundo » y en cuya formidable confrontación Gény con su *Méthode* hace comparencia como simple testigo de « la crisis » de una parte, la contraria naturalmente. No sé si el desenlace podía estar aquí todavía incierto a dicha altura de 1915. Estará cantado desde luego cuando el propio De los Ríos escriba en el exilio hacia el final de sus días, en 1945, otras páginas sentidas sobre *El pensamiento vivo de Giner*, prólogo a una selección de sus escritos y libro póstumo. Aquí ya estaba muerto el pensamiento. Pero un asunto como éste de enfrentamiento titánico entre dogmáticas no se había dirimido en el tiempo corto de unos años ni en el círculo estrecho de unos autores.

Hemos vuelto a dar con palabras mayores y además certeras. Son nada menos que dos dogmáticas o dos visiones del mundo, dos paradigmas o dos auténticas culturas, las que se han enfrentado y estaban lidiando. Ya nos son conocidas. En cuanto que apuestas de principio, se trata de la dogmática de libertad y la dogmática de ley, verdaderamente en cuanto tales contrapuestas. Porque para su respectivo desenvolvimiento la una reconozca el objeto de la otra, la primera el de la segunda integrando a la ley incluso en posición preeminente, y viceversa, reconociéndose a la libertad por parte a su vez de la ley como objetivo también prioritario suyo incluso, porque ninguna suponga la cancelación obligada de la otra, nada se quita de la ordalía. Era una confrontación que la *Méthode* se encontraba ya resuelta y el *Método* todavía librándose. Esto hacía la diferencia. Francisco Gény no ha logrado acomodarse hasta que no se ha impuesto la dogmatica, si no suya, de su medio, la de ley, la propia de la codificación. El efecto aquí ha sido la desaparición práctica de la otra cultura, la de libertad, la ajena a los códigos. El pensamiento de Giner no resucita.

Una cultura en efecto desaparece. Y no es algo desde luego tan sencillo. No se distrae tan fácilmente una dogmática. No es cosa que

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se extravíe un paradigma. Una *Filosofía del Derecho* no se pierde porque la ignore un *Método* o la silencien unas *Fuentes*, pero la desaparición es el caso que se produce, si no con el ataque primero, sí con el peso definitivo de los códigos. La cultura de los *Manuales Soler* acaba borrándose del mapa. El núcleo de las posiciones de Dorado, Benito, Costa y Posada, o también de Azcárate y Giner, parece hoy exótico incluso para su mundo, anacrónico hasta para su tiempo. Y era la filosofía del derecho como teoría de la libertad y práctica del orden. Era la dogmática que contaba con una legitimación de principio y un contraste de actuación; era la que no precisaba ni enmienda en el primer momento ni desviación en el segundo. Pero la dogmática de ley tampoco es por la de libertad, con su moral y exigencia, como se corrige. El caso es que el triunfo de la una, no sólo doblega como derecho, sino que elimina como cultura a la otra. Es un agujero negro, no un mero eclipse.

Tampoco todo está perdido. Hay cosas entre las vistas que se conservan, como el mito de la revolución francesa que deja a medio camino la disección y autopsia de los códigos o como la figuración de la historia económica que sólo ofrece media entrada a la antropologia moderna del sujeto autónomo; como el sentimiento de humanidad que en el campo penal une ilusión a inoperancia o como la voluntad de emancipación social que, en el mercantil, se contenta con mantener a raya la supeditación civil... Resulta la parte mala. Una dimensión positiva de estos mismos motivos como signos de confrontación con el ordenamiento y formas de contraste con la libertad, se ha perdido. Sólo se retiene el engaño. Hoy, aquí, no sólo alguna rama del derecho, como la constitucional misma, sino toda la cultura jurídica elude el problema clave del desajuste entre unos principos jurídicos y unas formas legislativas. Ya no puede ser incomodidad, faltando conciencia, sino descuido, sobrando experiencia.

Es la cultura de libertad la específicamente perdida. Es el derecho irreductible a ley, tan beligerante frente a la codificación y tan resistente bajo ella, lo particularmente olvidado. Hay pérdida y hay olvido, que son dos cosas. Un ordenamiento se cierra y una historia se ciega. Hoy no sabe ni siquiera verse una resistencia a los códigos interna al constitucionalismo y congruente con sus principios. No se entiende esta dogmática. La constitución se toma, no

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sólo como código primario, sino también como derecho primero. Si lo hay superior, si existe de principio, sólo es porque ella lo admite y en la medida en que lo hace. Es imperio de la ley en el sentido y alcance todavía de la codificación. Se tiene por base y quicio del propio sistema constitucional no sólo a los propósitos de unas posiciones actuales, sino también a los efectos de una visión histórica, una cosa con la otra.

Acaban cambiando no sólo las cosas, sino también las imágenes. Vengo haciendo advertencias de que mi visión no es la ordinaria. Se habrá notado que la tomo de la época, no de sus estudiosos. Entiendo que es prevención, no desprecio por mi parte. Otras son las perspectivas que tienen hoy curso, las autorizadas, admitidas y propagadas. Las exposiciones de historia, si descienden a este momento, y las de derecho, si ascienden a él, es otro el perfil que trazan, otro el cuadro que dibujan, otro el panorama que ofrecen. El caso español, con sus matices, sería uno más del gran fenómeno de la codificación al estilo francés, con sus directrices. Es la dogmática que se entiende. La ley ya constituiría la columna que sostiene y el esqueleto que articula toda la historia contemporánea del derecho en España. Es la visión compartida por juristas e historiadores. Unos ponen el abono y otros el cultivo. La cosecha son todos quienes la sufren.

La historia del derecho participa. Ya ha estado presente, no como aliño, sino como ingrediente de la receta. Nuestros *Manuales Soler* se introducen en ella; Azcárate y Costa emprenden estudios históricos más específicos; historiadores profesionales del derecho también comparecen. Los materiales informan. A aquel ambiente pertenecían Rafael Altamira y Rafael Ureña. Altamira colabora en los *Manuales Soler* y en las encuestas de *Derecho Consuetudinario y Economía Popular*, cuestión de la costumbre que además eligió para homenajear a Gény sin entrar en su campo: *Le droit coutumier espagnol moderne* en los *Etudes en l'honneur de Gény*, 1934. Ureña estuvo atento, dejando constancia en reseñas de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* y en su lección inaugural del curso 1906-1907 en la Universidad de Madrid: *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho Español* de edición exenta. No figuran entre los clásicos más valorados hoy en el gremio y mucho menos por esta vertiente, ni por materia ni por

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

orientación. No hay ni siquiera mirada que observe. Son otras las cuestiones que se estiman importantes y otros los planteamientos que se juzgan solventes. El pasado imaginable y visible, para el historiador como para el jurista, es otro.

Esta historia, la actual, tal vez de lo que dice es de sus sujetos y no de su objeto; de tiempo nuestro y no del precedente. Puede que sea elemento, no de ciencia, sino de ordenamiento, y no respecto a otra época, sino a la propia; puede que merezca contemplación, no como observatorio, sino como espejo. Ve lo que tiene ante la vista, una cultura rendida por ley y necesitada de imagen. Y responde a la demanda. Produce y contribuye. Tenemos ahora una historia convencional de la codificación triunfante, con salvedades, porque, entre ayer y hoy, se ha perdido, sin ellas, otra cultura diversa. Para con esta historia, parece preferible la comprensión a la censura, la explicación de su papel jurídico a la crítica de su presunción científica. Porque desde los tiempos de los *Manuales Soler* la historiografía haya cambiado de sustancia y aparato, no ha mudado de función. No tiene por qué variar el modo de abordarla. Interesa así la evolución del entero complejo de una cultura disciplinaria antes que la de uno de sus elementos simples, el historiográfico, a nuestro mismo propósito de la inteligencia del desvarío.

El código y su historia por fin imperan. No es mérito de la codificación, de su tiempo, sino ulterior, de nuestro siglo. Pero los códigos, presentes hasta hoy con todas sus reformas y bastante tiempo sin ellas, todavía pueden tener algo que ver. Tras 1889, con el civil, la afirmación de espacios irreductibles a ley podía venir mediante sus mismas salvedades del derecho canónico y del derecho foral. De hecho, con la resistencia efectiva de estos elementos, la idea de libertad como categoría anterior y superior a toda ley ha venido aquí a confinarse en círculos confesionales y regionales. Así ha llegado a desvirtuarse como motivo jurídico y a disolverse como principio constitucional. Y tampoco es que haya sabido primero conservarse ni luego recobrarse. Es extravío, pero tiene nexo.

Y más tendrá que ver la evolución constitucional, de unos códigos primarios, la solución de continuidad que experimentan. Las dictaduras, con su apoyo social, han hecho desesperar. Una posición constitucionalista ha perdido confianza en la autonomía de la libertad, « *selfgovernment* molecular » que decía Costa, y la ha

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

puesto en la seguridad de la ley, sistema de código al cabo. Los procesos constituyentes han encendido la ilusión de que las mismas bases del derecho pueden ser producto de creación política. Son fenómenos ambos, el dictatorial y el constitucional, que se han dado por partida doble en la España de nuestro siglo, a partir de 1923. No me atrevo a afirmar que el cambio cultural definitivo puede ser tan cercano como para haberlo personal y conscientemente vivido, no sólo porque las primeras décadas de la segunda dictadura, durante los años cuarenta y cincuenta, fueron especialmente devastadoras, sino también porque el constitucionalismo antecedente, el de los años treinta, ya fue a su vez un caso de quiebra tan favorable a democracia como desfavorable a libertad.

Porque a todo ello puede unirse que la democracia, con su legitimación máxima de la ley, y de una ley que ahora corrige lastres de la codificación, tampoco siempre resulta favorable inequívocamente a la libertad que ha de serle irreductible, sobre todo cuando un reconocimiento constitucionalmente obligado de la prevalencia de la una sobre la otra, de la libertad respecto a la ley, no acaba de traducirse en la reducción del ordenamiento y la habilitación de la justicia; sólo se ensayan fórmulas que retienen todavía un control político como la de jurisdicción constitucional excluyente y concentrada. La decodificación mutiplica códigos. No reconstituye. Sigue siendo la libertad, no predicado de derecho, sino resultante de ley. Es la dogmática de ésta y no de aquélla. No podemos decir que no estuviéramos avisados.

Mas no estamos sobre aviso. La *Filosofía del Derecho* de Giner, el *Régimen Parlamentario* de Azcárate, el *Status Individual* de Costa o la *Ciencia Política* de Posada perdieron definitivamente su carácter de autoridades culturales. Ya se reducen a fuentes históricas que la historiografía además empuja hacia posiciones de desarraigo. Lo ha hecho aún en el caso de apreciarlas. Los mismos estudios serios sobre toda esta literatura que en los últimos tiempos no han faltado, han dejado este poso. También es invención de tradición, encontrándose lo que se busca. Ha habido un grupo de trabajo especialmente significado por el empeño de recuperación y el efecto de lograrla democrática y no constitucional, del código político y no de la libertad jurídica: en 1973 Elías Díaz publica *La filosofía social del krausismo español* que se ocupa de Giner y de Azcárate con un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

excurso sobre Costa; el año siguiente aparecen *Adolfo Posada: Política y sociología en la crisis del liberalismo español* de Francisco Laporta y *Fernando de los Ríos: Los problemas del socialismo democrático* de Virgilio Zapatero.

La noción del derecho de esta tradición patria acabaría en el debe de una idealidad ilusa y no en el haber de una moralidad instituible. Estaríamos ante una posición y una ciencia, una profesión y un arte, tan valiosas para la teoría como inválidas para la historia, para la nuestra como para la suya. Es la historiografía de orden todavía, mecanismo de disciplina y no de conocimiento. No lo es ni siquiera de prudencia. Con una base democrática de legitimidad satisfecha, nuestro pensamiento constitucional se permite el lujo de prescindir a efectos prácticos de una cultura jurídica. Queda inerme ante la institución política que así afirma y frente al poder legislativo que así potencia.

En fin y con todo, la posición y la ciencia, la profesión y el arte, de signo constitucional y objeto jurídico se ha dejado arrastrar en España a un terreno de arbitrismo político y despotismo legislativo extraño a su tradición más acendrada. No estamos tan lejos del absolutismo que se nos ha dicho; si hay distancias, la principal es la que marca la inconsciencia. La lección de Paolo Grossi en el acto de su investidura como doctor por la Universidad Autónoma de Barcelona el 17 de enero de 1991 sobre *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX* ha levantado ampollas. La imputación de absolutismo a unos tiempos y unas formas constitucionales ha sido piedra de escándalo, hasta tal punto están aquí olvidados Giner y Azcárate, Costa y Posada.

Ahora es cuando aquí asistimos al triunfo y dominio del código, comenzándose por el político, y de su historia, entrándose por la constitucional. El fenómeno es ahora cuando se produce en el seno y al calor de una mentalidad social, en la universidad abierta, con la participación y bajo la responsabilidad de unos profesores y artistas, con una Universidad de masas que ya ni siquiera precisa de lecciones ni lecturas. Para esto es eficiente. No hace falta a estas alturas ni la dignidad de unos *Manuales*. Se ha dilapidado una cultura popular y no sólo universitaria. No era algo desde luego tan sencillo. No se distraía tan fácilmente una dogmática. No era cosa que se extraviase un paradigma. Y tan difícil como perderlas resulta recuperar unas

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

culturas. De todo esto, para mi tiempo, sí me considero testigo personal y consciente de cargo.

Es más complicado serlo para el futuro. Puede haber casos. Como historia contrafactual no cabe, convendrá finalmente que se aprecie. La partida que Gény no pudo jugar en España pues se la encontró ganada, ha acabado a la larga por perderse. El *Método* como la *Méthode* pertenecen y responden a otra situación, pero resulta que no nos estamos entendiendo ni manejando con otras reglas de juego. Es la dogmática pragmática. Y el morbo sigue siendo uno mismo, el atractivo de la ley para el derecho, el abrazo entregado y fatal. Al menos Gény tenía conciencia; el *Método*, constancia de que aquí radicaba *la verdadera dificultad*. Conocían el nudo gordiano. El código no les permitía cortarlo. Tampoco el tajo era su método. ¿Y quién tiene el secreto de cómo tocar la ley sin dañar el derecho en esta edad nuestra de la postcodificación? Pero ante una cultura jurídica que ha ido de la más aguda sensibilidad a la más alegre inconsciencia, cara a España, Gény, el mismísimo Gény, directamente Gény, tal vez tenga más que enseñar en estos finales de siglo que en los suyos propios, que en los que a él le tocara vivir y a su método conocer.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JOSÉ MARIA DE LA CUESTA SAENZ

# REFLEJO DEL PENSAMIENTO DE F. GÉNY SOBRE LA COSTUMBRE EN LA DOCTRINA CIVILISTA ESPAÑOLA

I. Los requisitos de la costumbre en la obra de F. Gény. - 1. Introducción. - 2. El uso. - 3. La *opinio*. — II. Suerte de la doctrina de Gény en España. - 1. El estado de la cuestión en la doctrina española de finales del siglo XIX. - 2. El debate que precedió a la publicación del Código civil. - 3. La costumbre tras la publicación del Código civil. - 4. Vicisitudes posteriores a la reforma del Titulo Preliminar del Código civil español. - 5. La costumbre en España.

## I. Los requisitos de la costumbre en la obra de F. Geny

### 1. *Introdución.*

En la obra de un teórico del Derecho de la talla de François Gény, son muchos les motivos de agradecimento y de admiracion que se pueden encontrar hoy por el estudioso, y casi todos ellos a buen seguro relacionados con su gran esfuerzo de renovación metodológica. Renovación significaba en el momento histórico que le tocó vivir tanto como originalidad, rechazo de la rutina y una cierta dosis de heterodoxia incluso. Tales ingredientes se encuentran sin duda en la obra de Gény en la más adecuada proporción para que tan gran esfuerzo resultase útil.

Pero, aun en este marco, llama poderosamente la atención la dimensión que dentro del sistema de fuentes de Derecho tiene en la obra de Gény el tratamiento de la costumbre como norma jurídica (1), pese a la escasa importancia que el propio autor concedía y

(1) *Vid.* F. Geny, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, 2ª ed., traducción española, Reus, Madrid, 1925, n. 110, págs. 310 y ss. « si se considera que en le orden jurídico moderno, tal cual lo han moldeado los sucesos políticos y toda nuestra evolución social, a primera vista al menos, la costumbre no puede tener más que

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

más aun, auguraba para el futuro al Derecho consuetudinario, especialmente en el campo del Derecho civil. Sería tentador relacionar tal intéres por la costumbre en autor como Gény con un cierto trasfondo ideológico que le aproximaría a ciertas corrientes de pensamiento muy influyentes en la ciencia jurídica alemana del siglo XIX (2), pero ciertamente Gény aunque maneja asiduamente la obra de los jurisconsultos alemanes de distintas escuelas, dista mucho del simplismo ideológico que tiende a identificar la costumbre con la libertad y el derecho escrito con la opresión, como también se aleja de la simplificación diametralmente opuesta, que ve en la ley la única fuente del Derecho digna de confianza y garante de la libertad y la igualdad, frente a un Derecho consuetudinario abierto a toda clase de abusos e inseguridades.

Por ello, la opción de Gény en relación con la costumbre, el lugar que le otorga en la jerarquía de fuentes, no ha de atribuirse tanto a razones ideológicas, como a esa razón cientifica que guió toda su aportación a la teoria jurídica: restablecer el equilibrio roto por las apasionadas confrontaciones precedentes, rescatando a la costumbre del prolongado y casi casual eclipse que había sufrido en el ordenamiento juridico francés (3), pero no para proyectarla al papel de fundamento de todo el ordenamiento juridico, de única fuente primigenia y merecedora de tal nombre, sino acaso para dejarla correr su suerte, y prestar su auxilio a la justicia, una vez

---

una misión excesivamente restringida y una posición muy secundaria para la producción de nuevas soluciones. Esta consideración no es de despreciar seguramente, y he de tenerla en cuenta yo tambíen para reducir aquí las proporciones de los desenvolvimientos que el asunto da de sí ». Pero, en la edición que se cita, el tratamiento de la costumbre excede de 110 páginas, lo que lleva a Gény a la lamentar « la inesperada y a mi juicio excesiva extensión dada a estos estudios sobre la costumbre », *infra* n. 134, pág. 428.

(2) Se trata, claro es., de la llamada Escluela Histórica, como pone de relieve la prolija cita de autores alemanes encabezada por G.F. Puchta y F.C. Savigny con que F. Gény inaugura su tratamiento de la costumbre. *Vid. op. cit.*, n., pág. 309, nota 2.

(3) Anque Gény considera que el silencio del *Code civil* en torno a la costumbre, que había sido contemplada como suplemento de la Ley en el Proyecto del año VIII, no es fruto del azar, tampoco piensa que obedeciese a un deseo de proscribir la norma consuetudinaria, sino más bien a las razones filosóficas que acarrearon la desaparición de casi todo el Titulo Preliminar. *Vid. op. cit.*, n. 112, págs, 320 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

clarificados tanto su función como sus requisitos con base en la rica tradición jurídica precedente.

En este empeño, es patente su deseo de romper el marasmo doctrinal que en Francia afectaba a la costumbre, y el total olvido jurisprudencial en que se hallaba sumida (4), aparentemente como una secuela más de la nefasta exégesis y de las « tendencias exclusivamente prácticas de nuestra dogmática francesa ». Hubo, por lo tanto, algo de osadía en ese afán de teorizar de F. Gény sobre la costumbre, una especie de lucha contra la corriente y de reacción de hondo significado metodológico, pero no una exagerada pretensión de subvertir el curso de los acontecimientos en un sentido revitalizador de la costumbre. Es más, la obra de Gény trasluce una cierta simpatía hacia la consideración que la costumbre mereció de los más tempranos exégetas y de los jurisconsultos que elaboraron el Código civil (5), lo que es buena muestra de la moderación con que aborda su estudio y de la concepción modesta y realista que lo preside.

Ahora bien, el profuso tratamiento de la costumbre en la literatura jurídica alemana, no pudo por menos que influir poderosamente en la aportación de Gény, que bien puede decirse que no contaba con otro asidero contemporáneo que el copioso y vario acervo acumulado por los autores alemanes, para completar la antigua doctrina e intentar colmar así el hiato existente en la doctrina francesa del siglo diecinueve. Esta inspiración, no es ni mucho menos un secreto, pues Gény muestra a las claras sus fuentes y se queja del desolador panorama francés en este punto. Pero la influencia alemana no pueda decirse que fuese decisiva en todos los aspectos, y así, es patente elre echazo de la exagerada preferencia por la costumbre de cierta doctrina alemana, que condena, siguiendo a Bluntschli como « prejuicio romántico » (6), por ser temerario desconocer los beneficios de la ley escrita, de modo que más bien habría que rastrearla en algunos aspectos concretos de su visión de la costumbre, es decir, en las conclusiones que alcanza sobre sus requisitos para ser tenida por norma jurídica.

---

(4) *Vid.* F. Geny, *op. cit.*, n. 109, pág. 110.
(5) *Vid.* F. Geny, *op. cit.*, n. 127, págs. 391 y ss.
(6) *Vid.* F. Geny, *op. cit.*, n. 113, pág. 324.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En efecto, la cuestión de los requisitos o condiciones que ha de reunir la costumbre para ser tenida por verdadera norma juridica, es uno de los pasajes que ofrecen la clave para comprender la tarea de síntesis que Gény hubo de abordar en su empeño de llenar el vacío teórico que afectaba a la costumbre, y su dificultad, la clave de lo que de polémico e insatisfactorio pudo tener su resultado. Así, recientemente, se ha podido afirmar que las posturas en torno a la costumbre quedaron en cierto modo fijadas en dos polos opuestos representados en la doctrina francesa por las tesis mantenidas respectivamente por Gény y Lambert (7), sin que ulteriormente haya habido nuevas aportaciones decisivas, y de ser ello cierto, habría que afirmar también que aquel panorama desolador que contempló Gény y que le impulsó a teorizar sobre la costumbre, tendría hoy el incierto resultado de aquel relanzamiento teórico como único punto de referencia.

Gény cifró, asumiendo el paralelismo entre la costumbre y la usucapión, los requisitos o condiciones de la costumbre, por una parte en el uso, a modo de *substratum* o *corpus*, y, por otra parte en la *opinio juris seu necessitatis*, como *animus*, y aunque aparentemente ambos requisitos habrían tenido rancio abolengo doctrinal en el *ius commune*, y también en la escolástica española del siglo XVI, es en esta materia donde no logra con total acierto restablecer la continuidad buscada y consiguientemente, la coherencia que su teorización perseguía (8).

Puede decirse que el reproche de oscuridad que lanza sobre F. Suárez (9) por la complicación de su minucioso estudio de los diversos elementos de la costumbre jurídica, recae con igual o mayor justicia sobre la simplicidad aparente de su estudio en torno a las dos únicas condiciones o elementos a que reduce toda costumbre juri-

---

(7) En tal sentido, *vid*. J. COMBACAU, *De la regularité à la règle*, en *Droits* (ouverture), 3, 1986, pág. 9: « depuis du début de ce siècle, au moins en France,... le front s'était... stabilisé — Gény d'un côte, Lambert de l'autre ».

(8) En el mismo sentido *vid*. A. LEBRUN, *La coutume; ses sources, son autorité en droit privé*, París, LGDJ, 1932, págs. 181 y ss., quien califica como « neotradicional » la postura asumida por F. Gény.

(9) *Vid*. F. GENY, *op. cit.*, n. 119, pág. 348, nota 1: « Véase desde un punto de vista de razón el estudio muy minucioso aunque confuso en su complejidad, de los diversos elementos de la costumbre jurídica en F. Suárez, S.J. ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dica, y especialmente sobre la dudosamente convincente defensa del segundo de ellos: la *opinio iuris*. Y ocurre que, aunque también este elemento psicológico que conformaría la costumbre como norma jurídica se aborda por Gény desde un punto de vista aparentemente tradicional e incluso con protestas expresas de separarse de su configuración mística por la Escuela Histórica que lo identificó con una convición jurídica del pueblo (10), no se pudo zafar Gény de la influencia — insidiosa por ir envuelta en tan innocua noción — de los significados depositados en esta expresión por la doctrina alemana que había usado y abusado de ella.

En suma, puede atribuirse a F. Gény el mérito de haber destronado la legislación del pedestal en que la había situado, por una parte cierta corriente liberal excesivamente garantista, como única fuente respetable, y el mérito de haber rehuido acertadamente el error contrario en que incurría de la Escuela Histórica al situar el origen del Derecho en la convicción popular, que si aparentemente privilegiaba la costumbre, conducía sin embargo al mismo estatalismo e incluso a su exacerbamiento, pero no se puede decir que sus explicaciones escapen a toda objeción, porque la simplificación de las condiciones o requisitos de la costumbre jurídica que llevó a cabo puede incurrrir en otras censuras (11), dada la equivocidad del elemento espiritual o psicólogico que es la *opinio iuris*.

## 2. *El uso.*

La definición que adopta Gény de este primer elemento de la costumbre es en lo esencial coincidente con la formulada por Savigny (12): « serie de actos o hechos, también a veces, aunque las menos, de omisiones, de indole tal que baste para crear una relación

---

(10) *Vid*. F. Geny, *op. cit.*, n. 115, págs. 334 y ss. Asímismo, W. Henrich, *Zur problematik des Gewonheitrechtes*, en *Récueil d'études sur les sources du droit F. Gény*, t. II, pág. 228; A. Simonius, *Quelles sont les causes de l'autorité du droit?, en Récueil...*, *cit.*, t. I, pág. 210.

(11) De sobrepasar su propio pensamiento acusaba a Gény, M. Lefebvre en su obra *La coutume comme source formelle du droit en droit français contemporain*, tesis, Lille, 1906, págs. 46-48, citado por A. Lebrun, *op. cit.*, pág. 233, que disiente de tal opinión.

(12) *Vid*. F. Geny, *op. cit.*, pág. 349.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perfectamente definida de la vida social y susceptible al propio tiempo de sanción jurídica ».

El grado de abstracción alcanzado es tal, que puede decirse que semejante definición atina con el núcleo de la cuestión, aunque al mismo tiempo comporta una esquematización excesiva que hace imprescindibles ulteriores matizaciones a modo de límites negativos, como relaciones con otras fuentes (costumbre *contra legem* y desuso de la ley), ubicación espacial y temporal, y tambíen resolver problemas previos y comunes a lor elementos de la costumbre, cual la cuestión de la posible necesidad de probarla, que si no es en rigor un requisito de la eficacia normativa de la costumbre, si lo es de su operatividad en el ámbito del proceso.

En efecto, además de señalar bastante exhaustivamente los requisitos que debe reunir el uso para servire de sustrato a la costumbre, Gény hubo de abordar cuestiones como la prueba y el ámbito territorial del uso antes o después de estudiar los requisitos de la costumbre (13), cuando no puede decirse que tales cuestiones sean ajenas en todo caso al concepto de costumbre como fuente del Derecho, toda vez que ordenamientos jurídicos admisores de la costumbre como tal fuente, es decir, sin que opere por remisión de la ley, pueden condicionar su aplicación judicial a la alegación y prueba, excluyendo su aplicación de oficio, y reduciendo su vigencia a determinado ámbito territorial o social. Así, en lo que se refiere a la prueba de la costumbre, Gény aunque muestra sus recelos hacia el razonamiento excesivamente sutil de Puchta (14), no se atreve a restablecer la doctrina tradicional y se adhiere al pensamiento de Savigny y otros autores alemanes (15), cuando bien podía percibirse que el uso como sustrato de la costumbre y también como exterio-

---

(13) Antes de examinar sus elementos, y como problema secundario, estudió Gény la cuestión de la alegación y prueba de la costumbre (Núms. 117 y 118), y después, como relativo a su alcance y no a su esencia, estudió lo que llama « extensión geográfica y social » de la costumbre, aun reconociendo que interviene necesariamente en su formación. Cfr. *op. cit.*, n. 122, págs. 367 y ss.

(14) *Vid. op. cit.*, n. 118, pág. 345.

(15) *Vid. op. cit.*, n. 118, pág. 346, y nota 1: « El juez que no tenga por sí mismo conocimiento suficiente de la costumbre, puede requerir la prueba de ella a la parte que la invoca. Además, ésta, sin esperar la invitación del juez, puede proponerle la costumbre que crea aplicable y ofrecer probar, tanto su existencia como su contenido ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rización suya, es tan radicalmente diferente de la forma de exteriorizarse otras normas, que postular su aplicación de oficio exige conocimientos inasequibles para el operador juridico, y lo que es peor, implica dotar a la costumbre de un indeseable carácter imperativo. No es abusar del paralelismo entre la prescripción y el uso como elemento de la costumbre, admitir su posible renuncia tácita, sino por el contrario una constatación realista de sus comunes peculiaridades, que nada comporta de hostilidad hacia el Derecho consuetudinario.

En cuanto a lo que Gény denominó « extensión geográfica o social de la costumbre », aunque pueda reprochársele su tratamiento fuera del estudio dedicado al sustrato de la costumbre, su aportación es mucho más clarificadora, puesto que ni comparte la tesis de su necesaria circunscripción territorial siguiendo una especie de competencia similar a la autonomía legislativa (16), ni desde el punto de vista contrario encontró serios obstáculos a la posible existencia de costumbres de ámbito general, que en algunas codificaciones tardías como la española, quedaron en entredicho al admitirse como fuente supletoria tras de la ley, la costumbre del lugar. Sin embargo, aunque la admisión de la costumbre general vendría a significar tanto como conceder a la costumbre virtualidad organizadora en el más amplio sentido de la palabra, y ello es perfectamente acorde con la concepción general defendida por Gény, esta coherencia de principio, se rompe tal vez por haber tratado en distinta sede de cuestiones íntimamente unidas. En efecto, si separar el examen de los elementos de la costumbre del problema de su prueba y del problema de su « extensión geográfica y social » puede apuntar hacia una deseable simplificación del tratamiento de la costumbre como fuente, no es menos cierto que encierra un gran peligro de olvidar las necesarias interconexiones mediante las cuales se hace aplicable una doctrina de alto nivel abstracción. Así, por ejemplo, la admisión de costumbres generales en cuanto a su ámbito, junto con la innecesidad de alegación y prueba en ciertos casos, conduce a consecuencias que indudablemente Gény habría considerado indeseables, cual la posible generalización de una costumbre *praeter legem* con carácter imperativo.

---

(16) *Vid. op. cit.*, n. 122, pág. 369.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En conclusión, cabe pensar que cuando Gény acude a la doctrina alemana, no puede evitar el sobrepasar sus proprias intenciones respecto de la admisión de la costumbre, precisamente como resultado paradójico de su deseo de sencillez y coherencia, porque no cabe duda de que es en el campo de la alegación y prueba donde puede evitarse la imperatividad de la costumbre y donde puede « localizarse » territorial y socialmente la virtualidad normativa del uso como sustrato de la costumbre.

Habría, pues, que considerar que estas facetas de problema, — la prueba y la extensión geográfica — no deben separarse en el tratamiento teórico del elemento de la costumbre que Gény calificaba como uso, ni acaso deberían ignorarse en su reflejo legislativo.

Por lo demás, los requisitos del uso como sustrato de la costumbre, son tratados por Gény de modo más acorde con la doctrina tradicional, lo que es tanto como decir que respecto de ellos, se orienta fundamentalmente por el paralelismo entre costumbre y prescripción, cifrando estos requisitos del uso de modo no exhaustivo, en que sea constante (17) en el sentido de no interrumpido, y que su duración sea suficiente a juicio del intérprete para tenerlo por hábito admitido en la práctica (18). No ha lugar pues, la *praescripta consuetudo* del Derecho canónico (19), ni el requisito de publicidad (20), que supondría tanto como hacer depender la eficacia de la costumbre de una convención tácita y común.

### 3. *La opinio.*

Inicia Gény el estudio del que en su teoría sería el segundo elemento de la costumbre, afirmando que la palabra *necessitas* no

---

(17) *Vid. op. cit.*, pág. 350, y nota 6, traduciendo así los viejos calificativos de *longa*, *inveterata*, *diuturna*, *antiquitus probata consuetudo*.

(18) *Ibidem*.

(19) Rompe así en este punto, con todo acierto, el paralelismo con la prescripción, cuyos plazos no le pueden ser aplicados a la costumbre. Cfr. *op. cit.*, pág. 351.

(20) Exige sin embargo Gény « que los actos de uso se hayan puesto de manifiesto lo bastante para que pueda deducirse el consentimiento de los interesados a quienes se aplica », lo que supone admitir la necesidad de una publicidad relativa, no muy distante de la que se exige en la posesión a efectos de prescripción. Cfr. *op. cit.*, págs. 351 y 352.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

debe llevar a creer que la costumbre debe violentar las voluntades como una disposición imperativa, aunque admite la posibilidad de que tenga tal carácter como la ley (21), sino simplemente que ha de tener entre quienes la practican, la consideración de una regla de derecho objetivo y comportar una idea de sanción social efectiva, entre otras, razones, para distinguirse de los meros hábitos sociales sin fuerza jurídica obligatoria.

Excluye así, como errores de pasadas concepciones, la exigencia de aprobación tácita o tolerancia del Poder público (22), así como la exigencia de que sea consagrada por decisiones judiciales (23), que serían requisitos incompatibles con la calificación de fuente autónoma del Derecho que atribuye a la costumbre.

Sin duda acierta en excluir tales requisitos que pugnarían abiertamente con la autonomía de la costumbre como fuente, pero el sustitutivo que busca a esos rechazados requisitos de la costumbre, no puede decirse que constituya igualmente un acierto. En efecto, que se requiere algo más que el uso — sustrato material — para que pueda haber norma consuetudinaria, parece algo indudable si se quere evitar la aporía de afirmar la normatividad de los hechos. Que ese *plus* no tiene por qué ser la remisión expresa de la ley, ni la aprobación tácita de la autoridad, es precisamente la afirmación de la que hay que partir si se quiere contemplar la costumbre como fuente. Pero lo que es más discutible es que pueda hallarse ese elemento en una noción tan delicuescente como la *opinio iuris*, que si se subjetiviza corre gran peligro de ser inaplicable y contradictoria (24), y, por el contrario, si se procura objetivar, conduce tarde o temprano a buscar el seguro amparo de alguna otra

---

(21) *Vid. op. cit.*, págs. 351 y 353.

(22) *Vid. op. cit.*, págs. 356.

(23) No se refiere Gény a la teoría de Lambert, todavía no formulada, sino a la expuesta por Glück, y cita también en contra la doctrina de Suárez en *De Legibus*, lib. 8, cap. II, para concluir que las sentencias « podrán... preparar las prácticas consuetudinarias, tendrán especialmente el mérito de calificarlas, pero ni las pueden constituir ni reemplazar ». Cfr. *op. cit.*, pág. 358 y nota 2.

(24) No era Gény ajeno a los inconvenientes de un elemento « exclusivamente psicológico », cuya exigencia en la costumbre « hace dificilísimo el reconocimiento de ésta en una civilización en que el orden jurídico no tiene fronteras absolutamente precisas ». *Vid. op. cit.*, págs. 354 y 355.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pretendida fuente, sea la convicción popular, sea la propia ley o sea incluso la jurisprudencia, convirtiendo la investigación sobre la costumbre como fuente en un inútil vericueto teórico.

De que no era esta última la intención de Gény, da buena muestra su intento de despegarse de algunas construcciones de la doctrina alemana, las que identifican *opinio iuris* y convicción popular (25), así como su clara condena de acudir a la jurisprudencia para algo más que para probar la existencia de una costumbre, ya que « ni las pueden constituir ni reemplazar ». Igualmente huye de identificar la costumbre como fuente con la costumbre culta, con el Derecho de juristas (26). Pero, con todo, hay que pensar que su esfuerzo por clarificar este elemento inmaterial de la costumbre, no alcanzó resultado satisfactorio, y si no logró alcanzarlo, tal vez fue a causa de un error inicial perfectamente disculpable en materia tan dificultosa como lo es el tránsito del hecho al derecho, de lo fácie a lo normativo.

En efecto, la más aguda dificultad a que se enfrenta la teoría jurídica, probablemente reside en aquellos puntos de estrecho contacto entre lo fáctico y lo juridico, que pueden encontrarse en muy distintos campos, como por ejemplo, la teoría de la posesión, institución contemplada por extensas regulaciones legales, o como ocurre en el campo de la teoria de las fuentes con la costumbre, cuya dificultad puede juzgarse mayor o menor — según el punto de vista — precisamente por la ausencia o la parquedad de datos legislativos. En este dificil salto de lo fáctico a lo normativo, para el que no está probablemente adapatado nuestro lenguaje (27), la complejdadad de las exigencias acumuladas por la tradición jurídica es tal, que resulta atractivo, y tal vez imprescrindible a efectos expositivos, el acudir a expresiones de una gran ambigüedad. El *animus* y la *opinio*, tan profusamente utilizados en el tratamiento de la posesión, y por

(25) Tal conricción jurídica del pueblo, como estado de conciencia general, sería a su juicio imposible de recoger o probar. Cfr. *op. cit.*, pág. 355.

(26) Cfr. *op. cit.*, pág. 377.

(27) En tal sentido *vid*. M. Troper, *Du fondement de la costume à la coutume comme fondement*, en *Droits*, 3, *La coutume*, 1986, pág. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

analogía en el tratamiento de la costumbre (28), son buena muestra de ese modo de proceder casi imprescindible, casi fatal, en estas cuestiones, y lo son por su inevitable vaguedad que hace que si se interpretan en un sentido subjetivo e individualizado sean inasequibles a una prueba no presuntiva, y por tanto inutiles, y que si por el contrario se tratan de objetivar, conduzcan indefectiblemente a una petición de principio, ya que la creencia se convierte en una convicción jurídica común — siendo esa juridicidad lo que se trata de explicar — o simplemente en la creencia de actuar un derecho, la cual por no ser indiscutiblemente errónea (29), tampoco puede bastar para para dar razón del tránsito de lo fáctico a lo jurídico.

En todo caso, la alternativa frente a la teoría de Gény en torno los requisitos de la costumbre estuvo representada en la doctrina francesa por la tesis defendida por E. Lambert, según la cual solo la jurisprudencia puede sancionar costumbres jurídicamente obligatorias, bastando una jurisprudencia constante para constituir por sí misma una costumbre.

Para llegar a tales conclusiones, Lambert atacó la teoría tradicional sobre los elementos de la costumbre, calificándola como conjunto de ficciones, porque el uso, como sustrato material, simplemente revela la existencia de una regla de la que es aplicación, de modo que bastaría un solo acto conforme al sentimiento jurídico general para poder hablar de costumbre, y por otra parte, la *opinio*

---

(28) Sobre tal analogía entre prescripción y costumbre, afirma Gény que « no puede por menos que reconocerse así, aun cuando no admitamos las consecuencias, erróneas a veces, que de ello se dedujeron », *op. cit.*, n. 116, pág. 338), y vuelve a plantear la comparación entre costumbre generadora de derecho objetivo y prescripción adquisitiva de derechos subjetivos (*op. cit.*, pág. 348 y nota 2 *in fine*) observando que « se encuentran dos elementos análogos a los esenciales de la posesión *ad usucapionem*: el *corpus* y el *animus*.

Añadiré que el segundo elemento (psicológico) de la costumbre no ofrece menores dificultades que las suscitadas por el *animus* en la teoría de la posesión ».

(29) La cuestión acerca del *error iuris* inicial como obstáculo a la fuerza de obligar de la costumbre se suscita con ocasión del texto de Celso (*De legibus* 1.3.39: *quod non ratione introductum sed errore primus*). Es apartada por Gény reduciendo el alcance del texto a la aplicación analógica, negando su virtualidad en el Derecho francés, y reduciendo al absurdo sus consecuencias que harían imposible la norma consuetudinaria. Pero es dudoso, que el uso *praeter legem*, una vez establecido, permita hablar de error.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*neccessitatis* no puede ser una general creencia en la existencia de una regla jurídica, porque entraría en contradicción con el aspecto difuso y discutido con que se presenta, por lo general, la norma consuetudinaria. Tampoco podría ser la manifestación de una voluntad general, porque en el origen de la norma consuetudinaria no puede decirse que haya una especie de armonía mística de voluntades, sino por el contrario, conflicto de intereses (30).

Pero, desde nuestro punto de vista, y sin pasar a examinar la argumentación histórica, que apoya tal doctrina, sus consecuencias son bastante claras: la costumbre no tiene por sí misma virtualidad normativa, sino que la recibe en su caso de pronunciamientos judiciales contestes y más o menos reiterados, opinión ésta absolutamente inconciliable con la doctrina tradicional sobre la costumbre, y también diametralmente opuesta a la teoría de Gény, ya que ambas negaron a la jurisprudencia la cualidad de fuente formal.

Las posteriores aportaciones doctrinales de Valette (31) y de Lebrun (32) pese a sus intentos de conciliación de ambas posturas en una teoría « extensiva » (33) de la costumbre, no logran sino poner de relieve la irreductible oposición de los planteamientos de Gény y de Lambert, no obstante su compartido respeto hacia el valioso papel de la costumbre.

## II. Suerte de la doctrina de Geny en España

### 1. *El estado de la cuestión en la doctrina española de finales del siglo XIX.*

Para comprender la incidencia que el relanzamiento téorico en torno a la costumbre como fuente del Derecho realizado por Gény

---

(30) *Vid*. E. Lambert, *Études de droit commun legislatif*, 1ère sèrie, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, 1903, especialmente págs. 395 y ss.

(31) *Vid*. L. Valette, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel*, tesis, Lyon, 1908.

(32) *Vid. op. cit.*, nota 8 *supra*, págs. 202 y ss.

(33) También tiene en cuenta Lebrun las aportaciones de M. Réglade desde el punto de vista del Derecho público en su obra *La coutume en droit public interne*, Burdeos, 1919.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuvo en España,incidencia que como se comprobará fue desigual a lo largo del tiempo, hay que partir del dato histórico de que el debate sobre les fuentes del Derecho se había producido en España con cierta anterioridad y en muy distintos términos.

Basta consultar la aportación española el *Récueil d'études sur les sources du droit* en honor de F. Gény, el trabajo de R. Altamira « *Le droit coutumier espagnol moderne* (34), donde el autor nos habla de la enorme fecundidad de los últimos veinte años del siglo XIX en esta materia, atribuyendo el mérito de esa renovada atención sobre la costumbre a Joaquín Costa, y a una serie de autores encuadrables en la Institución Libre de Enseñanza (35), para comprender la enorme diferencia que separaba el caso español del francés en los albores del siglo XX.

En efecto, la floración de estudios sobre la costumbre fue espectacular como lo demuestra el elenco que realiza Altamira, por más que éste resulte incompleto, ya que silencia selectivamente alguna aportación de influencia decisiva (36), y toda esa literatura jurídica está marcada por una convicción unánime: la virtualidad normativa de la costumbre.

Ciertamente ese acuerdo de fondo se puede explicar acudiendo a los cambios que en todos los órdenes del pensamiento habían tenido lugar a lo largo del siglo XIX, cuyas repercusiones en el método jurídico estuvieron sin duda presididas por el ocaso del legalismo y del

---

(34) *Vid*. R. ALTAMIRA, *Le droit coutumier espagnol moderne*, en *Recueil d'études sur les cources du droit*, *cit*., t. II, págs. 269 y ss.

(35) El proprio Altamira, Profesor de la Universidad de Oviedo fue un destacado representante de esa escuela tan influyente en el pensamiento jurídico español, aunque prefiere atribuir en el trabajo citado el florecimiento de los estudios sobre la costumbre al apasionado y contradictorio J. COSTA. Cfr. *op. cit*., pág. 270.

(36) Fundamentalmente el discurso de G. Gamazo Calvo, vocal de la sección civil de la Comisión de Codificación, y presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado en la sesión inaugural del curso 1885-1886, el día 7 de Noviembre de 1885. No hay que olvidar que la citada Real Academia de Madrid organizaba el Congreso Jurídico de 1886 que aprobaría mayoritariamente las tesis sobre fuentes defendidas por G. Gamazo, quien además fue corredactor de las conclusiones del Congreso, frente a la Ponencia de Costa, Giner, Oliver y Pantoja, condicionando en alguna medida el proceso codificador en marcha. *Vid*. en tal sentido, J. DE LA CUESTA, *Sobre algunos puntos destacados del debate civilistico de los años ochenta*, en *Revista de Derecho Privado* (1990), págs. 115 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mètodo exegético. También, desde el punto de vista constitucional, la consumación gradual de la liquidación del Antiguo Régimen, permitía mirar sin desconfianza institutos que, como las personas jurídicas, o el Derecho consuetudinario, por citar dos cuestiones relevantes, habrían podido, tiempo atrás, depertar sospechas.

Por último, no hay que olvidar que el ordenamiento jurídico heredado del Derecho real y el *ius commune*, así como su aplicación por los órganos jurisdiccionales y señaladadamente por el Tribunal Supremo desde su creación (37), conducían a la admisión de la fuente consuetudinaria entendida aproximadamente del modo que la doctrina francesa calificaría después como « tradicional », y en buena medida con resultados regresivos sobre la aplicabilidad de las normas consuetudinarias.

Así las cosas, el debate doctrinal en torno a la costumbre que surge en España a finales de la década de los setenta, y que se prolonga durante la decisiva etapa final de la codificación civil, y aun con posterioridad, no versarà sobre su calidad de fuente del Derecho, universalmente admitida, sino sobre el rango que había de ocupar en la jerarquía de las fuentes y los requisitos que había de reunir para su aplicación.

Zanjada la primera de estas cuestiones en los artículos 5 y 6, de la primitiva redacción del Código civil de 1889 (38), aun subsistirà la

---

(37) La jurisprudencia anterior al Código civil, con base en P. 1.2.6. admitía la obligatoriedad de la costumbre en toda su amplitud, incluso *contra legem*, pero aunque no se tasaban los medios de prueba, la exigencia de prueba tuvo un efecto restrictivo. En tal sentido, F. SANCHEZ ROMAN, *Estudios de ampliación de Derecho civil y códigos españoles*, t. II, págs. 19 e 22 y pág. 29, Granada, 1883. También es interesante en orden a la jurisprudencia anterior al Código la pormenorizada noticia que proporciona F. CLEMENTE DE DIEGO, en su *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, t. I, pág. 491 y nota 1, Madrid, 1920.

(38) Art. 5: « Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario ».

Art. 6: « El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.

Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales del derecho ».

El silencio del Código sobre los elementos y requisitos de la costumbre dio lugar a una controversia doctrinal sobre la aplicabilidad del derecho derogado (Las Partidas) en materia de costumbre, aplicabilidad que fue defendida por G. BURON GARCIA. Cfr.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

discusión sobre sus caracteres y sus requisitos, y es en este segundo momento cuando mayor reflejo puede apreciarse de las teorías de Gény y Lambert, cuyos argumentos en parte se habían anticipado.

## 2. *El debate que precedió a la publicación del Código civil.*

Esta fase ya aludida, puede resumirse en la confrontación entre los partidarios de la primacía de la costumbre sobre la ley, y por lo tanto de la admisión de la costumbre *contra legem*, regulada por las Leyes de Partidas (P.1.2.6) y consagrada por el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de Septiembre de 1869, 6 de Junio de 1867 y 7 y 30 de Junio de 1869, con las matizaciones impuestas por normas posteriores (O.A. 28 1.; 1ª Ley de Toro y N.R. 3.2.11).

La condensación de esta corriente de pensamiento se encuentra en la Ponencia que sobre el papel de la costumbre y la jurisprudencia defendieron en el Congreso de juristas de 1886, celebrado por iniciativa de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, los señores Costa, Giner de los Rios, Oliver y Pantoja, autores cuya sola enumeración nos señala el peso de la influencia krausista, o más exactamente de E. Ahrens (39) en este grupo de juristas.

La corriente contrapuesta, menos claramente adscribible a una escuela, aunque también influenciada por el mismo pensamiento, podría verse reflejada en discursos de inauguración de la Real Academia de jurisprudencia y Legislación como los pronunciados por Romero Robledo y Gamazo Calvo en los primeros años ochenta, así como en las intervenciones parlamentarias de este último durante la discusión de la Proyectos de Leyes de Bases y del propio Código civil (40), cifrándose su discrepancia fundamental en el carácter de

---

*Derecho civil español*, t. I, pág. 125, Valladolid, 1898. Triunfó sin embargo la tesis contraria partidaria de recurrir a los principios generales del derecho, aunque éstos hubiesen de buscarse en la doctrina y jurisprudencia anteriores al Código civil.

(39) Tal influencia, apreciable en todos los autores de la Ponencia 3ª del Congreso jurídico de 1886, es especialmente clara en el caso de F. Giner de los Ríos, que junto con G. Azcárate fue el principal difusor en España de sus obras.

(40) Se trata de los discursos de inauguración en la Real Academia de Jurisprudencia y legislación de Madrid, pronunciado por F. Romero Robledo (año 1884) y F. Gamazo Calvo (1885). Sin duda, el más enjundioso en materia de fuentes del Derecho, fue este último como ya se indicó en la nota 36 *supra*, que, casi simultáneo a la discusión

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fuente subsidiaria que atribuyeron a la costumbre y su consecuente carencia de virtualidad derogatoria respecto de la ley.

Correspondió el predominio a esta última como lo pone de relieve el resultado de la votación de la conclusión 2ª del tema 3º de aquel congreso, que arrojó el resultado de 294 votos en contra de admitir la costumbre *contra legem*, frente a 77 votos a favor, e igualmente se impuso este criterio entre los redactores del Código civil. Tuvo sin embargo su desquite la tesis minoritaria, en la crítica desfavorable al Código civil que buena parte de la doctrina posterior llevó a cabo, como puede comprobarse en los tratados de Sánchez Román (41) y Valverde (42), de gran influencia en las primeras décadas del siglo XX.

En este período, buena parte de las conclusiones de Gény sobre la costumbre resultan en cierta medida anticipadas pero no puede decirse lo mismo de las contrapuestas tesis de Lambert, salvo ese aspecto externo que consiste en el tratamiento conjunto de costumbre y jurisprudencia (43), que se ven así estrechamente imbricadas, aunque nunca totalmente confundidas.

En efecto, el estudio conjunto o por lo menos yuxtapuesto de la costumbre y la jurisprudencia, se justifica no solo porque en materia de jerarquía de fuentes del Derecho es lógico que se estudien todos los institutos que en hipótesis pueden revestir tal cualidad, sino también por la razón de que en la práctica, la exigencia de prueba de la costumbre por las Partidas, terminó por interpretarse como un reconocimiento uniforme y constante en anteriores pronunciamien-

---

del Proyecto de Ley de Bases, e inmediatamente anterior al Congreso jurídico de 1886, venía a sintetizar el pensamiento que resultó mayoritario.

(41) *Vid*. F. SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, 2ª ed., t. II, pág. 75 y es., Madrid, 1911.

(42) *Vid*. C. VALVERDE VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, 3ª ed., t. I, págs. 156 y ss., Valladolid, 1925.

(43) Tanto la obra de Sánchez Román citada en la nota 37 *supra*, como el Discurso de Gamazo de 7 de Noviembre de 1885, y como el cuestionario del tema 3º del Congreso de 1886, se refieren conjuntamente a la costumbre y a la jurisprudencia, pero en ninguno de tales textos se confunden, ya que ni Gamazo, ni los autores de la 3ª Ponencia, se planteaban la posibilidad de considerar a la jurisprudencia como fuente formal, aunque Sánchez Román es tal vez el que presenta una línea divisoria menos clara.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tos judiciales, postura ésta que asumió el Tribunal Supremo tras alguna vacilación inicial.

Pero lo cierto es nadie interpretó esta exigencia de prueba de la costumbre en el sentido de que solo los órganos jurisdiccionales pudiesen dar fuerza obligatoria a la costumbre, sino que por el contrario, el papel de los Jueces se limitaba a comprobar la concurrencia de los requisitos de la costumbre, como era lógico dado que ni los defensores de la primacía de la costumbre, ni mucho menos sus adversarios, propugnaron reconocer a la jurisprudencia el rango de fuente formal del Derecho, y el Código civil en su primitiva redacción ni siquiera la mencionó, incurriendo por ello en alguna censura doctrinal.

Así pues, tesis como las defendidas después por E. Lambert no tuvieron terreno propicio en este período, pero por el contrario el debate centrado en la costumbre si que vio florecer argumentos y conclusiones semejantes a las que después postularía Gény. El unánime reconocimiento de la costumbre como fuente supletoria de la ley, y su admisión incluso como costumbre imperativa (obligatoria) y *contra legem*, minoritariamente defendidas, son buena prueba de ese ambiente favorable a la revitalización de la norma consuetudinaria.

Así, los Ponentes en el Tema 3º del Congreso jurídico de 1886, que versaba sobre el papel de la jurisprudencia y la costumbre, sólo concedían primacía a la ley imperativa, admitiendo por lo demás costumbre imperativa, costumbre supletoria, y derogación de normas legales dispositivas por la práctica en contrario, al tiempo que en materia de prueba de la costumbre, propugnaron su inquisición de oficio por el Juez, y su compilación para facilitar la exigencia de prueba, como se desprende de sus conclusiones V a IX (44). Para

(44) *Vid. Congreso jurídico español, Tema tercero* (Costumbre y jurisprudencia. — Valor de estas fuentes de derecho. — Si deben intervenir los poderes públicos en su manifestación; y, caso afirmativo, en qué limites, a qué efectos y en qué forma), Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1886, págs. 32 y 33, conclusiones V a IX. Desde el punto de vista del sistema de fuentes, tiene especial interés la conclusión VI, que, fuera del campo de las leyes imperativas, establece la siguiente prelación: 1º) Ley del contrato, fundación, testamento, etc.; 2º) a falta de ella... costumbre local, y si no la hubiere, regional; 3º) en defecto de todas, la costumbre general escrita en el Código o en la ley con carácter de regla supletoria ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fundamentar tales propuestas se acogieron expresamente a la autoridad de Derecho romano tal y como lo interpretó Francisco Suárez, a la autoridad de Savigny, y a la defensa del sistema aragonés de fuentes que había realizado Gómez de la Serna. Pero, el lenguaje y el tono de la Ponencia, se incriben claramente en la concepción orgánica del Estado propugnada por E. Ahrens.

Derrotada esta concepción del sistema de fuentes tanto en el Congreso jurídico de 1886, como en la redacción definitiva del Código civil de 1889, el estado de la cuestión resultante habría de continuar siendo propicio a la discusón del problema de las fuentes del Derecho, y a la recepción, ya en la segunda década del siglo XX, de las teorías de Gény, datando a primera traducción del *Método de interpretación y fuentes*, del año 1903.

Comparando sin embargo las posturas enfrentadas entonces, puede pensarse una vez más como algún autor propugna, que este debate como otros, sería indicio de una simple estrategia (45), de una confrontación más político-ideológica, que doctrinal o teórica, especialmente por el entronque que la materia de fuentes tenía con el problema de los Derechos territoriales, pero lo cierto es que aunque así hubiese sido, el debate desembocó en una formulación abierta de las fuentes del Derecho y en una contemplación poco o nada absolutista del Código.

No obstante, puede detectarse en casi todos los pronunciamientos en torno a la costumbre, y en la comúnmente admitida conveniencia de compilar, al menos la de los territorios llamados forales, que predominó en este momento, una visión de la costumbre como fundamento de todo Derecho, más que una preocupación por determinar las condiciones de aplicabilidad de la norma consuetudinaria en sí misma. Esta circunstancia puede explicar la aparente paradoja de que una predisposición favorable en mayor o menor grado, hacia la costumbre, no la haya prestado mayor vitalidad, y

---

La ponencia está suscrita por Bienvenido Oliver, José María Panoja, Francisco Giner de los Ríos, y Joaquín Costa, y fechada el 29 de Noviembre de 1886.

(45) En tal sentido J.M. SCHOLZ, *Unidad y diversidad en la codificación*, en *Memoria del segundo Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, págs. 705 a 712, y *Acerca de la Historia del Derecho en España y Portugal*, en *Revista crítica de Derecho immobiliario*, 1982, pág. 656.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que la abrumadora atención que se dedicó a las costumbres en diversos territorios, terminase por dar lugar a cuerpos legislativos bastante más esclerotizados que el Código civil, aunque a producir este efecto hayan concurrido otros fenómenos históricos en mayor medida (46).

### 3. *La costumbre tras la publicación del Código civil.*

La reacción doctrinal tras la publicación del Código civil, persistentemente negativa como es sabido, tuvo su principal exponente en los *Estudios de Derecho civil* de F. Sánchez Román, en cuya primera edición posterior al Código reimpresa en 1911, aparentemente no hay huella alguna del relanzamiento teórico en curso en Francia, sino más bien una prolongación del debate examinado anterioremente, con la adición de censuras más o menos acres al texto legal vigente, aunque tal vez ello se deba a su pretensión puramente exegética: « la explicación del Código, que es el fin capital de estas indicaciones, no exige, ni consiente siquiera, abrir aquí extensa polémica sobre esta materia, ni en realidad merece censura que en un punto libremente opinable, y cuando los precedentes próximos de la mayoría de la opinón profesional del pais son favorables a tal sentido de inadmisión de la costumbre contra ley, los redactores del Código hayan participado de este juicio. Todo depende del concepto que se tenga de la regla jurídica así como de su generación positiva e histórica ».

Hay sin embargo una cierta novedad en las reflexiones de Sánchez Román que bien pudiera relacionarse con la teoría de Lambert, y es que supedita bastante claramente la costumbre a su « recepción, una y más veces, en las decisiones judiciales del tribunal del Tribunal de más autoridad, según las leyes del pais; pues bien se concibe que sería no solo peligroso sino absurdo e injustificado que, siendo la costumbre producto de usos sociales, ...anárquica en su origen, quizá irreflexiva en su nacimiento y empírica siempre, fuese a producir desde luego regla jurídica sin ganar la nota de *uniformi-*

(46) *Infra*, págs. 347 y 348, núm. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*dad* y obtener su reconocimiento y ordenada expresión en esos fallos judiciales superiores ».

Claro está, por más que Sanchez Román pretenda apoyarse en el Derecho histórico, que estas afirmaciones supeditan la costumbre a la jurisprudencia, entonces conocida como doctrina legal, y generan una confusión entre costumbre y jurisprudencia previamente inexistente, que ofrece cierta semejanza con la opinión defendida por E. Lambert en Francia (47).

Pero esta inflexión resultó poco significativa, toda vez que no se refleja en los trabajos que en materia de fuentes vieron la luz posteriormente, especialmente en los artículos publicados por F. Clemente de Diego en la Revista de Derecho Privado por él fundada y dirigida a partir de 1913, ni en su monografia *Fuentes del Derecho civil español*, publicada en Madrid en 1922, puesto que prefería acudir a la sencilla refutación de F. Suárez, « fallo que ampara una costumbre y la consagra es que se apoya en ella » (48). Otros trabajos de comienzos del siglo, como *La génesis del derecho*, de C. Valverde (49), deben adscribirse más bien al debate precedente, y concretamente a la ponencia defendida por Costa, Giner y otros en el Congreso jurídico de 1886, más o menos directamente inspirado por el pensamiento de E. Ahrens.

Por ello, puede decirse que el tratamiento dado por la doctrina española a la costumbre como fuente del Derecho, no está influenciado inicialmente por la obra de Gény, pese a la temprana aparición de la primera traducción de su *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, que tuvo lugar en el año 1903, aunque esta obra es ya tenida en cuenta como deletérea crítica del método exegético en los primeros trabajos sobre fuentes y método publicados por F. Clemente de Diego (50).

---

(47) Cfr. F. Sanchez Roman, *Estudios de Derecho civil*, 2ª ed., t. II, págs. 75 y 76. Tal tesis no coincide más que en apariencia, con la sustentada antes por Costa, Giner, Oliver y Pantoja, que defendían la costumbre *contra legem*, pero sin que requiriese de ningún pronunciamiento judicial, cosa lógica ya que la Ponencia se adhería expresamente al pensamiento de F. Suárez.

(48) *Vid*. F. Clemente de Diego, *op. cit*., pág. 456 y nota 1, rechazando expresamente las tesis de E. Lambert con apoyo en F. Suárez.

(49) *Vid*. C. Valverde Valverde, *Génesis del derecho*, Valladolid, 1901.

(50) *Vid*. F. Clemente de Diego, *El art. 6 del Código civil español*, en *Revista de Derecho privado*, 1 (1913), pág. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Su influencia, sin embargo, se acrecentó posteriormente, como lo denota la segunda edición de la traducción española que vio la luz en 1925, y es en esta segunda década cuando la doctrina de Gény sobre la costumbre llega verdaderamente a influir en la doctrina civilista que adopta un punto de vista sobre la *opinio iuris* como elemento espiritual de la costumbre directamente inspirado por Gény. En efecto, aunque no puede decirse en rigor que este elemento, desconocido anteriormente, sea recibido por influencia de Gény, sino que como pone de relieve F. de Castro (51), fue difundido por Durán y Bas y por los filósofos del Derecho, pero lo cierto es que su formulación termina por ser entre los civilistas tomada casi al pie de la letra de la doctrina de Gény.

Así, C. Valverde (52), tras definir la *opinio iuris* diciendo que « el uso debe tener entre las personas que le practican el carácter de ejercicio de un derecho subjetivo que contiene la expresión de una regla de derecho objetivo, o en otros términos, que los actos que forman el uso carecen de eficacia..., si no hay idea de una sanción social efectiva », indica en nota a pie de página: « copio las palabras de Gény, el cual expresa maravillosamente esta cuestión tan difícil, y, al conformarme con su pensamiento, inserto sus palabras; pues aunque desde Savigny y Puchta se ha hablado de este elemento, creo que quien mejor le ha entendido ha sido aquel ilustre escritor francés ».

De modo que, la critica de F. Ferrara hacia la *opinio iuris*, asumida inicialmente por F. Clemente de Diego (53), termina por ser abandonada por él (54), por De Buen (55) y por Valverde (56), en

---

(51) *Vid*. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Valladolid, 1942, pág. 327 y nota 4: « La idea difundida por los filósofos del Derecho y por Durán y Bas, fue aceptada entre los civilistas ».

(52) *Op. cit.*, nota 42 *supra*, pág. 162 y nota 2.

(53) *Vid. Curso elemental de Derecho civil...*, *cit.*, t. I, págs. 469 y ss.

(54) *Vid*. F. CLEMENTE DE DIEGO, *Fuentes del Derecho civil español*, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922, págs. 278 y ss. en las que sitúa la regulación del art. 6 del C.c. dentro de la teoría que llama de la « concesión », subsistema « normativo », que concede fuerza de obligar a las costumbres que lleguen a cumplir determinados requisitos, entre los que enumera la *convicción juridica*.

(55) *Vid*. D. DE BUEN, en sus notas al *Curso elemental de Derecho civil*, de A. COLIN y H. CAPITANT, Reus, Madrid, 1922, t. 1, págs. 92 y 93, nota 17.

(56) *Vid*. C. VALVERDE VALVERDE, *op. y loc. cit.*, nota 42 *supra*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

beneficio este último de la doctrina de Gény, para poder diferenciar la costumbre de los usos sociales precisamente a partir de la *opinio iuris*.

Pero, aunque este estado de la cuestión se prolonga bastante tiempo en la doctrina civilista española, no fue ni mucho menos definitivo, porque F. de Castro en su obra *Derecho civil de España* aparecida en 1942 y animada por el deseo que apasionadamente expone en su Prólogo de un « retorno consciente a la pureza de la concepción hispana », excluye la *opinio iuris* como elemento de la costumbre, que habría tenido su origen en una mala interpretación generada durante un largo lapso de tiempo y consumada por la Escuela Histórica, acerca del *animus*, del que hablaban los canonistas haciendo paralelismo entre la costumbre y la *usucapio*, al pasar a entenderla como una convicción popular, a tono con el « espíritu del pueblo » tenido por fuente primaria y misteriosa de todo Derecho (57).

Lo irrefutable de este diagnóstico de la evolución de la doctrina civilista española, y la conveniencia de abandonar en lo sucesivo el requisito de la *opinio iuris* por tener únicamente « justificación dentro de la doctrina de la Escuela Histórica y aceptando sus postulados como verdaderos » (58), puso en adelante en tela de juicio la conveniencia de mantener la construcción de Gény sobre los elementos de la costumbre, optando la mayor parte de los autores, y desde luego los más influyentes, por excluir tal requisito de la costumbre, incluso en la versión más simple y menos radical propuesta por Gény. Así, el *Derecho civil español, común y foral* (59), la archiconocida y muy difundida obra de D. José Castán Tobeñas, asume tempranamente, ya que no en sus primeras ediciones, este rechazo de la *opinio iuris* como requisito de la costumbre, conser-

(57) *Vid.* F. de Castro y Bravo, *op. cit.*, págs. 326 y 327, con argumentos que se mantienen y entriquecen en las posteriores ediciones. Cfr. rempresión, facsímil, Civitas, Madrid, 1984, pág. 390.

(58) *Ibidem*.

(59) J. Castan Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t, I, vol. I, 8ª ed., Reus, Madrid, 1951, págs. 304 y 305, aunque mantiene, siguiendo a Enneccerus la necesidad de una « voluntad general de validez jurídica » bastante semejante a la *opinio iuris* de Puchta. En anteriores ediciones, como la 5ª, Madrid, 1941, págs. 58 y ss., no recogía otra crítica que la de F. Ferrara.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vando no obstante a pie de página una favorable consideración de la definición propuesta por Gény (60).

Y posteriormente, la decidida reconsideración restauradora del pensamiento jurídico español tradictional emprendida por F. de Castro en materia de fuentes del Derecho, aunque tuvo como efecto el privar de su pretendido abolengo histórico a la *opinio iuris* como requisito de la costumbre, no pudo desarraigarla de la doctrina y de la jurisprudencia, hasta el punto de que su mención entre los requisitos de la costumbre podia ya en los años setenta del presente siglo ser calificada como doctrina « tradicional » por L. Diez Picazo (61).

## 4. *Vicisitudes posteriores a la reforma del Titulo Preliminar del Código civil español.*

Emprendida en la década de los setenta la tarea de reformar el Título Prelimar del Código civil español, por el mismo sistema de Ley de Bases que en 1888 se utilizó para su elaboración, y culminada esta reforma por el Decreto 1.836/1974 de 31 de Mayo, la mención de la costumbre como fuente en nuestro Código civil resultó más extensa, al contemplarse ahora en los apartados 1 y 3 del articulo 1º (62), lo que hacia presagiar un renacimiento del debate que se habia estabilizado desde las aportaciones de F. de Castro antes citadas.

El nuevo texto, pareció a algunos propiciar el definitivo enterramiento de la *opinio iuris* como requisito de la costumbre al equiparar a esta « los usos jurídicos que no sean meramente inter-

---

(60) *Vid*. J. Castan Tobeñas, *op. cit.*, pág. 305 y nota 1.

(61) *Vid*. L. Díez Picazo y Ponce de Leon, en comentario al art, 1, 3 del C.c., en *Comentarios a las reformas del Código civil*, *El nuevo Título Preliminar*, Tecnos, Madrid, 1977, pág. 58. « Para la doctrina que podríamos considerar como tradicional, lo que caracteriza la costumbre como fuente de Derecho es la llamada *opinio iuris* ... que Albaladejo, siguiendo la doctrina mayoritaria anterior designa como voluntad de regulación jurídica'.

(62) Artículo 1, 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pretativos de una declaración de voluntad », en su art. 1, 3, párrafo 2 (63), y en todo caso fue recibido como una ocasión para abandonar la polémica suscitada sobre la conveniencia o inconveniencia de mantener el requisito de la *opinio iuris*, o al menos sobre cómo habría de definirse (64).

Pero lo cierto es que la yuxtaposición de usos y costumbres que realiza el art. 1, 3 párrafo 2 del C.c., sometiéndoles a idéntico régimen, es decir, admitiendo su posible carácter general a diferencia del art. 6 del C.c. originario, su aplicación únicamente *praeter legem*, y exigiendo su conformidad con la moral y el orden público y su prueba, permite mantener a otros efectos la ya vieja discusión doctrinal sobre la exigencia o no de *opinio iuris* respecto de la costumbre, lo cual se trasluce en la simpatía o antipatía que muestra cada autor hacia este tan mencionado requisito.

Así, M. Albaladejo describe la *opinio iuris* como voluntad de regulación jurídica, y aun quitándole importancia por no condicionar el carácter normativo de los usos, le mantiene en principio para la costumbre (65), con un valor estrictamente teórico. Otros autores como L. Díez Picazo (66) o J.L. Lacruz Berdejo (67) no parecen simpatizar con tal pretendido requisito de la costumbre ni siquiera desde el punto de vista teórico, y por último otros como J.L. De Los

---

(63) En tal sentido se pronuncia M. ALBALADEJO: « Huelga discutir sobre qué sea la *opinio iuris*, sobre su necesidad o no para que haya costumbre, sobre si la costumbre se diferencia de los usos proque en éstos falta y en aquella se da, etc. Y huelga, ya que dándose a los usos igual valor normativo que a la costumbre... no tiene interés distinguirlos de ésta; y,... aun distinguidos, no se le quita (al uso) su valor normativo ». *Vid. Curso de Derecho civil español común y foral*, I, pág. 69, Bosch, Barcelona, 1977.

(64) *Ibidem*. Más decididamente fiel al mantenimiento de la *opinio iuris* se manifestaba M. BATLLE VAZQUEZ, en comentario al art. 1 del C.c., dentro de los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. I, Madrid, 1978, pág. 51.

(65) *Loc. cit.*, nota 63 *supra*.

(66) *Loc. cit.*, nota 61 *supra*. y más recientemente en *Comentario al Código civil*, Ed. del Ministerio de Justicia, art. 1, pág., Madrid 1991, págs. 7 y ss., donde se muestra crítico hacia los intentos de preservar viejas construcciones teóricas.

(67) *Vid*. J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. I, *Parte general*, vol. I, págs. 186, 187 y 196, Barcelona, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mozos (68) o M. Ruiz Vadillo (69) se manifiestan claramente en contra por su falta de raigambre histórica, su indefinición y sus consecuencias perturbadoras.

Pese a todo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, antes y después de la reforma del Título Preliminar del Código civil, sin adoptar una clara definición de lo que haya de entenderse por *opinio iuris*, se ha referido a ella en numerosas sentencias considerándola un verdadero requisito de la fuerza obligatoria de la costumbre, lo que denota hasta qué punto ha llegado a enraizar doctrina tan ajena a la que el primer comentario del Código civil, obra de J. Manresa Navarro, consideraba en 1890 opinión generalmente aceptada sobre los requisitos de la costumbre: « 1º) Pluralidad de actos. 2º) Uniformidad. 3º) Transcurso de tiempo. 4º) Intención jurídica: esto es, que el autor de los hechos aparezca ejecutándolos como justos » (70).

En algún pronunciamiento jurisprudencial, como la sentencia de 24 de Febrero de 1962 puede decirse que hay más un eco de esa « intención jurídica » de que hablaba la vieja doctrina, que un verdadero reflejo de la *opinio iuris* postulada por la Escuela Histórica, pero lo cierto es que en otras sentencias (71), o en la opinión de quienes defienden la subsistencia de tal requisito de la costumbre, y lo definen, la noción de *opinio iuris* viene a ser un trasunto de la postulada por Gény: sentimiento de obrar en virtud de una regla no enunciada que se impone como norma de Derecho objetivo, al tiempo que destacan que tal convicción fundamenta y caracteriza la costumbre frente a los usos sociales.

---

(68) *Vid*. J.L. De los Mozos, *Derecho civil*, *Parte general*, I, Salamanca, 1977, págs. 462 y 463.

(69) *Vid*. M. Ruiz Vadillo, *La costumbre en el Código civil español después de la reforma del Título preliminar*, en *Pretor*, (1974), págs. 5 y ss.

(70) *Vid*. J. Manresa Navarro, *Comentarios al Código civil español*, t. I, Madrid, 1890, pág. 70, y nota 4 donde cita la opinión de M. Pisa Pajares, en su obra *Prolegómenos del Derecho*, Madrid, 1987, como contrapuesta a la idea de J. Costa de que bastaba la *opinio iuris*, equivalente a la voluntad del legislador.

(71) Se trata de las sentencias del T.S. de 5 de Diciembre de 1925, 18 de Abril de 1951, 22 de Enero de 1953 y 30 de Abril de 1957. La sentencia de 18 de Abril de 1951 definía la costumbre como « norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada con intención jurídica », definición que muestra una especie de amalgama entre la *opinio iuris* de la escuela histórica, y la postulada por Gény.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sin embargo, aunque el eco de la discusión sobre los requisitos de la costumbre perdura en la doctrina y en la jurisprudencia, parece imponerse la idea de que la reforma del Titulo Preliminar en que se dio la redacción que hoy tiene al art. 1, 3 del C.c., vino a dar la razón a los enemigos de que la *opinio iuris* fuese considerada requisito de la costumbre y rasgo distintivo respecto de los usos. En efecto, a la petición de un procurador de que se estableciesen los requisitos de la costumbre, la Ponencia respondió que propondría « en su texto los requisitos tradicionales e indiscutidos de que no atente contra la moral o el orden público, prefiriendo no mencionar otros más discutibles y posiblemente de mención innecesaria en una ley (uso local, uso como costumbre, *opinio iuris seu necessitatis*, etc.) » (72), de modo que la discusión parlamentaria ya indica la posición de los redactores del texto articulado, próxima a las tesis defendidas por F. de Castro sobre la falta de arraigo histórico de tal requisito en el Derecho español.

Por otra parte, la admisión del carácter normativo de los usos, por definición carentes de tal *opinio iuris*, no privaría a este requisito de la función que la doctrina le atribuía, en orden a distinguir la costumbre de los usos, sino que simplemente convierte tal distinción en algo superfluo (73).

Así pues, lo más decisivo, es que la exigencia de conformidad con la moral y el orden público, junto con la exclusión de la costumbre *contra legem* que se deduce del art. 2, 2 del propio Código civil, conducen a una objetivación del elemento interno, de modo que probado el uso, y siendo éste coherente con la moral y el orden público, habrá norma consuetudinaria aplicable a la resolución del litigio, cualquiera que hubiese de ser su denominación.

---

(72) En tal sentido J.L. LACRUZ BERDEJO, *loc. cit.*nota 63 *supra*. Por el contrario DE LOS MOZOS, entiende que el legislador no quiso pronunciarse sobre la cuestión (*op. cit.*, pág. 463), e incluso L. Díez Picazo considera que la mención, de los usos por el art. 1, 3 del C.C., quiso ser una adopción de postura en un debate teórico, en el sentido de admitir la tipificacón de los usos, en contra de la opinión de F. de Castro y en favor de viejas construcciones téóricas, aunque como tal posicionamiento teórico carecería de valor normativo. *Vid. Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 7 y ss..

(73) En esta opinión parecen coincidir todos los autores citados en las notas precedentes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En fin, sea cual sea la opinión que se tenga de la vigente redacción del artículo 1 del C.c., que destaca en lo referente a la costumbre por la citada equiparación con los usos que no sean meramente interpretativos, y por la desaparición del adjetivo « local » que contenía el texto originario como cualificación de la norma consuetudinaria a la que debería acudir el juez en defecto de ley aplicable, no parece que se pueda dudar de que su inspiración es la que se ha consignado. Otra cosa es que tal inspiración se haya seguido con acierto, porque la consagración legal de un elenco de fuentes del Derecho, tiene un cierto significado « legicentrista » del que carecía el viejo artículo 6º, y el carácter local que aquel contemplaba, lejos de ser un obstáculo a la aplicabilidad de la costumbre, era un acertado modo de expresar lo que de rico y diverso tiene la norma consuetudinaria, cuya vigencia *hic et nunc* continua teniendo que ser probada.

De modo que, aunque la *opinio iuris* introdujese un elemento ajeno a la tradición española, el debate sobre ella resultó enriquecedor, obligando a los autores a reflexionar sobre construcciones distintas de las que se habían tenido presentes en el período codificador, y sería empobrecedor e inexacto interpretar el vigente texto no solo como definitiva despedida de aquel debate, que bien podría serlo, sino como definidor de una costumbre jurídica tan segura y uniforme como la ley a la que está llamada a suplir. Por el contrario, el debate no ha sido estéril en tanto en cuanto ha mantenido la atención sobre un sistema de fuentes abierto, ya que ninguna de entre las posturas en liza, puede en justicia ser acusada de intentar convertir en absoluto el valor de la ley.

No ocurre por desgracia lo mismo en algunas aproximaciones a las fuentes del Derecho desde el punto de vista del Derecho administrativo o del Derecho constitucional, que prescinden de esa atención y manifiestan un desprecio irreflexivo hacia el Derecho consuetudinario, que sería residual « en un sistema normativo en el que la rapidez de la respuesta al dinamismo social aparece como una exigencia ineludible » (74).

---

(74) *Vid*. F. BALAGUER CALLEJON, *Fuentes del Derecho*, I, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 48. En el mismo sentido A. PREDIERI, *El sistema de fuentes del derecho*, en *La constitución española, estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 231. En contra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Que la norma consuetudinaria no goce del predicamento propio de la ley, puede atribuirse a las razones que ofrecía Gény (75) y que hoy recalcan otros autores (76), en relación con su peculiar naturaleza que requiere por lo general de alegación y prueba, pero nada tiene que ver con su falta de « rapidez ». Antes bien, hoy como ayer, la costumbre como norma responde a las exigencias sociales que la ley aun no ha contemplado, y quizás nunca llegue a contemplar, de manera que afirmar lo contrario, es tergiversar el orden de los acontecimientos, y lo que es peor, equivale a considerar con alegria suicida que la comunidad de los juristas debe sumirse en esa muchedumbre dinámica pero informe, que atiende ansiosamente las preclaras respuestas del legislador a sus necesidades.

En suma, aflora en algunas concepciones de las fuentes del Derecho un absolutismo jurídico tan atroz como ingenuo, heredero a su pesar de los peores excesos legicentristas.

Pero, hay que pensar que la realidad dista de acomodarse a esa descripción simplificadora, hasta el punto de que el papel de la costumbre, aunque modesto, más que a desaparecer, tiende por el contrario a perpetuarse.

## 5. *La costumbre en España.*

A modo de epílogo, puede resultar interesante realizar un doble examen acerca del estado de la costumbre en el Derecho español, tomando en consideración por una parte la teoria sobre la costumbre como fuente del Derecho, y por otra parte apuntando parcelas en que la costumbre mantiene cierta vitalidad.

Desde el primer punto de vista, una superficial consulta de los

---

puede decirse que una cosa es constatar la ausencia de norma consuetudinaria en el Derecho público, y otra muy distinta justificar tal ausencia o carácter residual con argumentos de índole general que son en parte falaces, dado que cualquier necesidad social tiene una primera e inmediata respuesta de hecho, cuya virtualidad normativa y eficacia, si se hace depender de su rapidez, sería indudable.

(75) *Vid. op. cit.*, n. 111, págs. 315 y ss.

(76) *Vid.* J. COMBACAU, *loc. cit.*: « ce n'est peut-être pas du fait de la faveur politique dont jouirait le deroit legiféré par rapport au droit « spontané », mais parce qu'ils ne luttent pas à armes égales, les règles qui gouvernent leur production n'assurant pas également la juridicité de l'un et de l'autre ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dos comentarios del Código civil más recientemente aparecidos,a rroja el curioso resultado de que mientras uno de ellos, obra de destacados jueces (77) define y caracteriza la costumbre de modo tal que muestra profunda huella de la teoría de Gény en lo referente a los requisitos de la norma conuetudinaria, el otro, debido a la pluma del Profesor L. Díez Picazo (78), parece decididamete proclive a abandonar esa construcción en la huella de las propuestas de F. de Castro más arriba mencionadas. Hay en esta segunda postura, además de la intención restauradora de la tradición hispana, y del respeto al texto del art. 1, 3 del Código, un cierto eco de la crítica de D. Lambert que denunciaba lo que de ficticio podía haber en la *opinio iuris*, pero sin que se piense en sustituir tal pretendido requisito por decisiones judiciales.

Hay, pues, en la doctrina civilista, como siempre hubo, unanimidad a la hora de reconocer virtualidad normativa a la costumbre, aunque perduran diferentes caracterizaciones según se pretenda o no diferenciarla en el plano teórico de los usos.

Si desde este punto de vista, pasamos a examinar la vitalidad de la costumbre en distintos campos, podría tomarse como punto de partida el trabajo de R. Altamira sobre el Derecho consuetudinario español moderno (79), que dibujaba un cuadro optimista sobre la vitalidad de la costumbre en España tanto en Derecho privado como en Derecho público, tanto en las regiones de Derecho especial como en las regiones de Derecho común, y tanto en las formas toleradas (costumbre según ley en defecto de ley), como en la forma proscrita de costumbre *contra legem*, y todo ello, a pesar de no haberse reformado el Código civil.

Tal juicio, excesivamente optimista incluso para la época, no puede sin más reproducirse hoy, porque aunque el Código civil no tenía por qué obstaculizar el desarrollo del Derecho consuetudinario

---

(77) *Vid*. J.L. Albacar Lopez y M. Martín Granizo, *Código civil, Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1991, t. I, págs. 12 y ss.

(78) *Vid*. L. Diez Picazo, en comentario al art. 1, 3 del C.c., en *Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. I, págs. 7 y ss. Así, la huella que todavía detecta el citado autor en la legislación de la distinción teórica entre usos y costumbre, pese a su equiparación en efectos, sería un posicionamiento teórico del legislador, carente de virtualidad normativa y de interés doctrinal.

(79) *Vid*. R. Altamira, *op. cit.*, pág. 272.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en la medida en que parece pensaba R. Altamira, la costumbre ha sufrido los ataques más deletéreos por el flanco que más inesperado resultaría al citado autor.

En efecto, Altamira atribuye a los juristas de los territorios de Derecho especial, encabezados por Joaquín Costa, poco menos que el salvamento del Derecho consuetudinario amenazado de muerte por la codificación, y considera casi milagrosa su supervivencia en territorios de Derecho común. La experiencia posterior no puede decirse que confirme esa apreciación, por cuanto la costumbre conserva su papel modesto pero inagotable, incluso tras la reforma del Título preliminar del Código civil, y continua regulando copropiedades de tipo germánico y una larga serie de situaciones jurídico reales atípicas, así como contratos agrarios, bajo la égida del Código civil y leyes especiales (80), mientras que en las materias regidas por los viejos y nuevos Derechos territoriales, ha sufrido avatares de resultado incierto.

Así, tras el cambio que se produjo en las relaciones entre el Código y los antiguamente llamados Derecho forales a partir del Congreso de Zaragoza de 1946, y la subsiguiente redacción de las Compilaciones, se producen algunos fenómenos llamativos a lo largo de ese proceso codificador de los Derechos forales. En primer lugar, la primera oleada de compilaciones (81) se limita a cumplir un cometido modesto, tendente a facilitar la unificación legislativa todavía mantenida como objetivo. Posteriormente, se produce en el caso de la Compilación de Galicia la singularidad de referirse a un Derecho consuetudinario y no propiamente foral, en un territorio que nunca había gozado de autonomía legislativa, y que el propio Altamira enumeraba como rico en normas consuetudinarias bajo el Código civil, lo que desemboca en la paradoja mortal para la costumbre de transmutarse en ley. Por último, las más tardías

(80) Se trata de materias en las que ya Gény consideró dificilmente sustituible la norma consuetudinaria por la norma legal, y que como demuestra la jurisprudencia del T.S. español más reciente, siguen hoy siendo terreno abonado al nacimento y aplicación de costumbres. Ni la codificación civil en su día, ni después la legislación especial emanada para foros y subforos (1926), hierbas, pastos y rastrojeras (1938), arrendamiento y aparcería (1980) entre otras, cierran el paso a su aplicación en territorios de Derecho común, antes al contrario, se muestran respetuosas.

(81) *Vid*. en tal sentido J. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 471.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compilaciones en Aragón y en Navarra establecen su propio sistema de fuentes, que incluye a la costumbre, y que en el caso de Navarra la antepone a la ley, la distingue de los usos, y privilegia la costumbre local sobre la general (82).

Este proceso, culminado en el Fuero Nuevo de Navarra de 1973, podría interpretarse como un desquite, ciertamente tardío, para las tesis derrotadas en el Congreso de juristas de 1986, pero también es posible que obedezca a la peculiar evolución del Derecho Navarro que bosqueja P. De Pablo Contreras (83). En cualquier caso, no permite deducir una revitalización de la costumbre, ya que el citado Fuero Nuevo es la más extensa y ambiciosa manifestación legislativa del Derecho civil español en los tiempos más recientes, aunque paradógjicamente se presente como supletoria de la libertad civil y de la costumbre.

Incluso, tras la entrada en vigor de la Costitución española de 1978, el debate en torno a las relaciones entre el Código civil y los Derechos especiales de determinados territorios, ha variado en su esencia, y al Derecho civil de las comunidades autónomas cuyos estatutos, al amparo del art. 149.1.8 de la Constitución, atribuyen competencias legislativas a los órganos correspondientes, en revisión y ampliación del previamente existente. Así, aunque en el ejercicio de competencias legislativas se pudiese modificar el sistema de fuentes, cosa discutible, es más que dudoso que tal posibilidad desembocase en una considerarción más favorable de la costumbre, y menos aún en una revitalización que depende en última instancia del propio cuerpo social. En suma, el parecer de R. Altamira no resultó exacto, puesto que ni la publicación del Código civil amenazó la pervivencia del Derecho consuetudinario que escapaba de su disposición derogatoria, ni impedía la génesis de nuevas normas consuetudinarias, *praeter legem*, y, por el contrario, el saldo de la evolución posterior de los Derechos especiales no resulta hoy día en su conjunto, tal vez exceptuando el Derecho Navarro, propicio para una florecimiento del Derecho consuetudinario.

En cuanto a la teorización de Gény sobre la costumbre, no cabe

---

(82) En tal sentido J.L. Lacruz Berdejo, *op. cit.*, pág. 190.

(83) *Vid*. P. de Pablo Contreras y C. Martinez de Aguirre y Aldaz, *Curso de Derecho civil navarro*, Pamplona, 1990, pág. 142.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

duda de que el sistema de fuentes del Código civil español, la anticipó bastante exactamente, sobre todo en lo que atañe a su relación con otras fuentes, en la redacción originaria, lo que explica la entusiasta acogida de que fue objeto al menos hasta la impugnación por F. de Castro de dos de sus rasgos: la *opinio iuris* como requisito, y la posibilidad de costumbre *secundum legem* (84). Por el contrario, el Fuero Nuevo de Navarra plantea un sistema de fuentes muy alejado del defendido por Gény, por más que sus comentaristas más recientes (85), expliquen la costumbre básicamente en torno a los dos elementos de *usus* y *opinio iuris* estendidos de la manera propuesta por aquel autor.

Pero ni el legislador estatal, ni el Derecho foral, ni el autonómico, con sus posibles aciertos y sus seguros yerros, pueden condicionar la actividad y el papel de los juristas en mucha mayor medida que si hubiesen guardado silencio sobre la costumbre, « como conviene a un problema de método ». El problema de la costumbre « debemos resolverlo, por consiguiente, a la luz de la razón, guiándonos por las necesidades sociales que lo influyen », palabras éstas con las que Gény (86) se aprestaba a su tarea, y que deberán presidir siempre cualquier intento honrado e inteligente en la materia. Perturbador además de inútil, sería que la ley extendiese o restringiese la aplicabilidad de la norma consuetudinaria en distinta medida de la que postuló Gény, y « quijotesco » en el peor sentido de la palabra habría de ser todo intento doctrinal de revalorizarla, anteponiéndola a la ley dispositiva. Tal intento obligaría, en sociedades del presente a legislar con carácter imperativo porque « el instrumento regulador no puede no estar dotado de abstracción y generalidad », con el consiguiente envilecimiento del « momento interpretativo » que atañe a los juristas (87).

---

(84) Lamenta la exclusión de la costumbre *secundum legem* en el Derecho civil común español, J.B. VALLET DE GOYTISOLO, siguiendo fundamentalmente a J. Costa, ya que a su juicio sirve para evitar cambios arbitrarios de la interpretación de la ley. *Vid. Metodología de las leyes*, Edersa, Madrid, 1991, pág. 536.

(85) *Vid.* P. DE PABLO CONTRERAS y C. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *op. cit.*, pág. 146 y ss.

(86) *Vid.* F. GENY, *op. cit.*, n. 112 *in fine*, pág. 323.

(87) *Vid.* P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, en *Quaderni giorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 17 (1988), págs. 524 y 525.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MIGUEL REALE

# GÉNY NA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

1. Condições propícias, no Brasil, à recepção do pensamento de Gény. — 2. O naturalismo de Pontes de Miranda em confronto com o « irredutível Direito Natural ». — 3. Carlos Maximiliano tenta harmonizar Gény com Saleilles. — 4. O pensamento jurídico de Gény numa compreensão culturalista.

1. O pensamento jurídico de François Gény, tão renovador e abrangente, repercutiu em múltiplas direções na cultura jurídica brasileira, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial. Abstração feita do valor intrínseco de sua obra, vários fatores operaram em sentido favorável a essa recepção doutrinária, a qual se estendeu até mesmo ao plano de legislação.

Para compreender-se melhor a repercussão da obra de Gény no Brasil, é necessário, preliminarmente, tecer algumas consideracões de ordem geral sobre a situação da Ciência Jurídica em nosso país, que, nas últimas décadas do século passado e nas primeiras do atual, se dividia entre duas correntes teóricas de marcado antagonismo, uma fiel à tradição do Jusnaturalismo de fonte tomista, e outra sob a influência direta da Filosofia Positiva, entendido este termo em sentido lato, pois seria errôneo afirmar, como frequentemente se diz, que imperava então no Brasil a tradição comteana. Na realidade, a influência de Augusto Comte, apesar de muito ligada ao advento do regime republicano, por ser dominante no meio militar, desenvolveu-se, no Brasil, em correlação concomitante com as diretrizes do evolucionismo spenceriano, do monismo kaekeliano, bem como dos ensinamentos metodolólogicos de Stuart Mill, tudo tendo como referencial a profunda alteração produzida nas ciências sociais pela idéia matriz de *evolucão* introduzida por Darwin no plano biológico, espraiando-se por todos os domínios da cultura.

Poder-se-ia dizer que a *intelligentia* jurídica brasileira corres-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pondeu, no período histórico supra lembrado, à que prevaleceu na Itália, na mesma época, sob a influência, na Filosofia Geral, por exemplo, de um Ardigò, e, na Filosofia Jurídica, a do positivismo jurídico, *lato sensu*, que se estende desde a posição mais ortodoxa de Fragapane até o magistério de Icilio Vanni, cujo pensamento já albergava certos valores do criticismo, ponte de passagem para a posição neokantiana de Del Vecchio.

Todavia, não obstante a contraposição de ordem metodológica, notadamente quanto à preferência dada à indução como instrumento por excelência das pesquisas sociológicas e sociológico-jurídicas, os nossos adeptos da Filosofia Positiva mostraram-se, em geral, sensíveis a exigências éticas não redutíveis ao sistema da legislação positiva. Bastará lembrar, nesse sentido, a evolução operada no pensamento de Tobias Barreto, no Norte, e de Pedro Lessa, no Sul do país. Enquanto o primeiro superava seu primitivo « horror à Metafísica », acolhendo-a no plano gnoseológico, sob o influxo de idéias neo-kantianas, afirmando que, « se não há um Direito Natural, há uma lei natural do Direito », já o segundo, após polemizar com os adéptos de comtismo ortodoxo, acabava não vendo incompatibilidade entre um Direito Natural, desvencilhado de pressupostos teológicos, e seu entusiasmo pela Lógica de Stuart Mill, o que o levara a distinguir entre a Ciência Jurídica, considerada de base indutiva e de cunho sociológico, e a Dogmática Jurídica, prevalecentemente dedutiva e subordinada àquela (1).

2. Nesse clima cultural, é compreensível a simpatia com que, em ambos os campos em conflito, ou seja, por « jusnaturalistas » e « naturalistas », foram recebidas as meditações de François Gény, indiscutivelmente um jusfilósofo e teórico do Direito que se distinguia por sua serena visão complementar dos valores do « irredutível Direito Natural » e das contribuições positivas da Escola de Exegese, bem como da Escola Histórica.

A obra de Gény surgiu, pois, como uma diretriz adequada, por tentar conciliar, sem rupturas arriscadas, o que havia de vivo na

(1) Sob esses pontos, v. Miguel REALE, *Filosofia em São Paulo*, 2ª ed., São Paulo, 1976, pags. 149 segs.; *Horizontes do Direito e de História*, 2ª ed., São Paulo, 1977, págs. 215 e segs.; e *Nova Fase do Direito Moderno*, São Paulo, 1990, págs. 181 e segs.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grande herença jurídica do século XIX com a necessidade por todos sentida de atender aos valores éticos, sociais e históricos supervenientes.

Devemos, com efeito, reconhecer que as contribuições de Gény antecederam às da Jurisprudência de Interesses, abrindo claros caminhos a uma nova compreensão das fontes do Direito, o que importava em alterações substanciais no que se refere à sua interpretação e aplicação. Nenhum jusfilósofo da época demonstrou ser tão preciso ao determinar a correlação essencial entre a crise do Direito e a de suas fontes, mantendo, todavia, uma posição de prudente equilíbrio que somente um estudo superficial ou prevenido poderá apodar de conservantismo.

Senhor das técnicas mais apuradas da Jurisprudência dos Conceitos, e reconhecendo quanto seria prejudicial o olvido dos valores teóricos com que ela enriquecera o mundo jurídico, Gény se colocava em posição sobranceira àquela « ventania romântica », que, conforme já foi dito por ilustre historiador itálico, sacudira a milenar árvore do Direito, ameaçando-a desde as raizes, que não podem deixar de ser normativas, por mais que recebam influxos de ordem factual ou axiológica, ao longo das conjunturas históricas.

Lembrada essa correlação entre o sentido da obra de Gény e os anseios da cultura jurídica brasileira na época em que ele veio elaborando seu pensamento renovador, já estamos em condição de proceder a uma análise, embora preliminar, de sua repercussão nas produções mais representativas de nosso saber jurídico.

3. Foi a partir do 1º após guerra que houve mais significativos contatos entre Gény e os juristas brasileiros, a começar por Pontes de Miranda e Carlos Maximiliano, cada um deles assinalando formas distintas de compreensão.

O grande jurisconsulto Pontes de Miranda, não obstante o largo emprego das categorias jurídicas vigentes na Pandectística alemã, não conseguiu jamais se libertar dos pressupostos do cientificismo naturalistas que desde o início inspiram sua poderosa obra que culmina nos surpreendentes sessenta volumes de seu *Tratado de Direito Privado*, síntese de todas as suas produções anteriores.

Pois bem, foi, em 1922 — quando o Brasil comemorava o 1º centenário de sua independôncia política — que Pontes de Miranda

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

publicou seu famoso *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, fazendo minucioso levantamento dos jusfilósofos e juristas mais representativos das cinco décadas anteriores, sempre com oportunas remissões aos grandes mestres do passado.

Dada a sua formação positivista, já então sob a influxo do empiriocriticismo de Mach e Avenarius, o que mais atrai a atenção de Pontes de Miranda na obra de Gény são as suas colocações no plano da técnica jurídica. Concebendo o Direito como expressão de constantes processos de adaptação social visando a fins práticos, numa correlação essencial entre o factual e o normativo, obediente a pressões vitais, Pontes não concorda com a distinção de Gény entre o « dado » e o « construido », em sua tentativa de conciliar, diz ele, « o elemento racional, em que domina a ciência, e outro artificial, em que prima a vontade », fazendo ele remissão à pág. 21 do Vol. II de *Science et technique en droit privé positif*, publicado no ano anterior (2).

Enquanto Gény sustenta que a técnica « desempenha o papel mais notável na formação e no desenvolvimento efetivo do Direito », Pontes, sem contestar as exigências ordenadoras da prática, dá maior ênfase aos resultados imanentes ao processo social, resultante de fatores biológicos, econômicos, psicológicos e históricos, considerando excessivo o « voluntarismo » do jurista francês. Efetivamente, este sublinha que a técnica jurídica, enquanto « forma oposta à matéria », se caracteriza « essencialmente como construção, largamente artificial, do dado, obra da ação mais que da inteligôncia, na qual a vontade do jurista se possa mover livremente, dirigida tão somente pelo fim predeterminado da organização jurídica que sugere os meios de sua própria realização » (3).

Não obstante a importância por ele atribuida ao conhecimento científico, Pontes de Miranda condena em Gény a função atribuida aos elementos intelectuais nos artifícios da Jurisprudôncia, manten-

---

(2) Nesse tópico, GENY declara tratar-se de « uma distinção de importância capital », mas convem precisar que ele diz, mais propriamente, que no elemento racional « régne *principalement* la connaissance », o que já demonstra a cautela com que ele estabelece suas distinções, fundadas, segundo o conhecido critério de Francis BACON, mais sobre elementos dominantes do que sobre características absolutas.

(3) *Science et Technique*, pág. 23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

do-se fiel à sua tese fundamental de que a cultura transforma o Direito, mas este continua sendo fundamentalmente um fenômeno natural sujeito à lei universal da adaptação, que é de ordem biológica em se tratando da experiôncia jurídica.

Foi essa, penso eu, a primeira crítica de fundo no Brasil à teoria de Gény, tendo Pontes o cuidado de situar seu pensamento perante o do mestre de Nancy. Não será demais transcrever o tópico em que ele aponta esse contraste, o que demonstra a relevância atribuida à distinção de Gény entre « ciência » e « técnica ». Eis as suas afirmações:

> « Nas consequências, extremam-se a concepção de Gény e a nossa:
> 1. A de Gény, em detrimento da ciência, exalta a técnica, atribue-lhe importância preponderante, e reduz as fontes formais do direito a simples processos técnicos, sem tirar às construções artificiais o alicerce indispensável da ciência e da crença. A noção de técnica é metafísica: representa, diz ele, no conjunto do direito positivo, a forma oposta à matéria (distinção escolástica, fundada em Aristóteles) e tal forma consiste essencialmente em construção, largamente artificial, do *dado*, mais obra de ação do que de inteligência, em que a vontade do jurista se possa mover livremente, somente dirigida pelo fim predeterminado da organização jurídica que sugere os meios da sua realização.
> 2. A nossa: atende a que a noção do conhecimento é mais vasta do que a de racional e, por outro lado, a de racional mais extensa que aquella; não há, conseguintemente, *correlação*; considera próprio da ciência teorética o indicativo, da prática o imperativo (regras jurídicas), e técnico o meio para conseguir o imperativo e para a execução dele (sem que nos esqueça a técnica da ciência teorética, para a elaboração do próprio conhecimento científico ou descritivo); tem o conhecimento e a técnica como progressivamente aperfeiçoáveis, à proporção que se insere nos atos da ciência e da técnica a investigação consciente e metódica » (4).

No que se refere a essas ponderações de Pontes de Miranda, ressalvando sua posição pessoal situada nos quadros de um naturalismo jurídico integral, nada tenho a observar, a não ser que o « donné », na concepção de Gény, não se limita ao racional, tendo ele sido, aliás, criticado por conceber o dado como « matière de science et de croyance », quando abrange também o « *donné historique* » e o « *donné ideal* », cuja base me parece ser genericamente

(4) *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, cit., Vol. II, págs. 243 e seg. Note-se que, escrevendo em 1922, PONTES DE MIRANDA não podia fazer alusão a uma série de abrandamentos com que GENY veio a precisar melhor o papel do « *construit* », à luz do Direito Natural, no IV volume de *Science et Technique*, publicado em 1924.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ética, implicando Direito Natural segundo os pressupostos que lhe parecem irredutíveis. Voltarei, oportunamente, ao exame da distinção fundamental de Gény entre *donné* e *construit*, ciência e técnica.

Por ora, cabe-me salientar que a divergência entre Gény e Pontes é de ordem mais geral, como o demonstram as reservas feitas à sua « elaboração científica », acusada de basear-se em uma « teoria mesclada de racionalismo e de intuicionismo, escolástica e pragmatista », aceitando, assim, a crítica de Georges Davy, a que Gény se refere especialmente no prefácio ao IV tomo supra lembrado de sua obra capital (5).

Posta a questão nesses termos, era impossível a Pontes de Miranda, por sua própria « forma mentis » de naturalista convicto, penetrar nas *nuances* do pensamento de Gény, onde as distinções teóricas não obedecem a cortes lógico-formais rígidos, por ter ele em conta mais as características dominantes do que separações radicalmente concebidas, o que explica as sucessivas revisões de suas posições doutrinárias, muito embora sem abandono de suas teses essenciais, que não padecem do horror positivista à Metafísica, tendo sempre presente o que há de plástico e variável na vida jurídica.

É claro que o contraste entre Pontes e Gény abrange também os problemas hermenêuticos, por não admitir aquele uma dicotomia entre elaboração da regra de direito e sua interpretação, entendendo que esta — dada a gênese das normas a partir de exigências factuais — as acompanha desde a sua origem até suas consequências. É curioso, todavia, advertir que, em sua obra dogmática, Pontes, com certa contradição, quase que se limita a exegeses normatives, pondo entre parênteses os tão decantados « pressupostos fáticos »... Isto não obstante, Pontes não deixa de reconhecer os méritos da « libre recherche du droit » na investigação científica, concordando com Gény na crítica ao « positivismo jurídico », termo por ele empregado em sentido estrito para indicar a concepção baseada apenas na interpretação e aplicação da legislação positiva do Estado, sem lacunas, segundo « o dogma da integridade da ordem jurídica positiva » (6). Quanto à necessidade de recorrer a elementos socio-

(5) Cf. *Sistema de Ciência Positiva*, Vol. II, págs. 356 e seg.

(6) Cf. *Sistema*, cit., Vol. I, págs. 325 e 336.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lógicos para preencher o vazio de legislação há convergôncia de opinião entre os dois jurisconsultos.

4. Bem mais compreensiva da posição de Gény é a abordagem feita por Carlos Maxilimiano em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, cuja 1º edição é de 1924, e que, através de sucessivas edições, ainda continua sendo a melhor contribuição brasileira no que tange à interpretação do Direito.

De formação germânica, entende Carlos Maximiliano que a influência da cultura jurídica alemã revela-se em cada página dos escritos de Gény ou de Saleilles, o que me parece excessivo, não sendo demais salientar, como o faço em *Nova Fase do Direito Moderno*, que no concernente ao tema da nova exegese, Gény ocupa uma posição pioneira — não obstante a influência recebida de mestres germânicos — sendo central em seu pensamento a problemática das fontes do direito (7).

Abstração feita, porém, dessa questão, o certo é que o livro fundamental de Carlos Maximiliano reflete constante meditação das principais teses hermenêuticas de Gény, como se pode perceber pela seguinte enumeração:

*a*) a compreensão da *regula iuris* como um ente « de natureza elástica e dutil », às vezes dissimulando, debaixo do invólucro fixo e inalterado, « pensamentos diversos, infinitamente variegados e sem consistência real », fazendo, nesse ponto, remissão a *Science et Technique*, 1914, Vol. I, pág. 150-151;

*b*) a não aceitação da *Freie Rechtifindung* de Ehrlich, com seu despreso pela hermenêutica, preferindo a orientação de Gény quanto à impossibilidade de não se atender aos mandamentos legais, mas indo além de seu aspecto formal a fim de « tirar da fórmula legal tudo que na mesma se contem implícita e explicitamente » (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10º edição, Rio de Janeiro, 1988, págs. 61 e 111);

*c*) a compreensão conjugada dos vários processos hermenêuticos, o que não significa que deva ser simultânea, visto como é a

(7) V. Miguel Reale, *Nova Fase do Direito Moderno*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, pág. 105.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

natureza de cada caso que indica qual é a forma de compreensão mais adequada (*Op. cit.*, pág. 127);

*d*) à necessidade de sempre se atentar para a conexidade existente entre os dispositivos legais que versam sobre a mesma espécie, bem como para « o complexo das idéias dominantes na época », donde a relevância para a Jurisprudôncia do « elemento histórico » (entendido em sentido sociológico ou cultural), assim como do Direito Comparado (*Op. cit.*, pág. 129, 133 e 103).

Cabe, todavia, observar que Carlos Maximiliano não aceita a fidelidade de Gény aos métodos tradicionais da Jurisprudência dos Conceitos, inclusive no tocante ao valor dado à « intenção do legislador », para, somente à vista de sua insuficiência, poder o intérprete recorrer à livre pesquisa do Direito. Nesse ponto, a posição do jurista pátrio achega-se mais à compreensão histórico-evolutiva de A. Saleilles quando este substitui a divisa de Gény, inspirada em Jhering: « *Pelo Código Civil, mas além do Código Civil* » — por esta outra: « *Além do Código Civil, mas pelo Código Civil* » (8).

Parece ao jurista brasileiro, que foi um dos mais ilustres Ministros de nosso Supremo Tribunal Federal, que há certo artificialismo na pretensão de Gény ao fazer « tabula rasa » da evolução operada no processo hermenêutico a partir do segundo Jhering, para voltar-se à submissão inicial do intérprete ao texto legal, ainda sob o impacto do *Code Napoleon*. Mais acertada lhe parece a orientação de Saleilles no sentido de uma hermenêutica histórico-evolutiva, mas com o reconhecimento — e esta me parece a sua posição mais original — de sua insuficiência, dando lugar ao apelo final a todas as técnicas intrepretativas que compõem a *libre recherche* de Gény.

Por outras palavras, Carlos Maximiliano prefere, de início, captar o sentido do complexo da legislação em seu sentido histórico-evolutivo, admitindo que, em complemento, sejam preenchidas as lacunas do texto « por meio da analogia e de *outros recursos defensáveis em toda linha* » (*sic*). Opta, pois, por uma conciliação entre os pontos de vista de Gény e de Saleilles, o que me parece plausível, pois nunca me convenceu o intento do primeiro de preservar por inteiro a validade dos processos consagrados pela Escola da Exe-

(8) Carlos MAXIMILIANO, *op. cit.*, pág. 71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gese, objeto de críticas inamovíveis e salutares, como as desenvolvidas, entre muitos, por Windischeid e Wach, e que tiveram em Ferrara o mais ilustre representante peninsular.

5. Não me parece necessário fazer referência a sucessivos estudos de Teoria General do Direito, a maior parte de carater didático, que expuseram, no Brasil, com objetividade os pontos capitais do pensamento de Gény, merecendo lembrança a crítica, até certo ponto irônica de Wilson de Sousa Batalha, ao dizer que Gény teria reduzido o Direito Natural ao mínimo possível, a fim de torná-lo irredutível...

Na realidade, o que o mestre francês fez não foi senão volver às fontes originais do pensamento tomista, em cujo ambiente o *ius naturale* cuida apenas dos primeiros princípios, deixando à *lex humana* a especificação ou particularização dos mandamentos universais em número bem reduzido. Com isso ele corrigia, não apenas os exageros do jusnaturalismo racionalista pós-renascentista, duplicata inútil do Direito Positivo, mas também a persistência de subordinar à denominação genérica de *Direito Natural* — como era ainda o caso, por exemplo, de Krause e de seu discípulo Ahrens — um sistema de princípios universais de Filosofia do Direito em conexão com princípios ou diretrizes de Teoria Geral do Direito. Nesse sentido, a preocupação de Gény, sempre cioso de preservar o campo do *construit* perante o campo do *donné* — distinção esta ditada por sua preocupação de rigor epistemológico — teve o efeito indireto de pôr termo à persistente sinonimia, sobretudo nos textos de inspiração escolástica, entre Filosofia do Direito e Direito Natural.

Voltando, porém, ao estudo da experiência jurídica brasileira, parece-me que, muito embora não se possa attribuí-la exclusivamente à influência de Gany, a ele se deve, em grande parte, a significativa revisão operada em nossa legislação positiva, quando, em 1942, se procedeu à reforma da Lei de Introdução ao Código Civil.

Afigura-se-me de inegável inspiração genyniana, ainda que parcial, o disposto no Art. 4º que assim dispõe:

> « Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Em um país, onde imperava desmedido apego ao texto legal, que se entendia capaz de dar resposta a todos os fatos emergentes na vida social, o reconhecimento explícito de lacunas na legislação positiva, tinha uma importância decisiva, sobretudo quando se voltava a reconhecer o costume como fonte geral do Direito. Bastará dizer que o último artigo do Código Civil brasileiro, promulgado em 1916, declarava revogados os « usos e costumes concernentes à matéria de Direito Civil », somente admitindo o Direito consuetudinário em matiéra não disciplinada pelo Código. Desse modo, praticamente só se admitia a fonte costumeira em matéria comercial.

6. Finalmente, seja-me lícito manifestar como, ao longo de meus estudos filosófico-jurídicos, me situei perante o pensamento de Gény, por mim interpretado em sentido, por assim dizer, culturalista.

Foi no fim da década de 1930 que dei maior atenção às contribuições do Mestre de Nancy, sobretudo cotejando-as com as de seus dois grandes compatriotas, Leon Duguit e Maurice Hauriou. A rigor, esse estudo deu-se num quadro mais amplo, atendendo ao propósito de, não digo classificar, mas pelo menos correlacionar melhor as teorias fundamentais que haviam surgido do último quartel do século passado até o « primeiro após-guerra », isto é, come resultado da crítica movida à Dogmática Conceitual e ao positivismo jurídicos que lhe correspondia.

Pareceu-me necessário, nessa primeira tentativa de « ordenar os estudos », adotar certo critério de referência, parecendo-me adequado verificar o papel desempenhado pelos elementos *empíricos (fato) axiológicos (valor)* e *técnicos (norma)* em cada uma das maiores concepções filosófico-jurídicas em contraste, dando, desse modo, uma aplicação mais ampla à « divisão tripartida », de prevalecente cunho didático que prevalecia no ensino da Filosofia do Direito, na Itália, desde o exemplo de Icílio Vanni, seguido por Giorgio Del Vecchio e Adolfo Ravà, em suas conhecidas *lições* sobre a matéria.

Observava, por outro lado, que nessa divisão tripartida, até então de uso apenas didático, havia algo mais a ser objeto de estudo, pois ao *fato* correspondia o problema da *eficácia*; ao *valor*, o problema do *fundamento*, e, finalmente, à *norma* correspondia o tema de *validade*. Eis aí a raiz de minhas primeiras meditações que, através

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de renovadas pesquisas, me iriam conduzir à *teoria tridimensional do Direito*, que somente surge como tal com a idéia básica da *dialeticidade* dos três apontados elementos, o que implicou, naturalmente, em novo enfoque do probolema do valor e da norma, até então concebidos como aspectos distintos de um *objeto ideal*, tal como ainda prevalecia nas posições axiológico-idealistas de Ernst Cassirer, Max Scheler e Nicolai Hartmann (9).

Perguntar-se-à por qual motivo estou relembrando a gênese de minhas cogitações, mas — e aqui fica um dado auto-biográfico — é que as colocações correlatas de Gény entre *donné* e *construit* e *science* e *technique*, contribuiram a fortalecer em meu espírito a necessidade de proceder-se a um estudo da realidade jurídica dotado, ao mesmo tempo, de *integralidade* (repulsa a toda e qualquer forma de reducionismo) e de *distinções essenciais*, evitando-se, assim, a perda do fino lavor conceitual e hermenêutico legado por exegetas e pandectistas.

Pois bem, foi em meu livro *Fundamentos do Direito*, que é de 1940, que, ao formar ao lado daqueles que, como Gustavo Radbruch e Emil Lask, procuravam atingir — através de diversas formas de coordenação e composição de elementos fatuais, axiológicos e normativos — *uma visão integral do Direito*, superando o unilateralismo normativo de Kelsen ou o sociologismo de Duguit, ou mesmo a composição binada de Jellinek (fato-normativo) ou de Hauriou (fato-idéia), me pareceu que François Gény, embora por outros caminhos, visava ao mesmo objetivo.

É claro que no espírito do compatriota de Descartes pesou a preocupação por idéias claras e distintas, levando-o a optar pelos dois já apontados esquemas epistemológicos capazes de, por si mesmos, se imporem à razão, mas não recebi tais critérios distintivos como processos abstratos e estanques, mas antes como duas posições do espírito em vias de correlação e de auto-distinção recíproca.

---

(9) Sobre essas e outras características de meu pensamento, em confronto, por exemplo, com de Gustav RADBRUCH e Wilhem SAUER, v. Miguel REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 4º ed., reestruturada, São Paulo, 1986. Cfr., outrossim, *O Direito como Experiência*, São Paulo, 1968, com tradução italiana, prefaciado por Domenico COCCOPALMERIO, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quem analisa cuidadosamente a obra fundamental de Gény não pode deixar de ser testemunha de seu constante esforço de atribuir ao *donné* o que lhe cabe e ao *construit* o que lhe toca, sempre sem o propósito de cavar um abismo entre ambos: no fundo, sempre me pareceu que esses elementos subentendem uma co-implicação essencial, visto como só se pode falar em « dado » *para* um « construido », e em « construido » resultante de um « dado », e vista a variegada concepção do « donné » em versões distintas, a *natural*, a *histórica*, a *racional* e a *ideal*.

Objetou-se com certa afoiteza, invocando-se ensinamentos da moderna Epistemologia, que não existe fato natural bruto, visto como todo fato já pressupõe noções anteriores que lhe condicionam e dimensionam a percepção, assim como se proclamou, com os mestres da fenomenologia, que todo conhecimento já envolve certa noção do perguntado. Mas o fato de Gény ter-se referido a « *dado histórico* » è sinal que ele jamais teve em vista, no processo da compreensão jurídica global, partir de dados primeiros ou originariamente puros, anteriormente não postos ou propostos, pois não podemos recusar a um espírito tão lúcido o desconhecimento de que o histórico já é da per si um construido. O que Gény quer dizer é, no meu entender, bem outra coisa, ou seja, que toda construção jurídica *qua talis* (cada momento, em suma, do incessante processo de investigação e elaboração técnica) *pressupõe sempre « donnés » como pressupostos da indagação e da construção*, muito embora esses « donnés », como os históricos, já possam ser o resultado de uma construção técnica anterior. Nicolai Hartmann dirá, depois, até com certo exagero, que a obra criada, o « construit », uma vez exteriorizada ou objetivizada (e não somente objetivada) torna-se um *corpum mortuum*, um obstáculo contraposto a seu próprio criador.

Ora, Gény, que jamais pretendeu ser filósofo, teve ciôncia intuitiva desse sucessivo alternar-se de *donnés* e *construits* que, no seu todo, representa o processo interminável da cultura, pois o que ele quer é que o que se tornou *história* seja respeitado como um *dado* por quem (legislador ou jurista) esteja *construindo* novas normas: « o que chamo dado histórico, afirma ele, são as práticas acumuladas ao longo dos séculos, servindo de alicerce sólido às regras que nelas se

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contem » (10). Concepção conservadora, talvez, mas concepção histórica da experiôncia jurídica.

Daí afirmar eu que não tomei as referidas distinções de Gény como esquemas analíticos vazios e estáticos, mas sim como critérios plásticos e entre si correlacionados no universo dinâmico da cultura. A minha foi, e continua sendo, até certo punto, uma *interpretação culturalista* do pensamento de Gény, fazendo « pendant », mas em bem diverso sentido, à Antropologia cultural de Lévy-Strauss, onde o *cru* e o *cuit* adquirem uma valência dialética que inexiste nas páginas sempre revistas de *Science et Téchnique*.

Compreende-se, por tais motivos, a razão pela qual Gény sofreu duas ordens de críticas contraditórias: acusado, por um lado, de pretender inferir artificialmente, de reduzido número de noções triviais do senso comum (o « irredutível Direito natural ») todo o magestoso edifício de suas elaborações técnicas; e acusado de dar importância excessiva à Técnnica em detrimento da Ciôncia, a começar pela ciência dos primeiros princípos ontólogicos e éticos considerados na plenitude de seu conteudo e alcance.

Gény deu-se bem conta dessas críticas, não apenas no Prefácio ao IV Vol. de *Science et Téchnique*, mas sobretudo, bem mais tarde, no artigo esclarecedor publicado, em 1931, nos *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, já referido, verdadeiro *mise-au-point* de seus propósitos e do que pensara ter efetivamente elaborado ao longo de sua operosa existência, como saliento em minha *Filosofia do Direito* (11).

7. Para que se não afirme que essa interpretação culturalista do pensamento de Gény paira na generalidade, passo a dar breves exemplos concretos.

Em primeiro lugar, posta em cotejo com a temática das fontes do Direito, até então reinante, o jurista francês, longe de recusar-lhe validade, procede, como è de seu feitio, a uma mudança de atitude diante do problema: ao invés de situar-se *dentro do sistema legal* —

---

(10) V. GENY, *La notion de droit en France*, em *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie Juridique*, 1931, 1-2, pág. 30.

(11) V. Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, 14º ed., 1990, São Paulo, pág. 431, n. 15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

atitude própria da Escola da Exegese — situo-se fora dele, para indagar se era possível ao cientista do Direito continuar a considerá-lo logicamente pleno e auto-suficiente, ou, se, ao contrário, não lhe era necessário verificar o valor complementar dos mandamentos jurídicos emanados dos *costumes*, uma fonte legal esquecida, apesar das originárias exaltações da Escola Histórica, cujos adeptos haviam acabado se conformando com estudos sobre « os precedentes históricos dos atos legislativos »... Ao lado dos costumes, via, outrossim, o mundo dos *princípios*, a um só tempo *racionais e ideais*, desafiando a livre pesquisa das exigências normativas a partir das conquistas das ciências sociais e históricas. Essa constitui, sem sombra de dúvida, uma *atitude metodológica de cunho cultural*.

Se, por outro lado, se propunha um problema hermenêutico, jamais se contentou com o estudo isolado do texto legal ao qual a hipótese se subsumia, mas, para completar-lhe o entendimento, mandava que se levasse em conta também o determinado, em primeiro lugar, pelas *normas legais congêneres*, para, em seguida, ter presente o *ordenamento jurídico em seu conjunto*, levando às últimas consequências o ensinamento de Portalis, no Código Civil, de que os dispositivos legais se interpretam uns pelos outros. Sempre, pois, uma compreensão integral e abrangente, na qual o preceito normativo não é visto como dado lógico « a se », mas como algo cujo significado atual e real depende da conjuntura histórico-cultural em que se situa.

Se passarmos, depois, à análise de um problema particular, como, por exemplo, a perda da validade da lei pelo desuso, ao invés de limitar-se a discussões abstratas sobre a matéria, Gény prefere situá-la em função do conjunto da organização social, propondo uma série de hipóteses, somente suscetíveis de soluções « in concreto ».

Essa é a nota dominante de sua pesquisa, sempre procurando harmonizar as exigôncias empíricas com imperativos éticos, até o ponto de pretender salvar o ponto de vista do « *positivismo jurídico real* », isto é, baseado tão somente nos fatos: « ele poderia ser facilmente retificado e completado de algum modo, declara Gény, mediante uma intuição profunda, que, instalando-se, na medida do possível, no coração da realidade, para captar-se o sentido da mudança (*la mouvance*) souber unir os processos racionais à obser-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vação dos fatos e penetrar nos mistérios da natureza moral, a fim de dela melhor extrair as normas » (12).

Quem colocava assim os problemas não podia ter uma concepção do Direito Natural como simples idéia pura, mas como « realidade moral, reconhecida como tal pela consciência » (13), ou, diríamos hoje, após longa experiência axiológica, como irrenunciável exigência primordial revelada quando se focaliza a massa histórica das realizações jurídicas segundo o valor da Justiça.

(12) *Archives*, cit., 1931, págs. 15 e seg.
(13) *Archives*, cit., pág. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIETRO COSTA

# L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE: FRANÇOIS GÉNY E LA CULTURA GIURIDICA ITALIANA FRA OTTOCENTO E NOVECENTO

## 1. *Avvertenza preliminare.*

La teoria (o 'dottrina') dell'interpretazione della legge è il problema che mi accingo ad affrontare: un problema, per un verso, tanto familiare ad ogni giurista da non richiedere alcuna prolissa introduzione, ma, per un altro verso, così diffusamente presente nella cultura (e nella pratica) giuridica da costringere lo storico a introdurre drastici criteri di selezione del materiale (1).

Nel mio caso, il principale criterio di selezione è dato ovviamente dall'angolo visuale esplicitato nel titolo, ma esso deve essere ulteriormente precisato per non generare nel lettore aspettative destinate ad essere rapidamente deluse.

Non mi propongo una comprensione complessiva di Gény (sia pure in rapporto al tema prescelto): occorrerebbe per questo prendere sul serio i rinvii, di cui abbondano le opere del giurista francese, alle filosofie di diversa ispirazione così come allargare l'analisi del testo alla comprensione della tradizione (soprattutto civilistica) rispetto alla quale Gény prende posizione.

Non mi propongo nemmeno una ricostruzione analitica della teoria dell'interpretazione nella cultura giuridica italiana: occorre-

(1) Un'interessante analisi dell'interpretazione giuridica nel quadro del dibattito ermeneutico contemporaneo è svolta da G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990. Problemi di storia e teoria dell'interpretazione giuridica sono affrontati da D. FARIAS, *Interpretazione e logica*, Milano, Giuffrè, 1990; una sintesi notevole per ampiezza e rigore è offerta da G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rebbe per questo dilatare lo spettro tematico (e la stessa orchestrazione del materiale) oltre i limiti permessi dal presente saggio.

Non mi propongo infine di seguire la 'fortuna' di Gény in Italia: almeno se con questa espressione si voglia intendere la registrazione delle puntuali prese di posizione dell'uno o dell'altro giurista italiano di fronte all'opera del giurista francese (2); non perché le citazioni, i richiami, le adesioni, le contrapposizioni facciano difetto, ma perché la loro semplice giustapposizione non renderebbe giustizia all'importanza del problema (dei problemi) che Gény (certo non da solo: valga per tutti il nome di Kantorowicz, pur esso così frequentemente invocato) ha contribuito a porre all'ordine del giorno del dibattito giuridico (anche) italiano.

Il mio obiettivo è allora quello di delineare una mappa dei problemi che intorno alla tematica ermeneutica si vengono delineando, in Gény *e* nella coeva cultura giuridica italiana (3): non per stabilire inverosimili nessi di causa ed effetto, non per ipotizzare filiazioni semplici là dove invece operano tradizioni culturali aperte di necessità a svariatissime sollecitazioni, ma solo per cogliere, in testi (e contesti) diversi, l'affiorare di problemi (non necessariamente di soluzioni) non dissimili, in un approccio che, senza voler insistere prolissamente su convergenze e differenze, affidi l'onere della comparazione, per così dire, alle cose stesse.

## 2. *Gény: il 'metodo tradizionale' e le risorse dell'interpretazione.*

Il tema dell'interpretazione della legge si presta molto bene a cogliere quella che è, a mio avviso, una delle principali 'cifre' del primo (e forse più rilevante) *magnum opus* di Gény, la *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*. Esso non è infatti un tema

(2) Non intendo nemmeno percorrere l'itinerario inverso: anche se sarebbe certo possibile, e non privo di interesse, studiare l'eventuale influenza di autori italiani non tanto sulla prima quanto sulla seconda edizione ampliata della *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932 $^{2}$, voll. I e II (d'ora in avanti menzionati come *Meth 1* e *Meth 2*): dove Gény esplicitamente si riferisce a non pochi giuristi italiani variamente consenzienti o dissenzienti con la sua impostazione. Cfr. ad es. *Meth I*, pp. IX-X.

(3) Per la vicenda teorico-giuridica italiana del Novecento è fondamentale A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 1974.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

importante accanto ad altri e non è nemmeno il punto di arrivo e la destinazione di senso dell'argomentazione complessiva; è piuttosto il punto di partenza e la pietra dello scandalo, costituendo il pernio di quella tradizione oltre la quale (e contro la quale) Gény tenta di sospingere la cultura giuridica: se esso è per il nostro autore il tema-chiave della tradizione, proprio per questo esso richiede uno sforzo di comprensione che, nel momento in cui ne approfondisce criticamente le valenze, fonda la possibilità di un'alternativa.

L'esigenza dell'alternativa non è affidata semplicemente ai contenuti e ai risultati dell'una o dell'altra argomentazione, ma incide sulla stessa struttura dell'opera, diviene strumento, pur nella costante pacatezza del ragionare, dell'autocomprensione dell'autore nell'alveo della civilistica francese: da una parte il tempo, le ragioni, lo stile « de la méthode traditionnelle », dall'altra parte l'affiorare dei problemi non risolti, delle inquietudini, delle spinte innovative, infine il maturare di una proposta che non vuole essere l'affinamento di un metodo di lavoro ormai consolidato, ma una sostanziale alternativa ad esso.

La data, conclusiva del secolo, della prima edizione della *Méthode d'interpretation* è, da questo punto di vista, per così dire, simbolica: si vengono a concludere idealmente, o comunque ricevono in quell'opera una sistemazione comprensiva, le due principali fasi della cultura giuridica francese (e non solo francese) dell'Ottocento. La definizione di metodo e di oggetto che la civilistica francese aveva dato del proprio sapere almeno fino agli anni Ottanta si trova infatti efficacemente descritta, analizzata in controluce, commentata criticamente nella *pars destruens* dell'opera di Gény, mentre i fermenti innovativi e le tensioni variamente espresse nelle ultime decadi del secolo trovano in quell'opera un' organica sistemazione e una robusta orchestrazione.

Quanto alla rappresentazione di quello che Gény chiama 'il metodo tradizionale', vorrei sottolinearne l'importanza esplicitando un'impressione e richiamando l'attenzione su un dato innegabile.

L'impressione è che il nostro autore non tanto 'descriva', quanto 'istituisca' quel metodo. Non intendo dire che Gény 'inventi' la tradizione, immagini una cultura giuridica che non era mai effettivamente esistita con le caratteristiche ad essa attribuite e la collochi in quel di Francia fra il primo ed il terzo Napoleone. Intendo dire

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che mai il metodo, i presupposti, lo stile argomentativo adottati dal sapere giuridico nell'età della codificazione erano stati esplicitati con pari chiarezza ed esaustività dai protagonisti stessi di quel sapere: quasi che la trasparenza del metodo e dell'oggetto del sapere si rendesse accessibile più compiutamente a chi, preparando un'alternativa, se ne distaccava, che non a chi si muoveva da sempre entro quell'orizzonte.

Il dato che a me sembra innegabile è l'effetto di lunga durata che la *pars destruens* della *Méthode d'interpretation* ha indotto nella cultura (e nella storiografia) giuridica del nostro secolo: il quadro che Gény ha delineato della 'cultura della codificazione' non è rimasto un capitolo del suo pensiero, che sta e cade con la tenuta complessiva di esso, ma è divenuto, per la nostra cultura giuridica, indipendentemente dall'accoglimento della proposta teorica del giurista francese, una componente rilevante della sua stessa autocomprensione storica.

Non posso ovviamente aprire la questione dell'attendibilità di una ricostruzione storiografica *à la Gény* del nostro recente passato: il mio obiettivo è ora soltanto capire quelle che per Gény sono le connotazioni essenziali del metodo tradizionale e quindi i termini del suo superamento.

Gli estremi entro i quali si contiene e si svolge il 'metodo tradizionale' sono, da un lato, il codice, dall'altro lato, la sua interpretazione: ma non si tratta, per Gény, di un nesso tanto ovvio quanto obbligato. Contenere il lavoro del giurista entro quei termini non è una necessità, ma una scelta che rinvia ad una (espressa, ma più spesso implicita) teoria del ruolo del codice così come del metodo e dell' oggetto dell'interpretazione (4).

Dal primo punto di vista, Gény intraprende una sistematica demolizione di uno dei grandi *idola* della modernità: il codice, appunto, come espressione trionfante di una volontà legislativa capace di condensare un intero settore dell'esperienza giuridica in un sistema concluso di norme. La strategia di Gény è sottile: il suo primo obiettivo non è la contestazione del primato della legge in una società giuridicamente organizzata sotto l'egida dello Stato mo-

(4) Cfr. ad es. *Meth I*, pp. 68-69.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derno, ma l'enunciazione, e la relativizzazione, di quella che diremmo l'ideologia della codificazione, piuttosto che della sua funzione tecnico-giuridica. Preme, al nostro autore, non già negare i meriti della chiarezza, della razionalità, della sistematicità attribuibili alla codificazione napoleonica, ma solo relativizzare l'aura maiestatica del codice, riportarlo alla semplice natura di una legge che, come ogni altra legge, non implica in sé una determinata teoria dell'interpretazione, non impone automaticamente un ruolo, e soltanto quello, ai suoi interpreti: pur nel riconoscimento del significato storico della codificazione, « il ne semble pas qu'ait dû sortir de là toute une révolution dans les procédés de l'interprétation juridique, ni que la forme globale, employée par le législateur, doive attribuer une portée excessive à l'autorité de ses dispositions, en restreignant au delà de toute mesure le rôle du juriconsulte » (5). Se dunque il codice è semplicemente una modalità dell'intervento legislativo dello Stato sprovvisto di per sè,in termini generali, di qualsiasi efficacia regolativa nei riguardi del metodo e del ruolo dell'interpretare, l'enfatizzazione che del codice fa la dottrina 'tradizionale' non è una descrizione di ciò che il codice oggettivamente è, ma costituisce, diremmo, una scoperta ideologia della codificazione e insieme una surrettizia dottrina dell'interpretazione.

L'ideologia della codificazione include almeno due assunti fondamentali: il primo è l'idea di un ordine immanente al codice, disponibile all'intellezione dell'interprete; il secondo è l'idea di un legislatore onniprevidente, capace di predisporre un sistema di norme idoneo a regolare i più vari rapporti sociali. È sulla base di una siffatta idea di codificazione che la dottrina 'tradizionale' pensa e pratica le proprie procedure interpretative; ed è infatti dalla messa in discussione di questi assunti che prende a delinearsi l'idea di interpretazione svolta dal nostro autore.

L'esplicitazione del primo assunto apre, in Gény, la discussione sull'uso, la portata, i limiti dell'argomentazione logico-deduttiva nella costruzione della 'scienza' giuridica.

L'esplicitazione del secondo assunto conduce Gény a sollevare il problema della completezza o incompletezza della normazione

(5) *Meth I*, p. 111.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legislativa e codicistica: « la législation, codifiée ou non ... peut-il, dans notre état social et constitutionnel, suffire à une révélation du droit, en permettant la mise en oeuvre complète, qui reste la mission pratique inéluctable de toute jurisprudence positive? » (6) Come si intende facilmente, la risposta negativa a questa domanda è una delle principali condizioni da cui dipende la possibilità di superamento del sapere giuridico 'tradizionale': e infatti il problema della coerenza e 'chiusura' del sistema normativo (o piuttosto della sua necessaria incompletezza e integrabilità), è uno dei temi obbligati del dibattito teorico-giuridico fra Otto e Novecento, in Gény, nelle correnti antiformalistiche di area germanica (7) e successivamente, come vedremo, anche nella cultura giuridica italiana.

Non posso seguire troppo da vicino il nostro autore, dal momento che il mio obiettivo può esser solo quello di tratteggiare, per così dire, una mappa tematica a larga scala utilizzabile per orientarsi nel dibattito italiano fra Otto e Novecento. Basti dire soltanto come, anche in Gény, la comprensione, e quindi la revisione critica, del 'metodo tradizionale' dell'interpretazione dipenda proprio dall'intendere, e respingere, l'azione combinata dei due assunti poco sopra menzionati, compendiabile in quello che Gény chiama il « fétichisme de la loi écrite et codifiée » (8).

Nutrito delle « illusions rationalistes » del XVIII secolo, il giurista guarda al codice come a « une révélation, parfaite et complète, du droit positif », dalla quale dedurre la soluzione delle più varie controversie sulla base di procedimenti « purement logiques et, pour ainsi dire, mécaniques » (9). Data l'equazione fra ordine giuridico e codificazione, data la *fictio* del legislatore onnisciente, il procedimento interpretativo si chiude nel giro di una mera deduzione logica, di un'applicazione 'meccanica' della norma al fatto.

Quali sono le obiezioni opponibili ad una siffatta idea di interpretazione? Nell'intricata serie di argomentazioni di cui l'opera del nostro autore si avvale, mi sembra che due rilievi giochino un

(6) *Meth I*, pp. 112-113.

(7) Cfr., sul movimento del 'diritto libero', L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale,* Milano, Giuffrè, 1967.

(8) *Meth I*, p. 70.

(9) *Meth I*, p. 256.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ruolo fondante. Il primo rilievo: ciò che i giuristi tradizionali *dicono* (della interpretazione della legge) non convince perché non corrisponde a ciò che i giuristi (anche i giuristi 'tradizionali') *fanno*. Il secondo rilievo: se poi i giuristi, interpretando la legge, facessero quello che dicono di fare, darebbero luogo ad una pratica giuridica aberrante rispetto ad un parametro che (pur definito in termini variabili e sfuggenti da Gény) può provvisoriamente indicarsi come il parametro della più efficace adeguazione possibile fra diritto e mutamento sociale.

Se questo è vero, la comprensione critica del 'metodo tradizionale' e l'esigenza di sostituirlo nascono, in Gény, da un viluppo intricato di motivi, riconducibili comunque nel loro complesso ad un atteggiamento pragmatico, piuttosto che puramente teoretico, che include però a sua volta componenti eterogenee: che vanno da un atteggiamento di descrizione (che potremmo dire sociologico-giuridica o 'realistica') della prassi giurisprudenziale (in senso lato) ad un giudizio di carattere etico-politico su quelle che dovrebbero essere le prestazioni ottimali dell'interpretazione giuridica in un contesto dato-e, di nuovo, l'osservazione 'neutrale' del mutamento sociale si cumula con sfumate, ma pressanti esigenze equitative.

Soffermiamoci rapidamente sui due principali livelli dell'argomentazione. Ciò che i giuristi dovrebbero fare, la teleologia necessariamente immanente all'interpretare del giurista, il conseguimento di una soluzione 'giusta' (adeguata al mutamento sociale, legata alla 'natura delle cose', alla logica propria dei rapporti sociali ecc. (10)), costituiscono senz'altro il punto di Archimede della critica all'impostazione 'tradizionale': l'ideologia della codificazione e la conseguente teoria dell'interpretazione è inadeguata in rapporto non tanto alle proprie interne contraddizioni, quanto al fine che anch'essa, in quanto interpretazione giuridica, non può non sforzarsi di raggiungere.

Ed ecco il secondo passaggio dell'argomentazione: proprio perché la condizione di legittimità di ogni pratica giurisprudenziale (in senso lato) è data dalla sua capacità di produrre soluzioni 'giuste' (adeguate al mutarsi dei rapporti, funzionali alla loro intima 'natu-

(10) *Meth II*, p. 221.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ra'), anche la giurisprudenza 'tradizionale', in realtà, persegue necessariamente questo fine, ma è condannata, a causa dei suoi presupposti, a non raggiungerlo compiutamente o comunque a raggiungerlo contradditoriamente.

La giurisprudenza 'tradizionale' muove infatti dall'idea dell'assolutezza della legge scritta e su questa base affronta il problema del mutamento sociale: « vienne même à surgir une question nouvelle, étrangère à cet horizon, et révélée postérieurement par la vie, on cherchera pourtant à la faire rentrer dans un cadre abstrait et général, fourni par la loi elle-même ... » (11). Il rapporto fra norma legislativa e fatto, che nella dottrina 'tradizionale' non appare in alcun modo problematico, nella tacita presupposizione del loro spontaneo reciproco sintonizzarsi entro un orizzonte temporale dato per immobile, appare ora *il* problema essenziale, la sfida più impegnativa.

A questa sfida Gény riconosce che anche la giurisprudenza 'tradizionale' ha tentato di far fronte, affidandosi per l'appunto alle capacità 'adattative' dell'interpretazione. Essa però — e questo è il primo rilievo critico — ha potuto raggiungere il risultato di un'efficace adeguamento della norma al mutamento dei rapporti sociali, giocando per così dire la flessibilità dell'interpretare contro la rigidità della legge, ma riuscendo di necessità in questa impresa solo imperfettamente: perché l'interpretazione della legge deve pur sempre rimanere tributaria di quest'ultima e quindi vittima della sua invalicabile rigidità.

Il secondo rilievo critico è ancora più significativo: quand'anche la giurisprudenza 'tradizionale' riesca a star dietro al mutamento sociale nonostante la fissità del suo quadro di riferimento, essa può ottenere questo risultato solo a patto di forzare il senso autentico del testo legislativo, solo a patto di rispettare formalmente, ma deformare sostanzialmente il contenuto della volontà legiferante; alla volontà del legislatore si sostituisce così l'opinione dell'uno o dell'altro giurista, all'oggettività della legge il soggettivismo dell'interprete: « tout en semblant s'attacher fidèlement à la loi et à la pensée

(11) *Meth I*, pp. 65-66.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qui l'a inspirée, la méthode traditionnelle laisse place, en réalité, au subjectivisme le plus désordonné » (12).

In prima approssimazione, si coglie facilmente l'efficacia di un'operazione retorica che incalza l'avversario sul suo stesso terreno: il manto di razionalistica 'oggettività' entro cui la dottrina tradizionale avvolgeva la sua dottrina dell'interpretazione, quell' *esprit classique* che Gény stesso, seguendo Taine, era disposto a riconoscere nello stile argomentativo dei suoi predecessori, copre una pratica interpretativa che, di necessità, rovescia la teoria nel suo contrario e procede sulla base di scelte incontrollabilmente soggettive. Ed allora il dilemma sembra ridursi ormai ad una stringente aporia: o si rispetta la volontà del legislatore, immanente nell'immobile formula legislativa — e allora la giurisprudenza sarà risparmiata dalle scelte soggettive dell'interprete, ma perderà la possibilità di controllare il mutamento sociale; oppure l'interpretazione scavalca l'intenzione del legislatore — e allora riuscirà forse, sia pure imperfettamente, ad adeguarsi alla dinamica dei rapporti sociali, ma al prezzo di disperdersi in una molteplicità di interventi arbitrari.

In realtà, il problema era destinato ad apparire più complicato, e meno immediati i termini del dilemma, quando si prendesse a guardare non più soltanto alla civilistica francese, ma all'intero dibattito europeo e, in particolare, alla tradizione culturale dell'area germanica.

Confrontarsi con Savigny e i post-savigniani imponeva infatti a Gény una consistente complicazione del proprio orizzonte problematico ed una scelta obbligata: o parlare non più di una, ma di due 'dottrine tradizionali', moltiplicando, per così dire, i propri fronti, o trovare elementi in ultima istanza comuni ai due diversi indirizzi.

In prima approssimazione, Gény riconosce in Savigny una prospettiva distante dalla tradizione francese e segnata da un'interna aporia: per un verso, Savigny vincola l'interprete al rispetto della volontà del legislatore, ma per un altro verso egli non dimentica il proprio assunto fondamentale, secondo il quale la legge non esaurisce certo l'intero organismo del diritto, ma ne è semmai un pallido e parziale riflesso. E resta allora irrisolto il problema del ruolo e del

(12) *Meth I*, p. 66.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

metodo dell'interprete, schiacciato fra l'onere del rispetto della legge e l'esigenza di ricostruzione del diritto 'vivente' nella sua totalità.

Il dilemma, che Savigny lascia aperto, trova in successivi contributi una brillante soluzione: saranno Schaffrath e Thöl, e soprattutto Kohler e Binding ad allentare il nesso fra legge e legislatore. La legge sarà riferita non tanto al suo momento genetico, alla puntuale volontà del suo autore, quanto a quella 'coscienza popolare', storicamente variabile, di cui tanto la legge quanto gli interpreti sono, e devono essere, 'organi'. E allora: la fissità della formula legislativa, la sua costitutiva refrattarietà a disciplinare efficacemente un mutamento sociale incompatibile con le sue originarie previsioni, viene scavalcata da un'interpretazione che sottomette il testo legale alla stessa 'legge di evoluzione' che domina la società (13).

Se però questo è l'esito ultimo, in terra tedesca, del dilemma savigniano, sul terreno dell'interpretazione Francia e Germania finiscono per incontrarsi pur proveniendo da punti di partenza diversi: si tenterà in entrambi i casi di rispondere alla sfida del mutamento sociale semplicemente raffinando e complicando l'interpretazione della legge. E proprio questo era per l'appunto avvenuto, come Gény aveva ricordato, nell'ambito della giurisprudenza francese, che aveva tentato di rimediare per questa via alle strettoie del 'metodo tradizionale', pur senza fondare teoricamente quella soluzione che aveva trovato invece nella tradizione germanica una esplicita tematizzazione.

Se è così, la 'dottrina tradizionale' appare, per Gény, sostanzialmente unitaria. Solo che questa espressione (che continuo ad usare per comodità di esposizione) ha subito un importante slittamento e allargamento semantico. Essa non include più soltanto il momento delle 'origini', quindi l'ideologia della codificazione e una dottrina dell'interpretazione come razionalistica illustrazione dell' *esprit classique*, come meccanica, a-problematica, applicazione della legge al fatto; non include più soltanto l'evidenziazione del problema fondamentale dato per irresolubile entro le coordinate 'tradizionali', il controllo cioè del mutamento sociale; comprende anche la critica della soluzione che di quel problema sia in Francia (in pratica) che

(13) *Meth I*, pp. 258-259.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in Germania (anche in teoria) si era tentato di dare. L'obiettivo polemico di Gény è allora ormai duplice: non più soltanto l' 'originaria' teoria dell'interpretazione, in quanto pragmaticamente (in vari sensi) insoddisfacente, ma anche quella più recente teoria (e pratica) dell'interpretazione che, pur proponendosi ancora come 'interpretazione della legge', guarda anch'essa al problema del mutamento sociale come all'esigenza pragmatica principale e alla più difficile sfida ermeneutica.

Ciò che allora appare in questione è la nozione stessa di legge e il suo ruolo in una dottrina dell'interpretazione. L'obiezione di tipo pragmatico che Gény oppone a chi voglia forzare i limiti del 'feticismo della legge' per inseguire il mutamento sociale (lo sfociare dell'interpretazione in una prassi arbitrariamente soggettivistica) deve essere situata in una tematizzazione esplicita della legge e della sua interpretazione.

La legge è per Gény essenzialmente « l'expression d'une volonté intelligente » (14), « une volonté émanant d'un homme ou d'un groupe d'hommes et condensée en une formule » (15). Per quanto si accolga l'idea di un relativo autonomizzarsi della legge dai differenti contesti entro i quali essa viene ad essere interpretata, il vincolo insuperabile per ogni interpretazione è dato dalla natura della legge come atto di volontà, come il prodotto di una volizione (e di una intellezione) di un soggetto. Se è così, l'interpretazione della legge è, deve essere, la comprensione di un atto come atto concretamente riferibile al suo autore (16).

Proprio per questo, l' eccessivo indebolimento del rapporto genetico che lega la legge al legislatore (che costituiva la condizione di quell'interpretazione della legge che appunto per questa via

---

(14) *Meth I*, pp. 263-264.

(15) *Meth I*, p. 265.

(16) E quando Gény chiede all'interprete di indirizzarsi all'autore e alla 'volontà dell'autore' dell'atto legislativo egli non intende riferirsi ad un vago e inoperante 'accertamento di paternità' per la legge in questione, ma vuole indirizzare l'interpretazione ad un concreto processo 'volitivo'. Coerentemente perciò egli non può far propria la raccomandazione di un Windscheid che, nel momento in cui invitava a ricercare non tanto ciò che il legislatore aveva voluto, quanto ciò che egli avrebbe dovuto (razionalmente) volere, rendeva evanescente la puntuale storicità del 'volere' legislativo a cui Gény particolarmente teneva. Cfr. *Meth I*, p. 301.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tentava di affrontare il problema del mutamento sociale) conduce di necessità al soggettivismo ermeneutico; e, per converso, è possibile e auspicabile un'interpretazione che, funzionalmente collegata alla ricostruzione della volontà legislativa, riesce perciò a conseguire un elevato quoziente di 'oggettività'. Proprio per questo, ancora, l'interpretazione, come interpretazione della legge, deve procedere rinunciando ad ogni pregiudizio, ad ogni indebita intromissione della soggettività per aprirsi alla ricostruzione 'pura' del testo interpretato. Potranno e dovranno, a questo scopo, essere utilizzati diversi generi di informazione: dai lavori preparatori, alle teorie giuridiche coeve, all'ambiente sociale in cui la legge fu 'voluta' (17). Ma la destinazione dell'operazione interpretativa dovrà consistere nella comprensione della legge come momento finale di un processo di esplicazione di 'volontà'.

La conclusione è allora obbligata ed evidente: ridotta la legge ad un atto di volontà, l'interpretrazione della legge si chiude nella comprensione della genesi e dell'originaria 'volizione' della legge stessa. Forzando le tinte, si potrebbe dire che l'interpretazione è tenuta a procedere guardando sempre alle proprie spalle: impegnata non a gettare un ponte fra il presente e il passato, in uno sforzo di 'attualizzazione' del sistema legislativo, ma a ricostruire la volizione legislativa nella sua 'storica' e conclusa cristalizzazione e a conseguire per questa via un primo livello di 'oggettività', una prima barriera contro l'irrompere del soggettivismo.

Ma se l'interpretazione della legge deve 'guardare all'indietro', non è ad essa che è possibile ricorrere per superare l'aporia fondamentale, per comporre ad unità l'opposizione che l'intera cultura giuridica europea della fine del secolo tendeva ad evidenziare con crescente drammaticità: l'opposizione fra la 'staticità' della legge e la 'dinamicità' della società, fra norme immobili e quindi inadeguate e rapporti sociali normativamente incontrollati e quindi potenzialmente pericolosi.

La proposta di Gény non si chiude entro la dialettica fra legge e interpretazione, ma punta verso la direzione esattamente oppo-

(17) *Meth I*, pp. 275 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sta (18): non con la reinterpretazione della legge si controlla il mutamento sociale, ma solo uscendo fuori da essa, verso una interpretazione che non ha più la legge come proprio orizzonte, ma, direttamente, la realtà.

A questo punto, se tipici della diffusa sensibilità *fin de siècle* possono dirsi la percezione del problema (il mutamento sociale) e l'individuazione dell'obiettivo polemico (il 'feticismo della legge'), del tutto singolare appare la *pars construens* del nostro giurista. Se per essa ancora di interpretazione si vuole parlare, e il titolo stesso dell' opera di Gény ci impone di farlo, dovrà parlarsi di un'interpretazione in senso lato o latissimo, che assume come proprio oggetto non già discorsi o testi, ma aspetti (che si vogliono, per così dire, linguisticamente non mediati) della 'realtà' (19). E si tratterà conseguentemente di un'interpretazione (in senso lato) che non affonderà le sue radici sul terreno della tradizione e della problematica ermeneutica (né 'generale' né 'locale' - nel nostro caso, giuridica), ma semplicemente registrerà come 'interpretazione' le decisioni teoriche assunte in ambiti certo connessi, ma diversi: innanzitutto, l'ambito delle fonti. È già su questo terreno che si svolge la polemica contro il feticismo della legge. Quando poi la teoria dell'interpretazione della legge reintroduce una sorta di 'feticismo legislativo' di secondo grado, costringendo l'interprete a contenersi entro gli stretti confini della 'volontà' legislativa, appare evidente che la polemica contro la 'dottrina tradizionale' procede diritta verso un obiettivo tanto preciso quanto ambizioso: mettere a punto una tecnica di individuazione del diritto vigente (e vivente) che include anche l'interpretazione (in senso stretto) come suo momento particolare, ma procede con mezzi propri oltre di essa.

Chi sia il protagonista di questo complicato percorso, per così dire, da un'interpretazione all'altra, dall'interpretazione (della legge) al processo complessivo di individuazione del diritto è facile immaginare: il giudice, la giurisprudenza, innanzitutto, anche se poi il

---

(18) Ne è una limpida testimonianza la stessa prefazione di Saleilles alla *Méthode d'interpretation*: cfr. *Meth I*, pp. XVII ss.

(19) Sui concetti di interpretazione in senso lato e interpretazione in senso stretto, cfr. M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1988, p. 170.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fulcro delle proposte del nostro autore può estendersi tranquillamente anche ad un altro grande 'soggetto' dell'interpretazione giuridica, la 'dottrina'.

A questo proposito, il problema più discusso, in Gény come nel dibattito coevo, e certo obiettivamente importante, riguarda la possibilità di attribuire a questi soggetti, e soprattutto alla giurisprudenza, il ruolo di veri e propri organi di produzione del diritto. La risposta di Gény è molto netta e insieme articolata. Egli distingue, nell'impostazione del problema (che, con espressione allora corrente, viene menzionato come il problema del 'potere pretorile' della giurisprudenza (20)), due aspetti: il primo aspetto concerne il riconoscimento del carattere creativo della decisione giudiziaria di fronte alle lacune del sistema legislativo; il secondo aspetto riguarda l'attribuzione al 'precedente' di un carattere formalmente vincolante. È seguendo questa seconda strada che si renderebbe la giurisprudenza fonte di diritto in senso formale: ma è una strada ostruita dall' ostacolo insuperabile costituito dal moderno sistema politico costituzionale, che impone una distinzione netta fra legislazione e giurisdizione (21). Nessun ostacolo invece si oppone, per Gény, al riconoscimento del ruolo 'creativo' della decisione giudiziale, dato il suo obbligato riferimento al 'caso' nella sua invalicabile singolarità: è anzi grazie ad una giurisprudenza così concepita che quel complesso processo di individuazione del diritto che Gény chiama la « libre recherche scientifique » (22) trova uno sbocco significativo.

Vengono così ad essere efficacemente evidenziati alcuni dei *tòpoi* più ricorrenti del dibattito ermeneutico-giuridico fra Otto e Novecento: dal nesso lacune-creatività (dell'interpretazione giudiziale), al dogma della divisione dei poteri come vincolo resistente ad ogni tentativo di drastica revisione del sistema delle fonti.

Sono però altrettanto interessanti anche altri aspetti, che emergono non appena si guardi alla rappresentazione che Gény ci offre dei 'soggetti' dell'interpretazione.

Dottrina e giurisprudenza sono corpi, gruppi sociali ai quali

(20) *Meth II*, pp. 33 ss.
(21) Cfr. *Meth II*, p. 35.
(22) *Meth II*, p. 34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'opinione pubblica attribuisce una specifica autorità: esse agiscono come gruppi socialmente riconosciuti, traggono da questo diffuso riconoscimento la fonte della loro autorevolezza; tanto che possono essere, entrambe, comprese da Gény entro il comune denominatore di « Autorità » (23). La fonte della loro autorevolezza è il riconoscimento sociale, ma la condizione del loro stesso esistere è la durata nel tempo, il loro procedere sulla base di progressive accumulazioni, in una continuità ininterrotta che merita il nome di « Tradizione » (24). La Tradizione non è che l'Autorità (attualmente operante) proiettata nel passato come l'Autorità è il prolungarsi della tradizione fino al presente.

Quale è il ruolo dell' Autorità e della Tradizione (così intese) nel processo interpretativo (25)? Se la tradizione giurisprudenziale (o dottrinale) non può essere posta come fonte di diritto sullo stesso piano della legge, cionondimeno essa condiziona intimamente il processo interpretativo, fornendo « directions de jugements » (26), addirittura esercitando su di esso una pressione persuasiva paragonabile « à la force de raison écrite, que connaissait notre ancien droit » (27): la libertà dell'interprete è una libertà condizionata dall'immanenza, nel giudizio interpretativo, dell'insieme di convinzioni che costituiscono il passato e il presente del gruppo socialmente 'autorevole' di cui egli fa parte. La conclamazione della libera creatività dell'interprete si complica, in Gény, con l'introduzione di un'idea di interpretazione che include nel processo interpretativo, come suoi momenti necessari, il riferimento alla tradizione e la condivisione, vorrei dire, della cultura specifica di un gruppo professionale.

Si tratta di un'idea, certo, rapidamente delineata, ma non soltanto sottintesa: valga l'argomentazione che Gény oppone alla « doctrine classique », che teoricamente dichiara l'irrilevanza della giu-

(23) *Meth II*, p. 2.

(24) *Ibidem*.

(25) E, da questo punto di vista, la distinzione fra interpretazione in senso lato e in senso stretto, a cui mi sono precedentemente riferito, non sembra suggerire differenze di applicazione.

(26) *Meth II*, p. 5

(27) *Meth II*, p. 49

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risprudenza, ma di fatto continuamente vi ricorre. L'equivoco di fondo che motiva una siffatta dissociazione nasce, in essa, dall'impossibilità di fondare l'evidente utilità pratica dei precedenti giurisprudenziali su una (inadeguata) rappresentazione della tradizione come semplice somma di arbitrarie e irrelate opinioni individuali. Ed è un equivoco che Gény riconduce direttamente al razionalismo cartesiano e, infine, all'insufficiente distinzione fra il metodo delle scienze fisico-matematiche e il metodo delle scienze morali ([28]): dove l'idea (diremmo, 'scientista') di scienza tende a minimizzare le differenze e ad introdurre anche nelle scienze morali l'idea di una ragione autonoma, fondata su se stessa, avversa ad ogni principio di autorità; mentre un'adeguata comprensione delle scienze 'umane' reimmette in esse l'idea di una verità che si afferma « par une accumulation d'exemples et de précedents » ([29]): la tradizione non è più una serie di atti che l'interpretare giurisprudenziale si lascia alle spalle, ma è l'ambiente entro il quale l'interpretazione si svolge e insieme una delle sue costitutive condizioni di possibilità.

L'introduzione del concetto di 'tradizione' è interessante almeno da due punti di vista: in primo luogo, in una prospettiva ancora interna alla fenomenologia dell'esperienza giuridica, la tematizzazione del ruolo della tradizione nel processo interpretativo permette a Gény di rivendicare coerentemente ed energicamente il ruolo della giurisprudenza; in secondo luogo, in termini più generali, il nesso obbligato fra interpretazione e tradizione costituisce un luogo teorico destinato a notevole fortuna.

In Gény,però, ciò che a mio avviso motiva, in ultima istanza, il vincolo che collega interpretazione e tradizione è l'esigenza di perseguire, anche per questa via, un obiettivo fondamentale, ulteriore e diverso rispetto a quelli indicati: garantirsi l'approdo, oltre il mondo fragile ed incerto delle 'ragioni soggettive' dell'interpretare, al più saldo terreno della ragione 'oggettiva'. Oltre il soggetto si distende così, quanto meno, la tradizione, che ne limita l'arbitraria libertà costringendolo al vincolo dell'intersoggettività; ma oltre la tradizione, e con efficacia risolutiva rispetto all'obiettivo proposto, si

---

([28]) Cfr. *Meth II*, pp. 4-5. Il filosofo esplicitamente invocato a supporto è A. J. Balfour.

([29]) *Meth II*, p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

offre all'interprete, direttamente, la realtà ed è la sua stessa intima configurazione, la 'natura delle cose', a sorreggere l'operazione interpretativa.

Non è dunque la tradizione un mezzo sufficiente di 'oggettivazione' della decisione; non lo è, non può esserlo, l'opionione pubblica, l'opinione della maggioranza, perché essa, di nuovo, a prescindere da altre obiezioni meno concludenti, « ne saurait prétendre à représenter la vérité des choses, qu'il s'agit seule de découvrir et d'appliquer » (30). È la verità delle cose l'oggetto e insieme il fondamento ultimo dell'interpretare, è dalle cose stesse che l'interpretazione potrà attingere un'altrimenti impossibile 'oggettività'. Altrimenti detto: il passaggio dall'interpretazione in senso stretto all'interpretazione in senso lato, quindi la svalutazione dell'interpretazione della legge a vantaggio dell'interrogazione diretta delle 'cose stesse', include come motivo principale e proprio filo conduttore l'opposizione fra il carattere inevitabilmente soggettivo della prima e l'apertura all' 'oggettività' del reale propria della seconda: « au lieu et place de conceptions subjectives ... l'interprète a besoin de découvrir des principes fermes, que seul l'examen attentif de la nature des choses peut lui donner » (31).

Si impone così all'interprete l'onere di trovare, per un verso, nell'intima natura dell'uomo i principi della giustizia e, per un altro verso, nella realtà delle cose, nei fatti sociali, « les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent » (32): ed è proprio nel tentativo di cogliere questi due ambiziosi obiettivi che, in sostanza, si concentra tutto il secondo *magnum opus* del nostro autore (33).

Siamo così condotti di nuovo, pur da un diverso punto di partenza, a quella distinzione fra interpretazione in senso stretto e interpretazione in senso lato che, per il discorso del nostro autore, inaugura la *pars construens*, mentre, per la discussione del nostro problema, costituisce il limite insuperabile. Il fatto comunque che la

---

(30) *Meth II*, p. 82.

(31) *Meth II*, p. 87.

(32) *Meth II*, p. 92.

(33) Cfr. *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1927$^2$, vol. II, pp. 351 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teoria ermeneutica (in senso stretto) si risolva in un tentativo di fondare quella che vorrei chiamare un' ontologia socio-giuridica non deve far credere che quest'ultima non retroagisca efficacemente sulla prima. La connessione anzi fra le due parti del discorso del nostro autore procede, per così dire, in entrambi i sensi: è la riconduzione dell'interpretazione della legge agli stretti limiti di una intellezione della volontà storicamente determinata del legislatore che motiva la necessità della 'libre recherche scientifique'; ma è, a sua volta, l'idea di un'intrinseca normatività dei fatti sociali, di un 'giusto' equilibrio immanente alle 'cose stesse' che, per Gény, influenza, deve influenzare potentemente l'attività (anche strettamente interpretativa) del giurista, offrendogli il quadro di riferimento sulla base del quale operare.

Di questo quadro di riferimento, il primo connotato ermeneuticamente significativo è l'inclusione in esso di un presupposto dell'interpretare che rompe il cerchio del sapere giuridico e rivendica come rilevante per il giurista una ricca messe di informazioni socio-antropologiche - un luogo comune, certo, dell'età del positivismo, che in Gény cessa però di essere un generico *desideratum* per divenire un programma ermeneutico di grande respiro.

Il secondo aspetto interessante è che il presupposto dell'operare del giurista, la comprensione delle 'cose stesse' e della loro intrinseca normatività, è concepito come garante di un'interpretazione (tendenzialmente almeno) affidata non più all'opinabile valutazione di un soggetto, ma alla trasparenza della 'realtà'.

Certo, la fondazione, in Gény, della possibilità di attingere la 'natura delle cose' nella loro ferma e sicura 'oggettività' appare problematica, anche solo a considerare il coacervo di *auctoritates* filosofiche invocate per rappresentarla. Il lettore si trova sbalzato dalle critiche (si direbbe, di tipo schiettamente empiristico) del 'realismo ingenuo' (di stampo medievale, ricorda Gény) caratteristico del concettualismo giuridico, responsabile di ipostatizzare inavvertitamente i propri concetti (34), ad un elogio (di tipo esplicitamente bergsoniano) dell'intuizione e insieme della fluidità del rea-

(34) Cfr. *Meth I*, p. 129

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le (35), ad un esito sostanzialmente ontologico, dove i ricordi del 'realismo' aristotelico-tomista si incontrano con un'idea di 'fatto sociale' schiettamente positivistica.

La babele delle lingue non è trascurabile (36), ma non deve far perdere di vista gli obiettivi, per conseguire i quali Gény disinvoltamente utilizza eterogenee tradizioni di pensiero: rispondere alla sfida del 'mutamento sociale', mettere a punto una strategia ermeneutico-giuridica in grado di intenderlo, di disciplinarlo normativamente, di controllarlo; rompere su questo fronte con il 'metodo tradizionale', ma non per questo accettare la dilatazione del ruolo del soggetto, inevitabile dove l'esigenza di rinnovamente venisse a soddisfarsi entro le coordinate dell'interpretazione della legge; concentrare l'attenzione sull'intrinseca normatività dei fatti sociali e darla per 'oggettivamente' rappresentabile. Pur disponendosi tutti questi passaggi su una linea apparentemente continua, in effetti era l'ultimo di essi a esercitare il ruolo strategicamente centrale: ma in questo caso, quando si ipotizzava come fondamento dell'operare del giurista la percezione diretta della 'realtà', il problema specificamente ermeneutico sembrava non tanto risolto quanto aggirato.

## 3. *Il 'metodo tradizionale' in Italia.*

Il lungo itinerario che Gény percorre intorno al problema ermeneutico (e oltre di esso) è complesso e del tutto peculiare. Chiari e netti ne sono comunque i punti di partenza, perfettamente esplicitate le ragioni che hanno indotto il nostro autore a rompere

(35) Cfr., ad es., *Science et technique*, cit., vol. II, pp. 80 ss.

(36) Ha quindi la sua ragion d'essere il giudizio molto severo che si può leggere in N. BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, Istituto Giuridico dell'Università, 1934, p. 17, nota 1: « Manca nel Gény una vera e propria critica gnoseologica.... Per una seria critica gnoseologica il Gény non ha sufficienti basi speculative; si dichiara seguace di un sincretismo ragionato o filosofia del buon senso, che lo conduce al vago se non al banale. È ad ogni modo filosofo sommo di fronte al Bonnecase... ». Su Gény cfr., fra la storiografia recente, J. MAJDA, *François Gény and modern jurisprudence*, Baton Rouge and London, Louisiana State University Press, 1978; M. URSO, *F. Gény e l'interpretazione del diritto* in F. VIOLA, V. VILLA, M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, C.E.L.U.P., 1974, pp. 51-73; A. TANZI, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con la cultura giuridica del pieno Ottocento: viene delineata un'idea di interpretazione (e con essa di 'metodo giuridico') data per 'tradizionale' e ormai inadeguata, un problema (il problema del mutamento sociale) viene enfatizzato come capace di sovvertire le tradizionali coordinate ermeneutiche, viene suggerita, *per facta*, una periodizzazione secondo la quale l'egemonia del 'metodo tradizionale' entra in crisi e virtualmente cessa con gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso.

Ora, nella prospettiva 'storico-comparatistica' che fa da sfondo al presente saggio, sono proprio questi i temi per i quali, prima di altri, si impone un tentativo di ricognizione sul terreno della cultura giuridica italiana. Occorre quindi in particolare chiedersi se e in che modo, anche in Italia, gli anni Ottanta e Novanta dell'Ottocento siano stati il teatro di un consistente rivolgimento ermeneutico; se, a partire da esso, possa guardarsi agli anni precedenti come agli anni di una tradizione relativamente omogenea; se infine i problemi (indicati come) responsabili della rinnovata sfida ermeneutica siano stati, in buona sostanza, gli stessi al di qua e al di là delle Alpi.

Sappiamo come per Gény il 'metodo tradizionale' fosse essenzialmente modellato sulla civilistica francese di ispirazione 'esegetica' e sull'ideologia della codificazione da essa presupposta. Il riferimento critico a Savigny e soprattutto ai posti-savigniani emergeva in Gény, dal punto di vista della problematica ermeneutica, in una fase logicamente successiva del discorso e serviva non già a comprendere il 'metodo tradizionale' (che resta per Gény solidamente francese ed 'esegetico'), ma ad individuare i presupposti di un tentativo (a suo avviso improvvido) di superamento di esso (37).

Spostiamoci ora sul terreno italiano e raccogliamo qualche testimonianza che, pur senza alcuna pretesa di esaustività, valga come indizio significativo di una diffusa sensibilità ermeneutico-giuridica propria degli anni centrali del nostro Ottocento. Qualora ci si rivolga ad un campione di quella 'scuola dell'esegesi' che sembra ripetere per l'Italia, senza rilevanti variazioni, il modello discorsivo (e la soggiacente ideologia) propria dell'omonima (e

(37) Cfr. *supra*, 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

omologa) scuola francese (38), l'aspettativa più ragionevole è che la distanza della sua dottrina ermeneutico-giuridica da quella savigniana sia abissale; ma la mia impressione è, al contrario, che la distanza sia minima o che, per meglio dire, il giurista italiano, non appena tenta di esplicitare un discorso di carattere ermeneutico, semplicemente e tranquillamente annetta al suo discorso non pochi spunti savigniani, che non giudica affatto incompatibili con le proprie premesse e il proprio metodo.

Si prenda un commentario (di Borsari) al codice civile del '65, a mio avviso efficacemente rappresentativo della cultura media del giurista post-unitario: vi si troveranno insistiti riferimenti a Savigny, che non valgono come citazione *ad pompam*, ma come riconoscimento dovuto nei riguardi di una dottrina largamente utilizzata (39).

Sarà così riferita a Savigny l'idea di un interprete che,pur subordinato alla legge, non per questo appare inerte e passivo, tanto che alla scienza si guarda come a « un elemento che concorre alla formazione del diritto » e alla giurisprudenza come al suo « splendido prodotto » (40). Ma il debito nei riguardi del giurista tedesco continua anche quando si entra nel vivo del problema ermeneutico, quando ad esempio Borsari distingue fra il contenuto e i motivi della legge e dichiara di ritenerne pericolosa (almeno di regola) la ricerca, perché troppo « soggettiva » e caratterizzata dalla « pretensione troppo ardita di stabilire un rapporto necessario fra il pensiero recondito del legislatore e la sua manifestazione » (41). E ancora: perfettamente 'storicistico' è il modo di presentare la legislazione come « un'opera di civiltà e non l'atto puro di una volontà sfrenata », formatasi « sopra altre legislazioni, quasi a continuare lo sforzo

(38) Sulla scuola dell'esegesi cfr. G. TARELLO, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 239-276; N. IRTI, *Filomusi Guelfi e la crisi della scuola esegetica in Italia*, in *Rivista di diritto civile*, XVII, 1971, pp. 379-389; A. J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975; N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982; N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, UTET, 1990.

(39) Cfr. L. BORSARI, *Commentario al codice civile italiano*, Torino-Napoli, L'Unione Tipografica-editrice, 1871, vol. I, pp. 65 ss.

(40) *Op. cit.* , p. 66.

(41) *Op. cit.* , p. 67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di molte generazioni che contribuirono a formare questo monumento della umana grandezza » (42); da cui conseguirà il riconoscimento dell'utilità, per l'operazione ermeneutica, del ricorso all'antica giurisprudenza e in generale al sapere storico-giuridico (43).

Non vorrei insistere oltre, per non destare il sospetto di voler additare alla pubblica meraviglia la scoperta di un sepolto *thesaurus* 'storicistico' nella tana del lupo 'codicistico'. Le mie intenzioni sono più modeste: vorrei solo ritrovare alcuni sparsi elementi tematici, di una qualche importanza per una dottrina dell'interpretazione, che, pur geneticamente eterogenei, si combinano insieme nella cultura giuridica dell'Italia post-unitaria.

Da questo punto di vista, la mia impressione è che l'utilizzazione di Savigny, pur entro un'orizzonte culturale, un sistema di fonti e un contesto politico-istituzionale assai diversi, non sia poi un'operazione così improbabile come di primo acchito potrebbe sembrare. Giocheranno certo a suo vantaggio la fama dell'autore e l'ampia circolazione (e traduzione) delle sue opere (44); ma le frequenti citazioni, soprattutto del *Sistema*, testimoniano in realtà anche qualcosa di più, la disponibilità cioè a utilizzarne effettivamente non pochi contenuti.

Ne indicherò alcuni, in ordine sparso.

*a*) L'interpretazione è definita come « la ricostruzione del pensiero racchiuso nella legge » e gli interpreti devono porsi « col pensiero nello stesso punto di partenza del legislatore », devono ripetere « in sé artificialmente l'operazione di lui, per modo che la legge rinasca di nuovo nella loro mente » (45). L'interpretazione dunque presuppone l'idea di un processo di creazione legislativa nel quale l'autore della legge immette in essa un preciso contenuto di pensiero: è quel contenuto, e solo quello, che l'interprete deve

(42) *Op. cit.*, p. 68.

(43) *Ibidem*. Borsari parla a questo proposito dell'elemento « storico » dell'interpretazione, riserbando l'appellativo di « sistematico » all'indagine che studia il rapporto di una legge con le « altre parti della stessa legislazione ».

(44) Cfr. in questo senso l'utile e documentata ricerca di M. T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, voll. I-III, Napoli, Jovene, 1987.

(45) F. C. von SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale* (tr. ital. di V. Scialoja), Torino, Unione Tipografica, 1886, vol. I, p. 221.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cogliere nel momento in cui conosce la legge « nella sua verità » (46); ed è un contenuto accertabile nella sua consistenza 'oggettiva', come una 'verità' apprendibile « mediante l'applicazione di un processo logico normale » (47).

*b*) L'interpretazione è un momento centrale dell'esperienza giuridica perché essa non emerge solo nel momento 'patologico' dell'oscurità o ambiguità del testo legislativo, ma interviene sempre e comunque solo che, di fronte ad un testo qualsivoglia, ci si proponga di intenderne il 'pensiero'.

*c*) L'interpretazione si articola in quattro momenti (si compone di quattro elementi) — l'elemento grammaticale, logico, storico, sistematico — che devono essere intesi non già come diversi tipi, come modalità alternative dell'intepretare, ma come livelli reciprocamente complementari di un'operazione di cui si sottolinea l'unitarietà.

*d*) Le difficoltà principali che la dottrina dell'interpretazione sembra trovarsi di fronte, e che essa considera, in qualche modo, il proprio *experimentum crucis*, nascono all' interno di quel processo di comprensione della verità della legge, del 'vero' pensiero della legge, in cui si fa consistere l'interpretazione: è il problema dell' indeterminatezza o inesattezza dell'espressione legislativa che si frappone come ostacolo alla comprensione della legge e che impone una serie di accorgimenti ermeneutici, dalla considerazione del risultato, all'analisi dei motivi della legge, alla ricostruzione dei nessi sistematici (interni ed esterni rispetto alla legge in questione); è l'esigenza di mantenersi nei limiti di una ricostruzione del pensiero 'vero' della legge, senza incorrere nel rischio di una sua 'correzione', a suggerire una classificazione degli accorgimenti ermeneutici or ora ricordati sulla base della loro diversa 'affidabilità': e allora, esemplificando, il criterio del riferimento al motivo ispiratore della legge dovrà essere impiegato con cautela proprio perché per questa via si apre facilmente la strada della sostituzione del 'vero' pensiero della legge con « ciò che in essa ragionevolmente avrebbe dovuto essere contenuto », proprio perché, insomma, si cessa di guardare al

(46) *Op. cit.*, p. 216
(47) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'pensiero della legge' per introdurre surrettiziamente una modificazione del diritto (48).

*e*) Lo strumento più importante e sicuro per l'interpretazione giuridica sembra essere l'elemento sistematico, grazie al quale l'interprete può stringere gli istituti « in una grande unità »: il presupposto che ne fonda comunque l'impiego ermeneutico è la convinzione che quella stessa unità fosse presente alla mente del legislatore e che per questa via essa possa divenire elemento vincolante per l'interprete (49).

*f*) L'elemento della connessione sistematica è, dunque, contemporaneamente, un presupposto e uno strumento dell'interpretazione. Non solo: esso ne è anche un risultato (il principale risultato). L'interpretazione, nel momento in cui ricostruisce il pensiero del legislatore superandone le ('apparenti') contraddittorietà (apparenti perché dovute soltanto all'occasionale inadeguatezza delle parole rispetto al pensiero), consegue il risultato (in ogni senso, 'finale') della riconduzione ad unità del complesso dei testi legislativi.

*g*) L'unità conseguita, per via di 'interpretazione sistematica', « col toglier di mezzo le contraddizioni » è definita come « unità negativa » e garantisce l'integrità 'logica' dell'ordinamento. Un ordinamento non contraddittorio può comunque ancora non essere completo, può presentare lacune: anche in questo caso si renderà necessaria, certo, l'opera del giurista, ma essa non procederà più per via di interpretazione, ma di integrazione e raggiungerà, « col riempire le lacune », « l'unità positiva », la completezza dell'ordinamento (50). La radice dell'integrazione dell'ordinamento sta nell'ordinamento stesso: il diritto positivo si completa « con elementi tratti da esso stesso, in quanto deve ammettersi che esso abbia una forza organica, per la quale può integrarsi » (51).

*h*) L'integrazione dell'ordinamento per opera del giurista, come momento di autointegrazione dell'ordinamento sulla base della connessione 'organica' dell'ordinamento stesso, non è un'operazione riconducibile all'interpretazione della legge, perchè diverge

(48) *Op. cit.*, p. 245.
(49) *Op. cit.*, p. 221.
(50) *Op. cit.*, p. 268.
(51) *Op. cit.*, p. 297.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

radicalmente quanto allo scopo: l'integrazione per via di analogia « deve colmare una lacuna del diritto », l'interpretazione « deve rettificare secondo il vero pensiero della legge la inesattezza dell'espressione adoperata » (52). Pur facendo i conti entrambi con l'elemento dei nessi 'organici', 'sistematici', del diritto, la loro separazione non potrebbe essere più netta: e il fondamento di questa sta, ancora, nel ruolo assorbente della legge nei confronti di un'attività interpretativa intesa come comprensione della sua intrinseca 'verità'.

Ora, per ascrivere Savigny alla schiera dei 'feticisti della legge' non basterebbero certo alcuni (pur non trascurabili) elementi della sua dottrina ermeneutica, ma occorrerebbe, se non altro, approfondire il significato che la 'legge', e il problema delle fonti in genere, assume nel pensiero di questo autore.

Per utilizzare però aspetti rilevanti dell'ermeneutica savigniana pur entro un orizzonte 'codicistico' è sufficiente la disinvoltura storico-teorica della cultura giuridica italiana dell'Ottocento; che non va però semplicemente condannata, dall'alto dei nostri (per noi legittimi) rigorismi metodologici, come l' indecoroso pressapochismo di dilettanti, ma deve piuttosto essere compresa in una sua specifica modalità 'retorica': quella di organizzarsi come un discorso che, pur di argomentare efficacemente in rapporto ai propri presupposti e ai propri obiettivi, usa materiali eterogenei, li forza rispetto alle loro valenze originarie e li innesta su un un nuovo terreno.

È per questa via che l'improbabile connubio fra un Borsari e Savigny può apparire meno bizzarro del previsto e rappresentare piuttosto una tendenza diffusa nei primi anni dell'Italia post unitaria.

L'orizzonte appare così delimitato, se pur variamente, dalla dominanza della legge, ma non tanto da non far apparire illusoria l'illuministica minimizzazione dell'attività interpretativa, non tanto da ridurre quest'ultima « ad un facile sillogismo, nel quale la maggiore indubitata sia la legge, la minore il fatto e la conseguenza il giudicato » (53). Il ruolo dell'interpretazione viene messo in suffi-

---

(52) *Op. cit.*, p. 299.

(53) F. FORTI, *Libri due delle istituzioni di diritto civile accomodate all'uso del foro*, Firenze, Cammelli, 1863, vol. I, p. 557. Su Forti cfr. P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 21 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciente evidenza e la relativa problematizzazione riguarda principalmente il contrasto potenziale fra la rigida previsione legislativa e l'imprevedibile varietà delle fattispecie concrete. Da un lato si riconoscerà perciò la necessità di « ajutare e supplire colla interpretazione la debolezza, la improprietà, l'angustia delle parole legislative ed accordare alla giurisdizione la facoltà d'interpretarle » (54), dall'altro lato sarà ricorrente la preoccupazione di mantenere l'interpretazione estensiva, pur indispensabile, entro limiti che non fanno mai perdere di vista l'originaria volontà del legislatore, per non introdurre « una sfrenatezza di arbitrio, contraria in tutto agli interessi della giustizia » (55): ma non si tratta certo di limiti che starebbero troppo stretti alla dottrina ermeneutica savigniana.

Integralmente (e dichiaratamente) savigniano è poi il richiamo ad un aspetto dell'esperienza che, se anche certo non spezza l'obbligato riferimento 'codicistico', senza dubbio ne indebolisce l''assoluta' rilevanza sul terreno ermeneutico: il richiamo alla tradizione. Fra diritto romano (e diritto comune) e la « legislazione moderna » non si dà alcuna rottura radicale. I contenuti del primo proseguono senza sostanziali soluzioni di continuità nel codice: questo, nei riguardi delle fonti romane, produce una sorta di condensazione normativa, che non sostituisce, ma solo sintetizza l'ampio argomentare di quelle (56); ed è appunto « il vincolo che congiunge il diritto romano e la legislazione moderna » che « forma la nostra *tradizione* giuridica » (57).

Nel Buonamici, il richiamo alla dottrina ermeneutica di Savigny (e all' 'elemento storico' come componente di essa) interagisce con una visione del rapporto fra diritto romano comune e diritto 'moderno' (il diritto dei grandi Stati nazionali ottocenteschi) anch'essa perfettamente 'savigniana': ed ecco che allora il suo modo di leggere

(54) F. Del Rosso, *Alcuni cenni sulla logica del diritto civile privato* (editi con nuova ristampa e note da Francesco Buonamici), Pisa, Citi, 1866, p. 291.

(55) F. Forti, *Libri due delle istituzioni*, cit., p. 569.

(56) F. Buonamici, *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna* (Prelezione, detta dal prof. F. Buonamici nella R. Università di Pisa il dì 23 Novembre 1876), Pisa, Nistri, 1877, pp. 26-27.

(57) *Op. cit.* , p. 12 [è mio il corsivo].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la codificazione moderna diviene una forma di opposizione a quella 'ideologia della codificazione' largamente condivisa (58).

Negli 'esegetici' commentatori dei codici, il riferimento al quadro ermeneutico savigniano non produceva invece analoghi effetti: non tanto perché esso non fosse tenuto presente e sostanzialmente adottato, quanto perché esso veniva ad innestarsi su una dottrina delle fonti che certo savigniana non poteva né voleva dirsi.

Mutavano dunque le coordinate generali condivise dall'uno o dall'altro giurista, ma il problema ermeneutico veniva di regola impostato combinando variamente l'articolata dottrina savigniana dell'interpretazione con un'idea di legislazione che si incarnava nella codificazione vigente. In questa operazione di innesto non sembrano sorgere rilevanti incompatibilità, mentre si evidenzia semmai la possibilità di reciproci effetti incrociati: da un lato, l'enfatizzazione della volontà legislativa (immanente nella più condivisa 'ideologia della codificazione') tendeva a reagire sulla dottrina ermeneutica di ascendenza savigniana, accentuando in essa la rigidità dei vincoli posti all'interpretare; dall'altro lato, l'idea di una vocazione 'scientificamente' alta e impegnativa della giurisprudenza tendeva, anche in Italia, a presentare la pratica interpretativa come una serie di operazioni 'logicamente' necessarie e inoppugnabili: la 'logica del diritto' « non si appaga della probabilità e chiede sempre la certezza; perciò la logica del diritto ... prestabilisce punti fissi e certi, da cui il giudice non si debba dipartire finché non abbia acquistato la certezza del punto contrario » (59).

Il discorso di Pescatore non si segnala, forse, per particolari doti di profondità e rigore, ma è importante, per noi, per i consensi

---

(58) L'opzione 'savigniana' del Buonamici non è innocuamente 'dottrinaria': dal momento che proprio alla tradizione giuridica, in nome della sua fondamentale continuità, l'autore dichiara di doversi rivolgere per determinare gli stessi 'principi generali', menzionati dall'art. 3 delle Disposizioni preliminari del Codice del '65. Il dibattito è già aperto all'epoca e continuerà vivissimo per tutto il periodo considerato, assumendo volta a volta aspetti diversi. Cfr. *infra*, 7.

(59) M. PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Torino, Unione Tipografico - editrice, 1863, vol. I, p. 267. Cfr. anche M. PESCATORE, *Filosofia e dottrina giuridiche*, Roma, Bocca, 1874, p. 65. Su Pescatore cfr. P. BENEDUCE, *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra '800 e '900*, Napoli, Newprint, 1990, pp. 161 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diffusi di cui ebbe a godere all'epoca; e allora diviene particolarmente significativo il rifiuto (emblematico di una lunga stagione culturale) di attribuire un qualche ruolo, nel processo interpretativo, al meccanismo della 'probabilità'(quasi retaggio inconsapevole di un lontano passato): non è il senso 'probabile', ma il senso 'vero' (la 'verità' della legge), che deve ormai poter essere accertato dall'interprete, a meno che non si voglia proclamare « arbitro assoluto il criterio individuale senza guida di regole, senza freno di principii » (60).

## 4. *Dal 'metodo tradizionale' al metodo storico-evolutivo.*

Ho mutuato, per comodità di esposizione, da Gény il termine (e il concetto) di 'metodo tradizionale' e lo ho usato come collettore degli atteggiamenti ermeneutici diffusi nella cultura giuridica italiana almeno negli anni Sessanta e Settanta dell'Ottocento. La piena plausibilità di questo uso esige però, in effetti, la verifica di due condizioni.

La prima condizione è verificata quando si individuino indizi sufficienti dell'esistenza, al di là delle più scontate differenze, di un patrimonio condiviso di credenze, aspettative, scelte teoriche, stili argomentativi riportabile ad una comprensiva 'etichetta' - e in questo senso gli indizi già raccolti inducono effettivamente, a mio avviso, a guardare alle principali convinzioni teorico-ermeneutiche, espresse dai giuristi degli anni immediatamente post-unitari, come ad atteggiamenti largamente diffusi in quella cultura giuridica, quasi punti diversi di una linea continua che ad un suo estremo presenta l'accettazione dell'orizzonte 'codicistico' e all'altro estremo rinvia a non pochi aspetti della dottrina ermeneutica savigniana.

La seconda condizione è verificata quando le convinzioni, condivise da una determinata generazione, non solo vengono presentate, da parte della generazione successiva, come un tutto coerente che essa si trova di fronte, ma vengono anche connotate con uno specifico giudizio di valore, che serve a 'chiudere' le precedenti

(60) M. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 271. Si riferisce a questo proposito polemicamente a W. BELIME, *Philosophie du droit ou cours d'introduction à la science du droit*, Paris, Joubert, 1844, T. I, pp. 497 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teorie in un tempo storico discontinuo con il presente. La tendenza non è allora più tanto quella di individuare i punti deboli delle teorie precedenti ripercorrendone dall'interno la logica e vagliandone la tenuta, quanto quella di estrometterle in blocco sulla base della loro (sopraggiunta) inadeguatezza funzionale: inadeguatezza di fronte ad un problema, o ad una serie di problemi, di cui si drammatizza la novità, quindi la risolubilità alla luce delle coordinate teoriche precedentemente consolidate.

Occorre dunque ora tentare di capire se e in che modo i giuristi italiani, fra la fine del secolo scorso e i primi anni del nostro, contrappongano, all'impostazione del problema ermeneutico fino ad allora condivisa, una 'domanda' ermeneutica sensibilmente diversa.

Che gli anni Ottanta e Novanta dell'Ottocento siano, anche in Italia, anni di crescente inquietudine politico-giuridica può essere assunto come dato ormai acquisito. Valgano le coordinate più generali (direi 'manualistiche'; il che non vuol dire necessariamente false): dalla brusca accelerazione del processo di industrializzazione, alla connessa conflittualità sociale, all'incubazione o prima progettazione dello Stato sociale, alla diffusione della filosofia sociale positivistica, in una interazione di elementi, tanto facilmente enumerabili nella loro astratta configurazione quanto difficilmente ricostruibili nel vivo della concreta fenomenologia storico-sociale.

Nello specchio della cultura giuridica, uno dei primi contraccolpi di questo processo è sicuramente costituito da un gruppo variopinto di giuristi, molto diversi fra di loro, ma accomunato appunto dalla cifra dell'inquietudine, dell'insoddisfazione verso il presente (e il recente passato), dal bisogno di una modificazione dell'ambiente politico giuridico che prendeva di frequente il nome di 'riforma'.

Sappiamo ormai non poco di questi personaggi e delle loro proposte (61). Basti qui mettere in evidenza (rapsodicamente) solo alcuni temi.

*a*) È largamente comune la percezione di un mutamento

(61) Nella misura in cui alcune di queste proposte sono riconducibili al cosiddetto 'socialismo giuridico', cfr. P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, in *Politica del diritto*, I, 1970, pp. 241 ss. e il numero monografico di *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, III-IV, 1974-1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accelerato e incontenibile, che investe la società e la cultura nel loro complesso.

*b*) Il processo di mutamento non è analizzato nelle sue componenti socio-economiche e nelle sue politiche condizioni di possibilità. Si fa piuttosto rimbalzare l' osservazione minuta e 'quotidiana' del movimento in atto ad un livello diverso: la percezione del tempo diviene una (implicita, inespressa, ma operante) filosofia della storia, più esattamente dell'*accelerazione della storia*: ed è essa che conta, prima che per le osservazioni particolari a cui può dare adito, proprio come condizione previa di impostazione dei problemi (innanzitutto dei problemi politico-giuridici), come orizzonte entro il quale contenere (e insieme fondare) la politica (e/o la teorica) del diritto volta a volta suggerita. Valga in questo senso il ricorrente *tòpos* della 'vita' come movimento e l'invito a riportare analogicamente a esso ogni possibile oggetto di indagine (62) - che, fra l'altro, getta un ponte (per così dire, transculturale e transideologico) fra il dominante positivismo dei nostri giuristi e l'eclettismo filosofico (variamente bergsoniano, tomista, ma anche positivista) del più tardo Gény.

*c*) Nella valutazione del processo gli accenti mutano, ma è comune l'esigenza di intervenire attivamente nel processo in atto, per indirizzarlo, controllarlo, governarlo: si può essere più o meno 'ottimisti' o 'pessimisti' sul suo esito e sulle modalità del suo svolgimento, ma certo non si è fiduciosi verso uno 'spontaneo' comporsi della conflittualità e un conseguente costituirsi dell'equilibrio.

*d*) Nel tentativo di capire, controllare, indirizzare il processo di trasformazione politico-sociale in atto, il diritto compare in una doppia veste, volta a volta strumentale o finale. È non tanto uno strumento, quanto *lo* strumento fondamentale per un adeguato controllo (politico-statuale) del mutamento; ma è esso stesso direttamente pensato 'entro' il mutamento, a partire dal mutamento, sulla base di un nesso di funzionalità che lo collega (che lo *deve* collegare) alle trasformazioni in corso, rispetto alle quali si pone appunto il problema della sua adequatezza.

---

(62) Cfr. ad es. G. VADALÀ PAPALE, *Il codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881, p. 22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*e*) Su questa base, il giurista si rapporta al diritto esistente (anche) in termini apertamente valutativi e i criteri di valutazione adottati presuppongono una filosofia del mutamento sociale e si esprimono secondo parametri funzionalistici. Nella misura però in cui il mutamento sociale si carica dell'ottimismo etico di ispirazione positivistica (valgano per tutti i temi del 'progresso' e della 'solidarietà sociale'), l'inadeguatezza del diritto esistente si misura (anche) direttamente in rapporto ai valori (dati come nuovi ed emergenti).

Se dunque queste sono le coordinate generali, quali le componenti dell'esperienza giuridica sulle quali i riformatori intendono agire? Mi sembrano principalmente le seguenti: la legislazione, la scienza giuridica. Sul fronte della legislazione, l'insoddisfazione verso la codificazione (soprattutto civilistica), la denuncia della sua inadeguatezza di fronte al mutamento sociale in atto, si traducono in proposte differenziate fra di loro (dalla progettazione di codici tutt'affatto nuovi e diversi o comunque radicalmente riformati, all'invocazione di una legislazione speciale efficace nell'integrare la ormai carente disciplina codicistica), ma comunque concordi nel valorizzare le potenzialità innovative dell'intervento legislativo. Sul fronte della scienza giuridica, l'inquietudine 'riformatrice' si esprime nel sottolineare l'urgenza di una revisione del metodo e nel porre all'ordine del giorno l'opposizione (o la pretesa opposizione) fra 'esegesi' e 'sistema' (63).

Ora, il nostro problema è capire se e in che modo ci si incontra per questa via con il problema dell'interpretazione della legge.

Credo che la risposta debba essere articolata. Da un primo punto di vista, l'elemento di coagulazione del dibattito metodologico degli anni Ottanta-Novanta è dato dal problema del sapere giuridico nel suo complesso, che viene preso in considerazione soprattutto per saggiare le possibilità e le modalità di una sua riscrittura: ed è in questa prospettiva che si invocherà il 'metodo

(63) Sul problema del metodo civilistico cfr. P. BENEDUCE, *Il 'giusto' metodo di Emanuele Gianturco. Manuali e generi letterari alle origini della 'scienza italiana'*, in A. MAZZACANE (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli, Liguori, 1987, pp. 295-364; P. GROSSI, *« La scienza del diritto privato ». Una rivista progetto nella Firenze di fine secolo (1893-1896)*, Milano, Giuffrè, 1988; ID., *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Barcelona, Gráficas Unión, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistematico' e si sosterrà che la sua adozione non solo migliorerà l'organizzazione 'stilistica', espositiva, del discorso giuridico, ma accrescerà anche la sua potenza esplicativa, ponendolo in grado di colmare le lacune della codificazione (64).

Da un secondo punto di vista, però, le inquietudini 'riformatrici' fanno emergere atteggiamenti che avrebbero contestualmente influenzato anche il terreno specificamente ermeneutico.

In primo luogo: l'enfatizzazione del ruolo del giurista riguarda principalmente la scienza giuridica, ma segna di riflesso la possibilità, per ogni operazione ermeneutico-giuridica, di un rapporto più libero e insieme più problematico con la legislazione (65).

In secondo luogo e di conseguenza: l'enfatizzazione del ruolo del giurista, se si traduce spesso e volentieri nell'apologia di un particolare ceto professionale (il giurista 'universitario'), si presta anche ad essere usata per la valorizzazione di ceti diversi (ad esempio il giudice).

Infine, il nesso stringente che si viene a stabilire fra mutamento sociale e ruolo del giurista nel *medium* della scienza giuridica viene a ripetersi allo stesso modo anche là dove non è più il *Professorenrecht* ad essere direttamente in questione.

Se non i professori, allora, certo sono i giudici ad imporsi come soggetti di un'operazione che è innanzittutto e necessariamente interpretativa: e l'affiorare di una nuova sensibilità al problema teorico-ermeneutico coincide appunto con un tentativo di problematizzazione di quel peculiare soggetto dell'interpretazione che è il giudice.

Ne è un primo, timido indice la tematizzazione dell'equità e del

---

(64) E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, in *Opere giuridiche*, Roma, La Libreria dello Stato, 1947, vol. I, p. 6. Su Gianturco cfr. i saggi raccolti in A. MAZZACANE (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, cit.

(65) Cfr., ad es., C. F. GABBA, *Prolusione al corso di Diritto civile. Anno scolastico 1877-88. (Concetto del diritto civile - Piano di una trattazione sistematica del diritto civile italiano*, in « Archivio giuridico », XXXIX, 1887, p. 536: nei riguardi del codice « noi dobbiamo ad una cosa principale mirare: a dargli vita ed anima, col soffio della scienza. Fare di questa il substrato di quello, il fondamento su cui si appoggia, il telaio su cui è tessuto, il fondo da cui si distacca, la cornice dentro cui si racchiude e si compone ». Su Gabba cfr. P. GROSSI, *« La scienza del diritto privato »*, cit., pp. 46 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suo ruolo ermeneutico. Si tratta, come è ovvio, di un problema antichissimo, che, affrontato sempre di nuovo in contesti diversi, veniva risolto, ancora agli inizi degli anni Ottanta, da Scialoja, nei termini che potevano essere propri di un Borsari: l'equità « è un'aspirazione di un popolo ad un certo diritto »; in essa « la materia giuridica si trova allo stato amorfo e non depurata, nel diritto positivo invece essa è schietta e cristallizzata » (66). L'equità è dunque realizzata nella legislazione e l'interpretazione giudiziale deve contenersi entro i limiti dell'accertamento della volontà legislativa. Non sfuggiranno però i termini dell'impostazione del problema: l'equità rinvia all'aspirazione di un popolo al mutamento sociale e ciò che si vuole respingere è appunto la diretta rilevanza ermeneutica del mutamento in atto. Non sarebbero comunque mancate risposte diverse al problema così impostato (67): ma quello che importa è che il dibattito includa ormai come propria componente la problematizzazione dell'interpretazione e del ruolo del giudice sullo sfondo del mutamento sociale in atto.

Della maturità del problema, ormai al concludersi degli anni Ottanta, offre una buona testimonianza un contributo di Majorana, di singolare chiarezza e lucidità, che conviene leggere con una qualche attenzione.

Una caratteristica del testo è innanzitutto quella di perseguire un obiettivo critico-esplicativo piuttosto che dottrinario-prescrittivo: esso insomma non intende dirci ciò che 'deve' essere la giurisdizione nei riguardi della legislazione nel quadro di una 'vera' teoria delle fonti, ma tenta semplicemente di impostare il problema e indicare possibili linee di tendenza - e, da questo punto di vista, il testo è una

---

(66) V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* [1880], in *Studi giuridici, vol. III, Diritto privato, Parte I*, Roma, Anonima romana Editrice, 1932, p. 15. Cfr. anche, con sfumature diverse, C. LOZZI, *Della interpretazione delle leggi e dei contratti per via di equità*, in *Temi Veneta*, III, 1878, pp. 445 ss.; DEODATI, *Alcune considerazioni sopra un'unica Corte regolatrice nella capitale del regno e sui giudizi di equità*, in *Temi Veneta*, III, 1878, pp. 509 ss.; M. DIENA, *Della equità nella interpretazione delle leggi e dei contratti e della corte di Cassazione unica. Studi*, Venezia, Fonata, 1879; C. LOZZI, *La nuova dottrina di F. Laurent sulla interpretazione delle leggi*, in *Giurisprudenza italiana*, XXXIII, 1881, Parte IV, pp. 30 ss.

(67) Cfr. ad es. F. CAZZANIGA, *L'equità e le sue applicazioni*, Cremona, Ronzi e Signori, 1888.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

voce isolata nel coro delle tante 'dottrine' tese verso una qualche 'dogmatica' certezza.

In questa prospettiva, legge e giudizio appaiono come componenti dell'esperienza giuridica che si intrecciano dialetticamente: « quando, mercé un codice, si dà fermo assetto al diritto, comincia, immediatamente, un lavorio per la creazione di un diritto nuovo ». Il codice infatti si presenta, sì, come il baluardo della completezza e della stabilità, ma anche come il responsabile della staticità, del blocco del movimento, dell'« integrazione »; dall'altro lato, le forze sociali che non trovano immediata espressione nella codificazione vigente e puntano alla trasformazione dell'esistente, « non trovando soddisfazione nella legge, così come dal codice integrata, aspirano a differenziarla e delle loro aspirazioni cercano di fare organi i giudici » (68), che agiscono « col lavoro sottile, diligente e continuo della interpretazione; con quello più avanzato, ma sovente camuffato, che è mosso dalla necessità di supplire alle disposizioni di legge mancanti; infine con quello audace della correzione » (69).

Il giudice viene così rappresentato come l'organo spontaneamente (storicamente) deputato ad accogliere, nello specchio dell'interpretazione, le istanze del mutamento, della « differenziazione ». Certo, l'attuale sistema delle fonti « prevede i magistrati come applicatori del diritto nei casi controversi o in altri espressamente deferiti dalla legge », ma non mancano segni, per il nostro giurista, di una tendenza che porta a complicare il quadro tradizionale, in rapporto all'estensione dei compiti 'sociali' dello Stato e all'accelerata trasformazione socio-giuridica. E non è allora raro il caso che, di fronte a « nuovi bisogni..., urgentemente manifestatisi », « la legge sia tarda a riconoscerli, che il magistrato quindi se ne impossessi prima, sicché le sue sentenze servano come di materiali alla legge futura » (70). Ed ecco, conclusivamente, il quadro di sintesi: « Quando il diritto è fissato fermamente nel codice, il giudice deve, con maggiore o minore macchinalità, applicarlo. Notisi dapprima, però, che egli per la innata tendenza che ha ogni persona o ente ad

(68) A. MAJORANA, *L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione*, in *Archivio giuridico*, XLIII, 1889, p. 574.

(69) *Op. cit.* , p. 575.

(70) *Op. cit.* , p. 577-578.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ampliare le sue competenze, cerca di allargare le proprie. Quindi cerca, colla interpretazione e colla risoluzione dei casi nuovi, affrancarsi dalla condizione meramente passiva in cui la legge lo colloca. Nel che, a vero dire, abbiamo una pura ragione individuale e psicologica. Ma inoltre abbiamo ragioni ben più gravi: sovratutto non vuolsi dimenticare l'ambiente. I nuovi bisogni che sorgono tendono ad avere organi proprii. Le nuove forze sociali che si manifestano, non ricevendo soddisfazione nella ferma ed immutabile legge, cercano di influire sui giudici; i quali, del resto ..., sono psicologicamente predisposti ad ampliare le loro potestà. E così, con un processo lentissimo, essi, che sono sorti per applicare un diritto, ne vengono creando ed applicando un altro » (71).

La lunghezza della citazione apparirà, spero, giustificata dalla non comune significatività della testimonianza. Si enumerino i temi che essa include, nel suo piano e chiaro sviluppo: il passaggio da un'idea di giudice come soggetto 'meccanico', passivo, ad un'immagine di giudice come interprete propositivo e 'creativo'; il ruolo di 'supplenza' della magistratura (dove la stessa terminologia usata indurrebbe nella tentazione di indebite attualizzazioni); le spinte, interne alla magistratura come ad ogni ceto professionale, alla valorizzazione del proprio ruolo politico-sociale; l'interpretazione giudiziale come 'ponte' fra le rapide trasformazioni dell'ambiente sociale e il quadro istituzionale; l'accenno 'realistico' al farsi di un diritto 'diverso' attraverso vie 'dottrinariamente' impreviste ed eretiche. Si tengano presenti questi cenni tematici e ci troveremo di fronte alle principali coordinate entro le quali il dibattito teorico ermeneutico fra Otto e Novecento si è in sostanza mantenuto.

È piuttosto agevole individuarne i capisaldi, dato il continuo ripetersi degli schemi argomentativi adottati.

*a*) In primo luogo, viene drammatizzato il contrasto fra la trasformazione sociale, i nuovi bisogni, le nuove forze economiche e il sistema legislativo vigente: è l'inadeguatezza funzionale della legge che porta, insieme, alla svalutazione di questa come fondamento esclusivo della disciplina normativa dei rapporti sociali e alla valorizzazione dell'interpretare giudiziale.

---

(71) *Op. cit.*, p. 575.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*b*) In secondo luogo, il problema dell'interpretazione viene affrontato non tanto nella sua portata più generale ed astratta, quanto nella sua dimensione direttamente produttiva di conseguenze giuridicamente e politicamente rilevanti: l'interpretazione emerge dunque non tanto come operazione riferibile a diversi soggetti dell'ordinamento, ma come quell'operazione grazie alla quale il giudice può (o deve, o 'non può non') mediare fra il mutarsi della realtà sociale e la rigidità (e conseguente inadeguatezza) della legislazione.

*c*) L'interpretazione, in quanto interpretazione giudiziale, tende ad includere al suo interno il momento dell'applicazione del diritto, senza particolari preoccupazioni di distinzioni analitiche.

All'interpretazione si guarda dunque con rinnovato interesse e con aspettative inedite nel momento in cui ci si dispone a ripensare radicalmente il ruolo del giudice, la sua posizione di fronte alla legislazione, la sua capacità di intervento nella società. La valorizzazione del ruolo del giudice non sfocia comunque, di regola, in posizioni estreme che mirino ad un ripensamento globale, e radicale, del sistema delle fonti: il riconoscimento dello Stato di diritto nella sua tipica configurazione, quindi il principio della divisione dei poteri e la supremazia della legge, costituiscono anche per i 'riformatori' italiani (proprio come per Gény) non tanto un ostacolo da abbattere quanto una regola da rispettare, a patto però di dichiararla subito compatibile con un diverso 'gioco' ermeneutico.

Certo, prendere sul serio il diffuso *cahier de doléances* nei riguardi della legislazione può indurre a ipotizzare, se non per il presente, almeno per il futuro, un sistema delle fonti radicalmente diverso e a guardare al giudice come al momento risolutivo dell'esperienza politico-giuridica (72). Quali che siano comunque gli esiti

(72) Cfr. ad. es. E. CALDARA, *Per una missione della magistratura*, in *La scienza del diritto privato. Rivista critica di studi giuridici e sociali*, III, 1895, pp. 381 382, dove si enfatizza « tutta l'importanza sociale che assumerebbe la magistratura ove si persuadesse ch' è sua funzione sviluppare all'infinito ... i principii giuridici che sono sanciti o soltanto accennati nei codici »; oppure P. VIAZZI, v. *Equità*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, 1906, vol. V, parte II, Milano, Società Editrice Libraria, pp. 356-357, che addirittura, sia pure per un « remoto futuro », auspica che il giudice venga chiamato « a sostituire il legislatore, perché egli solo, come persona, può trovarsi in contatto immediato con le singole realtà provocanti una decisione ». È d'altronde in questo contesto che si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

radicali dell'una o dell'altra proposta 'riformatrice', essi restano sostanzialmente isolati, mentre senz'altro diffusa è l'esigenza di gettare uno sguardo nuovo sull'interpretazione a partire dal suo (principale) soggetto.

Il problema però a questo punto non era risolto, ma solo impostato, sulla base di premesse politico-giuridiche (in qualche modo meta-ermeneutiche) ovviamente influenti sulla dottrina dell'interpretazione, ma aperte a sviluppi potenzialmente molto diversi. Pur nella varietà degli accenti, credo tuttavia che si possa individuare un atteggiamento dominante, compendiabile in quello che veniva frequentemente chiamato il 'metodo storico-evolutivo'.

Esso fu solennemente adottato dalla mozione conclusiva del V Congresso nazionale giuridico-forense, sulla spinta di una efficace relazione di Vadalà Papale, ma la sanzione ufficiale conseguita nel congresso seguiva in realtà a numerose, passate adesioni e preludeva ad un futuro, durevole successo.

Il congresso di Palermo si apre, come avverte Vadalà Papale, nel nome di Gény e nel segno di un rinnovato interesse al problema dell'interpretazione (73). Le coordinate che ne permettono l'impostazione sono ormai ben note: da un lato, si vuole mantenere intatto

---

inquadra l'interessante episodio del giudice Magnaud: non un episodio di folklore giuridico, ma un caso di notevole importanza e risonanza. Delle sue sentenze in Italia si fa traduttore e commentatore entusiasta il giudice Raffaele Majetti, curando l'edizione di E. LEYRET, *Le sentenze del Presidente Magnaud*, S. Maria Capua Vetere, Cavotta, 1901. Lo stesso giudice Majetti curerà di lì a poco la traduzione del celebre pamphlet di Gnaeus Flavius (H. U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, Milano Palermo-Napoli, Sandron, 1908). Su Caldara e il problema dell'interpretazione della legge cfr. P. GROSSI, *« La scienza del diritto privato »*, cit., pp. 163 ss.; sul giudice Magnaud cfr. R. WEYL, M. PICARD WEYL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le 'bon juge Magnaud'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, III-IV, 1974-1975, pp. 367 ss.; sul giudice Majetti cfr. la biografia (e apologia) redatta dal figlio: R. MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni e il 'buon giudice italiano'*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1932; F. VENTURINI, *Un 'sindacato' di giudici da Giolitti a Mussolini: l'Associazione generale fra i magistrati italiani, 1909-1926*, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 60 ss.

(73) G. VADALA' PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, in *V Congresso nazionale giuridico-forense* (Palermo, 1903), Palermo, Barravecchia, 1904, p. 109. Su Vadalà Papale cfr. P. GROSSI, *« La scienza del diritto privato »*, cit., pp. 24 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il quadro costituzionale e il vigente sistema delle fonti, dall'altro lato si tematizza, e si drammatizzza, il mutamento sociale per imporre l'urgenza del problema ermeneutico. Il compito dell'interprete appare allora, sulla base di queste premesse, iscritto fra i due estremi della valorizzazione dei 'bisogni' (rapporti, forze, mutamenti) sociali e la comprensione del senso della legge. Laddove, per la dottrina 'tradizionale' dell'interpretazione, la legge era comprensibile come tale e il problema della sua applicazione al fatto riguardava prevalentemente il passaggio dall'astratto (della previsione) al concreto (del 'caso'), nella proposta innovativa degli 'evoluzionisti' la legge è comprensibile e applicabile grazie ad un procedimento che muove dalla pre-comprensione della dinamica sociale, interroga e decifra la legge su questa base, torna infine sul 'caso' aggiornando la *ratio legis* sulla base del nesso di funzionalità che l'interprete viene a stabilire fra legge e mutamento sociale.

Di questo programma ermeneutico almeno due sono le caratteristiche salienti che Vadalà Papale non manca di sottolineare: la prima è data dalla diretta rilevanza ermeneutica che la scienza sociale può (deve) assumere nel processo dell'interpretazione giuridica (74) - una rilevanza che d'altronde, per la cultura positivistica condivisa da tanti 'innovatori' ed egemone all'epoca, appare del tutto pacifica. La seconda caratteristica è data dal tenace legame che non si interrompe affatto, ma che anzi si riconferma energicamente, fra giurista e legislazione (75): il controllo giuridico del mutamento non è (soltanto) perseguibile con una nuova legislazione, non è (affatto) perseguibile sganciando il giurista dall'interpretazione della legge, ma è raggiungibile sul terreno dell'interpretazione (proprio dell'interpretazione della legge e dell'interpretazione giudiziale in specie), dove la giurisprudenza assume il ruolo di « intermediaria tra le legge e i rapporti nuovi, variati, fuggenti » e serve appunto ad « adattare quella a questi » (76).

---

(74) *Op. cit.*, p. 115: la scienza sociale « sarebbe ... il grande ed il migliore commento al Codice Civile ».

(75) *Op. cit.*, p. 115: la legge scritta deve essere considerata « come la sola cornice scientifica e giuridica dove possono e debbono inquadrarsi tutti i rapporti giuridici per la necessità del loro regolamento »

(76) *Op. cit.*, p. 112.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'interpretazione della legge, dunque, in primo luogo, tende a porsi al centro dell'esperienza giuridica, a svantaggio di altre possibili forme di *Rechtserfindung*, in secondo luogo, procede non verso l'originaria volontà del legislatore, ma oltre di essa, verso un senso (dato per) attuale dall'interprete. È il testo legislativo che, sollecitato dall'interprete, si offre come produttivo di sempre nuove conseguenze, è il testo che appare come « un organismo vivente che deve integrarsi continuamente..... con le nuove esigenze che si impongono nella vita » (77).

Ora, quale *auctoritas* è invocabile (ed effettivamente richiamata) a supporto di una siffatta impostazione? Certamente non Gény, ma, semmai, Saleilles: che infatti, nella prefazione alla *Méthode d'interpretation*, pur nel salutare entusiasticamente il nuovo 'metodo', lega in realtà la propria proposta alternativa ad alcune idee-guida, che dalla *Méthode* divergono nettamente (78).

La situazione allora può apparire, a prima vista, paradossale: si dedica idealmente il congresso a Gény in nome del superamento della tradizione, ma nel momento in cui si delinea l'alternativa, la si indirizza esattamente nella direzione opposta a quella perseguita da Gény, non già volgendo le spalle alla legge e alla sua interpretazione, ma al contrario rafforzando, e impostando diversamente, il loro rapporto.

Non si tratta, comunque, di una scelta isolata del Congresso di Palermo, ma di una linea largamente condivisa: nel momento in cui una parte della cultura giuridica italiana si dispone, fra Otto e Novecento, a prendere sul serio il problema del mutamento sociale, la valorizzazione del ruolo del giudice fa per essa tutt'uno con un programma ermeneutico che insiste sulla necessità di una rilettura 'attualizzante' della legge in vista della sua applicazione.

La valorizzazione della giurisprudenza, dunque, procede in-

---

(77) *Op. cit.*, p. 116.

(78) Cfr. R. SALEILLES, *Préface* a F. GENY, *Méthode d'interprétation*, cit., pp. XVII ss.: la prefazione è peraltro richiamata con grande frequenza dai giuristi italiani. Un altro autore frequentemente richiamato e utilizzato è Kohler. In questo senso è del tutto pertinente il richiamo ad una *koinè* 'riformatrice' che accomuna autori diversi, su cui P. GROSSI, *Absolutismo jurídico*, cit., pp. 18 ss. Sull'ermeneutica 'oggettivistica' cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1983[5], pp. 31 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sieme con l'indicazione dei nuovi compiti dell'interpretazione, entro una rappresentazione del sistema delle fonti che resta sostanzialmente tradizionale, ma che non può non subire gli effetti connessi all'enfatizzazione del ruolo del giudice nell'esperienza giuridica.

Valga, come esempio significativo in questo senso, il tentativo di Miceli di ripensare il problema delle fonti del diritto (79). In questo saggio ambizioso l'autore, pur confermando il ruolo della legge come esclusiva fonte di diritto in senso formale, sarà indotto dalla particolare attenzione tributata al 'diritto giurisprudenziale' a parlare di 'fonti indirette' e a mettere in risalto il loro contributo nel processo di 'realizzazione' del diritto: un contributo per nulla scontato e predeterminato dalle disposizioni legislative.

Viene così rivendicato con chiarezza il ruolo 'creativo' dell'interpretazione: dove è in atto un processo di interpretazione, dove la « volontà » dell'interprete si rapporta alla « volontà » del testo legislativo per intenderne il contenuto, si dà inevitabilmente « un'impronta nuova al comando », dal momento che la volontà non è « un meccanismo inerte ..., ma... una forza viva, un centro di attività autonoma ... » (80). E allora si dovrà ancora parlare, per la giurisprudenza, di fonte solo 'indiretta' di diritto, ma non si potrà disconoscerne il ruolo sostanzialmente 'produttivo', non si potrà ridurla ad « un semplice riflesso, una semplice rivelazione della fonte diretta » (81).

Si delinea così una sorta di tensione non risolta fra una rappresentazione giuridico-formale e una comprensione sociologicamente, 'realisticamente' orientata della fenomenologia giuridica; se, per la prima, fonte in senso proprio può dirsi solo la legge, per la seconda l'interpretazione giurisprudenziale è comunque connotata da un tasso rilevante di 'creatività': l'interpretazione è creazione perché necessariamente essa « è costruzione mentale da parte di una coscienza diversa » (82). Né è sufficiente osservare, in contrario, che l'interpretazione trova nella legge il proprio limite insuperabile,

---

(79) V. MICELI, *Le fonti del diritto dal punto di vista psichico-sociale*, Palermo, Reber, 1905.

(80) *Op. cit.*, p. 112.

(81) *Op. cit.*, p. 113.

(82) *Op. cit.*, p. 160.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perché i criteri interpretativi che il giudice usa non sono dati immediatamente dalla legge, ma sono presupposti ad essa (83).

Divenuta l'interpretazione (storico-evolutiva) lo strumento grazie al quale, 'entro' il quale, la legge si distacca dal suo punto di origine, perde la propria rigidità e si adegua al mutarsi dei 'bisogni', è l'operazione interpretativa come tale che richiede di essere approfondita nelle sue caratteristiche modalità e nei suoi pressupposti. Ed ecco allora l'accenno alla portata 'creativa' dell'interpretazione, all' 'autonomia' del testo legislativo, alla irriducibilità dei risultati dell'interpretazione ai contenuti 'predeterminati' dalla 'volontà' del legislatore.

Si tratta, certo, di rapidi cenni, la cui importanza però, nel panorama della cultura giuridica fra Otto e Novecento, non deve essere sottovalutata. Il tema ermeneutico 'come tale' (nella sua più ampia generalità) resta piuttosto in ombra, ma, proprio per questo, è interessante constatare come l'allontanamento dalla tradizione teorico-ermeneutica imponga comunque di problematizzare il senso della libertà (o 'creatività') dell'interpretare, il ruolo determinante del soggetto, il suo rapporto con il testo.

Non appena si porta l'analisi su questo difficile terreno, sembrano saltare le certezze 'tradizionali' e innanzitutto la possibilità di una corrispondenza perfetta fra norma e fatto. Non si danno, per l'interpretazione (applicazione) giudiziale del diritto, una rappresentazione puramente 'oggettiva' del fatto, perché la conoscenza di esso « riceve l'impronta singolare della personalità che ne è il soggetto » (84), nè un'unica, obbligata, deduzione dal sistema normativo, all'interno del quale sono di regola disponibili premesse diverse fra le quali scegliere e dalle quali trarre conseguenze (ovviamente) diverse (85).

Non mancherà l'occasione di incontrare di nuovo, nella cultura giuridica italiana successiva, spunti tematici analoghi: questi anzi troveranno solo nel prosieguo di tempo un'adeguata problematizzazione. Al loro primo apparire, fra la fine del secolo scorso e gli inizi del nostro, essi, per un verso, risultano largamente tributari verso

(83) *Op. cit.*, p. 162.
(84) P. VIAZZI, v. *Equità*, cit., p. 340.
(85) *Op. cit.*, p. 345.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modelli transalpini relativamente rielaborati (86), per un altro verso, si muovono ancora nell'orbita di una proposta ermeneutica che bada più a raggiungere un obiettivo determinato che non a dispiegarsi in tutta la sua globalità.

Dal primo punto di vista, allora, non stupisce l'alta frequenza delle citazioni di un Kantorowicz: non perché si adottino in massa le sue proposte teoriche, ma perché le si usano come campanello d'allarme per l'urgenza del problema ermeneutico o come testa di ponte nella battaglia 'anti-tradizionalista'; né diverso, in questo periodo, è il senso della fortuna italiana di Gény. Si 'citano' insomma Kantorowicz o Gény, ma si 'usano' piuttosto Kohler o Saleilles, proprio perché questi autori sono immediatamente spendibili nel processo di 'aggiornamento' ermeneutico perseguito dagli 'anti-tradizionalisti' italiani: che mirano appunto — ed ecco il secondo aspetto della situazione — a raccomandare uno stile di lavoro, una *pratica* interpretativa, prima di una *teorica* ermeneutica complessiva, che si impegnano in una rilettura del sistema normativo che muova dal presente e ad esso ritorni in funzione del suo ritmo di mutamento.

Proprio per questo, appaiono assai significativi interventi che non affrontano *in apicibus* il problema del rinnovamento ermeneutico, ma lo impostano e lo risolvono nelle pieghe di un discorso che perviene all'ermeneutica dal 'basso' di questioni di grande rilevanza politico-giuridica.

Valga come esempio un saggio di Carnelutti, del 1904 (87), dove il problema è valutare il rapporto fra la legge sugli infortuni e il codice civile come rapporto fra diritto eccezionale e diritto comune. Non si tratta di una questione accademica, perché non mancavano sentenze che proprio sulla natura 'eccezionale' della legge sugli infortuni fondavano la necessità di una interpretazione restrittiva di essa (88).

---

(86) Cfr. *supra*, nota 71.

(87) F. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione della legge su gli infortuni*, in *Rivista di diritto commerciale, industriale e marittimo*, II, 1904, pp. 202-226.

(88) Sul problema della responsabilità civile è ora fondamentale G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La brillante argomentazione dell'autore tende a rovesciare una posizione ermeneuticamente consolidata mettendo in discussione il senso stesso di 'norma' e di 'eccezione'. Il carattere di 'eccezionalità' di una norma rispetto ad un'altra non può decidersi sulla base di un semplice confronto fra norme: occorre respingere la logica, familiare al giurista, di un'indagine che non esce dal chiuso dell'edificio normativo e instaurare un confronto fra norma e realtà sociale; non è l'analisi della norma come tale, ma il rapporto del testo legislativo « con la coscienza giuridica contemporanea che deve fornire i criteri per guidare la interpretazione » (89). E allora la norma, che da un punto di vista giuridico-formale sembra eccezionale, « suona conforme all'intimo senso giuridico contemporaneo, mentre il c.d. *ius commune* rappresenta la consacrazione legislativa di uno stadio di pensiero giuridico decadente, tramontato o sul punto di tramontare! » (90). La conseguenza è presto tratta: se il diritto 'eccezionale' affonda le sue radici nella società e nei suoi bisogni, esso, lungi dall'essere necessariamente interpretato in termini restrittivi, potrà vedersi attribuire una peculiare forza espansiva; e infatti: « perché negar forza di espansione al diritto nuovo, che ha in sé il vigore di supplire ai nuovi bisogni....? » (91).

Il diritto 'eccezionale' deve dunque produrre (o non produrre) effetti 'espansivi' non sulla base di un confronto (per così dire, statico) fra norme, ma sulla base di un confronto 'dinamico' fra testo legislativo e realtà sociale: è ancora l'enfatizzazione del mutamento sociale come presupposto dell'interpretare giuridico che presiede all'operazione ermeneutica del nostro giurista. Con una importante novità in più, rappresentata dal fatto che il diritto 'nuovo' (adeguato al mutamento, funzionale ai nuovi bisogni) non vive solo nel rapporto che esso viene intrattenendo con la realtà sociale, ma, a partire da questa relazione privilegiata, raggiunge, per via di interpretazione, il sistema giuridico complessivo e incide sul difficile rapporto fra codice e legislazione speciale. Si sviluppa così una sorta di

---

Milano, Giuffrè, 1991; sull'intervento di Carnelutti, cfr. in particolare pp. 413 ss. Sul problema del rapporto fra leggi speciali e codice civile cfr. in particolare pp. 155 ss.

(89) F. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione*, cit., p. 207.

(90) *Op. cit.*, p. 206.

(91) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'circolo virtuoso': l'interprete valorizza l'una o l'altra legge speciale come diritto 'nuovo'; ma, viceversa, il ricorso stesso alle leggi speciali mostra, da parte del legislatore, una crescente attenzione al mutamento sociale. E allora quella che sembrava una mera 'eccezione' può apparire, in un'ottica ermeneutica disposta a leggere, insieme, le leggi speciali a partire dai 'nuovi bisogni' e il sistema giuridico a partire dalla leggi speciali, « l'indice di una generale tendenza a un nuovo orientamento ... » (92).

Certo, il campo della responsabilità civile è un settore privilegiato per cogliere le inquietudini e i tentativi di innovazione che, nell'Italia della fine del secolo scorso, riguardano la giurisprudenza non meno della cultura giuridica universitaria (93), ma non è certo l'unico nel quale il nuovo schema ermeneutico può cimentarsi con alterni successi. Valga il caso, che ebbe all'epoca qualche risonanza, di una sentenza (di cui Mortara fu estensore) dove in questione era, addirittura, il diritto di alcune donne di essere iscritte, secondo la loro richiesta, nelle liste elettorali politiche: un diritto, secondo l'estensore della sentenza, riconoscibile perché il senso della legge non è dato dalla volontà 'originaria' del legislatore, ma « dalla vita stessa della civiltà » nella quale la legge vive e grazie alla quale la legge viene interpretata (94).

Riferirsi alla 'civiltà' e alle sue immanenti esigenze, trovare nell'una o nell'altra legge la traduzione normativa (ancora parziale e imperfetta, ma inequivocabile) delle nuove tendenze, reinterpretare su questa base il sistema normativo 'attualizzandolo' in funzione dei nuovi bisogni era dunque uno schema ermeneutico impiegabile a sostegno di tesi politico giuridiche diverse, ma accomunate dall'intenzione di conciliare il riferimento obbligato ai testi legislativi con il controllo del mutamento sociale. Il che, se contribuiva a conferire

---

(92) *Op. cit.*, p. 225

(93) Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*, cit., pp. 327 ss. dove si leggono, fra l'altro, interessanti riferimenti a Vittorio Emanuele Orlando.

(94) Corte di Appello di Ancona, 25 luglio, 1906, in « Giurisprudenza italiana », LVIII, 1906, parte III, cc. 389 394. Cfr. anche, per l'impiego di una identica argomentazione ad altro proposito, la requisitoria del procuratore generale O. Quarta in « Giurisprudenza italiana », LVIII, 1906, parte III, c. 298. Su Mortara cfr. F. CIPRIANI, *Le 'poche cose' e la lunga vita di Lodovico Mortara*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XIX, 1990, pp. 85 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al metodo 'storico-evolutivo' un'aureola vagamente 'progressista', non bastava certo a renderlo padrone incontrastato del campo.

Ora, non si può certo affermare che il campo della contesa ermeneutica in Italia fra Otto e Novecento fosse occupato da due eserciti contrapposti, nettamente individuati, l'uno dalla difesa del metodo storico-evolutivo, l'altro dalla sua negazione: non lo si può affermare non solo perché il gruppo dei 'tradizionalisti' è ancora più frammentato e diviso al suo interno del gruppo (in ipotesi) antagonista; ma sopratutto perché gli stessi 'anti-evoluzionisti' recepiscono spesso temi e preoccupazioni degli 'innovatori'. Credo però che si possa comunque individuare un elemento di discrimine fra i contendenti che presuppone il dibattito sull'interpretazione, ma va al di là di esso.

La materia del contendere riguarda in realtà il ruolo dell'interprete, in primo luogo del giudice, nell'esperienza giuridica. La forte accentuazione del ruolo del soggetto dell'interpretare (non teorizzata dai fautori del metodo storico evolutivo, ma necessariamente implicata in esso) tendeva a fare del giudice l'asse portante del mutamento giuridico. Ed è proprio a questo livello che si attesta la reazione dei 'tradizionalisti'.

E infatti: gli 'evoluzionisti' invocano frequentemente la necessità di 'attualizzare' il sistema normativo in funzione dei nuovi bisogni; i 'tradizionalisti' rispondono non già contestando il fatto del mutamento sociale e la necessità di fronteggiarlo giuridicamente, ma rinviando la soluzione del problema ad un soggetto diverso: non l'interprete, il giudice, ma il legislatore.

Diviene esemplare in questo senso la motivazione con la quale a Venezia si nega alla donna il diritto di iscrizione alle liste elettorali politiche, in perfetta contrapposizione alla sentenza anconetana redatta da Mortara: i giudici veneziani riconoscono che la società è mutata anche rispetto al ruolo della donna e che la legislazione recente ha attribuito alla donna un numero crescente di diritti; ma osservano anche che tali considerazioni « fatte valere dal ricorso a favore della donna, attengono manifestamente, non alla legge costituita, ma al diritto nuovo da elaborarsi dal legislatore, e non possono perciò avere influenza nella questione che la Corte è ora chiamata a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decidere » (95). Le stesse considerazioni che, nella prospettiva degli 'evoluzionisti', fondavano la possibilità di una interpretazione 'attualizzante' (la constatazione del mutamento sociale; la proiezione di questo nelle leggi speciali), vengono usate per escludere dal dominio dell'interpretazione un adeguamento del sistema normativo che si reputa possibile solo per intervento del legislatore.

Il rinvio al legislatore non è solo l'*escamotage* di qualche giudice 'tradizionalista'. Se ne fa, fra i tanti, autorevole difensore anche un giurista, peraltro attento alla realtà del mutamento, come Bonfante. Che non manca di discutere di Jhering e di interpretazione teleologica, che è consapevole dei limiti della logica nel ragionamento giuridico, che guarda con sospetto al tradizionalismo endemico del ceto professionale dei giuristi, ma che comunque è netto nella conclusione: occorre uscire dall'odierna « babele di concetti » che confonde « lo sviluppo sociale collo sviluppo giuridico vero e proprio » (96); non è come interprete che il giurista può contribuire al controllo del mutamento sociale, ma come 'consigliere del Principe', quando riprenda l'« ufficio di consigliere e promotore dell'evoluzione giuridica », impegnandosi nella « cooperazione al progresso legislativo » (97).

Certo, il rinvio al legislatore è una risposta solo in parte pertinente alla sfida ermeneutica degli 'evoluzionisti': è pertinente, in quanto individua esattamente, e rifiuta, il nucleo centrale di quel programma ermeneutico (la valorizzazione del soggetto giudiziale nel processo interpretativo); non lo è, in quanto si sottrae al confronto sul terreno specifico dell'interpretazione della legge. Non mancano comunque interventi che proprio su questo terreno prospettano una sorta di 'alternativa all'alternativa': non una stanca riproposizione della tradizione, ma una sintesi aggiornata che tenga conto delle novità, ma ne tragga conseguenze diverse.

Si condividono così con gli 'evoluzionisti' due importanti princìpi: l'autonomia del testo legislativo rispetto alla volizione originaria del legislatore; il legame stretto che collega (deve collegare) il

---

(95) Sentenza della Corte di Appello di Venezia, 14 luglio, 1906, in « La Legge », XLVI, 1906, n. 16, c. 1593.

(96) P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, in *Temi Veneta*, XX, 1895, p. 112, in nota.

(97) *Op. cit.*, p. 111.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistema normativo e la società. Si concede addirittura che « il diritto positivo... sia scarso ed insufficiente nella sua parte materiale, nelle disposizioni sue... » (98). Non segue però da ciò che la pratica dell'interprete, quindi del giudice, debba seguire lo schema degli 'evoluzionisti'. Proprio a causa della necessaria corrispondenza fra sistema normativo e sistema sociale, occorre non già muovere dal presupposto dell'inadeguatezza del primo rispetto al secondo, ma postulare fra di essi una sorta di armonia prestabilita e sulla base di questa ipotesi procedere all'interpretazione: che non si fonderà quindi sulla valutazione 'dinamica' del mutamento sociale e dei suoi riflessi nelle parti periferiche del sistema giuridico, ma si impegnerà nella comprensione del sistema normativo 'come tale', ne cercherà, al di là del « contenuto immediato », il contenuto « latente e mediato » (99), ridurrà a questo gli elementi eventualmente contraddittori, a dispetto della loro potenziale 'novità'.

Se questo è vero, nel momento in cui si valorizza il sistema normativo come « vero e proprio organismo », nel momento in cui si postula che « ogni nuovo rapporto di fatto », come svolgimento dell'organismo sociale di cui il sistema giuridico è il corrispondente normativo, trova « un suo regolamento giuridico » che è semplicemente « l'estensione » del « sistema esistente », il ruolo dell'interprete viene drasticamente contenuto e viene escluso il carattere 'creativo' dell'interpretazione: la regolamentazione del fatto non dipende dalla 'decisione', dall' « arbitrio », del giudice, ma procede « necessariamente » dalla « combinazione degli elementi di fatto colle norme generali esistenti »; e come dalla combinazione di diversi elementi si ottiene un prodotto chimico, ed uno soltanto, indipendente dalla scelta volontaria dello scienziato, così, dato un sistema normativo, dato un caso controverso, « la soluzione vera è necessariamente una e non è rimessa all'arbitrio » dell'interprete (100).

---

(98) C. FADDA, P. BENSA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. a cura di C. Fadda e P. Bensa), Torino, Unione Tipografica-editrice, Torino, 1902, vol. I, parte I, p. 129.

(99) *Ibidem.*

(100) *Op. cit.*, pp. 129-130. Sul complesso percorso dell'idea di 'sistema giuridico' cfr. G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1965; ID.,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È possibile etichettare l'atteggiamento ermeneutico ora descritto come mera conservazione del passato, ricomprenderlo come momento di quel 'metodo tradizionale' sulla cui critica Gény (per la Francia essenzialmente, ma con implicazioni più generali) fondava la propria proposta? La risposta può essere forse cautamente affermativa, purché la si corredi di qualche precisazione e limitazione.

*a*) In primo luogo, se è possibile indicare un tempo della 'tradizione', un periodo dominato da schemi ermeneutici concordemente accettati (che arriva appunto a lambire i primi anni Ottanta), non è altrettanto facile individuare un tempo egemonizzato dalla parola d'ordine dell' 'innovazione': si dà piuttosto un periodo (fra gli anni Ottanta e gli inizi del nostro secolo) dove le proposte innovative si misurano con tendenze diverse che certo mantengono qualcosa della 'tradizione', ma anche la riformulano in una versione assai mutata, più sofisticata e consapevole — il che non impedisce poi naturalmente che si possano constatare anche mere sopravvivenze di stagioni trascorse, culturalmente esaurite, ma ancora 'pragmaticamente' efficaci.

*b*) In secondo luogo, un elemento caratteristico della cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento sembra essere una qualche reticenza nell'affrontare in termini teoricamente impegnativi il problema ermeneutico: solo nel 1909 compare l'importante monografia di Degni, interamente dedicata al nostro tema (101); e si tratta comunque di un lavoro certamente ampio e informato, che offre una sintesi ragionata del dibattito e fa proprie pacatamente le ragioni del metodo storico-evolutivo (limpidamente orchestrato nei punti fermi del rispetto della legge, dell'attenzione al mutamento sociale, della valorizzazione della legislazione speciale) (102), ma non ha in nessun modo l'ambizione di proporsi come una teoria complessiva (e 'innovativa') dell'interpretare nel quadro dell'esperienza giuridica - e, d'altronde, non solo reticenze, ma anche esplicite resistenze in questa direzione furono proprie di giuristi, certo non secondari, che mettevano in dubbio la possibilità stessa di una vera e propria teoria dell'interpretazione, per sottolineare piuttosto il continuo variare di

---

*L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, Giappichelli, 1965; P. Cappellini, *Sistema iuris*, I-II, Milano, Giuffrè, 1984-1985.

(101) F. Degni, *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909.

(102) *Op. cit.* , pp. 161 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quest'ultima nell'ambito dei vari contesti socio-giuridici (103). E si comprende come l'assenza, per l'Italia, di un'opera o di più opere che si ponessero come indiscutibile punto di riferimento di una 'nuova' ermeneutica attenuasse l' incompatibilità delle varie posizioni e agevolasse scambi e reciproche concessioni.

È possibile allora indicare alcuni profili generali del dibattito ermeneutico nell'Italia fra Otto e Novecento.

*a*) Tema ricorrente, e non solo presso gli 'evoluzionisti, è il riconoscimento del nesso fra sistema giuridico e sistema sociale, nel quadro di una cultura positivistica che produce i suoi effetti anche là dove non la si scelga come proprio esclusivo punto di riferimento.

*b*) La scelta di fondo, in sostanza sempre riconfermata in ogni momento del dibattito, è il riferimento obbligato alla legge: salvo sporadici accenni 'radicali' (104), i contendenti si muovono nel comune riconoscimento del ruolo centrale della legge e concentrano quindi la loro attenzione sulle connesse procedure interpretative.

*c*) L'interpretazione della legge e il ruolo del giudice divengono quindi i temi principali del dibattito. È il giudice che, unendo indissolubilmente il momento dell'interpretazione col momento dell'applicazione della legge, può, deve (per certuni; o può, ma non deve, per altri) realizzare il nesso funzionale fra diritto e mutamento sociale. Ma decidere, in un senso o nell'altro, del ruolo del giudice presuppone una scelta fra posizioni ermeneutiche diverse che, se pure non decantate in compiute teorie, comunque si sono venute delineando, nel periodo considerato, con una qualche chiarezza: da un lato è il 'sistema giuridico' il *primum movens* dell'interpretazione,

---

(103) Cfr. V. SCIALOJA, *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi* [1898], in *Studi giuridici*, cit., pp. 46-48. Il problema è discusso anche da S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico. Prolusione ad un corso libero di diritto amministrativo nella R. Università di Palermo*, in « Il Filangieri. Rivista giuridica, dottrinale e pratica », XXIV, 1899, pp. 241-254; e da A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, in « Archivio giuridico », LXXVII, 1906, pp. 87-150.

(104) Cfr. ad es. M. GALDI, *La riforma della legislazione del diritto privato e la scuola di diritto libero*, in *Rivista giuridica e sociale. Organo del Circolo Giuridico di Napoli*, III, 1906, pp. 481-494; P. VIAZZI, v. *Equità*, cit.; M. GALDI, *La scuola di diritto libero*, in *Rivista giuridica e sociale. Organo del Circolo Giuridico di Napoli*, IV, 1907, pp. 145-156; L. FULCI, *Il libero diritto. A proposito di due recenti pubblicazioni*, in *Rivista popolare di politica, lettere e scienze sociali*, XIV, 1908, pp. 345-348.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lo strumento necessario e sufficiente per controllare giuridicamente qualsiasi fatto e qualsiasi mutamento, che si dà quindi per riconducibile alla logica profonda del sistema; dall'altro lato è il 'fatto' del mutamento il presupposto ermeneutico grazie al quale rileggere i testi legislativi per 'attualizzarli', 'inventando' un significato in qualche modo eccedente le loro previsioni.

È intorno ad una scelta di questo genere che il dibattito si sarebbe ancora a lungo soffermato, per analizzarne più da vicino i termini costitutivi.

## 5. *Le 'lacune del diritto' come problema ermeneutico: il contributo di Donato Donati.*

La prima, e forse più rilevante, *quaestio disputata* in tutto il dibattito ermeneutico del periodo è il problema delle 'lacune del diritto' (105).

Il problema non nasce direttamente sul terreno della cultura giuridica italiana, ma perviene ad essa attraverso le 'provocazioni' antiformalistiche di Ehrlich, di Kantorowicz e, per la Francia, di nuovo, di Gény. Si ricordi la critica che il giurista francese rivolge alla teoria dell'interpretazione della legge propria della dottrina 'tradizionale': il presupposto di essa è appunto l'idea di un sistema di leggi coerente e compatto, capace di offrire all'interprete la possibilità di soluzione di qualsiasi 'caso' controverso; ma questo presupposto è facilmente riducibile ad una mera finzione (la finzione del 'legislatore onnisciente'), che mostra tutta la sua inconsistenza non appena la si commisuri, per un verso, all'esplosione dei fatti non prevedibili nell'ambito di una società in trasformazione, per un altro verso, alla concreta prassi interpretativa dei giuristi, che, anche quando condividono verbalmente la finzione, in realtà la disatten-

(105) Cfr., per una lucida sintesi del problema, N. BOBBIO, v. *Lacune del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1963, vol. IX, pp. 419-424; cfr., in termini generali, A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli, 1962; per un'attenta analisi storico-teorica dei contributi di autori italiani (fra cui Donati e Brunetti) cfr. R. GUASTINI, *Completezza e analogia. Studio sulla teoria generale del diritto italiana del primo novecento*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, VI, 1976, pp. 511-591.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dono, 'inventando' soluzioni nuove che imputano arbitrariamente all'una o all'altra previsione legislativa. Proprio per questo, nel fondare l'ermeneutica giuridica la *fictio* del legislatore onnisciente dovrà cedere il passo alla convinzione dell'incompletezza del sistema legislativo, della sua inevitabile 'lacunosità'.

Sappiamo quali siano le conseguenze che il giurista francese trae da queste premesse; sappiamo come egli percorra una strada che, pur proveniendo dai luoghi dell'ermeneutica, conduce in realtà oltre di essi: una strada che i giuristi italiani non sembrano disposti ad imboccare. Quello che però anche a molti giuristi italiani appare presto un problema decisivo è proprio il tema che Gény aveva contribuito ad individuare e a porre in discussione: appunto il tema, come avrebbe detto Jung, della *logische Geschlossenheit des Rechts*.

È nota, e facilmente intuibile, la valenza ermeneutica del problema: se si sostiene che le norme giuridiche (in generale e/o in un contesto storico determinato) formano un sistema coerente e autosufficiente (non contraddittorio, ma soprattutto completo), il compito dell'ermeneutica (direttamente implicato dalla premessa) consisterà nel dedurre dal sistema la 'norma' del caso singolo, nel presupposto che ogni fatto possa essere sussunto sotto una norma ricavabile immediatamente o mediatamente dal sistema stesso; se si sostiene invece che la realtà sociale presenta un tasso di complessità, di varietà così elevato da non poter mai essere perfettamente adeguata da qualsivoglia sistema normativo, il compito dell'interpretare consisterà non più nel 'riconoscere' una norma virtualmente 'già data' dalle coordinate del sistema, ma nell' 'inventare' (attraverso il sistema, se si vuole, ma anche oltre di esso) una norma 'nuova'. Allo stesso modo, e per conseguenza, il ruolo del soggetto dell'interpretazione, e in particolare del giudice, sarà presentato, nel primo caso, come 'ricognitivo', nel secondo caso, come 'creativo' (pur nel continuo variare semantico dei termini usati).

Ora, se si ricorda come la cultura giuridica italiana, ancora agli inizi del secolo, fosse impegnata in un vivace dibattito ermeneutico, ma stentasse a trovare un contenitore teorico idoneo a raccogliere i diversi fermenti ed atteggiamenti ermeneuticamente rilevanti, si comprende facilmente come il problema delle lacune del diritto potesse servire allo scopo. In questo senso, la prima, organica testimonianza è senz'altro affidata al libro di Donato Donati, del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1909 (106): e l'interesse del libro, dal punto di vista del presente saggio, è dato proprio dall'ampiezza dell'arco tematico che l'autore sottende alla trattazione del suo specifico problema.

Il primo risvolto del problema è, per il nostro autore, direttamente ermeneutico e riguarda la natura stessa dell'operazione interpretativa, 'inventiva' o 'ricognitiva', puramente giuridica o variamente arricchita da altre componenti culturali, a seconda che si attribuisca all'ordinamento giuridico il carattere della 'lacunosità' o della 'completezza'. Il secondo tema implicato riguarda il ruolo del giudice e il problema della compatibilità di una interpretazione giurisprudenziale 'creativa' entro il quadro dello Stato liberal-costituzionale. Il terzo 'riflesso', infine, riguarda il ruolo della scienza giuridica come ausilio dell'interpretazione, giudiziale e non (107).

È dunque una risposta ai più discussi problemi ermeneutici dell'epoca che Donati attende dalla soluzione del problema delle lacune; una soluzione che può essere sintetizzata nei seguenti passaggi:

*a*) La finzione del legislatore onnisciente è effettivamente, come Donati concede richiamando esplicitamente Gény, improponibile, perché non possono essere esclusi casi che il legislatore non ha effettivamente previsto.

*b*) Non è vero però che da ciò segua l'esistenza di lacune: i casi (nominativamente) non previsti, rientrano nella categoria prevista dal legislatore come insieme dei casi non previsti e come tali non regolati.

*c*) L'insieme dei casi non previsti e non regolati non rappresenta però una zona di vuoto disponibile ad un'interpretazione 'creativa'. Al contrario, « dal complesso delle disposizioni particolari, le quali, 'prevedendo' determinati casi, stabiliscono per essi l'esistenza di date obbligazioni, cioè di date limitazioni, deriva una norma generale di questo contenuto: in tutti gli altri casi non dovrà essere alcuna limitazione » (108).

*d*) Per tutti i casi non regolati, esiste dunque una norma di

(106) D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Napoli-Roma-Milano, Società Editrice Libraria, 1909.

(107) *Op. cit.*, pp. 2-18.

(108) *Op. cit.*, p. 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

carattere generale, e non meramente negativa, con la quale « il legislatore vuole che non siano altre limitazioni all'infuori di quelle da esso stabilite per i casi da esso particolarmente considerati » e impone che ci « si astenga da qualunque azione che possa importare altrui una limitazione all'infuori di quelle da me determinate » (109).

Su questa base, l'ordinamento giuridico viene presentato come necessariamente privo di lacune. Ci si potrebbe quindi attendere a questo punto una meccanica ricaduta di questa tesi sul territorio dell'ermeneutica: data la completezza dell'ordinamento, il problema dell'interpretazione, anche dell'interpretazione giudiziale, deve darsi per risolto e deve automaticamente ritenersi esclusa la possibilità stessa di una interpretazione 'creativa'.

In realtà, Donati non si limita a opporre un semplice *fin de non reçevoir* nei riguardi delle ermeneutiche della 'creatività' giurisprudenziale: proprio perché consapevole della vasta portata ermeneutica del problema delle lacune, egli non poteva dispensarsi dall'entrare nel merito dei principali temi in discussione - e d'altronde, solo per questa via sarebbe stato possibile dare alla teoria della completezza dell'ordinamento il ruolo strategico di *experimentum crucis* di una dottrina ermeneutica che proprio attraverso la discussione della teoria delle lacune si veniva esplicitando.

Si presentano così di nuovo, nella cornice del rinnovato fondamento teorico della completezza dell'ordinamento, i grandi problemi ormai familiari: innanzitutto il problema dell'interpretazione storico-evolutiva e la sua 'drammatizzazione' del mutamento sociale. Fino a che punto la teoria della completezza dell'ordinamento riusciva a contrastare efficacemente le suggestioni 'funzionalistiche', le proposte di 'attualizzazione' del sistema normativo proprie degli 'evoluzionisti'? L'impressione è che, da questo punto di vista, la teoria di Donati corroborasse certo l'idea del carattere 'ricognitivo' e non 'creativo' dell'interpretazione, ma operasse efficacemente in questa direzione solo a patto di mettere in parentesi il fattore 'mutamento', che era per l'appunto l'appiglio principale dell'ermeneutica 'evoluzionista'. È con una qualche impazienza che Donati si riferisce agli 'evoluzionisti' come al partito di chi non ha altri

(109) *Op. cit.*, p. 42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

argomenti a proprio favore se non quello del confronto fra norme e mutamento sociale; ed è appunto questo il problema rispetto al quale Donati non intende fornire risposta dall'interno della propria teoria: il controllo giuridico del mutamento sociale non è attingibile attraverso l'interpretazione giuridica, ma uscendo da essa: non è più in questione la giurisprudenza, ma la politica, non più il giudice, ma il legislatore (110).

È l'argomento, già incontrato e peraltro destinato a tornare sempre di nuovo, del rinvio al legislatore come all'unico soggetto legittimato ad ospitare nella cittadella del giuridico il dato del mutamento sociale. E se è il legislatore il *deus ex machina* della trasformazione giuridicamente riconoscibile, il ruolo del giudice è già dato per conseguenza.

Si torna per questa via al secondo, grande problema del dibattito ermeneutico: appunto, il ruolo del giudice nel quadro politico-costituzionale dello Stato di diritto.

Tolto di mezzo lo spettro dell'inadeguatezza 'funzionale' del sistema normativo attraverso il rinvio al legislatore, la teoria della completezza dell'ordinamento, e la conseguente esclusione di zone normativamente vuote e pure bisognose di una (adeguata, aggiornata) disciplina giuridica, sembra effettivamente in grado di togliere ogni ragionevole appiglio all'idea di un giudice che 'crea', e non semplicemente 'trova', il diritto.

Il problema si ripropone però all'intelligenza critica di Donati, stimolata dalle solite 'provocazioni' giusliberiste, su un altro piano: là dove si ipotizza l'intervento di un'interpretazione 'creativa' del giudice quando questi si trovi di fronte non più ad un ipotetico 'vuoto' normativo (che Donati ha già dimostrato impossibile), ma ad una trama compatta di norme. E sono allora Ehrlich e Kantorowicz (111) a ipotizzare una decisione giudiziale che, anche in questo caso, occulta nelle pieghe di un'argomentazione logico-deduttiva, di un'interpretazione (apparentemente) ricognitiva della legge, una decisione presa *aliunde*, sulla base di motivazioni razionalmente non controllabili o comunque non esplicitate.

---

(110) *Op. cit.*, pp. 201 ss.

(111) Che Donati richiama esplicitamente. Ma non mancano nemmeno in Gény indicazioni in questa direzione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si comprende la portata ermeneuticamente fondamentale dell'ipotesi giusliberista presa in considerazione da Donati: emerge per questa via una problematizzazione dell'interpretare e del ruolo del soggetto del tutto nuova rispetto agli atteggiamenti ermeneutici correnti nella cultura giuridica italiana. Da questo punto di vista, il testo di Donati è importante per aver discusso, prima ancora che per aver rifiutato, l'ipotesi 'eversiva'. Il rifiuto, peraltro, è netto, ma non totale: si concede in fatto, ma si nega in diritto, si ammette che il ragionamento giurisprudenziale possa (occasionalmente, in via di fatto) includere 'pregiudizi' non esplicitati e 'non logici', ma si parla al proposito di una patologia dalla quale occorre guardarsi, di un indebito prevalere del sentimento sulla ragione (112).

Se dunque il soggetto dell'interpretazione è (può, deve essere) un soggetto perfettamente 'razionale', l'interpretazione della legge, nella cornice di un sistema privo di lacune, può legittimamente aspirare a determinare obiettivamente, esattamente il significato della norma e a ricondurre, senza margini di incertezza, alla norma il fatto.

Sviluppatosi intorno al problema delle lacune, il discorso di Donati torna così al cuore di quell'ermeneutica che vogliamo dire (*cum grano salis*) 'tradizionale': di essa egli non solo conferma, ma anche precisa, esplicita, rafforza i principali postulati, evocandoli dall'interno di un'analisi dedicata ad uno dei bersagli preferiti degli 'innovatori' e contribuisce per questa via a chiarire i termini di una contesa che, in Italia, stentava non poco ad assumere un alto profilo teorico.

## 6. *Verso un'impostazione del problema ermeneutico: il primo ventennio del Novecento.*

Il progressivo chiarimento dei termini del dibattito non comporta, beninteso, l'esaurimento del dibattito stesso e nemmeno il

(112) *Op. cit.*, p. 190. Significativo, per la spregiudicatezza dell'osservazione, anche l'esempio subito addotto: « quel fenomeno sociologicamente e politicamente così interessante, per cui in un dato momento la giurisprudenza di un momento anteriore risulta come una giurisprudenza, obbiettivamente, di classe, cioè come una giurisprudenza determinata dai sentimenti propri di quella classe cui appartiene l'elemento costitutivo della magistratura ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

passaggio automatico ad un piano di discorso più ambizioso e comprensivo, ma semplicemente facilita la definizione delle posizioni contrapposte (e rischia però anche di provocarne, col tempo, la ripetitività e l'irrigidimento).

Per tutto il primo ventennio del nostro secolo, il tema dell'interpretazione della legge continua dunque ad essere messo alla prova attraverso l'apertura dei fronti consueti: le (auspicabili o condannabili) capacità 'innovative' dell'interpretazione, il ruolo del giudice — ed è, di nuovo, frequente, anche se non obbligatorio, che a questi temi si pervenga proprio attraverso la discussione del problema delle lacune.

È discutendo di lacune appunto che Brunetti finisce, ad esempio, per elaborare una distinzione fra essere e dover essere, fra diritto e politica che corrobora l'atteggiamento di quegli 'anti-evoluzionisti' che vedevano, come artefice della trasfomazione giuridica, il legislatore, e solo il legislatore. Il problema dell'incompletezza dell'ordinamento, infatti, ha senso, per Brunetti, solo in due casi: o riferendo l'incompletezza non all'ordinamento giuridico, ma all'ordinamento legislativo (e incompleta allora sarà solo la manifestazione della volontà dello Stato) oppure instaurando un confronto fra ciò che l'ordinamento giuridico è e ciò che dovrebbe essere - ma in questi termini il significato di incompletezza esce dall'alveo della corrente discussione (113).

Perché ciò avvenga è chiarito efficacemente dall'autore rispondendo ad una critica di Longo. L'obiezione di Longo è il 'classico' luogo argomentativo degli 'evoluzionisti': il diritto deve essere còlto nel suo nesso di funzionalità con i rapporti sociali; l'incompletezza è allora in sostanza l'insufficiente adeguamento del diritto ai rapporti sociali che esso intenderebbe (o dovrebbe), ma non è in grado di, regolare, come un vestito che, incompiuto, non riveste adeguatamente la persona a cui è destinato (114) va da sé che il sarto che

(113) G. BRUNETTI, *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, in *Il diritto commerciale*, XXXVI, 1917, pp. 17-34; in particolare pp. 21-29. Sul problema delle lacune in Brunetti cfr. R. GUASTINI, *Completezza e analogia*, cit.

(114) C. LONGO, rec. a G. Brunetti (Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico), in *Rivista di diritto civile*, IX, 1917, pp. 238-239.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aggiusta gli orli della veste troppo corta è appunto il giudice interprete.

Beninteso, risponde Brunetti, che ordinamento giuridico e rapporti sociali sono connessi, ma secondo un rapporto di reciproca immedesimazione, non già di distinzione: il primo, quindi, non può mai essere, di per sé, adeguato o inadeguato rispetto al secondo; allo stesso modo, un vestito copre e scopre di regola diverse parti del corpo e la sua adeguatezza non è valutabile 'in sé', né in ragione di un rivestimento 'completo' di tutta la persona: il giudizio sull'adeguatezza del vestito presuppone quindi l'idea di ciò che un vestito deve (o non deve) essere. E allora, fuor di metafora: l'interprete che parla di inadeguatezza funzionale della norma, non intende la norma per ciò che essa univocamente comanda, ma giudica della norma secondo un criterio schiettamente valutativo, quindi politico o 'de iure condendo' e invade perciò il campo riservato al legislatore.

Si trattava, in sostanza, di un lucido invito, rivolto agli 'evoluzionisti', ad uscire allo scoperto, interrompendo la continuità (di schietta origine positivistica) che essi di regola instauravano fra la 'constatazione' del mutamento (come tendenza 'reale', meramente descrivibile, della società) e la 'valorizzazione' (etico-politica) del mutamento stesso: ed è proprio in questi termini che l'invito è raccolto, di lì a poco, da Miceli (115).

Miceli infatti assume in proprio la 'provocazione' di Brunetti al punto da saltare oltre i termini consueti della discussione del problema delle lacune e sostituire alla critica dell''incompletezza' del sistema giuridico la critica della sua 'insufficienza' (deontologica): non basta dire che, dato il sistema normativo, la soluzione esiste; occorre che essa sia appropriata. E il punto di equilibrio dell'esperienza giuridica prende allora a spostarsi, con monotono moto pendolare, dalla legislazione all'interpretazione; e le sue condizioni di possibilità tornano ad essere riposte, da un lato, negli atteggia-

(115) V. MICELI, *La completezza dell'ordinamento giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, V, 1925, pp. 86-101. Si tratta di un intervento a proposito della raccolta di scritti di G. BRUNETTI, *Il domma della completezza dell'ordinamento giuridico*, Firenze, Barbera, 1924. Cfr. anche la reazione di G. BRUNETTI, *Completezza e incompletezza dell'ordinamento giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, V, 1925, pp. 607-610

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menti 'finalisticamente' orientati dell'interprete, che legge la norma in funzione della sua 'adeguazione' e attualizzazione, dall'altro lato, nel « grado incalcolabile di elasticità » caratteristico di ogni norma giuridica. Emerge, infine, anche l'elemento della completezza: ma questa non è più la premessa già data autonomamente dalla struttura stessa del sistema normativo, ma il risultato di un processo governato dall'interpretazione; che appare conclusivamente come l'invenzione di soluzioni grazie alle quali « far funzionare un ordinamento incompleto in modo che esso riesca possibilmente completo » (116), pur nel riferimento obbligato al sistema normativo.

La completezza (in senso deontologico), quindi l'adeguatezza del sistema giuridico, la sua capacità di fornire le 'giuste' risposte (le risposte 'giuste'?) alle richieste della società emerge dunque, e non solo in Miceli, da un lato, come premessa e destinazione di senso, ma, dall'altro lato, come risultato, come *il* risultato dell'interpretazione. È proprio grazie all'influenza di quest'ultimo punto di vista che si deve, probabilmente, la presenza, non frequente, ma significativa, di spunti di discussione del problema dell'interpretazione giurisprudenziale che si interrogano non su ciò che la giurisprudenza è, ma su ciò che essa effettivamente fa, o, per meglio dire, traggono da ciò che essa fa argomenti per dirci ciò che essa deve (o non deve) fare.

Cogliolo ci invita così ad un confronto fra l'Italia del '65 e l'Italia dei suoi tempi, sottolinando che i più rilevanti mutamenti sono stati introdotti non dalla legislazione (e nemmeno dalla dottrina), ma dalla giurisprudenza, nella materia della responsabilità come in quella della proprietà e dei contratti (117). Il segreto della giurisprudenza è la sua costitutiva aderenza alla concretezza del 'caso', di contro all'astrattezza delle categorie dottrinali e all'impersonalità delle disposizioni legislative: si fa strada in essa, grazie anche alla cooperazione degli avvocati, una particolare attenzione ai concreti interessi e ai nuovi bisogni e quindi la possibilità di una « ribellione

(116) V. MICELI, *La completezza*, cit., pp. 93-94.

(117) P. COGLIOLO, *La funzione giurisprudenziale nella creazione delle norme giuridiche*, in *Scritti varii di diritto privato*, Torino, Unione Tipografico-editrice, 1910, pp. 375-387.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ai principi antichi » (118), che mostra *per facta* la portata 'creativa' della giurisprudenza (119).

È in questa prospettiva che Pacchioni partecipa al dibattito (120), con un contributo la cui indubbia originalità consiste proprio nel delineare un abbozzo di quella che potremmo definire una (ingenua, ma efficace) sociologia della giurisprudenza. Il problema dell'interpretazione giudiziale, per Pacchioni, non può essere impostato in rapporto all'attività del giudice come tale, del giudice come singolo operatore giuridico, ma del giudice come soggetto collettivo, come ceto professionale: « è solo dal grande complesso di tutte le sentenze dei giudici e di tutte le opinioni dei giuristi che si sviluppano nuove norme giuridiche, come dai diversi suoni combinati di moltissimi istrumenti che isolatamente presi nulla esprimono, si sprigionano nuovi motivi e melodie » (121).

Che questo avvenga, d'altronde, che la giurisprudenza operi come fonte del diritto, che produca 'norme' eccedenti le originarie previsioni del legislatore, è un fatto, un fatto accertabile prima e indipendentemente dal confliggere delle più varie dottrine. Se questo è vero, il senso delle dottrine ermeneutiche 'ortodosse', nel momento in cui parlano del carattere meramente ricognitivo dell'interpretazione giurisprudenziale, è quello non di descrivere le modalità del giudicare per ciò che esso veramente è, ma solo di prescrivere un atteggiamento ermeneutico (raccomandato come) 'ideale': « esse sono vere e giuste solo in quanto tendono a insinuare e rafforzare nella mente dei giuristi e dei giudici la necessità di attenersi fondamentalmente alla norma giuridica quale si è formata storicamente, in quanto in questa sua formazione storica è la più sicura e preziosa garanzia della sua bontà » (122).

---

(118) *Op. cit.*, p. 377.

(119) Cfr. anche P. COGLIOLO, *L'interpretazione sociale del codice civile*, in *Scritti varii*, cit., pp. 38-43.

(120) Il problema era stato di nuovo sollevato, con un saggio informato e critico sulle più recenti teorie 'giusliberiste', non senza precisi riferimenti a Gény, da F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice. Prelezione*, in *Rivista di diritto civile*, III, 1911, pp. 490-516.

(121) G. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, X, 1912, p. 41.

(122) *Op. cit.*, p. 43.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il giudice però, osserva di rincalzo Brugi, si riferisce, sì, necessariamente alla norma, ma vi si rapporta secondo un atteggiamento che non è caratterizzato dalla disponibilità a recepire passivamente contenuti predeterminati, ma è piuttosto riconducibile alla logica che lo stesso legislatore segue nel predisporre le norme: pur nel vincolo che lega il giudice alla norma, egli si rapporta liberamente alla dottrina e alla giurisprudenza, come d'altronde il legislatore non attinge le norme e i principi dal nulla, ma da quella stessa tradizione dottrinaria e giurisprudenziale grazie alla quale il giudice procede nelle sue operazioni interpretative (123). L'opposizione fra giudice e legislatore deve venire quindi non annullata (nel quadro del vigente sistema costituzionale), ma certo relativizzata - e non manca chi afferma senza mezzi termini, e persino dall'interno della magistratura, che « funzione politica per eccellenza [è] la giudiziaria » e che « la stessa ricerca della soluzione del problema giudiziario è politica. Politiche sono le indagini per scrutare il grande mistero dei bisogni collettivi, della coscienza sociale ... » (124).

Torna così ad affacciarsi (pure in testi molto diversi fra loro), per essere relativizzata, quella *summa divisio* fra diritto e politica, fra giudice e legislatore, fra interpretazione-ricognizione e legiferazione-decisione che invece, in Brunetti come in tanti altri, costituisce sempre più chiaramente lo spartiacque insuperabile fra la 'fisiologia' e la 'patologia' dell'interpretazione (tanto per usare la metafora cara a Donati). Così, esemplificando, quella che per Brugi voleva essere una linea di (relativa) continuità fra giudice e legislatore, diviene per Levi una linea necessariamente interrotta, proprio perché il legislatore muove da quella considerazione politica (in senso lato) che è preclusa al giudice, per il quale l'unico 'interesse' rilevante è l'asso-

---

(123) B. BRUGI, *L'analogia di diritto e il cosidetto giudice legislatore (art. 3, capov., disposizioni preliminari del codice civile italiano; art. 1 codice civile svizzero)*, in *Il diritto commerciale*, XXXV, 1916, pp. 270-71. La tesi di fondo è che il principio fatto proprio dal codice svizzero, secondo il quale il giudice può arrivare a decidere secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore, vale, al di là delle diverse formulazioni dei rispettivi codici, anche per il giudice italiano. Cfr. anche, dello stesso autore, la partecipe prefazione a F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit.

(124) A. DAVARI, *La giustizia nello Stato democratico*, in *La Magistratura italiana. Bollettino della Associazione Generale fra i Magistrati Italiani*, V, n. 73, 15 febbraio 1913, p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

luto rispetto della legge (125), dovendo egli apparire « sacerdote della legge, della scienza giuridica e non della sociologia », come sarà enfaticamente proclamato (126).

La neutralizzazione della politica, in questa prospettiva, serve non soltanto a preservare il ruolo del legislatore e ad esaltare la maestà della legge, ma anche ad esorcizzare lo spettro dell'anarchismo interpretativo. Introdurre la valutazione degli interessi, il riferimento alla società ed ai suoi bisogni, nel quadro di un'operazione interpretativa pur sempre rivolta alla comprensione del dettato legislativo, finisce infatti per dare uno spazio preoccupante alla 'decisionalità', alla 'politicità' del soggetto dell'interpretazione. Anche per un giurista come Polacco, non refrattario ad un ripensamento critico della tradizione (127), l'enfatizzazione del ruolo del giudice comporta il non accettabile rischio del soggettivismo: « non la novità ci sgomenta, ma l'anarchia, l'anarchia delle coscienze come quella degli intelletti, sperduti senza guida nel pulviscolo dei casi singoli e insofferenti d'ogni teoria ... » (128).

Ritroviamo a questo punto, con apparente paradosso, una preoccupazione che abbiamo visto tematizzata con singolare energia non già da un teorico della completezza del sistema, ma, per l'appunto, da Gény: che si era espresso severamente contro le deviazioni 'soggettivistiche' che, a suo avviso, si annidavano nella pratica interpretativa corrente (disposta ad aggiornare 'senza dirlo' il

---

(125) A. LEVI, *Filosofia del diritto e tecnicismo giuridico*, Bologna, Zanichelli, 1920, pp. 114-120.

(126) B. CICALA, *Idee madri del moderno pensiero giuridico.* (Discorso inauguale letto nell'Aula Magna del R. Istituto di Scienze Sociali « Cesare Alfieri » il 23 Novembre 1913),in *Annuario del R. Istituto di Scienze Sociali « Cesare Alfieri » in Firenze per l'anno accademico 1913-1914*, Firenze, Tip. Galileiana, 1914, p. 58.

(127) Per una collocazione, pienamente convincente, di Polacco sullo sfondo del giusliberismo europeo e dei suoi echi italiani cfr. P. GROSSI,*« Il coraggio della moderazione« (Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVIII, 1989, pp. 197 ss. Cfr. anche ID. , *Interpretazione ed esegesi (Polacco versus Simoncelli)*, in *Rivista di diritto civile*, XXXV, 1989, pp. 197-224.

(128) V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, in *Opere minori, Parte I, Problemi di legislazione*, Modena, Università degli Studi, 1928, p. 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto formalmente vigente) e aveva tentato di trovare nella 'natura delle cose' un solido, 'oggettivo' ancoraggio per il giudicare (129).

La situazione italiana è però singolarmente diversa: accusati di 'soggettivismo' nell'interpretazione sono, sì, gli 'evoluzionisti', ma gli accusatori non vanno, in compagnia di Gény, verso le 'cose stesse', ma guardano piuttosto al sistema normativo, che contrappongono, nella sua 'completezza' 'oggettivamente' accertabile e concretamente applicabile, alle opinabili ('soggettive', 'politiche') interpretazioni 'storico evolutive' - e, in questa prospettiva, hanno buon gioco nell'accusare di 'soggettivismo' tutti i 'novatori' (Gény compreso), accomunati dal condividere « una nuova forma di soggettivismo, una nuova forma di penetrazione del diritto naturale nelle costruzioni della giurisprudenza » (130).

Non era, quest'ultima, un'obiezione immotivata, nella misura almeno in cui l'ermeneutica 'evoluzionistica' includeva di frequente una miscela di ingredienti diversi, che andavano dalla 'sociologica' tematizzazione del mutamento alla prefigurazione di soluzioni 'progressive' - e queste, a loro volta,sembravano postulare una qualche teoria della giustizia, che però nessun 'evoluzionista' sembrava in grado di esplicitare. Quale che fosse comunque la composizione della miscela, il suo carattere ermeneuticamente esplosivo derivava direttamente dall'attenzione rivolta al soggetto dell'interpretazione (un'attenzione contraddittoria ed incerta, se si vuole, ma inequivocabile, anche per la cultura giuridica italiana del periodo, certo aliena da impegnative teorizzazioni). Nel momento in cui gli apologeti del sistema insistevano, per così dire, sulla possibilità di un' 'interpretazione senza soggetto' (e riportavano il soggetto e le sue operazioni interpretative al sistema come variabili dipendenti di questo), i paladini dell'evoluzione, richiamando l'attenzione sul ruolo fondamentale della giurisprudenza nell'esperienza giuridica, trasformavano il soggetto dell'interpretazione in un problema ermeneuticamente decisivo, di cui peraltro non indicavano articolate linee di soluzione.

---

(129) Cfr. *supra*, 3.

(130) A. BARTOLOMEI, *Lezioni di filosofia del diritto (Parte generale)*, Napoli, Alvano, 1926[4], p. 192.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

## 7. *I 'principi generali del diritto' come problema ermeneutico.*

Nei primi lustri del nostro secolo si sono dunque venuti accumulando numerosi interventi, di differente indole e spessore, che, nel loro complesso, hanno contribuito a mettere in evidenza aspetti non secondari della problematica ermeneutica. Di questi interventi, alcuni hanno raggiunto il nostro tema procedendo, per così dire, in ordine sparso, altri invece sono stati convogliati e indirizzati ad esso, come si è visto, dal rilevante problema delle lacune del diritto.

Ciò che innanzitutto risultava dalla discussione era la centralità ermeneutica, per la cultura giuridica italiana, della nozione di sistema giuridico: dimostrarne (o postularne) la completezza implicava l'adozione di uno schema interpretativo già determinato (anche se non necessariamente esplicitato) nelle sue principali componenti. D'altronde, la dimostrazione (o la postulazione) della inevitabile lacunosità del sistema apriva, sì, la strada della valorizzazione del momento 'giurisprudenziale' del diritto, poneva come problema centrale il problema dell'interpretazione, ma ne lasciava, in sostanza, impregiudicata la soluzione, fissando, per essa, solo alcune coordinate generali.

Ora, una di queste è la convinzione, generalmente condivisa, che il problema dell'interpretazione fosse comunque da impostarsi in rapporto all'interpretazione della legge: dunque in rapporto ad un sistema giuridico la cui completezza viene negata (dagli 'evoluzionisti') come caratteristica 'originaria' del sistema stesso (e in rapporto ad *una* ermeneutica), ma viene riaffermata come il risultato finale (e auspicabile) dell'applicazione di un'ermeneutica diversa. Lavorare in questa direzione significa quindi, ovviamente, non già sbarazzarsi del problema del sistema giuridico, ma chiedersi in che modo l'interprete possa completare (e insieme adeguare) un sistema giuridico dato in linea di massima per lacunoso (e/o inadeguato). Un tentativo di risposta in questa direzione è il dibattito che, negli anni Venti, vede impegnati non pochi giuristi italiani intorno al problema dei 'princìpi generali del diritto'.

Non si tratta certo di un argomento inedito per l'Italia: di princìpi generali parla, come è noto, lo stesso legislatore del '65 (131)

(131) Nelle « Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e il riferimento ad essi era già servito per indicare un elemento di 'chiusura' del sistema al di fuori di ogni suggestione 'meta-positiva'. In questa direzione Fadda e Bensa, nel loro commento a Windscheid, sembravano aver concluso il dibattito sostenendo la natura esclusivamente giuridico-positiva dei principi generali (132). Dalle norme particolari si risale induttivamente ai principi generali e da questi si traggono per deduzione le conseguenze normative capaci di colmare i vuoti (apparenti) del sistema, si ricavano cioè le disposizioni normative necessarie e sufficienti a regolare il caso controverso, anche là dove non sembrano esistere norme direttamente riferibili al 'caso': senza uscire però dalla ricognizione 'oggettiva' del sistema e della sua logica immanente e 'già data'.

Un sistema giuridico (concepito come) completo funziona dunque in realtà soltanto grazie all'attivazione (almeno 'in ultima istanza') di principi generali (ritenuti) capaci di fornire comunque la soluzione (sistematicamente necessitata) del 'caso'. E, viceversa, perché un sistema giuridico possa dirsi completo (completo 'in sé', autosufficiente) occorre che i principi generali siano concepiti come un momento interno al sistema giuridico positivo, come il più alto gradino di una scala che mette in comunicazione i vari piani dell'edificio normativo, ma non conduce fuori di esso.

Ora, il dibattito degli anni Venti si struttura (almeno nelle sue grandi linee) proprio mettendo in discussione sia la prima che la seconda componente della impostazione 'tradizionale': per un verso, negando la 'completabilità' del sistema grazie alla sola forza delle sue componenti, per un altro verso ricusando la natura meramente giuridico-positiva dei principi generali.

Il dibattito è aperto da un impegnativo intervento di Del Vecchio (133), che non a caso assume Donati come suo principale

---

delle leggi in generale », all'art. 3, dove l'espressione usata è quella di « principi generali di diritto ».

(132) Cfr. le note di C. FADDA e P. BENSA a B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda e P. Bensa, Torino, Unione Tipografico-editrice, 1902, vol. I, parte I, pp. 128 ss.; già in questo senso V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 24.

(133) G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in *Archivio giuridico*, LXXXV, 1921, pp. 33-90. Sul dibattito suscitato dalla prolusione di Del Vecchio cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., pp. 575.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interlocutore - e il nome di Donati, come quello del sostenitore più intransigente ed efficace, forse, in Italia, della completezza del sistema giuridico, tornerà di frequente. Donati introduce, osserva del Vecchio, come elemento ultimo di 'chiusura' del sistema normativo, quella che egli chiama la norma generale esclusiva, che disciplina 'positivamente' l'insieme dei casi non previsti nel senso che esclude per essi la possibilità di qualsiasi regolamentazione.

Ora, la norma generale esclusiva, garantendo ciascuno dall'introduzione di restrizioni legislativamente non previste, non è che la traduzione normativa del principio generale di libertà. Questo non opera in ogni ordinamento storicamente considerato, ma soltanto in quelli raggiunti e impressionati dal giusnaturalismo moderno e dai suoi orientamenti fondamentali.

Se questo è vero, in primo luogo, la norma generale esclusiva può valere, sì, come principio di 'chiusura' dell'ordinamento giuridico, ma, se mi si passa il bisticcio, non è un elemento *del* sistema, ma *nel* sistema: opera in esso come sua componente fondamentale, ma proviene, per così dire, dall'esterno, come proiezione nel sistema normativo del valore 'assoluto', meta-positivo, del soggetto. In secondo luogo, se è vero che il principio di libertà opera come elemento immanente al sistema giuridico, non è vero che esso sia l'unico: accanto ad esso sono presenti nel sistema altre componenti tutte riconducibili al valore assoluto della persona, ma consistenti in estrinsecazioni diverse di quel principio, che collaborano con il principio di libertà ad orientare, ed a 'chiudere', il sistema normativo. In terzo luogo, e di conseguenza, ogni elemento di 'chiusura' del sistema, e in particolare il principio di libertà, può non avere la valenza, solo 'negativa', dell'esclusione di restrizioni non previste, ma acquisire anche un senso « plastico e costruttivo » in rapporto al valore fondamentale del rispetto della persona (134).

L'autosufficienza del sistema normativo, resa possibile in ultima istanza dal rinvio a princìpi generali collocati in una linea di perfetta continuità con le norme particolari, si spezza non appena irrompe sulla scena il diritto naturale: riportabili ad esso come alla loro matrice, i princìpi generali di diritto valgono, certo, non già contro

(134) *Op. cit.*, pp. 63-64.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le norme particolari, ma « sopra e dentro coteste norme, per ciò che ne rappresentano la più alta ragione e lo spirito animatore » (135), ma cionondimeno mettono di nuovo in questione la possibilità di operare giuridicamente solo sulla base delle grandezze predeterminate dal sistema normativo.

Il successo, presso i giuristi degli anni Venti, dell'intervento di Del Vecchio non sta tanto nella soluzione indicata e nella matrice esplicitamente giusnaturalistica che, in coerenza con la complessiva impostazione del suo pensiero, la sorregge, quanto nel problema che esso solleva: che è, ancora una volta, il problema di come fare effettivamente 'funzionare' un sistema normativo nel momento in cui la sua completezza (e/o 'adeguatezza') appaia più il fine che il presupposto dell'interpretazione.

Torna così, condivisa da molti, la denuncia della lacunosità del sistema normativo, l'affermazione dell'impossibilità di pervenire sempre e comunque ad una soluzione del 'caso' controverso ricorrendo in ultima istanza alla norma generale esclusiva o ai principi generali ricavabili per semplice generalizzazione a partire dalle norme particolari: applicando la prima, infatti, resteranno sprovvisti di disciplina 'positiva' aspetti essenziali della realtà sociale odierna (valga l'esempio dell'infortunistica, della responsabilità, della tutela dell'ambiente di lavoro); rivolgendosi ai secondi, poi, ci si accorgerà che « la loro forza di penetrazione in profondità nella disciplina dei rapporti sociali » diminuirà in rapporto diretto alla loro generalità e che l'interprete in realtà trova la soluzione 'adeguata' « con ben altro che con semplici procedimenti logici sulla base dei testi di legge » (136).

---

(135) *Op. cit.*, p. 89.

(136) A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Archivio giuridico*, LXXXVI, 1921, p. 135. Sul problema della natura della cosa uno dei punti di riferimento principale è certo Gény, che dà già indicazioni sull'origine e lo sviluppo del concetto. Cfr. anche, per un periodo molto risalente, i commercialisti quali C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, Vallardi, 1893, vol. I, su cui cfr. la nota critica di L. Bolaffio in *Temi Veneta*, XVIII, 1893,n. 37, pp. 469-472; cfr. anche, in senso critico, le osservazioni di A. SCIALOJA, *Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale*, in *Saggi di vario diritto*, Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1927, pp. 304 ss.. Su Vivante cfr. P. GROSSI, *« La scienza del diritto privato »*, cit., pp. 65 ss. Una buona rassegna di opinioni sul problema della 'natura delle cose' fu offerta da G. RADBRUCH, *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, in *Rivista internazionale di filosofia del*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per Asquini, prima dell'analisi dei testi legislativi si apre all'interprete il campo dell'« osservazione diretta delle esigenze economiche dei fatti » (137): e il problema sarà quello di individuare i criteri più idonei per cogliere queste esigenze e utilizzarle adeguatamente nell'interpretazione dei testi legislativi.

Le possibilità che Asquini prospetta non hanno niente di sorprendente, ma semmai interessano proprio perché ripropongono, in un contesto diverso, scelte già note: o si pensa, per Asquini, ad un interprete totalmente libero perché privo di criteri di riferimento; o si adotta (per intendersi) la soluzione 'Gény'; oppure si fa propria la soluzione 'Saleilles'. Mentre la prima possibilità viene immediatamente scartata come improponibile per il carattere assolutamente arbitrario che l'interpretazione verrebbe ad assumere, la seconda viene presa sul serio e interpretata come un aggiornamento (in senso cautamente storicistico) delle posizioni giusnaturalistiche (che, così intese, costituirebbero una credenza comune a Gény e a Del Vecchio): ciò che per Asquini appare insostenibile è però l'assunzione, a suo avviso metafisica, di una « verità delle cose obbiettivamente accertabile dalla ragione del singolo interprete » (138). Resta di conseguenza la terza soluzione, che Asquini,riferendola a Saleilles, mostra di apprezzare per il rinvio alla « coscienza media sociale » come filtro necessario attraverso il quale desumere « la norma dalla natura dei fatti » (139).

Desunta la regola dal fatto, resta da capire in che modo questa raggiunga e condizioni l'interpretazione della legge. Asquini risponde ipotizzando una norma di chiusura dell'ordinamento che non è più la norma generale esclusiva di Donati, ma « un principio generale di rinvio alla natura dei fatti » (140): un *escamotage*, piuttosto che una tesi debitamente articolata; ma è significativa comunque

---

*diritto*, XXI, 1941, pp. 145-156. Su tutto il problema è fondamentale N. BOBBIO, *La natura delle cose nella dottrina italiana* [1964], ora in N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Ed. di Comunità, 1965, pp. 225-238.

(137) *Ibidem*.

(138) *Op. cit.*, p. 41, nota 1.

(139) *Op. cit.*, pp. 140-141. Vicino alla posizione di Asquini è C. GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Archivio giuridico*, LXXXIX, 1923, pp. 137-171.

(140) *Op. cit.*, pp. 144-146.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la volontà di immettere l'attenzione al mutamento sociale nell'alveo di una proposta ermeneutica che, per un verso, non si limita a 'destrutturare' (in nome del metodo storico-evolutivo) il sistema, ma ne vuole anche illustrare le condizioni di funzionamento mentre, per un altro verso, rinvia ad un soggetto preoccupato di fondare 'intersoggettivamente' (ecco il cenno, se pur vago, alla « coscienza media sociale ») la propria operazione interpretativa.

Riferirsi alla natura stessa dei fatti sociali come al terreno più idoneo per la coltura di quei principi generali destinati a far funzionare adeguatamente il sistema proprio perché in qualche modo eccedenti la trama normativa di cui esso si compone è, comunque, solo una fra le varie soluzioni proposte. Una di queste, ad esempio, esorta a procedere, attraverso il sistema, ma oltre di esso, verso quella tradizione giuridica dalla quale il legislatore stesso aveva tratto alimento per la nuova legislazione: è la tradizione di diritto comune allora che viene invocata come il deposito inesauribile di quei principi che, nella sintesi legislativa, possono essersi contratti in formule impoverite e insufficienti, è la ricostruzione della genesi delle norme e dei principi legislativamente codificati il metodo che permette di coglierne il senso, e di integrarne la portata, in vista dell'applicazione, al di fuori di un improbabile 'rinvio ai fatti' che spezzerebbe l'unità specificamente giuridica del metodo impiegato (141). Perché d'altronde, obietteranno altri, arrestare la ricerca ai precedenti della legislazione vigente, come se la tradizione giurisprudenziale si fosse bruscamente interrotta con l'avvento della moderna codificazione? Occorrerà piuttosto relativizzare l'opposizione fra un 'diritto giurisprudenziale' *ante codicem* e un sistema codicistico (dato per) completo e autosufficiente e sostenere invece la necessità di un ricorso, anche in regime di diritto codificato, ai principi della giurisprudenza « latamente intesa »: essa, come sapere giuridico

(141) In questo senso B. BRUGI, *La riabilitazione dei giureconsulti accursiani*,in *Scritti giuridici e di scienze economiche pubblicati in onore di L. Moriani nel XXXV anno del suo insegnamento*, Torino, Bocca, 1906, vol. I, pp. 129-141; A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Archivio giuridico*, XC, 1923, pp. 167-230. Cfr. anche B. BRUGI, *I principii generali del diritto e il diritto naturale*, in *Archivio giuridico*, XC, 1923, pp. 160-166. Su Brugi, cfr. G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza: Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, E.S.I., 1986.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vecchio e nuovo, come « forza viva in azione perpetua » è « il grande serbatoio dal quale i legislatori moderni hanno attinto i loro codici » così come le leggi speciali (142) ed è essa quindi, e non i nudi enunciati legislativi, ad offrire « un compleso organico di principii, criteri e direttive capaci e sufficienti a servire di base alle decisioni pratiche dei giudici » (143).

Emergono dunque, nel dibattito aperto dall'intervento di Del Vecchio, posizioni molto diversificate, che vanno dalla prefigurazione di un rapporto stretto fra sociologia ed ermeneutica giuridica (nello specchio della 'natura delle cose'), ad un'impostazione storicistica del problema ermeneutico (sulla traccia di una savigniana valorizzazione della tradizione), all'ipotizzazione di un *Juristenrecht* come asse portante dell'esperienza giuridica (sia in assenza che in presenza della codificazione). Sono però altrettanto evidenti alcuni tratti comuni.

*a*) Di Del Vecchio (come, più sullo sfondo, di Gény) si recepisce la denuncia, non la proposta: ci si rifiuta cioè di pensare i principi generali come le risultanti di un mero processo di generalizzazione delle norme del sistema e si attribuisce di conseguenza ad essi, per così dire, un *habitat* i cui confini non coincidono con i confini del sistema stesso; della natura di questo diverso 'ambiente' non si trova però una definizione comune ed è semmai concorde soltanto l'intenzione di lasciar cadere la proposta neo-giusnaturalistica di Del Vecchio.

*b*) L'intero dibattito ha un'inflessione sostanzialmente ermeneutica: in prosecuzione ideale con il problema delle lacune, il destinatario privilegiato dei vari interventi è ancora l'interprete (ed essenzialmente il giudice) impegnato a far fronte agli 'hard cases' sulla base dei testi legislativi esistenti. La partita si gioca dunque sul terreno dell'interpretazione della legge e la posta in gioco è l'individuazione di strumenti ermeneutici capaci di 'attivare', 'adeguare', completare il sistema nel momento stesso dell'interpretazione-applicazione del diritto (144).

---

(142) G. PACCHIONI, *I principii generali di diritto*, in *Archivio giuridico*, XCI, 1924, pp. 139-141.

(143) *Op. cit.*, p. 146.

(144) Cfr. anche V. MICELI, *I principii generali del diritto (A proposito di una*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Resta quindi fuori dalla portata del dibattito l'ipotesi che i principi generali del diritto possano definirsi non solo rispetto ad un sistema di norme codificate, ma anche al giuridico strutturarsi di un ente o istituzione (145) - per non parlare dell'eventualità, che pure sarebbe stata presa in considerazione di lì a non molto, di una redazione legislativa dei principi stessi. È solo agli inizi degli anni Quaranta, con un importante saggio di Crisafulli (146), che, per così dire, tutti i nodi vengono al pettine: che cioè, per un verso, le tematiche in qualche modo accantonate nel dibattito degli anni Venti vengono prese organicamente in considerazione, mentre, per un altro verso, le inquietudini ermeneutiche e le aperture meta-positive che caratterizzavano quel dibattito vengono bruscamente interrotte.

Dal primo punto di vista, il saggio di Crisafulli interviene in un momento in cui era il potere politico stesso a sollecitare l'intervento dei giuristi in vista della redazione (e consacrazione formale) dei principi cardine dell'ordinamento (147) - e già un clima siffatto mutava notevolmente l'originaria impostazione del problema; mentre, per quanto riguarda i contenuti, l'autore è esplicito nel porre il problema in rapporto non solo ai sistemi di norme codificate (e segnatamente privatistiche), ma anche ad istituzioni e settori dell'esperienza giuridica diversi e diversamente organizzati sul piano normativo (innanzitutto il diritto costituzionale).

---

*recente pubblicazione: Giorgio Del Vecchio, Sui principii generali del diritto, Modena, 1921)*, in *Rivista di diritto civile*, XV, 1923, pp. 23 42; M. SIOTTO-PINTOR, *Diritto naturale, diritto libero e diritto legislativo nel pensiero d'un giurista-filosofo americano*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III, 1923, pp. 109-142; G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, III, 1923, pp. 256-287.

(145) In questo senso S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1933[4].

(146) V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXI, 1941, pp. 40-63; pp. 157 181; pp. 230-264.

(147) Per il dibattito sui i principi generali nel fascismo cfr. AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Pacini Mariotti, 1943. Sul problema dei principi generali in rapporto alla tendenza verso una possibile 'positivizzazione' cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, Laterza, 1990, pp. 64 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ora, già una siffatta organizzazione del discorso, se costituisce un'impostazione più ampia e articolata del problema, importa anche (dal secondo punto di vista, che ci interessa direttamente), l'interruzione del rapporto esclusivo che aveva legato il dibattito degli anni Venti con il problema del ruolo dell'interpretazione giurisprudenziale. Si consideri poi il punto saliente dell'argomentazione di Crisafulli, là dove egli sostiene l'identità essenziale di norme e principi generali. I principi, egli sostiene, non sono niente altro che norme del sistema: immaginare per loro una diversa natura e provenienza imporrebbe infatti di ammettere che fosse « in realtà l'interprete a porre la norma regolatrice del caso concreto, trasformandosi allora il giudice in legislatore » (148); ma, data per assurda (per Crisafulli) questa conseguenza, resta dimostrata la premessa secondo la quale i principi generali sono « norme giuridiche preesistenti nel sistema », capaci come tali « di disciplinare qualsiasi fatto e rapporto della vita reale » (149).

Si torna così alla piena riaffermazione di quell'idea di sistema concluso e autosufficiente che numerosi interventi, negli anni Venti, avevano messo in discussione nello specchio di un'indagine dedicata alla comprensione della natura e del ruolo dei principi generali di diritto (150). Le loro conclusioni erano spesso incerte e frammentarie, ma la destinazione di senso del loro argomentare era un 'luogo' dell'ermeneutica in qualche modo resistente ad una minimizzazione del diritto giurisprudenziale e del ruolo dell'interprete. La loro piattaforma comune era in sostanza la convinzione (certo vaga, ma

---

(148) V. CRISAFULLI, *Per la determinazione*, cit., p. 177.

(149) *Op. cit.*, pp. 178-179.

(150) La vicenda legata ai 'principi generali di diritto' è ovviamente molto più complessa e ramificata e non affatto conclusa; nell'economia del presente saggio è possibile però cogliere solo quegli aspetti del problema volta a volta più vicini al tema discusso. Sui principi generali cfr. N. BOBBIO, v. *Principi generali del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1966, vol XIII, pp. 887-896; M. JORI, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 301 ss.; M. BASCIU (a cura di), *Soggetti e principi generali del diritto* (Atti del XV Congresso Nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica), Milano, Giuffrè, 1987. Cfr. anche, da un altro punto di vista, E. SPAGNESI, *Reminiscenze storiche in una formula legislativa*, in *Il Foro italiano*, XCVI, 1971; G. S. PENE VIDARI, *Nota sull'« analogia iuris ». L'art. 15 del tit. prel. c.c. albertino e la sua formazione*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, L, 1977.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

significativa) della non riducibilità dei principi generali alle norme del sistema: da essa traevano alimento i tentativi di valorizzazione del momento ermeneutico nell'ambito dell'esperienza giuridica, che infatti venivano coerentemente a cadere non appena si riteneva possibile 'chiudere' entro i confini del sistema normativo i principi generali del diritto (151).

## 8. *La filosofia dell'interpretazione 'creativa': il neoidealismo italiano.*

Il dibattito giuridico in Italia fra Otto e Novecento, sia che lo si prenda in considerazione in rapporto ad alcune questioni nodali (il problema delle lacune, il problema dei principi generali del diritto), sia che lo si ordini intorno ad alcuni temi ricorrenti (il ruolo del giudice, l' 'adeguamento' del sistema normativo), ha rivelato un'effettiva disponibilità di non pochi giuristi (certo stimolati dalle 'provocazioni' transalpine) a discutere impegnativi problemi teorico-ermeneutici. Ciò che tuttavia, come abbiamo constatato, stentava a prendere forma era una proposta ermeneutica articolata e consapevole dei propri presupposti, quasi che il problema dell'interpretare si imponesse all'attenzione del giurista quando questi vi fosse costretto dall'urgenza di specifiche difficoltà, ma tendesse poi a disperdersi nelle pieghe di una pratica giurisprudenziale pure innovativa, ma refrattaria ad uscire allo scoperto con ambiziose teorizzazioni.

Il panorama era però destinato a mutare drasticamente, negli anni Venti, grazie a due circostanze concomitanti: in primo luogo, il problema ermeneutico, pur continuando ad essere discusso dal giurista, cessa di essere suo patrimonio esclusivo per acquisire rapidamente un'inedita 'dignità' filosofica (e filosofico-giuridica); in secondo luogo, e di conseguenza, i filosofi del diritto che, in Italia, prendono ad occuparsi del problema ermeneutico, lo affrontano sulla base di presupposti e domande che solo tangenzialmente incontrano le preoccupazioni del giurista e che piuttosto mirano a collocare il problema ermeneutico sullo sfondo del proprio oriz-

(151) Mentre, per converso, quando con Betti il momento ermeneutico acquisterà tutta la sua rilevanza, i principi generali torneranno ad essere concepiti come in qualche modo 'eccedenti' i limiti del sistema normativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zonte speculativo: che, in questo caso, coincide con la filosofia neoidealistica e con le numerose suggestioni da essa esercitata su tutta una nuova generazione di filosofi del diritto ormai lontana dalle simpatie positivistiche della generazione precedente (152).

Il punto di partenza, e l'occasione della riflessione, è comunque comune al giurista e al filosofo: sono le proposte globalmente riconducibili al 'diritto libero', al di là di una 'filologica' attribuzione di tesi specifiche a specifici autori, ad esigere una presa di posizione. Ciò che caratterizza però l'approccio del filosofo di ispirazione neoidealistica è il tentativo di individuare un punto di vista 'esterno' dal quale guardare al fenomeno nella sua globalità.

È di Cesarini Sforza un interessante tentativo in questa direzione. Egli riassume lo *status quaestionis* nei termini che ci sono familiari: l'obiettivo polemico delle nuove proposte è « l'assolutismo del legislatore », il cui difetto principale è di cogliere imperfettamente e in ritardo il mutarsi della società e le sue sempre nuove esigenze; di contro, è del continuo divenire della « vita sociale » che il movimento del diritto libero vuole esser interprete « più pronto, più vivace » (153).

Lo spunto originale dell'autore è dato dal tentativo di caratterizzazione complessiva del movimento, per il quale egli si serve di un'analogia storiograficamente interessante (154): il movimento del diritto libero assolve nell'ambito del sapere giuridico al ruolo che il modernismo svolge nel campo della teologia. Il secondo combatte contro la fissità del dogma, l'esteriorità della fede, la gerarchia, il primo contro la rigidità dei codici, il formalismo del sapere 'sistematico', la sua astrattezza, a favore di una giuridicità « scaturiente volta a volta dalla realtà » (155). Se dunque è plausibile registrare una direzione comune ai due movimenti, è possibile anche fare un passo avanti e cogliere in essi un immanente, e decisivo, significato 'speculativo': i due 'modernismi' sono « episodi paralleli dell'eterna lotta fra lo spirito soggettivo, individuale, sinonimo di libertà e l'oggetti-

(152) Cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit.

(153) W. CESARINI SFORZA, *Il modernismo giuridico*, in *Il Filangieri*, XXXVII, 1912, p. 375.

(154) Se ne serve anche L. LOMBARDI, *Saggio*, cit.

(155) W. CESARINI SFORZA, *Il modernismo*, cit., pp. 374-375.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vismo, l'esteriorità, l'autorità »; da questo punto di vista, essi sono, sì, fenomeni storicamente determinati, ma rappresentano anche tendenze costanti dell'esperienza, che volta a volta trovano diverse forme di realizzazione: « il modernismo giuridico non è che una delle tante forme in cui si manifesta l'aspirazione alla libertà nel dominio della vita del diritto » (156).

Ora, una simile affermazione potrebbe sembrare, e sarebbe, innocua e poco concludente se non si inserisse nel peculiare orizzonte filosofico cesariniano: dove il rapporto fra libertà e autorità, fra interiorità ed esteriorità, rinvia al rapporto dialettico, per un verso, fra soggettività ed oggettività, e, per un altro verso, fra filosofia e scienza. Si tratta di dominî distinti, ma connessi, dove il passaggio dall'uno all'altro implica, nell'unità della vita dello spirito, il suo mantenimento e il suo superamento.

È appunto su questa base che il nostro autore guarda ai due 'modernismi' come a movimenti segnati, insieme, da un'esigenza vitale e da una contraddizione insanabile. Valga il caso del modernismo religioso. In esso, l'aspirazione alla libertà si traduce in un tentativo di superamento della religione tradizionale dall'interno della religione stessa, ma è destinata a mancare l'obiettivo per due motivi complementari: in primo luogo, perchè la realizzazione della libertà impone il superamento della religione nella filosofia; in secondo luogo, perché il superamento va inteso come una *Aufhebung*, che esclude una mera cancellazione della religione e ne esige il mantenimento come momento parziale, ma ineliminabile, della vita dello spirito.

Nel medesimo fraintendimento della dialettica, nella conseguente indistinzione fra scienza e filosofia, incorre il movimento del diritto libero. In esso l'aspirazione alla libertà prende campo come rivolta contro il formalismo, l'astrattezza, la rigidità della legge, ma è destinata, non diversamente da quanto accade per l'altro 'modernismo', al fallimento. Da un lato, infatti, l'esigenza di procedere oltre i vincoli del formalismo non è una scoperta originale del giusliberismo, ma una tensione interna all'esperienza giuridica come tale. Dall'altro lato, l'inveramento della libertà come assenza di costri-

(156) *Op. cit.*, p. 375.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione e sottrazione ad ogni norma suppone il passaggio dalla vita pratica 'giuridica' alla vita pratica 'pura', alla pura spontaneità etica (157). L'errore metodico del giusliberismo è quindi quello di perseguire, nell'ambito di una sfera di esperienza, un obiettivo, in quella sfera, inattingibile: di imporre quindi alla scienza giuridica, e sottrarre corrispettivamente alla filosofia, un compito che essa, in quanto scienza, non è in grado di affrontare.

Comprendere il senso del dibattito teorico-giuridico (e teorico-ermeneutico) originato dalle 'provocazioni' giusliberiste è dunque per Cesarini Sforza possibile in quanto ad esso ci si avvicini sulla base della distinzione dialettica fra scienza e filosofia: ne risulterà così una diagnosi che, in uno stesso movimento, riconosce nelle nuove teorie un nucleo di verità solo per indicarne la necessaria *Aufhebung*. E, allora, vere senz'altro sono, per il nostro autore, almeno due delle tesi centrali del giusliberismo, « il riconoscimento del carattere individualistico dell'attività giuridica » (158) e l'affermazione « dell'astrattezza della norma » (159): ma proprio perché filosoficamente vere, esse non possono essere usate come assiomi di una 'nuova' scienza, pena l'indebita contaminazione di scienza e filosofia. La scienza del diritto dovrà così continuare a svolgere il suo ruolo tradizionale, procedendo per concetti empirici, astrazioni, costruzioni sistematiche, e l'attività del giudice dovrà essere intesa come « un lavoro esclusivamente logico » di applicazione della norma al fatto (160).

Si tratta di una conclusione evidentemente molto severa nei riguardi delle aspettative degli 'innovatori': la scienza giuridica, l'interpretazione giudiziale non possono essere toccate nei loro metodi consolidati da una prospettiva che solo nella considerazione filosofica del diritto si dimostra feconda. Ciò che comunque appare comune, a Cesarini Sforza come ad altri filosofi del diritto neoidealisti, non è tanto la conclusione 'nel merito' quanto l'approccio al problema, l'esigenza di immettere nel dibattito tutto il peso di un'impostazione filosofica di grande respiro.

---

(157) *Op. cit.*, pp. 376-377.

(158) W. CESARINI SFORZA, *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, LIII, 1913, p. 48.

(159) *Op. cit.*, p. 56.

(160) *Op. cit.*, pp. 52-54.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quanto alle conclusioni 'nel merito', anzi, le riserve di Cesarini Sforza impressionano relativamente. Sul fronte opposto Maggiore, animato da forti suggestioni gentiliane, punta non già ad una mimizzazione degli effetti dirompenti delle proposte giusliberiste grazie ad una 'dialettica dei distinti' fra scienza e filosofia, ma ad un innesto diretto della filosofia idealistica sul tronco della scienza giuridica che raccolga, e rafforzi speculativamente, il messaggio delle correnti antiformalistiche.

Torna così ad imporsi il problema dell'interpretazione, ma in un contesto argomentativo attraversato da preoccupazioni diverse. È sul tappeto non più il problema del mutamento sociale, dell'adeguamento (e del funzionamento complessivo) del sistema normativo, e quindi, per connessione, il problema ermeneutico, bensì, direttamente, il problema dell'interpretazione come tale, come 'atto spirituale'.

Affrontare adeguatamente un siffatto problema significa innanzitutto, per il filosofo idealista, collocarlo nel quadro della dialettica fra soggetto e oggetto, usarlo come spia della crisi della concezione 'oggettivistica' della norma giuridica. La norma è, gentilianamente, un voluto, « un momento della coscienza giuridica fissato, oggettivato in un comando » e proprio per questo necessariamente rigida, astratta, separata « dalla vita » (161). Essa quindi non può essere pensata nella sua concretezza se non in riferimento ad un soggetto: appare quindi filosoficamente insostenibile l'idea di una legge che, svincolata dalla vita del soggetto, viva di vita propria e come tale si offra all'interprete. Non si pensi però di ritrovare, per questa via, l'idea (cara a Gény) di un'interpretazione necessariamente legata alla comprensione del momento 'originario' della legge. Il soggetto a cui rinvia la filosofia di Maggiore non è il soggetto 'empirico' 'legislatore': la legge non è concepibile se non in rapporto ad una soggettività, ma questa non coincide necessariamente con la figura del legislatore. La legge esiste in quanto creata da un atto di volontà legislativa, ma continua ad esistere solo in quanto « interpretata », in quanto oggetto « di quest'eterno lavoro d'interpretazione, di quest'atto

(161) G. MAGGIORE, *Filosofia del diritto*, Palermo, Fiorenza, 1921, p. 181.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

creativo del soggetto », senza il quale la norma resta necessariamente 'astratta' dalla 'vita' (162).

L'interpretazione dunque, raggiunta dalla centralità 'speculativa' della soggettività, acquista, insieme, un ruolo giuridicamente determinante e una serie di precise caratteristiche. Il suo ruolo è decisivo perché rende attuale, nuovamente voluta, la norma legislativa, incapace di vivere di vita propria: la sua prima caratteristica è quindi quella di essere non un atto ricognitivo, ma creativo. Che l'interpretazione sia creativa, risulta empiricamente già dalla considerazione di ciò che i giudici realmente fanno (163); e non può essere diversamente, proprio perché l'interpretazione non è un atto che contempla una realtà oggettiva, che rispecchia il significato implicito e già dato della norma (164): l'operazione interpretativa « non è mai analisi di un che di preesistente, ma atto sintetico, formazione di una nuova realtà soggettiva, in cui si dispiega e sviluppa l'oggettività immediata della legge » (165).

La creatività dell'interpretazione, la sua non riducibilità alla semplice ricognizione di un significato precostituito, nasce poi in ultima istanza dalla dialettica fra astratto e concreto che ne costituisce l'elemento proprio: l'interpretazione realizza la norma in quanto la nega nella sua astrattezza e crea « una posizione nuova del giusto che superi e neghi la pura legge, di quanto il concreto supera l'astratto e il particolare l'universale » (166).

Non si potrebbe essere più lontani dalla dottrina 'tradizionale' dell'interpretazione: in questa, l'accento cade sul sistema normativo, sull'oggettività dei significati delle norme (in esso) già dati, sul ruolo ricognitivo dell'interpretazione; nella nuova prospettiva, la norma vive in quanto interpretata, il ruolo della soggettività è centrale e determinante, il significato della norma non è trovato, ma creato o ricreato dall'interprete.

Sarebbe però affrettato immaginare su questa base una sorta di

---

(162) G. MAGGIORE, *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, Palermo, Ergon, 1914, pp. 8-10.

(163) *Op. cit.*, p. 24.

(164) *Op. cit.*, pp. 8-9.

(165) *Op. cit.*, p. 14.

(166) G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo*, cit., p. 382.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

via neoidealistica al giusliberismo. La dialettica dei distinti che, in Cesarini Sforza, impediva ogni ricaduta 'innovativa' della 'verità' filosofica sul terreno della scienza giuridica, non si ripropone certo in quei termini in Maggiore, che non a caso trasforma i postulati della sua filosofia in un'immagine di interpretazione decisamente 'anti-tradizionale'. Ciò che però resta ancora sostanzialmente in ombra è ciò che i giuristi fanno, o dovrebbero fare, una volta convinti della verità della nuova prospettiva. L'impressione insomma è che ad una nuova immagine dell'interpretazione non corrisponda affatto ancora una nuova dottrina (giuridicamente 'spendibile'; ed una nuova pratica) dell'interpretare. E non mancano anzi indizi a favore di una permanente scissione fra una 'filosofia' (dell'interpretazione), fortemente sbilanciata sul fronte della soggettività, ed una 'dottrina' (ed una pratica) proiettate nella direzione opposta: e disposte ad incontrarsi, più che con i cauti (e positivistici) 'innovatori' 'evoluzionisti', con i solidi 'conservatori' del metodo giuridico tradizionale. E infatti, di fronte alla domanda cruciale relativa alla libertà del giudice nell'interpretazione della legge, Maggiore distingue immediatamente fra « la coscienza empirica del giudice » e la « coscienza universale del diritto » che è « un'autorità superiore all'arbitrio dell'individuo »: sovranamente libero allora non è tanto il giudice come concreto soggetto di un'operazione interpretativa (il giudice 'empirico'), ma il giudice come incarnazione di un mondo « superindividuale », come « interprete di quella coscienza storica ... che si versa nell'ordinamento giuridico » (167). La soggettività 'creativamente' esplicantesi nell'operazione interpretativa finisce (dialetticamente) per coincidere con l'oggettività del sistema normativo, in un processo dove i singoli soggetti agiscono, consapevolmente o inconsapevolmente, come strumenti della totalità.

Mutano dunque gli accenti, i presupposti filosofici, le personalità, ma continua a far sentire i suoi effetti un regime di insufficiente connessione fra una nuova 'filosofia' dell'interpretazione (modellata nel quadro di uno specifico orizzonte speculativo) e una 'dottrina'

(167) G. MAGGIORE, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 183-184. Su Maggiore cfr. G. MARINI, *Giuseppe Maggiore: l'interferenza di filosofia e diritto*, Napoli, E. S. I., 1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'interpretazione ancora incapace di tradurre sul terreno dell'esperienza giuridica i postulati della nuova ermeneutica.

Quando poi la distinzione fra 'filosofia' e scienza giuridica o 'dogmatica' non è un incidente di viaggio, ma una scelta esplicita e motivata, la situazione acquista il pregio della chiarezza, ma il regime della 'doppia verità' regola l'intera trattazione del problema.

È in questo quadro che Max Ascoli svolge la sua brillante indagine sull'interpretazione: un'indagine che nasce proprio là dove, per l'autore, la dogmatica deve necessariamente interrompersi per lasciare il posto alla filosofia, mancando degli strumenti idonei per la stessa impostazione del problema. La dogmatica, certo, costruisce continuamente teorie delle fonti e dell'interpretazione, ma non è in grado di capire, dal suo interno, il problema centrale: il passaggio dalla norma al fatto, e viceversa, quindi il problema del carattere 'creativo' dell'interpretazione (168).

Dato il carattere astratto della norma, quelli che erano i problemi cruciali, ma necessariamente irrisolti, della dogmatica (il

---

(168) M. ASCOLI, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Roma, Athenaeum, 1928, pp. 9-12. L'insufficienza della scienza giuridica, anche della scienza giuridica 'antitradizionalistica', a risolvere dal suo interno i propri problemi costitutivi è d'altronde un luogo ricorrente nella filosofia del diritto di ispirazione neoidealistica. Battaglia ad esempio, in una informata rassegna sulle 'novità' francesi (Gény e Saleilles, innanzitutto), è disposto ad apprezzare gli spunti di Gény (e secondariamente di Saleilles) sul ruolo e sul metodo dell'interpretazione, ma li commenta come approssimazioni (necessariamente imperfette, dato l'approccio 'dogmatico' e il quadro filosofico presupposto) ai risultati che si dovrebbero poter conseguire sulla base di una impostazione speculativamente (idealisticamente) fondata del rapporto fra soggetto e oggetto, e fra norma e interpretazione, nell'unità dello spirito, uscendo finalmente dal clima culturale comune agli scritti analizzati: un clima presentato da Battaglia come « l'età triste del sociologismo, del solidarismo, dell'evoluzionismo, del positivismo (tanti nomi per caratterizzare un solo atteggiamento eteronomo dello spirito!) » (F. BATTAGLIA, *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IX, 1929, p. 230.). Sul saggio di Battaglia intervenne anche L. CIFFO BONACCORSO, *In tema di interpretazione giuridica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, X, 1930, pp. 128-131, a cui replicò F. BATTAGLIA, *Postilla*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, X, 1930, pp. 131-134. Cfr. anche F. BATTAGLIA, *Romanticismo giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IX, 1929, pp. 119-126, a proposito di Bonnecase. Su Bonnecase (e su Gény) cfr. anche, da un altro punto di vista, B. DONATI, *Dalla esegesi delle leggi alla scienza del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, V, 1925, pp. 583-603.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problema delle lacune, il ruolo dell'interpretazione), vengono risolti prima che impostati, vengono eliminati alla radice, dalla filosofia: data la relazione fra astratto e concreto, per la filosofia neoidealistica la lacunosità del sistema giuridico non è un accidente relegato ai margini del sistema stesso, ma una caratteristica necessaria della norma in quanto tale. Il diritto non è un sistema di 'pieni' per il quale si possa eventualmente ipotizzare qualche 'vuoto', ma, direttamente, un sistema di lacune. L'interpretazione, quindi, è necessariamente creativa, perché, come termine medio fra l'astratto e il concreto, produce una norma che mai « potrà essere eguale alla norma astratta, anche se deriva da lei e le è formalmente e letteralmente identica » (169).

I termini dell'impostazione tradizionale sono perfettamente capovolti: il motore dell'esperienza giuridica è l'interpretazione, l'interpretazione è un atto produttivo di norme, la norma effettivamente creata dall'interprete è comunque altra dalla norma astratta alla quale si richiami, infine, l'interprete non è il ripetitore, l'eco del legislatore, ma, al contrario, « solo l'interprete può dirsi legislatore » (170).

Se dunque l'interprete è anch'egli un produttore di norme, nemmeno egli in realtà raggiungerà l'assoluta singolarità del fatto, nemmeno egli spezzerà il vincolo dell'astrazione, dal momento che la sentenza sarà pur sempre norma, « cioè schema, volizione di una classe di azioni, astrazione... » (171). L'identità di natura fra legislatore e interprete viene portata coerentemente da Ascoli alle sue estreme conseguenze: ogni creazione di norme è creazione di uno schema astratto e « non v'è alcuna ragione per cui la creazione di diritto che è astrattezza in sede di legislazione, divenga concretezza in sede di applicazione » (172).

Intorno al concetto di interpretazione come creazione di norme Ascoli viene così costruendo la sua rappresentazione dell'esperienza giuridica. Dal momento che i fatti si rendono comprensibili solo grazie alla loro intrinseca normatività, grazie allo schema di azione che essi esprimono, l'intera fenomenologia giuridica consiste di uno

(169) *Op. cit.*, p. 39.
(170) *Op. cit.*, p. 40.
(171) *Op. cit.*, p. 53.
(172) *Op. cit.*, p. 54.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scambio continuo di parti fra la posizione e l'interpretazione di norme. Porre una norma nuova è interpretare una norma preesistente, e viceversa, in un processo ininterrotto dove la differenza fra interpretazione e legislazione è solo una differenza di posizione o di grado, e il gioco di rinvii reciproci procede continuamente passando da una norma « ad una superiore, finché si giunga all'ordinamento giuridico limite che salda il cerchio del diritto » (173). Ascoli dichiara a questo proposito di far proprio « il punto di vista di Merkl e di Kelsen sulla struttura a grado dell'ordinamento giuridico » (174), ma non omette di riferire a Gény il merito di avere intuito, anche se non sviluppato fino in fondo, il carattere creativo dell'interpretazione (175): e le citazioni sono meno eterogenee di quello che potrebbe sembrare, solo che si rifletta sul loro innestarsi su punti diversi dell'argomentazione di Ascoli.

Sia che ci si riferisca comunque all'ordinamento a gradini sia che si invochi la creatività dell'interpretazione, la distanza della teoria di Ascoli dalla comune dottrina giuridica dell'interpretazione è, su ogni punto qualificante, radicale. Ma è vano attendersi un tentativo di mediazione o di traduzione, o al contrario, di aperta contestazione, nei riguardi dello 'stile' specifico della scienza giuridica: l'opposizione della filosofia dell'interpretazione alla *standard view* dell'ermeneutica giuridica deve portare, per Ascoli, non ad una guerra di sterminio, ma ad una semplice *actio finium regundorum*. La divisione dei compiti fra filosofia e dogmatica assegna alla dogmatica il ruolo di un'illusione utile così come alla filosofia quello di una verità improduttiva. La dogmatica si inganna su tutto ciò che essa viene sostenendo intorno all'interpretazione (che crede applicazione, invece di creazione; deduzione dalla norma invece di elaborazione del fatto a norma), ma è un autoinganno utile in vista del « proprio compito di disciplina dei fatti umani »; mentre « la funzione della filosofia di fronte ad essa si riduce a riconoscere questa sua validità, a negare sistematicamente qualsiasi effettivo valore logico alle necessarie illusioni e alle arbitrarie affermazioni del diritto e a spostare continuamente, per vedere in tutta la sua interezza la realtà vera,

(173) *Op. cit.*, p. 90.
(174) *Op. cit.*, p. 107, nota 1.
(175) *Op. cit.*, p. 122.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'impalcatura di leggi e di artifici che pure servono a costruirla » (176).

Lungi dall'essere investita e travolta dalla 'verità' filosofica, la scienza giuridica mantiene non solo il suo ruolo, ma anche i suoi *idola*, che sono scavalcati, ma anche conservati, dalla filosofica *Aufhebung*. Nel momento in cui si fa strada una visione filosoficamente complessa dell'interpretazione, la scienza giuridica sembra essere condannata alla semplice ripetizione degli schemi in essa tradizionalmente invalsi - che infatti continuano tranquillamente ad essere proposti, certo più per un sostanziale disinteresse dei giuristi verso le degnità filosofiche neoidealistiche che per consapevole omaggio al regime (filosoficamente fondato) della 'doppia verità'.

Appare quindi particolarmente interessante il contributo del giovane Ascarelli (177): non solo per la sua intrinseca qualità, ma anche perché costituisce l'unico caso di rilievo in cui è un giurista, e non un filosofo del diritto, ad assumere in proprio il punto di vista neoidealistico in tema di interpretazione e a procedere di conseguenza.

Ascarelli muove dal consueto, cruciale, problema delle lacune: non lo dà già per risolto, come Ascoli, nel quadro di una presupposta, filosofica definizione di diritto, ma lo prende sul serio, raccogliendolo dall'interno del dibattito giuridico coevo nei termini in cui esso veniva di consueto impostato. Prima di pronunciarsi nel merito, però, egli si interroga sul senso del dibattito stesso chiedendo aiuto, per impostare correttamente il problema giuridico delle lacune, alla filosofia neoidealistica.

Da essa mutua innanzitutto la distinzione fra scienza e filosofia come distinzione fra due diversi punti di vista sul diritto, l'uno di carattere esegetico-dogmatico, l'altro di carattere storico-filosofico. Il punto di vista della dogmatica procede sulla base di un non superato dualismo fra soggetto e oggetto: la dogmatica, come scienza 'naturalistica', si preoccupa soltanto di ordinare il proprio oggetto, di darne una rappresentazione sistematica riportando ad

---

(176) *Op. cit.*, p. 51.

(177) T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato* [1925], ora in *Studi di diritto privato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffré, 1952, pp. 209-243.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unità le norme di cui esso si compone. Se a questo punto e su questo terreno impostiamo il problema delle lacune del diritto, la risposta, per Ascarelli, è netta: il sistema si presenta, prima e indipendentemente dall'analisi della sua applicazione, come una totalità piena e compatta, in armonia d'altronde con il dettato dell'art. 3 delle Disposizioni Preliminari (178).

Fino a qui, l'argomentazione di Ascarelli non differisce da quella correntemente usata a sostegno della completezza dell'ordinamento. Egli però non si arresta all'affermazione di una delle due tesi contrapposte, ma adotta un punto di vista, in qualche modo, esterno ai termini del dibattito ed efficace nel dar conto dell'esigenza immanente alla tesi della lacunosità dell'ordinamento. Il senso di questa posizione emerge non appena si consideri non il problema della descrizione ('naturalistica') del sistema normativo, ma il problema della sua applicazione. Ed ecco allora che la dialettica dell'astratto e del concreto (cara alla filosofia neoidealistica) appare lo strumento più idoneo per decifrare i termini stessi della tradizionale antinomia e riportare « l'asserita incompletezza dell'ordinamento giuridico ... alla stessa astrattezza della norma giuridica », quindi alla sua costitutiva « incapacità a regolare il caso concreto; non questo o quel caso concreto nuovo, ma ogni caso concreto in quanto e perché tale » (179).

Decifrare il senso della posizione (per intendersi) 'antiformalistica' attraverso le coordinate della filosofia neoidealistica ha spostato il discorso sul fronte dell'applicazione del diritto, ma, su quel terreno, non ha semplicemente confermato, ma ha generalizzato e radicalizzato la posizione di partenza: non alcune norme, ma tutte le norme sono, di per sé, inapplicabili. Si tratta, per il nostro giurista, di una vera e propria antinomia, che può trovare un punto di risoluzione solo nell'interpretazione. È l'interpretazione che getta un ponte fra l'astrattezza della norma e la concretezza del caso controverso, che permette quindi, e spiega, il concreto 'funzionamento' del sistema normativo. Proprio per questo l'interpretazione è necessariamente creativa: perché non si limita a intendere il significato immanente nella norma, ma trasforma l'« astratta norma giuridica in

(178) *Op. cit.*, pp. 217-219.
(179) *Op. cit.*, pp. 216-217.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una norma regolatrice di un caso concreto » (180), producendo una norma sostanzialmente nuova.

Il problema delle lacune si rivela dunque dotato di senso in quanto fa emergere un profilo particolare, e decisivo, dell'esperienza giuridica e questo a sua volta retroagisce sul problema della completezza dell'ordinamento mostrandolo in una luce completamente diversa: è il momento *dinamico* dell'ordinamento, l'esercizio dell'interpretazione (necessariamente) 'creativa', che emerge come il momento decisivo del giuridico e si rivela capace di risolvere l'astrattezza del sistema normativo nella concretezza della sua effettiva applicazione (181).

Siamo dunque alle soglie di un tranquillo e robusto innesto della filosofia dell'interpretazione 'creativa' sul tronco della tradizione giuridica italiana? La risposta potrebbe essere affermativa solo se dimenticassimo una componente fondamentale del saggio di Ascarelli, che ha individuato il ruolo centrale dell'interpretazione grazie alla mediazione (e nei limiti) delle coordinate filosofiche del neoidealismo: sulla base quindi della dialettica fra astratto e concreto, ma anche di quella distinzione fra scienza e filosofia che vediamo così frequentemente tornare nella discussione del nostro problema. Il risultato è che il tema della 'creatività' (e centralità) dell'interpretazione emerge, anche per Ascarelli, sul terreno della filosofia; mentre sul terreno della scienza giuridica deve mantenersi in piedi un'idea di interpretazione meramente 'ricognitiva', negare la quale importerebbe il collasso del vigente ordinamento giuridico (182) — ed infatti il nostro autore continua a sviluppare, come 'giurista', una serrata discussione con i partigiani della linea (per intendersi) 'antiformalista' volta a dimostrare la perfetta 'chiusura' del sistema.

Cionondimeno, il rapporto fra i 'distinti' (fra filosofia e scienza

---

(180) *Op. cit.* , p. 221.

(181) *Op. cit.*, p. 224: « È appunto perché quella che si pone come mera interpretazione è sostanzialmente creazione, che l'ordinamento giuridico può nella sua astrattezza tuttavia raggiungere ogni concretezza: quella che a noi è sembrata l'organica incapacità dell'ordinamento giuridico è appunto sanata attraverso l'opera creatrice dell'interpretazione che adegua constantemenete alla concretezza della fattispecie l'astrattezza della legge ».

(182) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridica) è, in Ascarelli, più stretto e fecondo di quanto le premesse potrebbero far credere. Filosofia del diritto e scienza del diritto, punto di vista esegetico-dogmatico e punto di vista storico-filosofico, restano, sì, approcci distinti al problema giuridico, ma offrono insieme strumenti di cui il giurista (non solo il filosofo) deve tener conto congiuntamente, nella misura in cui si riferiscono, rispettivamente, alla 'statica' e alla 'dinamica' del diritto.

Non manca poi nemmeno un tentativo, sia pure appena abbozzato, di cogliere il riverbero della natura intimamente creativa dell'interpretazione nei procedimenti stessi della 'tecnica' giuridica, nelle pieghe dell'argomentare del giurista che, pur necessariamente fedele all'immagine dell'interpretazione 'ricognitiva', non può trascurare del tutto la realtà dell'operazione ermeneutica.

È l'analogia, per Ascarelli, l'espediente tecnico che il giurista usa per superare, sul terreno della tecnica giuridica, la necessaria antinomia fra astratto e concreto, fra statica e dinamica, « la formula cui il diritto italiano, come ogni altro diritto, ha fatto ricorso, per porre come opera interpretativa quella che invece è creativa » (183). Ma essa a sua volta va intesa soltanto come l'applicazione di un principio generale di tecnica giuridica, che sinora è stata pensata per il legislatore, ma che piuttosto occorre riferire all'interprete: la finzione. È un altro filosofo, Vaihinger (184), che suggerisce ad Ascarelli il ruolo conoscitivamente ed operativamente centrale della finzione: la 'natura' creativa dell'interpretazione si riverbera, nei procedimenti della tecnica giuridica, nella finzione del carattere ricognitivo dell'interpretazione stessa; ed è proprio nel rispetto tecnico-giuridico, argomentativo, della finzione che il giurista, interpretando, 'crea'.

Si tratta, certo, di un cenno molto rapido, di cui non si deve però sottovalutare l'importanza: nel momento in cui Ascarelli mutua

---

(183) *Op. cit.*, p. 241. Contro le considerazioni di Ascarelli, per riaffermare il punto di vista tradizionale, scrive G. SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, XIX, 1927, pp. 225-251.

(184) H. VAIHINGER, *Die Philosophie des Als Ob*, Leipzig, Meiner, 1911 (tr. ital. parziale, Roma, Ubaldini, 1967). L'attenzione dei giuristi è richiamata su Vaihinger anche da T. A. CASTIGLIA, *La filosofia dell'« Als ob » nel diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, VI, 1926, pp. 98-122. Sul problema della finzione nella cultura giuridica cfr. F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio juris*, Padova, Cedam, 1979.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dal neoidealismo l'idea dell'interpretazione 'creativa', ma tenta anche di cogliere, dall'interno della scienza giuridica, possibili momenti di sutura e di mediazione fra 'dogmatica' e 'filosofia', egli già compie un passo significativo verso un tentativo di spiegazione, e di superamento, di quel paradosso della 'doppia verità' che aveva reso l'ermeneutica neoidealistica così povera di suggestioni per l'argomentare del giurista.

## 9. *La 'logica' dell'interpretazione giurisprudenziale: il dibattito degli anni Trenta.*

L'interpretazione è dunque, per i filosofi e i giuristi di ispirazione neoidealistica, necessariamente 'creativa'. Lo è, innanzitutto, perché interrompe quella costitutiva 'lacunosità' del sistema giuridico che coincide con l'astrattezza della norma: l'interpretazione-applicazione della norma, nel momento in cui risolve l'astrattezza di questa nella concreta risoluzione del 'caso' controverso, produce una norma sostanzialmente nuova. In secondo luogo, l'interpretazione è 'creativa' perché rinvia ad un soggetto che deve essere considerato non l'inerte ricettacolo di una realtà oggettiva già data, ma il protagonista di un processo conoscitivo che non 'trova', ma 'pone' il proprio oggetto.

Dei due aspetti della creatività dell'interpretazione, comunque, il più esplicitamente tematizzato è stato il primo: è stata quindi l'interpretazione-risultato, piuttosto che l'interpretazione-attività, l'oggetto della prevalente attenzione dei filosofi del diritto — un'interpretazione risultato, d'altra parte, che valeva come elemento dinamico e 'realizzativo' dell'astratto sistema giuridico nel tacito presupposto (di regola condiviso) che l'interpretazione si riferisse, antonomasticamente, al giudice, prima che ad ogni altro operatore giuridico.

È invece un filosofo *tout court*, non un filosofo del diritto, Guido Calogero, che, negli anni Trenta, mantiene, e anzi precisa ed esplicita, come proprio punto di riferimento, l'operato del giudice, ma si interroga non più sul risultato dell'interpretazione, ma sulle sue

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

specifiche modalità, sulla sua 'logica' (185). Alla 'logica' dell'interpretazione giurisprudenziale, certo, Calogero perviene sollecitato dai suoi precedenti interessi di filosofo impegnato in un tentativo di revisione e di critica della logica 'classica' o 'tradizionale', ma non resta per questo ai margini dell'esperienza giuridica, all'interno della quale si muove anzi con la sicurezza del padrone di casa, più che dell'ospite occasionale (186).

L'importanza del suo contributo, quale che sia il giudizio sulla persuasività delle sue argomentazioni, risiede proprio, a mio avviso, nell'angolatura particolare nella quale l'autore si colloca: il problema dell'interpretazione giuridica (e, in particolare, giurisprudenziale) non è studiato in rapporto alle consuete *quaestiones disputatae* della tradizione giuridica nè è appiattito sullo sfondo di una complessiva visione filosofico-giuridica, ma è impostato in rapporto ad una precisa, determinata operazione interpretativa, quell'operazione che conduce il giudice ad emanare la sentenza. Rispetto a questa operazione, poi, la domanda principale, se non esclusiva, non riguarda ciò che il giudice dovrebbe o non dovrebbe fare, ma ciò che il giudice effettivamente fa — una distinzione abbastanza trascurata, salvo qualche sporadico accenno, dalla tradizione giuridica italiana, e pure di fatto operante nell'analisi di Calogero. Si tratta, certo, di una domanda in qualche modo spostata rispetto all'asse centrale del problema ermeneutico: non è l'interpretazione come tale, ma il complessivo ragionamento del giudice l'oggetto privilegiato dell'indagine e si tratta di capire sulla base di quali modalità argomentative proceda l'operazione di interpretazione e applicazione giudiziale del diritto. Cionondimeno (o forse proprio per questo), il ricorrente problema della 'creatività' dell'interpretazione acquisisce in questo contesto contorni più precisi e definiti.

La tesi principale di Calogero è al riguardo molto netta: di

---

(185) G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1937.

(186) Su Calogero, la polemica con Croce ed il problema dell'interpretazione cfr. l'intelligente ed informato contributo di S. BASILE, *Intorno alla logica del giudice di Guido Calogero*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV, 1967, pp. 225-260; cfr. anche, per una diversa valutazione, A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., pp. 461 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contro all'opinione, corrente nella processualistica, che accentua il carattere strettamente 'logico' del ragionamento giudiziale, l'autore, prendendo lo spunto dalla critica di uno scritto di Rocco (187), a suo avviso emblematico della *communis opinio*, sostiene il carattere non logico, o prevalentemente non logico, del ragionamento stesso. La 'logica' del ragionamento giudiziale è, come è noto, comunemente descritta nei termini di un sillogismo: data la norma, dato il fatto, il ragionamento del giudice si esaurisce nella determinazione del nesso sillogistico fra premessa e conclusione. Il nucleo essenziale dell'obiezione di Calogero consiste non tanto nel negare la ricorrenza del sillogismo nel ragionamento del giudice, ma nel minimizzarne la portata: « ... la vera e grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse » (188). Se tutto si giocasse nella semplice, meccanica deduzione da premesse univocamente accertabili e accertate, « le cause potrebbero decidersi per le strade e non ci sarebbe bisogno né di magistrati né di avvocati, ma solo di uscieri e di carabinieri » (189). Proprio perché invece l''arte' del giudicare consiste nell'elaborare le premesse del ragionamento, nell'individuare, sulla base di una complessa valutazione del fatto, la norma o le norme idonee, l'opera del giudice « si muove per intero in un ambito che in questo senso non è logico, ma anzi prelogico o estralogico. Quel che insomma fa il giudice di 'logico', è cosa da nulla; e quel che fa veramente, non è 'logico' » (190).

Spostato il centro del giudicare sul momento dell'individuazione delle premesse, il problema, per Calogero, è quello di cogliere, a quel livello, tutte le potenzialità 'inventive' dell'operazione del giudice, mostrando l'impossibilità di un'adeguata descrizione di essa attraverso lo schema della sussunzione del fatto entro la norma: non vi è niente di logicamente necessario, di certo ed inoppugnabile nel riportare un fatto ad una norma; la 'verità' di questa inerenza non è data, direttamente, dal nesso che si viene instaurando fra soggetto e predicato, ma esige, per essere fondata, un rinvio all'esperienza,

(187) A. Rocco, *La sentenza civile*, Torino, Bocca, 1906.
(188) G. Calogero, *La logica del giudice*, cit., p. 51.
(189) *Op. cit.*, p. 50.
(190) *Op. cit.*, p. 51.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come sostegno e garante della scelta del giudice: si comprende allora come « la sussunzione del fatto sotto la norma, lungi dall'essere idealmente determinata da un paradigma di logica formale, sia una delicata operazione di riconoscimento, per la quale occorre tutto quanto si dice conoscenza delle cose, esperienza tecnico-giuridica, capacità ermeneutica, intendimento della volontà del legislatore » (191). Se ancora di logica sillogistica si vorrà parlare, essa dovrà essere vista non tanto come un mezzo per la individuazione della soluzione, quanto come uno strumento funzionale, vorrei dire, non all'*inventio*, ma all'*expositio* del discorso giurisprudenziale.

Non sono certo, le conclusioni di Calogero, assolutamente inedite ed originali; la loro importanza, però, non è data tanto da ciò che esse riescono a rivelare e dimostrare, quanto dalla direzione nella quale si muovono, dallo sforzo (per l'Italia inconsueto) di comprensione a tutto tondo dell'attività interpretativa-applicativa del giudice.

Valga la riprova di un secondo tema, di grande suggestione: il parallelo fra il giudice e lo storico. Data la evidente rilevanza teorico-ermeneutica dell'accostamento, è il caso di schematizzarne i punti essenziali.

*a*) Il giudice, come lo storico, ha a che fare non con classi di fatti e astrazioni, ma con individui ed azioni determinate - dove ovviamente l'idea crociana della storia come conoscenza dell'individuale costituisce la condizione stessa dell'accostamento.

*b*) Il giudice, come lo storico, non si trova di fronte ad un fatto già dato nella sua oggettività: entrambi lavorano 'indiziariamente', sulla base di documenti che permetteranno loro una ricostruzione (non una descrizione) del fatto, grazie all'impiego degli « strumenti dell'euristica », dell'« esperienza del mondo », dell'« attitudine ad intuire il corso degli eventi », e non certo della schematizzazione sillogistica (192).

*c*) Pur nella differenza dei meccanismi probatori, sia il giudice che lo storico devono interrompere la ricerca documentaria attraverso una decisione che spezza il piano dell'indagine e conclude « per questa o quella opinione di verità » (193).

---

(191) *Op. cit.*, pp. 69-70.
(192) *Op. cit.*, pp. 128-130.
(193) *Op. cit.*, p. 131.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*d*) Sia il giudice che lo storico non sono, né possono essere, interessati a 'tutta' la realtà, ma selezionano fatti sulla base di criteri di scelta necessariamente previ.

Per una via singolare, giocando sulle analogie, riscontrabili attraverso un'analisi ravvicinata, fra l'attività del giudice e quella dello storico, Calogero ritrova, dall'interno dello specifico operare del giudice, alcuni profili centrali del problema ermeneutico e li colloca anzi in una dimensione certamente dilatata e arricchita rispetto ai termini in cui il medesimo problema veniva tradizionalmente posto entro la cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento: tanto da poter supporre che lo strumentario proprio di una robusta cultura filosofica, da un lato, e la disponibilità a calarsi nell'analisi ravvicinata di una specifica operazione ermeneutico-giuridica costituissero le condizioni migliori per evitare di passare, per così dire, troppo al di sotto o troppo al di sopra del problema dell'interpretazione della legge.

Nell'unità dell'interpretare, dunque, storico e giudice convergono, salvo su un punto: ciò che separa il giudice dallo storico è la teleologia immanente al suo interpretare; che non è mai semplice ricostruzione 'teoretica' della volontà del legislatore, ma « concreta interpretazione, storicamente ricostruttiva e finalisticamente integrativa, di pratiche volontà legiferanti... » (194). Individuata la finalità 'pragmatica' dell'operare del giudice come elemento distintivo dell'interpretazione giurisprudenziale, affiancata l'ermeneutica giuridica alla problematica ricostruzione dei fatti caratteristica della storiografia, l'interpretazione della legge si pone non già come « l'accertamento di un reale, ma la posizione di un verosimile, che è poi più propriamente un opportuno » (195).

Si tratta, certo, di rapidi cenni: che valgono però già come segni del complesso itinerario teorico-ermeneutico che dall'idea di una verità necessaria attingibile dall'interpretazione della legge conduce

---

(194) *Op. cit.*, p. 144.

(195) *Op. cit.*, p. 147. Sul parallelo fra giudice e storico cfr. anche G. CALOGERO, *La metodologia del naturalismo giuridico* [1938], ora in *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Bari, Laterza, 1947, pp. 161-180. Sul rapporto fra interpretazione del giudice e interpretazione dello storico cfr. anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989, pp. 24 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla più modesta pretesa della sua semplice verosimiglianza ed opportunità.

L'ipotesi di un'interpretazione 'decisa' (valutativamente) piuttosto che (logicamente) 'necessitata' non doveva suonare d'altronde, per la cultura giuridica italiana degli anni Trenta, come una provocazione inaudita: non solo perché su questo tema si tornava sempre di nuovo da molti lustri (sia pure secondo 'stili' e livelli di approfondimento molto diversi), ma anche perché, proprio negli stessi anni, veniva tradotto, nelle pagine di una diffusa e prestigiosa rivista, a cura di Renato Treves, il saggio *La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali*, di Hans Kelsen (196), che dedicava un intero capitolo all'interpretazione.

Per cogliere la portata dirompente, rispetto alle consuetudini teorico-ermeneutiche italiane, della proposta kelseniana, conviene sintetizzarne i passaggi principali.

*a*) Entro la costruzione a gradi dell'ordinamento, di cui le pagine precedenti del testo delineano una chiara esposizione, il problema dell'interpretazione è descritto come il problema del passaggio « da un grado al successivo », quindi del passaggio, per quanto riguarda l'interpretazione giudiziale, dalla « norma generale della legge » alla « norma individuale della sentenza » (197).

*b*) Il rapporto fra i diversi 'gradi' dell'ordinamento « è un rapporto di determinazione o di vincolo »: la norma superiore determina la norma inferiore. Questa determinazione è però (più o meno) incompleta: la risoluzione della (relativa) indeterminazione è affidata necessariamente al momento dell'esecuzione della norma stessa, che quindi ha il carattere di un semplice « schema » aperto ad un ventaglio (più o meno largo) di determinazioni possibili (198).

*c*) L'indeterminazione della norma può essere ricercata intenzionalmente dall'organo che la pone così come può essere « la conseguenza involontaria della natura della norma che deve essere

---

(196) In *Archivio Giuridico*, CX, 1933, pp. 121-171. Sulle traduzioni di Kelsen (e interventi su Kelsen) in Italia cfr. M. G. LOSANO, M. MARCHETTI, R. ORSINI, D. SORIA, *La fortuna di Hans Kelsen in Italia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VIII, 1979, pp. 645 ss.

(197) H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 155.

(198) *Op. cit.*, p. 156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eseguita » (199). In questo caso l'indeterminazione della norma sarà riconducibile volta a volta a diversi elementi (che poi sono i classici luoghi disputati della dottrina ermeneutico giuridica), che vanno dall'ambiguità del testo, al contrasto fra volontà ed espressione, all'antinomia fra norme diverse contenute nella medesima legge (200).

*d*) È a questo punto che la dottrina ermeneutica tradizionale si impegna in interminabili dispute sui criteri impiegabili, ma imposta la discussione sulla base di un equivoco di fondo: la convinzione cioè che l'interpretazione possa e debba pervenire ad un'unica soluzione, che quindi si dia una ed una sola interpretazione 'esatta' della norma. L'unico oggetto possibile dell'interpretazione (come procedimento meramente 'conoscitivo') è invece « soltanto la constatazione dello schema che rappresenta la norma da interpretare, e, con ciò, il riconoscimento delle varie possibilità che sono date entro questo schema » (201). Non una soltanto, dunque, ma ciascuna delle diverse soluzioni riconducibili allo schema normativo in questione è definibile come giuridicamente 'esatta'.

*e*) La messa a punto della 'norma individuale della sentenza' è dunque la soluzione non di « un problema teoretico, ma politico del diritto »: il giudice non 'trova' la soluzione 'esatta', ma crea la norma del caso singolo scegliendo (sulla base di una decisione 'politica', non di un procedimento logico e gnoseologico) fra le diverse possibilità offerte dallo schema normativo interpretato, non troppo diversamente dal legislatore che produce la legge ordinaria nel quadro della costituzione (202).

*f*) La scienza giuridica, se non si limita ad indicare il ventaglio

---

(199) *Op. cit.*, p. 157.

(200) L'indeterminazione della norma ha quindi una valenza giuridica che non coincide con la semplice polisemia del testo. Cfr. in questo senso C. LUZZATI, *Discretion and « Indeterminacy » in Kelsen's Theory of Legal Interpretation*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Hans Kelsen' s Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 123-137. Cfr. anche G. GAVAZZI, *L'indeterminazione giuridica in H. Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXIV, 1957, pp. 217-219; LOSANO, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLV, 1968, pp. 524-545.

(201) H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 158.

(202) *Op. cit.*, p. 160.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei possibili significati attribuibili all'una o all'altra norma, ma presenta una soluzione, e soltanto quella, come 'esatta', non assolve più ad un compito meramente cognitivo, ma presenta in realtà come 'oggettiva' e giuridicamente necessitata una soluzione che essa sceglie come 'politicamente' preferibile (203).

La distanza che separa Kelsen dalla tradizione teorico-ermeneutica italiana è, come si intende facilmente, molto rilevante. Essa emerge non tanto in rapporto ad una generica scelta 'giusliberista' (il giudice come 'creatore' di diritto), che, come abbiamo visto, è tornata a più riprese e in differenti modi ad animare in Italia il dibattito ermeneutico-giuridico, quanto in rapporto a precise affermazioni che trovano la cultura giuridica italiana abbastanza impreparata, non dico ad accoglierle, ma anche solo ad assimilarle parzialmente o, al contrario, a discuterle efficacemente. Penso soprattutto all'idea di una interpretazione che si arresta all'individuazione del campo di indeterminazione della norma, ne esclude l'univocità e abbandona il giudice all'onere di una decisione costretta a scegliere nel vuoto di argomentazioni giuridicamente cogenti. In questa prospettiva, il tradizionale campo ermeneutico si riduce notevolmente, per così dire, *a parte objecti*, in quanto non sembra in grado di includere alcuna strategia efficace per ridurre il campo di indeterminazione della norma, mentre si dilata corrispettivamente *a parte subjecti*, dal momento che il soggetto, se come 'interprete' si limita a 'contemplare' i molteplici significati della norma, assurge poi ad una libertà sostanzialmente incontrollabile come 'inventore' (sia pure entro lo schema normativo previsto) della norma individuale. La radicalità delle posizioni, e l'esemplare rigore dell'argomentazione, esaspera la tensione fra il momento 'interpretativo' e il momento 'applicativo' del diritto introducendo una netta cesura là dove vigevano di regola una tenue distinzione o una sostanziale indistinzione.

Un risultato è certo quello di mettere in luce il primato del

---

(203) « I commentari « scientifici » che debbono facilitare l'esecuzione della legge, hanno un carattere assolutamente giuridico-politico, sono paragonabili a progetti di legislazione, sono tentativi d'influenzare la funzione dei tribunali e della autorità amministrativa che crea il diritto » (*Op. cit.*, p. 160). Cfr anche H. KELSEN, *Scienza e politica*, in *Rivista di Filosofia*, XLII, 1951, p. 371.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soggetto (e della sua 'volontà' decisionale) nel momento dell''applicazione' del diritto, ma anche quello di bloccare la riflessione ermeneutica un momento prima dell'intervento 'creativo' del soggetto stesso: forzando le tinte, insomma, si potrebbe dire che dove si dà interpretazione non si dà soggettività, e viceversa. Il ruolo liberamente decidente del soggetto dell'interpretazione, che dai 'tradizionalisti' veniva annullato nel momento 'ricognitivo' della legge (nell'accertamento del suo univoco significato e nella conseguente, 'meccanica', applicazione), viene esaltato nella sua 'creativa' libertà di scelta, ma si sottrae alla possibilità di una comprensione pienamente ermeneutica: e infatti la tesi del primato del soggetto non dà certo luogo alla ricerca di un qualche criterio di oggettivazione della decisione giudiziale. Da questo punto di vista, anzi, la posizione kelseniana non ha niente in comune, nemmeno su questo punto, con i 'novatori' alla Gény, protesi a vincolare l'interprete addirittura alla 'natura delle cose' o anche solo con i più cauti 'evoluzionisti', convinti comunque di poter usare il riferimento al 'mutamento sociale' come *standard* ermeneutico sufficientemente preciso.

La singolarità della posizione kelseniana era tale, dunque, da poter produrre qualche frutto, in Italia, solo in tempi successivi e ndirettamente: quando cioè anche in Italia il problema ermeneutico-giuridico fosse pervenuto ad una sua piena maturità e si dessero quindi le condizioni per instaurare almeno un confronto 'ad armi pari', se non una effettiva collaborazione, con la 'scuola di Vienna'.

Gli anni Trenta italiani, pur in un ricorrente interesse per l'opera di Kelsen (204), non sembravano offrire l'ambiente più idoneo per un impresa così impegnativa. Non perché la cultura giuridica di quel periodo fosse insensibile al fascino del problema ermeneutico, ma perché essa tendeva ad occuparsene — anche se non mancano rilevanti eccezioni (205) —, per un verso, concentrandosi più su alcuni specifici problemi che sulla dottrina nel suo complesso, per un altro verso, 'sovradeterminando' il dibattito di

(204) Si tengano presenti ad esempio le traduzioni di scritti kelseniani ospitate dai *Nuovi Studi di diritto, economia e politica* di Spirito e Volpicelli.

(205) Di Calogero ho già detto, anche se la sua formazione di filosofo lo pone in qualche modo a lato della vicenda. Cfr. però anche *infra*, 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aspettative e taciti timori direttamente o indirettamente legati alle vicende politico istituzionali e ideologiche del regime fascista.

Si comprende facilmente allora come il ruolo del giudice nel processo di interpretazione e applicazione del diritto fosse sempre di nuovo il tema privilegiato del dibattito: lo era per naturale vocazione, come quel momento 'dinamico' dell'esperienza giuridica nel quale ritrovare *in action* le principali componenti dell'ermeneutica; ma lo diveniva a maggior ragione in quegli anni come occasione per cogliere, di una scelta ermeneutica, le possibili implicazioni politico-costituzionali.

È in questo clima che occorre inquadrare le reazioni di Calamandrei alle nuove 'filosofie' dell'interpretazione giudiziale: dove l'occasione può essere offerta dallo stesso lavoro di Calogero (206), ma il destinatario ideale del discorso è in sostanza chiunque tentasse di colpire, attraverso la critica della dottrina 'tradizionale' dell'interpretazione, non tanto o non soltanto una filosofia ermeneutica, quanto una teoria politico-giuridica delle fonti e, quindi, un modello di Stato, in una parola, lo Stato di diritto di ispirazione liberal-costituzionale.

Calamandrei prende le mosse dall'analisi parallela delle attività del giudice e dello storico inaugurata da Calogero, ne apprezza le suggestioni, finisce per assumere in proprio e riformulare l'obiezione capitale dei nuovi 'filosofi' dell'interpretazione giudiziale: che cioè il giudice, almeno nella fase conclusiva del giudizio, « non prende atto di una realtà già data nella norma, ma compie un atto pratico, non uno teorico, con il quale modifica la realtà ... », cessa di essere uno storico e « diventa un politico » (207).

È verso questo esito che, per Calamandrei, effettivamente il sapere giuridico si sta orientando da molti lustri, puntanto ad una progressiva valorizzazione della 'volontà' nell'operazione giudiziale, quindi ad un allontanamento crescente da un'idea di giurisdizione che, dall'illuminismo in poi, collocava l'essenza della giurisdizione nella sua « logicità »: quando ancora si riteneva « che per arrivare a pronunciare una sentenza giusta il giudice altro non dovesse fare che

---

(206) P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico* [1939], ora in *Studi sul processo civile*, Padova, Cedam, 1947, vol. V, pp. 27-51.

(207) *Op. cit.*, p. 42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scoprire, con l'acume della limpida e misurata ragione, una verità che stava tutta fuori di lui » (208).

La contrapposizione di Calamandrei alla nuova 'filosofia' è netta e intransigente, ma la sua difesa della tesi 'tradizionale' consiste più di semplici affermazioni che di argomentazioni che si dispongono a discutere con l'interlocutore su un comune terreno teorico-ermeneutico: semplicemente perché non era questa, in quel momento, la preoccupazione principale dell'autore. Che esce per così dire allo scoperto introducendo anch'egli a suo modo una sorta di teoria della 'doppia verità': se anche l'idea del giudice montesquieuviano fosse un' « eresia filosofica », essa avrebbe dalla sua la « pratica », che mostrerebbe facilmente gli effetti aberranti di quella 'verità'; e indurrebbe comunque a preferire un giudice « che non si intende di filosofia: il quale, continuando a credersi null'altro che un modesto e fedele storiografo della legge e ad agir come tale, commetterà, sia pure, un errore filosofico, ma un errore praticamente innocuo, che lascerà indisturbata la giustizia » (209).

È alla « pericolosa aberrazione del 'diritto libero' » che Calamandrei imputa l'origine della tendenza all'« affrancamento del magistrato da ogni ossequio alla legge » (210), ma la motivazione ed il senso del suo discorso sono dati non dalla storia e dalla filosofia dell'interpretazione, ma dall'impegno politico-ideologico che si fa strada con la voce, apparentemente dimessa, del « pratico del diritto »: che « si domanda se il tradizionale equilibrio tra la bilancia e il gladio, simboleggiato nelle raffigurazioni romane della Giustizia, non sia per esser rotto: e sta in pensiero, umilmente, per la bilancia » (211).

Gli artefici della rottura dell'equilibrio non sono i giuristi; ma questi ne divengono, per Calamandrei, complici se arrivano « ad augurarsi che, abolito come un ferro vecchio il principio 'nullum crimen sine lege', ci si affidi alla mutevole sensibilità del giudice... » (212). Calamandrei ha in mente, certo, un'intera 'classe' di

---

(208) *Op. cit.*, p. 49.
(209) *Op. cit.*, p. 48.
(210) *Op. cit.*, p. 47.
(211) *Op. cit.*, p. 51.
(212) *Op. cit.*, p. 570. Cfr. anche P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica* [1941], ora in *Studi sul processo*, cit., vol. V, pp. 67-90; P. CALAMANDREI,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuristi 'anti-illuministi' (213), ma si riferisce anche, esplicitamente, alla proposta specifica di un membro certo non secondario della categoria, Carnelutti (214). È tipico del saggio di Carnelutti, in sintonia con il clima di quegli anni, convogliare le riflessioni ermeneutiche sul problema del ruolo del giudice e, da questa piattaforma, alzare il tiro sul quadro politico-costituzionale presupposto. In questa prospettiva, la premessa è la distinzione fra i processi che Carnelutti chiama, con fortunata terminologia, di autointegrazione e di eterointegrazione dell'ordinamento e la riconduzione dell''analogia' al primo e dell' 'equità' (cioè di una iniziativa esplicitamente eterointegrativa del giudice) al secondo. L'esito però è una svalutazione radicale del divieto di analogia in diritto penale, che « appare niente altro che una superstizione. Probabilmente... la superstizione della libertà » (215); e non si omette di accennare all'opportunità, per il futuro, di un intervento equitativo (quindi di un meccanismo eterointegrativo del sistema normativo) anche in materia penale.

Si tratta di valutazioni e polemiche, certo, legate ad un preciso contesto-storico politico, esaurito il quale gli stessi contendenti assumeranno posizioni sensibilmente diverse (216). In nessun modo estrinseche ed occasionali (e destinate infatti a successive fortune) erano invece l'enfatizzazione del ruolo del giudice e l'attenzione alle connessioni politico-costituzionali del problema ermeneutico. Tali scelte tematiche però, se pure erano idonee a mostrare tutta la portata 'operativa' del dibattito teorico-ermeneutico, e contribuivano quindi, da questo punto di vista, a mantenere vivo il tema dell'interpretazione entro la tradizione disciplinare giuridica, cominciavano tuttavia a mostrare qualche segno di logoramento se svolte ancora in assenza di uno sforzo di problematizzazione complessiva.

---

*La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* [1942], in *Studi sul processo*, cit., vol. V, pp. 91-111. Su Calamandrei cfr. P. GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., pp. 142 ss.; P. BARILE (a cura di), *Piero Calamandrei*, Milano, Giuffrè, 1990.

(213) Assai precoce in questo senso, ad es., G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo*, cit., pp. 384 ss.

(214) F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in *Rivista di diritto processuale civile*, XII, 1935, pp. 105-121.

(215) *Op. cit.*, p. 113.

(216) Si pensi soprattutto all'evoluzione postbellica del pensiero di Calamandrei: cfr. *infra* 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

## 10. *Verso una teoria generale dell'interpretazione giuridica.*

È solo sul finire degli anni Trenta e all'inizio degli anni Quaranta che vedono la luce alcune opere che, pur diversissime fra loro, rivestono un'indubbia importanza proprio in vista di quella riflessione a tutto tondo sul problema ermeneutico che la cultura giuridica italiana sembrava da lungo tempo richiedere, ma che, per diversi motivi, non era ancora stata in grado di realizzare.

È Bobbio che, nel 1938, inaugura la serie degli scritti ai quali mi riferisco (217).

L'opera di Bobbio, dedicata all'analogia, è in realtà il primo scritto che, in Italia, include anche un'ampia, organica ricostruzione storica della dottrina ermeneutico-giuridica nel suo complesso: mentre lo stesso Gény, pur nell'ampiezza della sua *Méthode d'interpretation*, assumeva in sostanza, come *terminus a quo* della sua ricognizione, il primo Ottocento (sia che valessero come principali punti di riferimento, volta a volta, la Scuola storica o l'esegesi civilistica francese), Bobbio valica le colonne d'Ercole della codificazione moderna e utilizza la tradizione (e la trattatistica) del diritto comune non già come una serie di lontani precedenti, ma come un deposito di esperienze capaci di arricchire la comprensione odierna del problema ermeneutico.

Su questa base, Bobbio fissa i confini dell'interpretazione ben oltre il campo di « quell'attività rivolta alla comprensione della volontà attraverso la sua espressione » che i « giuristi moderni » identificano con l'interpretazione stessa ed include in essa, come i giuristi medievali, « tutta quanta l'attività intellettiva diretta alla elaborazione dell'ordinamento » (218). L'interpretazione quindi è anche, necessariamente, integrazione dell'ordinamento proprio perché essa consiste in un « conoscere per attuare » ed include quindi i momenti « del rivelare la norma e dell'adattarla alla realtà » (219).

---

(217) N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, Istituto Giuridico della R. Università, 1938; M. S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939; G. Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941.

(218) N. Bobbio, *L'analogia*, cit., p. 8.

(219) *Op. cit.*, p. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Viene così sdrammatizzata la ricorrente antinomia fra la completezza del sistema (e la pretesa di una sua immediata e 'automatica' capacità di controllare ogni possibile caso) e la varietà e mutevolezza dei rapporti sociali (e la conseguente invocazione di un'interpretazione necessariamente eccedente le previsioni del legislatore e quindi, anche solo per questo, 'creativa'): è l'interpretazione-integrazione che, avvalendosi di tutti i mezzi ad essa riconducibili, e in particolare proprio dell'analogia, getta un ponte fra la fissità della norma e la varietà della realtà.

Alla radice dell'antinomia, e della difficoltà quindi di comprendere il rapporto fra interpretazione e sistema normativo e in definitiva la natura stessa dell'interpretare, risiede la concezione volontaristica del diritto, di cui Bobbio rintraccia le origini nel cuore della teologia della Controriforma. È dall'idea del diritto come concrezione di una volontà legiferante che nascono le principali difficoltà teorico-ermeneutiche: riconducibili appunto alla falsa contrapposizione fra un diritto sospeso all'atto volontario che lo ha originato e la ricorrente necessità di un suo adeguamento al mutamento sociale; e superabili, per converso, non appena si colga, in un unico movimento, la razionalità e la storicità del diritto, non appena si risolva insomma la razionalità del diritto « nella corrispondenza ad un'esigenza storica » (220). È l'interpretazione-integrazione insomma che permette al sistema normativo di fornire volta a volta le soluzioni storicamente adeguate e viceversa è il carattere storico-razionale del sistema che fonda la possibilità di un'operazione interpretativa che, nel momento in cui ricostruisce la razionalità del sistema, provvede anche all'integrazione storicamente avveduta di esso.

Si sviluppa così su questa base una delle linee argomentative principali del lavoro di Bobbio, tesa a dimostrare il carattere logico-razionale del procedimento interpretativo del giurista — e a dimostrarlo, addirittura, anche per l'analogia, che aveva sempre costituito l'estremo baluardo dei difensori (per intendersi) della 'creatività'. L'interpretazione, per Bobbio, e quindi anche l'analogia, non può dirsi creativa in senso proprio perché non produce una norma radicalmente nuova, ma sviluppa (e quindi integra) la razionalità (e

(220) *Op. cit.*, p. 121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storicità) immanente al sistema normativo — e d'altronde l'interpretazione, per sua natura, può essere vista non già come un'operazione capace di produrre per virtù propria un risultato assolutamente inedito, ma solo come un atto funzionale alla conoscenza, e alla 'realizzazione', di un atto precedente (221).

Non si creda però che con questo Bobbio proponga un semplice ritorno all'idea di un'interpretazione come mera, passiva ricognizione di un dato: se non 'creativa', in senso proprio, l'interpretazione non viene certo ingenuamente presentata come una riproduzione meccanica dell'oggetto dell'interpretazione, dove il ruolo del soggetto tende sostanzialmente a dissolversi nell''oggettiva' trasparenza del testo interpretato. È vero però anche che l'accento principale delle argomentazioni di Bobbio cade sulla rivendicazione degli aspetti logico-conoscitivi dell'operazione interpretativa. È esemplare in questo senso la severa valutazione critica dell'opera dedicata da Calogero alla 'logica del giudice'. La critica calogeriana del 'sillogismo giudiziale' è innanzitutto colta in flagrante contraddizione (o comunque denunciata per insufficiente dimostrazione): Calogero nega il ruolo del sillogismo, ma continua a parlare, per il rapporto che l'interpretazione giudiziale viene comunque ad instaurare fra norma e fatto, di 'sussunzione' del giudizio di fatto nel giudizio di diritto; e Bobbio ha buon gioco nel chiedersi che altro sia « questa sussunzione se non l'essenza stessa del ragionamento sillogistico » (222). In secondo luogo, la posizione di Calogero viene stigmatizzata come 'psicologistica': è ovvio, commenta Bobbio, che la verità del sillogismo dipende dalle verità delle premesse; ma in questione è non il sillogismo giudiziale come strumento automatico di verità, ma solo come modello di ragionamento (anche giudiziale) formalmente valido.

Ora, la critica di Bobbio è, per così dire, troppo stringente per essere 'giusta': coglie cioè acutamente i limiti dell'argomentazione di Calogero, ma non rende del tutto giustizia alla destinazione di senso del suo saggio. Che è diversa, poi, ma non diametralmente opposta alla posizione di Bobbio, purché si tenga presente, per quest'ultima, non solo l'assunto principale, ma il complesso delle argomentazioni.

---

(221) *Op. cit.*, pp. 33 ss.
(222) *Op. cit.*, p. 85.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bobbio infatti, se pure accentua il ruolo della logica nell'interpretazione giuridica — e questo è certo il suo *thema probandum* — non intende affatto per questo ridurre tutte le operazioni del giurista a quel semplice, meccanico procedimento 'sussuntivo' tante volte fatto segno dell'ironia 'giusliberista': non perché il giurista, per Bobbio, non 'sussuma', ma perché, dietro gli schemi sillogistici propri del suo ragionamento, opera in effetti « il reale moto del conoscere », l'« elemento intuitivo ... in base al quale soltanto si può parlare di vero o di falso o di verosimile, pur nell'ambito di una formula logicamente corretta » (223). E allora il riconoscimento del carattere stringentemente logico del ragionemento giuridico non si identifica affatto con la convinzione (tradizionale) della possibilità di pervenire 'automaticamente' a conclusioni obiettivamente certe: « dacché ciò che determina la verità del risultato è la materia stessa, in cui il pensiero opera: ora tutta quanta la materia, in cui si esercita l'attività giuridica, è materia storica, quindi sfera dell'opinabile » (224).

Se questo è vero, il saggio di Bobbio, allora, non si propone come la conclusiva ed argomentata conferma dell' ermeneutica (per intendersi') 'logico-sistematica', e corrispettivamente come l'ultimo colpo di maglio inferto all'ermeneutica della 'creatività', ma come un riuscito tentativo di superamento dell'antinomia nella direzione di un'ermeneutica giuridica complessiva. L'analisi della componente 'logica' dell'operazione interpretativa occupa certo una posizione centrale; essa però rinvia anche, contestualmente, ad una più complessa rappresentazione ermeneutica.

In primo luogo, la valorizzazione della 'logica' nell'interpretazione non esaurisce la descrizione del lavoro del giurista e non proietta quindi una luce piattamente ottimistica sui risultati dell'interpretazione stessa che, conseguibili solo sulla base di una complessa indagine storico-teorica, esigono addirittura la reintroduzione di quell'antica idea di congetturalità ed opinabilità (e quindi, vorrei dire con una qualche forzatura, di mera verosimiglianza e 'probabilità') che il buon Pescatore, molti decenni prima, avrebbe voluto espungere dall'orizzonte del giurista. In secondo luogo, la

(223) *Op. cit.*, p. 109.
(224) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

critica delle approssimazioni e contraddizioni dei difensori del carattere 'creativo' dell'interpretazione, nel momento in cui insiste sul carattere non 'creativo', ma 'ri-creativo' dell'interpretazione, in rapporto al nesso funzionale che la collega con il testo interpretato, non cancella, ma accoglie e circostanzia il ruolo comunque attivo e 'trasformativo' del soggetto interpretante. In terzo luogo, l'antinomia fra i difensori della completezza 'statica' del sistema normativo e i fautori della necessità del suo adeguamento 'dinamico' (in rapporto al mutamento sociale) viene composta in quel 'conoscere per attuare', in quella sintesi di 'analisi' e 'integrazione' dell'ordinamento in cui sembra risolversi l'ermeneutica giuridica.

Di questi vari profili del problema ermeneutico, comunque, mentre i primi due sarebbero stati ripresi e approfonditi dalla cultura giuridica italiana solo in un periodo di non poco successivo, il problema del rapporto fra le operazioni interpretative del giurista e l'ordinamento giuridico si poneva subito al centro dell'attenzione, anche se trovava forme di espressione e schemi di impostazione abbastanza diversi.

È questo problema, a mio avviso, il centro propulsivo dell'opera, appena di un anno successiva allo scritto di Bobbio, dedicata da Giannini all'interpretazione dell'atto amministrativo, nel quadro di un'analisi che affronta però in primo luogo il problema generale dell'interpretazione giuridica (225).

In prima approssimazione, la distanza dalla prospettiva ermeneutica di Bobbio sembra radicale, rafforzata dalla vivace polemica che di lì a non molto avrebbe avuto seguito (226). La materia del contendere è di carattere meta-ermeneutico: non si discute dell'interpretazione giuridica, ma piuttosto della via di accesso alla formulazione del problema. Da questo punto di vista, Giannini aveva dichiarato di volere affrontare il problema dell'interpretazione in termini rigorosamente giuridici: il che, a suo avviso, implicava, in termini negativi, l'esclusione del contributo della filosofia come giuridicamente irrilevante, e, in termini positivi, la concentrazione sulle regole giuridiche e, più in generale, sulle condizioni cui l'atti-

(225) M. S. Giannini, *L'interpretazione* , cit.

(226) N. Bobbio, M. S. Giannini, G. Capograssi, *Polemiche sull'interpretazione*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXI, 1941, pp. 96-101.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vità dell'interprete deve sottostare per conseguire effetti giuridicamente apprezzabili (227). Ed è appunto questa scelta dichiaratamente anti-filosofica di Giannini che Bobbio, accanto ad altri punti minori, mette in discussione sostenendo che la soluzione del problema ermeneutico-giuridico dipende in realtà dalla complessa realtà dell'interpretare, quindi dal problema ermeneutico in generale, e non è in nessun modo artificiosamente separabile da questo (228).

In questi termini, il senso della contrapposizione sembra semplicemente rinviare al problema del rapporto fra scienza giuridica e filosofia e lo stesso salomonico intervento di Capograssi porta acqua a questo mulino: Bobbio guarda all'interpretazione come attività umana generale, sia o non sia regolata dal diritto positivo; Giannini guarda all'interpretazione attraverso il filtro dell'art. 3; la verità sta nel mezzo e si riferisce ad un'interpretazione giuridica che certo è attività ermeneutica, ma insieme anche « scelta pratica », attuazione di un ordinamento che si esprime prescrittivamente anche nei riguardi delle modalità della sua 'realizzazione' (229).

Ora, la mia impressione è che l'opinione di Capograssi, presentata in ipotesi come termine di mediazione fra le posizioni contrapposte, coincida, in sostanza, con il punto di vista di Bobbio: perché l'interpretazione per Bobbio si presenta proprio come quel conoscere per attuare, come quell'attività di comprensione-integrazione logico-storica dell'ordinamento che rende l'operazione del giurista indubbiamente peculiare nel quadro dell'ermeneutica generale - e, d'altronde, le reiterate dichiarazioni 'anti-filosofiche' di Giannini non devono farci dimenticare che esse si accompagnano ad una ricostruzione ampia e documentata del dibattito giuridico-ermeneutico, che non trascura praticamente nessun aspetto dei problemi volta a volta affrontati e delle soluzioni prospettate nel dibattito stesso, quali che siano le loro evidenti o sospettabili ascendenze 'filosofiche'.

Se questo è vero, per comprendere il 'contenuto latente' delle posizioni di Giannini e di Bobbio non è sufficiente sottrarre l'una al dominio della 'filosofia' e l'altra al dominio del 'diritto', ma occorre

(227) M. S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pp. 42-43.
(228) N. BOBBIO, *Polemiche*, cit., p. 97.
(229) G. CAPOGRASSI, *Polemiche*, cit., pp. 109 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

situarle sullo sfondo della ben nota, ricorrente, antinomia: fra la difesa del sistema normativo nella sua 'organica' unità e le esigenze di un adeguamento 'dinamico' di esso.

Il superamento dell'antinomia proposto da Bobbio si fondava su un'idea di interpretazione che includeva come suo momento rilevante il giudizio 'logico', ma che si presentava come una complessa attività di comprensione e di integrazione logico-storica del sistema giuridico: l'oggetto dell'interpretazione (il sistema giuridico) e il soggetto interpretante collaboravano dunque paritariamente nella realizzazione del delicato equilibrio (anche se poi l'analisi di Bobbio non tematizzava esplicitamente le condizioni soggettive dell'impresa interpretativa).

La scelta di Giannini va nella direzione opposta. Il soggetto è estromesso dal campo ermeneutico assunto come 'pertinente' dall'indagine e il perno dell'analisi è l'ordinamento giuridico come totalità, per così dire, inclusiva dell'interpretazione stessa. La fondamentale tensione fra soggetto ed oggetto dell'interpretare è risolta assumendo come proprio orizzonte l'oggetto e ponendo per esso e a partire da esso i problemi caratteristici del dibattito teorico-ermeneutico: quindi anche il fondamentale problema del mutamento, dell'adeguamento del sistema normativo. Che viene risolto non già pensando all'attività dei soggetti e al loro ruolo 'integrativo', ma riferendosi piuttosto al mutarsi 'oggettivo' dell'ordinamento, all'intervento di leggi nuove, ispirate a nuovi principi, reattive sull'intero sistema giuridico grazie alla sua organica unità. Non è dunque l'interpretazione come tale che produce l'effetto 'adattativo': la legge « è già modificata di per sé stessa in quanto inserita nel sistema delle altre leggi, e l'interprete non fa che riconoscere l'avvenuto cambiamento » (230), esplicando un'attività che deve essere intesa come « ricettiva, inattiva, non produttiva cioè di nuove situazioni, ma ricognitiva dell'esistenza di quelle già in atto; potrebbesi quasi dire dichiarativa » (231).

Ancora più netta ed esplicita, ma analoga nell'assumere l'ordinamento giuridico come campo ermeneuticamente assorbente, sarà

(230) *Op. cit.*, p. 132.
(231) *Op. cit.*, p. 68.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la testimonianza affidata da Santi Romano, vari anni più tardi, ad uno dei suoi *Frammenti*.

Tornano con lapidaria chiarezza i punti fermi della scelta (per intendersi) 'oggettivistica'. Torna, in primo luogo, la convinzione di dovere rinviare ai filosofi, e sottrarre ai giuristi, l'idea di una soggettività che, interpretando, esplica un'attività non 'recettiva', ma 'trasformativa' del dato: l'attività dell'interprete coincide con la collocazione di uno specchio nella posizione più idonea per rispecchiare efficacemente la realtà (232). Viene ribadita, in secondo luogo, una soluzione del problema dell'adeguamento del sistema normativo al mutamento sociale che sposta l'accento dal soggetto (interpretante) all'oggetto (interpretato): non è l'interpretazione che 'si evolve', non è l'interprete che registra il mutamento e su questa base decifra ed 'adegua' il sistema normativo; non è nemmeno la singola legge che, fissata indelebilmente nella sua formulazione originaria, è per definizione sottratta al mutamento; « ciò che si evolve.... non è l'interpretazione, ma l'ordinamento giuridico che è oggetto della interpretazione, ed è un'erronea trasposizione riferire a questa una qualità o un processo che deve invece riferirsi al primo » (233). È l'ordinamento che riassorbe e realizza in se stesso il mutamento, avendo « un'anima » di cui « le leggi in esso coordinate e fuse sono elementi integranti, appunto come espressioni in continuo movimento delle sue forze vitali » (234).

Non potrebbe darsi un'espressione più chiara della risoluzione della tensione ermeneutica fondamentale, della polarità fra soggetto ed oggetto dell'interpretare, nel secondo dei suoi termini costitutivi.

Particolare interesse può rivestire quindi a questo punto la lettura del saggio di Gorla che, alle soglie degli anni Quaranta, assume di fronte allo stesso problema una posizione sostanzialmente opposta (235). Punto focale del saggio non è l'ordinamento giuridico e la sua maggiore o minore capacità 'adattativa' e nemmeno l'interpretazione come 'ponte' fra sistema normativo, da un lato, e soggetti

---

(232) S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 121.

(233) *Op. cit.* , p. 122.

(234) *Op. cit.* , p. 123.

(235) G. GORLA, *L'interpretazione*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e mutamento sociale, dall'altro lato, ma, direttamente, il soggetto e la sua attività interpretativa: l'interpretazione del diritto deve essere intesa come l'attività di un soggetto che si riferisce alla legge per comprenderla, almeno in prima approssimazione, come un qualsiasi altro 'atto spirituale'. La comprensione di un atto altrui non è così la descrizione di un oggetto còlto nella sua 'esteriorità' rispetto all'osservatore; l'interprete non descrive, ma 'rivive' l'atto interpretato, se ne appropria, lo rende « sostanza del suo spirito » (236). L'interprete dunque non riproduce passivamente l'atto interpretato, ma agisce 'creativamente' attraverso e in funzione di esso. Interpretare un atto significa infatti per Gorla assumere il punto di vista dell'atto interpretato, rivivere il suo criterio ispiratore e su questa base « volere o pensare o rappresentarsi il mondo.... L'interprete deve, cioè, comportarsi come se quel pensiero fosse suo ed egli dovesse con esso pensare o volere » (237). Interpretare è quindi non passività, ma attività, un'attività però funzionale alla ricreazione e riproposizione, dall'interno dell'atto interpretante, del punto di vista dell'autore dell'atto interpretato: che è da intendersi come atto, in sé, perfetto, destinato ad essere semplicemente rivissuto, non integrato dall'operazione interpretativa.

Assumere la legge come oggetto di interpretazione, essendo la legge l'estrinsecazione della volontà del suo 'autore', il legislatore, importerà, per l'interprete, il « dispiegamento » dell' « atto di volontà » (238), dell' « atto normativo » (239), nel suo spirito. Il rapporto strettissimo che si viene così a porre fra il soggetto e l'atto funziona come una regola generale che riguarda non solo il rapporto fra il soggetto e l'operazione interpretativa, ma anche il rapporto fra l'atto interpretato, il suo significato e il suo autore. L'interpretazione viene dunque ad essere (con un'inflessione che vorrei dire quasi più schleiermacheriana che crociana) la riconduzione dell'atto al mondo dell'autore dell' atto stesso: non tanto l'integrazione del testo interpretato attraverso l'apporto della soggettività interpretante, quanto l'uso del testo come via di accesso alla soggettività dell'autore.

---

(236) *Op. cit.*, p. 4.
(237) *Ibidem*.
(238) *Op. cit.*, p. 5.
(239) *Op. cit.*, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quando l'oggetto dell'interpretazione è la legge, quando la legge è l'espressione della 'volontà' dell'autore-legislatore, la portata 'integrativa' dell'operazione interpretativa perde di rilevanza rispetto alla riproposizione della volontà 'originaria' del legislatore stesso: tutta la dottrina dell'interpretazione del diritto è costruita in rapporto al soggetto, ma il ruolo di questo è talmente dominante da influenzare la stessa rappresentazione dell'*oggetto* dell'interpretazione, che viene concepito come un insieme di puntuali espressioni di 'volontà' e viene quindi proposto all'interprete sempre e comunque come 'atto di un soggetto', come 'atto per un soggetto'.

Sulla base di un simile presupposto (rafforzato dalle opposizioni crociane fra scienza e storia, fra concetti generali e conoscenza 'individualizzante), l'interpretazione del diritto, come comprensione di una serie di atti di volontà storicamente individuati ed irripetibili, non può servirsi del patrimonio concettuale di cui l'interprete volta a volta disponga: di qui la polemica con Betti, di qui il rifiuto di considerare ermeneuticamente fecondo il ricorso alla 'dogmatica moderna' nella comprensione del diritto romano (240). Ma non si trattava, ovviamente, di un problema di storiografia, bensì di ermeneutica generale: e necessariamente allora quanto più veniva enfatizzato il nesso fra il soggetto-autore ed il testo tanto più limitata doveva apparire la possibilità di un preciso, e 'previo', condizionamento esercitato dal soggetto-interprete nel processo di comprensione del testo stesso.

Spostato l'asse della dottrina ermeneutico-giuridica sul soggetto, il problema del sistema giuridico e della sua maggiore o minore adeguatezza sembrava passare in secondo piano e corrispettivamente, mentre acquisiva una piena evidenza la distinzione, spesso trascurata, fra l'interpretazione e l'applicazione del diritto, diveniva più problematica la possibilità di cogliere la specifità dell'interpretazione giuridica, le sue valenze 'adattative' e 'integrative' nei confronti dell'ordinamento.

---

(240) *Op. cit.*, pp. 49 ss. Cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Archivio giuridico*, XCIX, 1928, pp. 129 ss.; C, 1928, pp. 26 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

## 11. *Dall'interpretazione giuridica alla teoria generale dell'interpretazione: Emilio Betti.*

Fra la fine degli anni Trenta e gli inizi degli anni Quaranta, dunque, prendono forma in Italia importanti contributi che danno risposte diverse alla comune esigenza di affrontare il problema ermeneutico-giuridico riuscendo a dar conto dell'operazione interpretativa in tutta la sua portata (anche là dove, come nel saggio di Bobbio, il tema specifico sembrerebbe imporre un raggio d'azione più circoscritto).

Dieci anni dopo, però, fra la fine degli anni Quaranta e gli inizi degli anni Cinquanta, il dibattito ermeneutico-giuridico italiano è costretto a commisurarsi con una proposta teorica che, se pur sviluppatasi all'interno di esso, procede rapidamente oltre e torna alle origini soltanto dopo aver impostato in tutta la sua complessità e densità filosofica il problema generale dell'interpretazione: questa proposta è affidata ad una serie di scritti teorico-ermeneutici di Emilio Betti che, appunto in quel periodo, si susseguono a ritmo serrato. Sono scritti che rappresentano la maturazione estrema di un interesse che aveva impegnato l'autore almeno dai tempi della celebre *querelle* su 'dogma' e 'storia' (241). Questa già racchiudeva, nel suo nucleo essenziale, nient'altro che un problema di ermeneutica generale, che però si proponeva allora nella forma di una domanda di metodologia storico-giuridica e non usciva (salvo poche eccezioni) dai confini dell'appartata regione 'romanistica'. In piena luce emerge, invece, il problema ermeneutico generale negli scritti degli anni Quaranta-Cinquanta: essi quindi rappresentano la conclusione ideale di un complesso processo di ricerca all'interno del quale, per così dire, l'*input* è dato dalla concreta analisi giuridica (e storico-giuridica) e dalle questioni metodologiche da essa poste e l'*output* consiste nell'individuazione del problema ermeneutico (di

(241) Cfr. E. BETTI, *Diritto romano*, cit. Sul problema cfr. P. COSTA, *Emilio Betti: Dogmatica, politica, storiografia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VII, 1978, pp. 311 ss.; A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica*, cit., pp. 275 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

raggio progressivamente sempre più ampio) in esse immanente e da esse invocato come condizione della loro soluzione stessa (242).

Mi sarà possibile, nell'economia di un saggio dedicato all'interpretazione della legge, non già ricostruire in tutta la sua complessità la teoria ermeneutica bettiana (243), ma solo richiamare sinteticamente alcuni dei temi più direttamente coinvolti dalla 'vicenda' che sto tentando di narrare.

Ora, uno dei 'luoghi' più frequentati dal dibattito ermeneutico-giuridico dei precedenti decenni è, come si ricorderà, il rapporto problematico che si viene a instaurare fra il sistema normativo, da un lato, e il giurista-interprete, dall'altro lato: un rapporto che si viene approfondendo, e complicando, sul piano ermeneutico, grazie alle suggestioni della filosofia idealistica, fino a sfociare apertamente, anche nelle pagine di un giurista come Gorla, nella dialettica fra soggetto e oggetto, nella tensione difficilmente componibile fra la 'soggettività' dell'interprete e l''oggettività' del dato normativo.

È appunto questo problema che Betti pone al centro della sua impresa teorico-ermeneutica, dalla prolusione del '27 fino alle conclusive pagine della *Teoria generale*. Momento decisivo della dialettica fra soggetto e oggetto nel processo dell'interpretazione è il concetto di 'forma rappresentativa': l'interprete si trova di fronte ad 'oggetti' che chiedono di essere 'intesi' come espressioni, 'oggettivazioni', dello spirito che conferisce ad esse il suo 'pensiero animatore', ma che nello stesso tempo esigono l'intervento di una 'soggettività' interpretante di cui Betti non è affatto disposto a minimizzare

---

(242) Si tengano presenti alcune tappe importanti di questo itinerario, culminante con l'ermeneutica generale del 1955: E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, LXXXV, 1948, pp. 34-92 (ora in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 1 ss.); ID., *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività. Prolegomeni a una teoria generale dell'interpretazione*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXVI, 1949, pp. 1-38; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè, 1949; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1955 (nuova edizione a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1990).

(243) Occorrerà riferirsi a questo scopo a L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, Cedam, 1955, pp. 163 ss. e al numero monografico, dedicato a Betti, dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (VII, 1978).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il ruolo 'attivo' e 'produttivo'. Betti cerca quindi di agire contemporaneamente sui due fronti del processo ermeneutico, alla ricerca di una soluzione dell'antinomia che non importasse, come era avvenuto di frequente, il sacrificio dell'un termine o dell'altro.

È dunque nella prospettiva di prendere sul serio il ruolo attivo e propositivo dell'interprete che Betti, ad esempio, conduce (a partire dalla prolusione del '27) la sua battaglia a favore dell'impiego dei concetti generali, delle tipizzazioni, nel processo interpretativo, ritenendo irrinunciabile per l'interprete il ricorso al proprio patrimonio culturale; oppure insiste sulle doti (squisitamente 'personali') di spontaneità e creatività di cui l'interprete deve essere fornito. Nello stesso tempo, però, la teleologia immanente all'impresa ermeneutica è, per Betti, pur sempre la comprensione della forma rappresentativa, dei significati e dei valori che in essa si sono 'incarnati' e che mantengono, di fronte all'operazione interpretativa che ne dà conto, una loro autonoma consistenza, una loro 'ideale', 'oggettiva' alterità. Di qui una 'logica' dell'interpretare che è anche una sua 'etica', un invito, per l'interprete, all'apertura e alla disponibilità verso l'oggetto, in una sorta di 'dialogo amicale' che agisce come modello (o metafora) del corretto atteggiarsi ermeneutico di fronte alle più varie forme rappresentative (244); di qui il rifiuto delle posizioni heideggeriane e bultmanniane in quanto responsabili di una sostanziale 'dissoluzione' dell'oggetto; di qui, infine, la convinzione di poter fondare ermeneuticamente l''oggettività' della conoscenza storico-sociale.

L'obiettivo di Betti è dunque quello di unire in un rapporto di feconda collaborazione il momento della 'soggettività' con il riconoscimento dei significati, dei valori incarnati nelle autonome forme rappresentative: una scommessa difficile, che occorre ora non tanto valutare nei suoi termini generali (245) quanto capire sul terreno dell'interpretazione della legge.

---

(244) Cfr. E. BETTI, *Teoria generale*, cit., vol. I, pp. 159 ss.

(245) Cfr., per importanti considerazioni al riguardo, F. BIANCO, *Oggettività dell'interpretazione e dimensioni del comprendere. Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti*, in *Quaderni fiorentini*, VII, 1978, pp. 13 78; A. DE GENNARO, *Emilio Betti: dallo storicismo idealistico all'ermeneutica*, in *Quaderni fiorentini*, VII, 1978, pp. 79-11. Cfr. anche J. BLEICHER, *L'ermeneutica contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 43

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche per l'interpretazione della legge si applicano i canoni che, per Betti, rendono possibile la comprensione di qualsivoglia forma rappresentativa proprio perché accolgono, e traducono nella forma di regole o principi effettivamente applicabili nella concreta operazione interpretativa, la necessaria concomitanza del versante 'soggettivo' ed 'oggettivo' dell'interpretare.

Sul fronte dell'oggetto, l'interprete deve procedere salvaguardando innanzitutto l'intima coerenza, l'« interiore necessità » della forma rappresentativa analizzata (246), deve poi ricostruire il rapporto fra le parti, la loro reciproca implicazione e il loro convergere nella totalità, così come percorrere il cammino inverso ritornando, a partire dal tutto, alle singole parti — un canone, quest'ultimo, che aveva peraltro trovato nella tradizione giuridica, all'insegna del culto del 'sistema', continue conferme e innumerevoli applicazioni.

Il soggetto quindi è tenuto ad un atteggiamento, che lo stesso Betti definisce, insieme, etico e teoretico, di abnegazione e di disponibilità, di apertura 'fraterna' o 'amicale', verso l'oggetto (247). Questo atteggiamento, però, deve a sua volta, in qualche modo, rendere possibile anche l'applicazione dell'altro, fondamentale, canone ermeneutico che Betti chiama dell'« attualità dell'intendere »: secondo il quale l'interprete interroga la forma rappresentativa a partire dalla sua soggettività (dall'orizzonte temporale, dall'ambiente culturale nei quali essa è iscritta), risolvendo « ogni volta nella propria attualità un pensiero, un'esperienza di vita che appartiene al passato » (248) - e, di nuovo, la coesistenza pacifica dei due canoni, quindi dell' 'oggettività' dei risultati e del protagonismo del 'sogget-

---

ss.; sulla polemica con Gadamer cfr. F. WIEACKER, *Dalla storia del diritto alla teoria dell'interpretazione (Il pensiero filosofico-giuridico di Emilio Betti)*, in *Rivista di diritto civile*, XVI, 1970, P. I, pp. 301-308; M. BRETONE, *Il paradosso di una polemica*, in *Quaderni fiorentini*, VII, 1978, pp. 113-124; L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quaderni fiorentini*, VII, 1978, pp. 125 142; G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 73 ss. Una riuscita ricostruzione complessiva dell'ermeneutica bettiana è stata di recente offerta da T. GRIFFERO, *Interpretare: la teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Torino, Rosenberg e Sellier, 1988.

(246) E. BETTI, *Le categorie civilistiche*, cit., p. 45.

(247) *Op. cit.*, p. 55.

(248) *Op. cit.*, p. 53.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to', sembra affidata ad un difficile gioco d'equilibrio che impressiona forse più per il suo virtuosismo che per le sue capacità persuasive.

Quando però la forma rappresentativa in gioco è una legge, il quadro si complica, e si precisa, con l'attribuzione all'interpretazione giuridica di compiti ulteriori e diversi rispetto a quelli propri di un'interpretazione storica. Il nesso obbligato con il presente dell'interprete, che certo è una delle condizioni costitutive dell'operazione ermeneutica, riceve una ben più energica accentuazione: mentre l'interpretazione storica si esaurisce nella comprensione del senso immanente e concluso della forma rappresentativa interpretata, l'interpretazione (giuridica) della legge ricostruisce una norma che « lungi dall'esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale in una con l'ordinamento di cui fa parte integrante » (249).

Il primo risultato di questa impostazione è la svalutazione del nesso originario fra legge e legislatore come criterio ermeneuticamente fecondo per il giurista. E proprio da questa convinzione trae origine una prima, netta presa di distanza da Gorla: che appare particolarmente significativa se solo si ammette che Betti non è lontano da Gorla (o comunque è meno lontano da Gorla di quanto fosse disposto ad ammettere) nell'esaltare il ruolo della soggettività non soltanto nel momento dell'interpretazione, ma anche nel momento della 'posizione' della 'forma rappresentativa'. La polemica con Gorla, e la svalutazione dell'importanza ermeneutico-giuridica del 'significato' originario della legge, è d'altronde profondamente motivata da quella che per Betti è la teleologia caratteristica dell'interpretazione della legge (ed il suo criterio di legittimità): un 'intendere per attuare' che strappa l'interprete dalla mera contemplazione del passato (e in genere dalla semplice e disinteressata intellezione della forma interpretata), per costringerlo a rapportare la legge non solo al proprio presente, ma ad un aspetto particolare del suo presente, alla sua 'interessata' posizione di giurista che interroga la legge in vista della sua (odierna) applicazione.

L'intervento del soggetto, che nell'interpretazione 'pura' emerge certo come una delle condizioni costitutive dell'operazione ermeneutica, ma coesiste in un olimpico (e improbabile) equilibrio con l'

(249) *Op. cit.*, p. 58.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'autonoma' pienezza di significato dell'oggetto, riceve una brusca accentuazione nell'interpretazione giuridica, grazie al dichiarato carattere 'funzionale', alla finalità applicativa, di questa.

Emerge così in piena luce l'obiettivo centrale dell'interpretazione giuridica: la completezza dell'ordinamento, che viene presentata, però, come il fine, non il presupposto dell'interpretazione. E già l'impostazione della domanda fa capire quale sia la risposta bettiana alle due principali questioni sempre ricorrenti nel dibattito ermeneutico giuridico: se cioè il sistema normativo sia o non sia completo; se esso sia adeguato o adeguabile (e come) alle esigenze della società e dei suoi mutamenti. L'ordinamento, per Betti, appare lacunoso o completo a seconda che lo si guardi nella sua statica configurazione di sistema normativo 'in sé' o nella sua dinamica realtà di sistema 'interpretato' e 'applicato'; ed è d'altronde solo in quest'ultima prospettiva che il problema del rapporto fra sistema normativo e mutamento sociale può essere adeguamente impostato e risolto, dal momento che è l'interprete, e nessun altro, a rapportare la legge al suo presente, a renderla funzionale alla società di cui egli fa parte.

In questa prospettiva, dunque, elemento trainante dell'esperienza giuridica appare senz'altro l'interpretazione della legge: è quindi nell'interpretazione che occorre cercare la radice della soluzione delle principali antinomie della tradizione e non già nell'ordinamento come tale, che non può essere naturalisticamente concepito, come Betti dichiara in aperta polemica con la posizione 'oggettivistica' di Romano ([250]), come organismo vivente, come ente capace di autonomo sviluppo e trasformazione.

Potremmo allora a questo punto attenderci un esito sbilanciato a favore, rispettivamente, del primato del soggetto (nell'operazione ermeneutico-giuridica) e delle decisioni giurisprudenziali (nell'esperienza giuridica), se non agissero sul discorso del nostro autore efficaci contrappesi. Si rifletta innanzittutto sul ruolo del sistema normativo. Certo, esso non esaurisce affatto, per Betti, l'universo del giuridico, che rinvia obbligatoriamente all'interpretazione per poter essere rappresentato nella sua completezza e nella sua dinamicità.

([250]) Cfr. *supra*, 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nello stesso tempo, però, il sistema normativo è talmente presente da costituire, insieme, l'oggetto dell'operazione interpretativa, un importante criterio nell'interpretazione della legge, infine il risultato conclusivo e la destinazione di senso dell'interpretazione stessa.

È infatti alla legge che Betti riferisce l'interpretazione, senza lasciare molto spazio all'ipotesi di un'interpretazione 'in senso largo' che prescinda dal cogente riferimento al testo legislativo; è poi commisurando la singola legge alle restanti parti del sistema normativo che il giurista intende, assai meglio che riportandosi alla 'volontà originaria' del legislatore, il senso della legge interpretata; è infine il sistema normativo che l'interpretazione 'realizza' grazie alle sue capacità integrative.

L'esigenza di rapportare continuamente il soggetto dell'interpretazione (e dell'applicazione del diritto) alla forma 'oggettiva' del sistema giuridico emerge d'altronde in piena luce non appena Betti prende ad analizzare più di vicino la dinamica dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. Non è infatti casuale che il principale interlocutore polemico sia, prima ancora di Heck, Kelsen. Ciò che della teoria kelseniana si oppone drasticamente alla posizione di Betti è in sostanza l'idea dell'incolmabile cesura che separa il momento dell'interpretazione dal momento dell'applicazione del diritto: da un lato, l'interpretazione della legge conduce l'interprete non già ad un solo significato 'esattamente' attribuibile alla norma, ma ad un campo di indeterminazione più o meno ampio, ma comunque non riducibile ad unità con il semplice impiego dello strumentario tipico dell'ermeneutica giuridica; dall'altro lato, e in conseguenza, il giudice 'applica' il diritto quando, scegliendo una delle molteplici possibilità di soluzione offertegli dalla interpretazione della legge, individua la norma del caso singolo lasciandosi alle spalle ogni preoccupazione ermeneutico-giuridica e affidandosi conclusivamente ad una politica e soggettiva 'decisione' (251).

Dove Kelsen vede salti e discontinuità, Betti individua i momenti di un processo armoniosamente composto ed unitario. L'interpretazione è comprensione dell'intima unità dell'oggetto (e non frantumazione dell'oggetto in una molteplicità di significati compos-

(251) Cfr. *supra*, 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sibili); l'interpretazione è anche integrazione della norma nel momento in cui il soggetto interpretante rapporta ed adegua la legge alle esigenze del suo presente; l'interpretazione-integrazione, infine, è anche 'valutazione', in quanto esige dall'interprete una precisa sensibilità etica, un'attenta disponibilità all'individuazione dei valori: ma il giudizio di valore (e questo è forse il punto decisivo) « non è che il riconoscimento di un valore che ci illumina e ci convince e che riscontriamo nel dato fenomenico » (252). Il principale dato fenomenico, d'altronde, per il giurista, è la legge ed è alla legge dunque che il giurista guarderà per ritrovare in essa la realizzazione di quei valori che il suo 'intuito assiologico' è in grado di cogliere nella loro 'oggettiva' evidenza.

Si chiude così perfettamente il circolo ermeneutico bettiano, in un movimento che porta dal soggetto interpretante alla norma, dalla norma al sistema e ai valori in esso realizzati, dalla visione dei valori, della loro 'oggettività' ideale e della loro incarnazione normativa, all'integrazione, all'attuazione della norma, infine, e conclusivamente, all'unità e completezza dell'ordinamento 'interpretato'. Si tratta di un movimento che intende racchiudere nella sua complessiva unitarietà l'intero processo dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto (e per questa via, in sostanza, la rappresentazione dell'esperienza giuridica come tale), ma che trova, ancora una volta, il suo punto di Archimede nella 'scommessa' di un pacifico incontro di soggetto e oggetto nel bel mezzo dell'itinerario ermeneutico.

Quali che siano le valutazioni sull'esito della scommessa, certo la sua destinazione di senso, anche sul terreno dell'ermeneutica giuridica, è, di nuovo, quello di garantire la 'verità' dell'interpretazione, l''oggettività' dei suoi risultati insieme alla continua trasformabilità ed adeguabilità dell'ordinamento giuridico. È un risultato su cui converge tutto il ricchissimo strumentario storico-teorico dell'ermeneutica generale bettiana; ed è un risultato che, anche nello specchio del giuridico, viene perseguito senza rinunciare alla valorizzazione del soggetto nella pratica interpretativa. Occorreva quindi che Betti introducesse, anche sul fronte della rappresentazione della sogget-

(252) E. BETTI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 39.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tività, un ulteriore elemento di 'controllo' della soggettività stessa che allontanasse definitivamente il rischio dell'arbitrarietà.

Il problema e la soluzione emergono entrambi con grande chiarezza là dove Betti recepisce dal dibattito ermeneutico-giuridico italiano l'altra celebre *quaestio disputata* (accanto al problema delle lacune): il problema dei principi generali del diritto. Betti si muove con sicurezza fra le diverse alternative offerte dalla tradizione. Viene esclusa innanzitutto la riducibilità dei principi a momenti di mera generalizzazione delle norme del sistema, attribuendo ad essi il ruolo di « criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico », criteri caratterizzati da quell'« eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia) » che permette all'interprete di riferirsi al sistema normativo come ad una 'totalità spirituale' eticamente connotata. Viene esclusa in secondo luogo la possibilità di ricavare direttamente dalle 'cose stesse' direttive che si impongano con assoluta, necessaria oggettività: è pur sempre il soggetto il protagonista obbligato dell'operazione interpretativa e niente può esimerlo dalla necessità di individuare i criteri normativi impegnandosi attivamente in un giudizio storico-teorico.

Ed ecco allora emergere, di nuovo, il problema principale, il problema di un controllo dell'arbitrio del soggetto, che, nel momento dell'individuazione e della messa in opera dei grandi principi ispiratori del sistema, sembra acquisire un'urgenza anche maggiore in ragione della latitudine, se non indeterminatezza, dei principi stessi. La soluzione di Betti è un tentativo di controllare l''assoluta'(e pericolosa) libertà del soggetto dell'interpretazione individuando (ed esaltando) i vincoli di appartenenza: del soggetto alla 'comunità sociale' e, in particolare, del soggetto alla « giurisprudenza ... così teorica (scienza giuridica) come pratica » in quanto « organo della coscienza sociale », in quanto comunità particolare collegata da uno stretto « nesso spirituale » con la società della sua epoca (253). Vincolato dal nesso funzionale che lo collega all'oggetto dell'interpretazione, il soggetto è controllato anche, per così dire alle sue spalle, da una comunità che costituisce l'ambiente entro la quale l'operazione ermeneutica prende forma, che garantisce la 'rappre-

(253) *Op. cit.*, p. 218.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sentatività' dell'interpretazione nei riguardi della totalità sociale e offre quindi il fondamento ultimo della legittimità dell'interpretazione stessa.

La legittimità dell'interpretazione coincide dunque con il tipo di prestazione che essa sola può fornire: collegare in uno stretto nesso funzionale il sistema normativo alla società e garantire l'oggettività dei propri risultati in entrambi le direzioni, da un lato permettendo un' 'esatta' comprensione del sistema normativo nel suo immanente significato, dall'altro lato rappresentando (altrettanto 'esattamente' e unitariamente) le esigenze della 'totalità' sociale.

Ora, fondare in questi termini la legittimità dell'interpretazione significa realmente riprendere le varie e contraddittorie esigenze emerse nel dibattito ermeneutico giuridico fra Otto e Novecento, collocarle in un'ampia cornice teorica, infine approntare per esse una soluzione capace di risolverle in una superiore unità: l'immagine di un Betti separato dal mondo dei giuristi a causa del suo splendido e filosofico isolamento deve cedere il posto al riconoscimento del suo sostanziale radicamento nella tradizione giuridica (anche) italiana, con la quale aveva condiviso non tanto i filosofici *maîtres à penser*, quanto le interne preoccupazioni e prospettive.

Anch'egli dunque eredita e fa propria quell'esigenza (che sta in qualche modo all'origine del dibattito ermeneutico-giuridico fra Otto e Novecento), nell'esprimere la quale Gény aveva avuto un ruolo di indubbio rilievo e di risonanza europea: l'esigenza di far fronte, come giuristi, al problema del mutamento sociale, di approntare per esso categorie capaci di intenderlo e strumenti in grado di controllarlo. Della posizione 'originaria' del problema, Betti, insieme alla tradizione giuridica italiana, accoglie non solo i termini costitutivi, ma anche un'ipotesi di metodo: che cioè il problema dell'adeguamento del sistema normativo non fosse risolubile dall'interno del sistema stesso, ma imponesse una riconsiderazione del metodo di lavoro del giurista, quindi una riproblematizzazione del significato dell'interpretazione. Nel momento in cui però la cultura giuridica italiana prendeva a porre il problema ermeneutico giuridico come problema dell'interpretazione della legge, essa voltava sostanzialmente le spalle a Gény e iniziava un percorso segnato, insieme, dal crescente riconoscimento della centralità del problema ermeneutico e dal continuo ritorno di contrasti aporetici: fra il significato origi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nario del testo legislativo e la sua autonoma capacità significante, fra la staticità del sistema normativo e la mobilità del sociale, fra l'‘oggettività' della norma (e del suo significato) e la soggettività e (tendenziale) arbitrarietà dell'interprete. È appunto questo itinerario che Betti percorre di nuovo e ripropone sublimato in una formula teorica che risolve le precedenti aporie in rassicuranti soluzioni conciliative: dove l'‘oggettività', la 'verità', dell'interpretazione coesiste con l'attività 'creativa' del soggetto, l'incompletezza del sistema normativo si converte nella completezza dell'ordinamento, il senso della legge interpretativamente accertato si prolunga senza soluzione di continuità nell'applicazione giudiziale del diritto; dove, *last but not least*, lo spirito del tempo, le esigenze complessive della 'totalità' sociale trovano nel ceto dei giuristi il loro organo naturalmente rappresentativo. Nel momento in cui l'interpretazione giuridica trovava una compiuta legittimazione teorica, emergeva anche il suo 'pratico' radicamento nelle strategie di autolegittimazione della comunità professionale dei giuristi.

## 12. *Dalla 'interpretazione del diritto' alla 'interpretazione dei giuristi':Tullio Ascarelli.*

Se la riflessione di Betti riprende e riassume i temi di un dibattito pluridecennale convogliandoli in una robusta teoria generale, sarebbe ragionevole attendersi l'inizio di una lunga stagione dominata dalla sintesi ermeneutica bettiana. Non mi sembra però che questo avvenga: non solo perché la 'fortuna' dei libri e delle teorie è spesso assai più imprevedibile e casuale di quanto la narrazione storiografica (con quello che comporta di inevitabile 'razionalizzazione') vorrebbe; ma anche per l'intrinseco, e in qualche modo paradossale, carattere della teoria bettiana: che, per un verso, sembra capace più di chiudere gloriosamente un'epoca di pensiero giuridico che non di aprirne problematicamente un'altra; mentre, per un altro verso, si presenta ricca di spunti ed intuizioni destinati a dare ulteriori frutti ben oltre gli anni Cinquanta e Sessanta (254).

(254) Certamente impressionato dalle prospettive bettiane, alle quali non sacrifica comunque le proprie doti di originalità, mi sembra però L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 1954.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Più di Betti, appare quindi, a mio avviso, rappresentativo degli anni Cinquanta, delle inquietudini (non delle certezze) di quel periodo, presago della svolta (o comunque del più netto distacco dalla tradizione) che avrebbe caratterizzato i primi anni Sessanta, Ascarelli (255). Negli anni Cinquanta Ascarelli non è, ovviamente, un *homo novus*, nemmeno relativamente alla nostra vicenda: con un suo brillante *exploit*, egli aveva partecipato, giovanissimo ma agguerrito, al dibattito sul problema delle lacune, sostenendo, come 'giurista', la completezza di quell'ordinamento che, come 'filosofo', vedeva necessariamente lacunoso (256).

In realtà, anche nel contributo giovanile, l'accento già cadeva sull'interpretazione e sulla centralità del suo ruolo nell'esperienza giuridica, che però l'autore non riusciva a fondare entro le coordinate canoniche del discorso giuridico e recuperava solo come 'verità filosofica'. Venti anni dopo (257), e poi dichiaratamente nella prefazione, di qualche anno successiva, ad una sua raccolta di scritti (258), l'antico' sdoppiamento' cedeva il posto ad una considerazione unitaria dell'esperienza giuridica ed iniziava uno sforzo di tematizzazione ermeneutica che non si sarebbe più interrotto.

Certo, la riflessione ermeneutica di Ascarelli non è affidata ad un trattato, ad una *summa* che la esponga ordinatamente in tutti i necessari passaggi, ma è dispersa in saggi diversi, in rapide notazioni — anche da questo punto di vista, la differenza con Betti non potrebbe essere più marcata. Il carattere non sistematico (in certi casi vorrei dire aforistico) della riflessione non toglie però nulla

---

(255) Si tengano presenti, ad esempio, le esplicite e numerose consonanze con il pensiero di Ascarelli che esprimerà uno dei protagonisti del dibattito ermeneutico successivo, Josef Esser. Cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1956. Sull'ermeneutica di Esser cfr. G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984. Per una critica all'ermeneutica di Ascarelli cfr. G. TEDESCHI, *L'insufficienza della norma e la fedeltà dell'interprete (Riflessioni sul pensiero di Tullio Ascarelli)*, in *Rivista di diritto civile*, VIII, 1962, pp. 536-553. Su Ascarelli cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., pp. 589 ss.

(256) Cfr. *supra*, 8.

(257) T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione* [1945], in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 165-204.

(258) T. ASCARELLI, *Prefazione* a *Studi di diritto comparato*, cit., p. LIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'essenzialità del contributo, ma semmai corrisponde perfettamente al carattere problematico, piuttosto che assertivo, del contenuto.

Lucidissima, come d'altronde in Betti, è la diagnosi, che è già quasi una ricostruzione storica, dello stato del problema nella tradizione giuridica italiana: il senso del dibattito sulle lacune è rapidamente decifrato in rapporto al problema del mutamento sociale, per un verso, e, per un altro verso, al ruolo dell'interpretazione; e questo a sua volta costituisce un problema proprio perché posto allo spartiacque fra le opposte esigenze della certezza e dell'adeguamento del sistema normativo, un problema che comunque ormai deve essere impostato nel franco riconoscimento del carattere 'creativo' e non 'dichiarativo' dell'interpretazione ([259]). L'attenzione del nostro autore si concentra così sul rapporto fra sistema normativo e interpretazione per considerare quest'ultima il momento trainante dell'intera esperienza giuridica. Le dottrine tradizionali che insistono sulla distinzione fra la posizione (legislativa) della norma, la sua conoscenza (interpretazione) e la sua applicazione devono cedere il passo alla convinzione che « legge e interpretazione non si contrappongono come creazione e conoscenza del diritto, ma concorrono nella posizione di norme che sono poi sempre quelle generalmente accettate, sì che il diritto legalmente valido si traduce pur sempre in quello che è inteso come tale... » ([260]).

Certo, anche in Betti l'interpretazione si presentava come il momento 'integrativo' del sistema giuridico, responsabile della mediazione fra la fissità della norma e la mobilità del sociale, come la celebrazione, insomma, del felice incontro fra soggetto e oggetto (anche) sul terreno del giuridico. La prospettiva di Ascarelli va però decisamente oltre la dialettica del soggetto e dell'oggetto (anche se da questa aveva preso le mosse, nelle sue giovanili infatuazioni neoidealistiche). Di questa dialettica egli raccoglie ormai non la soluzione, ma il problema che, sul terreno del giuridico, contribuiva a generarla: il problema del reperimento di un qualche momento di mediazione fra l'oggettività della norma e la soggettività dell'interprete, il problema di salvare comunque, pur nel riconoscimento del

([259]) T. Ascarelli, *L'idea di codice*, cit., pp. 183 ss.
([260]) T. Ascarelli, *Prefazione*, a *Studi di diritto comparato*, cit., p. XLV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ruolo 'produttivo' dell'interprete, l' 'oggettività' del risultato. Ascarelli fa propria questa preoccupazione, ma la esprime (e la risolve) diversamente, traducendola in un'esigenza di 'continuità': il ricorso al sistema giuridico, così come alle categorie della dogmatica, sono elementi ermeneuticamente indispensabili perché permettono di superare la polverizzazione casistica (la moltiplicazione di punti di vista ermeneutici 'assoluti', irrelati, intersoggettivamente non mediabili) e di conseguire quindi « la continuità delle varie soluzioni » (261). Il fine dell'interpretazione non è la comprensione del senso riposto della legge nella sua 'oggettiva' consistenza, ma l'*uso* della legge (così come di ogni altro elemento concettuale proprio del sapere giuridico) allo scopo di garantire la continuità, vorrei dire la 'ripetibilità', del risultato ermeneutico. L'attenzione non è più incentrata sul percorso che l'interprete segue nell'andare incontro alla legge-oggetto e sulle tentazioni che possono distrarlo dalla percezione del suo interno significato; l'attenzione non è più polarizzata sulla dialettica fra l'oggetto e il soggetto dell'interpretazione, ma direttamente su quest'ultimo: tanto che la garanzia della certezza la si attende non dall'oggetto (esattamente interpretato) ma dal soggetto, dai soggetti, dalla continuità delle loro interpretazioni.

Coerentemente, la verità dell'interpretazione non è decisa dall''esatto' riferirsi dell'interpretazione al significato intrinseco della legge, ma dall'accettazione, dal consenso dei soggetti dell'interpretazione. È sul versante della soggettività che il problema della 'verità' dell'interpretazione deve integralmente risolversi, mentre il rapporto con l'oggetto resta certo al fondo dell'operazione interpretativa, ma non decide della sua 'verità': « il valore della legge dettata sarà sempre e solamente quello che le deriverà dalla sua interpretazione generalmente accettata, tornando così a rivelarsi nella generale accettazione e convinzione la base ultima del diritto » (262). Non si danno quindi criteri di verità interni all'operazione interpretativa né tanto meno controlli 'sperimentali' di veridicità al di fuori del criterio della sua « accettazione » (263).

---

(261) *Op. cit.*, p. XXIV.

(262) *Op. cit.*, p. XLIX.

(263) T. ASCARELLI, *Norma giuridiica e realtà sociale* [1955], in *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. I, p. 72.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come poi concretamente operi il soggetto dell'interpretazione, sullo sfondo di una tale prospettiva, è in qualche modo meno sorprendente e più prevedibile: perché ritroviamo in Ascarelli molti degli spunti già emersi nel dibattito ermeneutico-giuridico degli scorsi decenni. Ritroviamo la convinzione che l'interpretazione giuridica possa includere, sì, un ragionamento rigorosamente deduttivo come proprio momento interno, ma che sia caratterizzata ben più incisivamente dal suo essere « una continua posizione di premesse indipendentemente dalle quali qualunque *corpus juris* precostituito non potrebbe essere applicato » (264). Così come ritroviamo, sempre di nuovo, l'idea di un'interpretazione che è 'creativa' non soltanto perché mobilita le energie 'propositive' dell'interprete, ma perché pone effettivamente norme.

Ritroviamo, insomma, alcuni dei luoghi tipici della tradizione ermeneutica dei decenni precedenti. Eppure, anche in questo caso, anche quando si dispone ad utilizzare un patrimonio consolidato, Ascarelli si mostra spesso in grado di sospingere le *idées reçues* verso una soglia più elevata di problematizzazione: valga ad esempio, nel bel mezzo delle considerazioni della portata necessariamente 'creativa' dell'interpretazione, l'accenno alla necessità di intendere il rapporto fra interprete e 'realtà' non tanto secondo l'asettico schema dell''accertamento' del fatto quanto per mezzo di quella « ricostruzione tipologica della realtà » (265) che mette implicitamente in dubbio la prendibilità del fatto 'come tale', al di fuori di presupposti (e in questo caso giuridici) schemi ordinativi.

Quando poi il lettore frettoloso, impressionato da qualche espressione 'anticoncettualista', è in procinto di ascrivere Ascarelli ad un preciso e prevedibile 'partito' metodologico, è il nostro autore stesso, con precise ed inequivocabili considerazioni, a situarsi in un osservatorio non riconducibile a scolastiche contrapposizioni; e a insistere nella necessità di trarsi fuori dall'« illusione logicistica »

---

(264) T. ASCARELLI, *Prefazione* a *Studi di diritto comparato*, cit., p. XIX. È un problema, come si ricorderà, già affrontato da Calogero e ripreso polemicamente da Bobbio: cfr. *supra* 9 e 10.

(265) T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato* [1954], in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 495 ss.; cfr. anche *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito* [1957], in *Problemi*, cit., pp. 185-224.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senza però cadere negli enfatici « appelli a equità, realtà dei fatti, realtà economica e sociale... » (266): il giuridico non è immanente nella natura delle cose, pronto ad essere naturalisticamente percepito ed osservato come tale, ma è uno schema del soggetto, dipendente dal suo radicamento storico-sociale, operante nel quadro delle sue 'soggettive' strategie ermeneutiche.

Si torna dunque, da diverse strade, sempre al soggetto, alle sue operazioni interpretative, all'autonomia delle sue scelte, non riducibili né alla registrazione e riproposizione delle regole dettate dalla 'natura delle cose' né alla deduzione delle conseguenze implicite nel sistema normativo. Da quest'ultimo punto di vista, mentre l'opposizione di Betti (e, con Betti, di una *communis opinio* italiana) all'idea kelseniana è frontale, la critica di Ascarelli è più smorzata e sottile. Di Kelsen Betti rifiutava drasticamente l'ipotesi di un soggetto, di un giudice, che, mentre individua la norma del caso singolo, non trova nell'interpretazione-integrazione della norma la soluzione 'necessaria', ma solo un ventaglio di soluzioni compossibili fra le quali liberamente scegliere. È al contrario proprio l'esaltazione kelseniana della componente 'soggettiva' e 'decisionistica' dell'applicazione del diritto che Ascarelli apprezza, osservando finemente - ed è uno spunto forse non sufficientemente valorizzato dalla storiografia — che essa « costituisce piuttosto che una esaltazione, un superamento del positivismo che invece parte proprio dalla riduzione dell'attività dell'interprete ad una mera attività conoscitiva delle valutazioni del legislatore » (267).

Anche per Ascarelli il momento decisivo dell'esperienza giuridica finisce per concentrarsi nella fase dell'interpretazione-applicazione del diritto, incomprensibile per chiunque voglia ridurre la sua complessa fenomenologia al momento del giudizio logico-conoscitivo. Kelseniano dunque nella *pars destruens*, Ascarelli rivolge comunque una critica penetrante alla proposta del giurista praghese: nel momento in cui Kelsen spezza la linea continua che sembra illusoriamente collegare la conoscenza del sistema normativo con l'individuazione della norma del caso singolo, egli richiama l'attenzione sul ruolo fondamentale di un'attività, l'attività 'creativa' del-

(266) T. ASCARELLI, [Premessa a ] *Problemi giuridici*, cit., p. VIII.

(267) T. ASCARELLI, *Prefazione* a *Studi di diritto comparato*, cit., p. XXVII, nota 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'interprete, sulla quale peraltro resta muto (268). La soluzione proposta da Kelsen è quindi insufficiente perché si risolve in « una reale 'fuga' dal problema dell'interpretazione » e in una conseguente riduzione dell'attività dell'operatore giuridico, del giudice, ad « un'attività non più argomentabile » (269), sottratta ad ogni possibile valutabilità, se non abbandonata al dominio dell'irrazionalità.

Nel momento in cui Ascarelli segnava una netta discontinuità con la tradizione concentrandosi sul momento interpretativo applicativo del diritto e problematizzando il nesso fra questo e il sistema normativo ben al di là dell'ottimismo conciliativo bettiano, individuava anche la necessità di un campo di indagine, che non avrebbe avuto la possibilità di esplorare, ma di cui intuiva la fecondità: l'analisi del ragionamento del giurista, delle sue modalità argomentative, del suo peculiare carattere 'retorico'; ed è in questa prospettiva che egli saluta nel *Trattato* di Perelman e Olbrechts-Tyteca (270) l'impresa che, sul piano teorico generale, meglio corrisponde alle sue aspettative, la messa a punto di un quadro analitico impiegabile per cogliere aspetti essenziali, e altrimenti non indagabili, delle concrete operazioni del giurista (271).

Si apre così uno spazio di indagine che Ascarelli non avrebbe mai potuto percorrere, ma di cui intuiva lucidamente alcuni contrassegni.

Innanzitutto, la ricerca a cui pensa Ascarelli si muove in una direzione sostanzialmente inedita: una direzione che non è propria della filosofia 'speculativa' (da cui pure Ascarelli discendeva e di cui conservava, 'trasvalutati', alcuni accenti ed intuizioni), che guarda al diritto dall'alto di una complessiva visione del mondo, sulla quale il nostro giurista è del tutto reticente; una direzione che non è, però, nemmeno caratteristica della 'dogmatica' giuridica, se è vero almeno che questa di regola costruisce le proprie teorie allo scopo di fondare (raccomandare come 'vera' o 'preferibile') l'una o l'altra soluzione di specifici problemi. Forzando le tinte, si sarebbe quasi tentati di

(268) *Ibidem*.

(269) T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà*, cit., p. 83.

(270) C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* [1958], Torino, Einaudi, 1966.

(271) T. Ascarelli, *Norma giuridica,* cit., p. 91, nota 22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

estendere ad Ascarelli la diffidenza kelseniana verso una 'dottrina' giuridica che, impegnandosi nel presentare la 'vera' (ed unica) soluzione del problema, contrabbanda per 'volontà' dell'ordinamento una propria (dissimulata) 'decisione' politica. A parte ogni forzatura, l'obiettivo di Ascarelli non è comunque l'enunciazione di un'ennesimo 'dogma', ma uno spostamento, per così dire un arretramento, del punto di osservazione: non agire in difesa dell'una o dell'altra posizione, ma porsi in disparte a guardare, a tentare di capire in che modo l'una o l'altra teoria si forma e si fonda, in che modo il giurista ragiona ed opera — anche se egli non si attende una facile popolarità da un tipo di indagini certo « singolari proprio pel giurista e specialmente pel giurista italiano, ché esse in sostanza vogliono rendere il giurista consapevole del suo stesso ragionare ... », estraniandosi da qualsiasi presa di posizione per « questa o quella soluzione » (272).

In secondo luogo, lo spazio entro il quale il giurista concretamente ragiona ed opera, che tende sempre di più a coincidere con l'esperienza giuridica nel suo complesso, non ha ai suoi estremi, come continuamente si ripeteva, l'interprete e la *norma* (o la legge, o il sistema normativo o l'ordinamento), ma l'interprete e il *testo*, l'interprete e i testi. Non si interpreta una norma, si risale ad essa attraverso un testo che è il dato al quale concretamente l'interpretazione si riferisce: la norma non è l'*oggetto* dell'interpretazione, ma il suo *risultato*, l'effetto possibile di un 'lavoro' ermeneutico su un testo necessariamente equivoco (273).

In terzo luogo — ed è una intuizione affidata alle pagine estreme

---

(272) T. ASCARELLI, [Premessa a] *Problemi giuridici*, cit., p. XII.

(273) T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge* [1958], in *Problemi giuridici*, cit., p. 154. Cfr. anche T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione* [1957], in *Problemi giuridici*, cit., pp. 138-152. Un'interessante anticipazione in questa direzione, o comunque un'idea di interpretazione sensibilmente divergente dall' 'ottimismo' bettiano, può leggersi in R. SACCO, *Alcune novità in materia di interpretazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, V, 1951, p. 753, dove l'autore afferma di avere « a suo tempo sostenuto che l'oggetto dell'interpretazione è solo la dichiarazione (il foglio sporco d'inchiostro) e che essa dichiarazione non ha né uno né molti significati rilevanti, anzi non ne ha nessuno, fintantoché l'interprete non gliene attribuisce uno (uno solo, dunque certamente univoco) », ma aggiunge anche di non aver raccolto « su questo punto... nemmeno un consenso ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di una prefazione che guarda al futuro ripensando il passato (274) — quella 'logica' del ragionamento del giurista che costituisce l'interesse ultimo della ricerca di Ascarelli deve, a suo avviso, essere compresa non come un procedimento che guarda all'indietro per « scoprire una già posta verità », ma come anticipazione e preparazione di una prassi di cui si calcola la congruenza rispetto ad un fine, come « scommessa sul futuro e su un futuro che la nostra azione concorre nel determinare »: deve essere compresa insomma nel segno della riscoperta di quell'antico 'criterio di probabilità' che il trionfante razionalismo aveva relegato ai margini dell'ermeneutica giuridica e che Ascarelli ripropone nel momento in cui risolve la 'teoria' dell'interpretazione giuridica nell'interpretazione della teoria (e della prassi) dei giuristi.

## 13. *Cenni conclusivi.*

Ascarelli non è comunque una *vox clamantis in deserto*. Se l'inquietudine metodologica e la curiosità verso il nuovo sono una cifra caratteristica del suo stile di pensiero, gli spunti problematici di cui la sua opera è così ricca non gli appartengono in esclusiva, ma esprimono emblematicamente un atteggiamento che, pur minoritario, trova, anche negli anni Cinquanta, altre significative espressioni (275).

---

(274) T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in Th. HOBBES, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, G. W. LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum...*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 67.

(275) Si pensi ad esempio alla posizione di Calamandrei, tanto più significativa quanto più lontana dalla posizione da lui assunta negli anni Trenta, in un contesto in cui la rigida difesa della divisione dei poteri (e quindi del carattere dichiarativo dell'interpretazione giudiziale) acquisiva una sicura valenza difensiva nei riguardi delle pressioni autoritarie del regime fascista. Si leggano invece i testi raccolti in P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, Cedam, 1954: accanto ad un cenno autocritico, si troveranno riflessioni di ispirazione quasi più kelseniana (o giusliberista) che ascarelliana sulla dinamica dell'interpretazione giuridica, culminanti nell'idea della motivazione della sentenza come 'razionalizzazione' di una 'decisione' che non procede dalla conoscenza (della norma), ma dalla volontà. Cfr., per una interessante ricostruzione dell'itinerario di Calamandrei su questo problema, N. TROCKER,*Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. BARILE (a cura di), *Piero Calamandrei*, cit., pp. 101 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sarà così, esemplificando, lo stesso Bobbio ad insistere sulla componente 'storicistica' dell'interpretazione giuridica, che pure già nel lavoro del '38 complicava e arricchiva l'analisi del versante strettamente 'logico' dell'interpretazione (276), ma che emerge con tanta maggiore evidenza quanto più si prende a guardare con interesse all'effettivo operare del giurista (277); per comprendere il quale, dichiarerà ancora Bobbio qualche anno più tardi, « più che ad una applicazione della logica elementare » occorrerà rivolgersi « a una teoria generale dell'argomentazione giuridica » (278) - un campo e uno strumentario di indagine che anche Ascarelli invitava a prendere in considerazione. Ed è proprio ad Ascarelli che Bobbio dedica una felicissima 'biografia intellettuale' (279), non solo particolarmente

---

(276) Cfr. *supra* 10. Cfr. al riguardo le penetranti osservazioni di L. CAIANI, *I giudizi di valore*, cit., pp. 243 ss.

(277) N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Rivista di diritto civile*», I, 1955, pp. 3-13.

(278) N. BOBBIO, *Diritto e logica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXIX, 1962, p. 43. Più esplicitamente e analiticamente in questa direzione N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*[1967], in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 139-173. Cfr. le lucide considerazioni al riguardo di L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Ed. di Comunità, 1983, pp. 131 ss. Su alcuni momenti del pensiero di Bobbio cfr. R. GUASTINI, *Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto. (I) 1949-1960*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VIII/1, 1978, pp. 292-356; ID., *Norberto Bobbio teorico del diritto. (II) 1961-1965*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IX/2, 1979, pp. 523-541; ID., *Norberto Bobbio teorico del diritto (III) 1966-1980*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, X/2, 1980, pp. 483-508.

Di una forte attenzione al momento ermeneutico e giurisprudenziale del diritto saranno testimonianza, negli anni sessanta e settanta, anche gli scritti storico-giuridici di Gorla. Cfr., ad es., G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Il Foro italiano*, XCIV, p. V, 1969, cc. 112-132; ID., *I tribunali supremi degli stati italiani tra i secoli XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati (Disegno storico-comparativo)*, in AA. VV., *La formazione del diritto moderno in Europa* (Atti del III Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del diritto, 1973), Firenze, Olschki, 1977, pp. 447-532; ID., v. *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1969, vol. XIX, pp. 489-510.

(279) N. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, in *Belfagor*, XIX, n. 4, pp. 411-424; n. 5, pp. 546-565.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

efficace nel delineare i tratti salienti del giurista scomparso, ma anche sostanzialmente simpatetica con le sue proposte, quasi implicita testimonianza della curvatura 'funzionalista' che la riflessione di Bobbio andava prendendo in quegli anni (280).

Sono questi gli anni, però, i primi anni Sessanta (281), che, nel momento in cui celebrano la crescente diffusione di atteggiamenti favorevoli (per intendersi) ad un'ermeneutica della soggettività, segnano anche, con apparente paradosso, il definitivo congedo dalla vicenda ermeneutico-giuridica che ci ha sinora occupato. Questa vicenda era stata inaugurata dal combinarsi di due elementi concorrenti: da un lato, l'effetto prodotto sul giurista *fin de siècle* dalla traumatica scoperta dello strutturale 'ritardo' del sistema giuridico sul mutamento sociale, quindi dell'inadeguatezza funzionale del primo rispetto al secondo; dall'altro lato, la scoperta, via via più convinta e approfondita, dell'interpretazione come del luogo deputato alla ricreazione del 'giusto' rapporto fra il sistema normativo e la società. In questa vicenda, la tradizione giuridica italiana condivideva con Gény i termini del problema (la 'sfida' del mutamento), l'impostazione (affidare al giurista, più che al legislatore, il compito di vincere la sfida), ma non la soluzione operativa: che, per i giuristi italiani, a differenza del loro collega francese, si gioca tutta sul terreno (ermeneutico in senso stretto) dell'interpretazione della legge. Pur nella diversità della soluzione, tuttavia, torna sempre di nuovo, nei giuristi italiani, un'esigenza che anche per Gény è fondamentale: l'esigenza di salvare, nell'interpretazione, l''oggettività' dei risultati, un'esigenza che in Gény si esprime con il rinvio al dato e alla sua interna normatività, mentre di regola, nei giuristi italiani, si risolve nell'enfatizzazione della legge e dell'univoca accertabilità del suo significato.

Non si trattava certo di un obiettivo facilmente raggiungibile; ed esso anzi tanto più doveva apparire problematico quanto più si

---

(280) E infatti opportunamente ripubblicata in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Ed. di Comunità, 1977, pp. 478-498.

(281) Cfr. ad esempio M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, X, 1964, pp. 478-498 e il commento di G. TARELLO, *L'autonomia dell'interprete*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLII, 1965, pp. 159-165.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

approfondiva la dinamica dell'interpretazione e si metteva in evidenza il ruolo 'attivo', propositivo del soggetto. Ciononostante, ancora la sofisticata teoria ermeneutica bettiana, nel momento in cui celebrava la dialettica 'positiva' del soggetto e dell'oggetto, intendeva anche offrire al giurista, venendo incontro ad un suo risalente desiderio, un'immagine dell'interpretazione come del luogo del tranquillo, continuo, unitario rifluire del sistema normativo verso la società. Non dovranno tuttavia trascorrere molti anni dalla grande sintesi bettiana perché venga meno quell'auspicata consonanza di soggetto ed oggetto, di norma ed interprete, di interprete e società che per decenni aveva costituito la principale cifra dell'autorappresentazione e dell'autolegittimazione del ceto dei giuristi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIOVANNI FURGIUELE

# FRANÇOIS GÉNY CIVILISTA, O DELL'« APPLICATION D'UNE MÉTHODE CRITIQUE D'INTEPRÉTATION » DEL DIRITTO (A PROPOSITO DI « DES DROITS SUR LES LETTRES MISSIVES »).

1. « Des droits sur les lettres missives » nell'itinerario scientifico di F. Gény: peculiarità di una vicenda di studio e sua idoneità a porsi come irripetibile prospettiva d'indagine. — 2. L'« Avant-propos » a « Des droits sur les lettres missives »: un'elencazione progettuale di asserzioni sul metodo da collocare in premessa. — 3. « Liberté et inviolabilité des correspondances en général » e « secret des lettres missives au point de vue privé ». — 4. « Droit à la possession et à l'usage des lettres ». — 5. « Des droits sur les lettres missives en concours avec d'autres droits »: in particolare « Les lettres missives et les droits des époux ». — 6. « Essai d'une synthèse »: verso l'individuazione di profili caratterizzanti. - 6.1. Il sostanzialismo giuridico di F. Gény. - 6.2. La « sfida » della complessità. - 6.3. Osservazione e intuizione, o l'ineffabile emergere dell'« idéal de justice, que suggère la conscience ». - 6.4. Il momento della tecnica, o della razionalità deduttiva e della costruzione. - 6.5. Il metodo « à la fois réaliste, critique et technique » di F. Gény: attualità e limiti.

## 1. *« Des droits sur le lettres missives » nell'itinerario scientifico di F. Gény: peculiarità di una vicenda di studio e sua idoneità a porsi come irripetibile prospettiva d'indagine.*

Nel 1951 François Gény, ormai ottantanovenne, dettando il proprio testamento intellettuale aveva cura di segnalare che i vari contributi all'analisi concreta dei problemi del diritto offertigli dalla vita pratica, lungi dal porsi come fini a se stessi, erano stati piuttosto mossi dall'intenzione di mettere alla prova « i mezzi d'investigazione specifici e determinati » (1) acquisiti grazie agli « sforzi teorici » (2) effettuati principalmente in « Méthode d'interprétation et sources en

(1) F. Gény, *Ultima verba*, trad. it. di G. Ambrosetti, Roma, 1956 p. 16.
(2) F. Gény, op. loc. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

droit privé positif » ed in « Science et technique en droit privé positif ».

Erano costituiti, siffatti contributi, così segnati da una consapevole finalità di carattere sperimentale, da una molteplicità di note di giurisprudenza, davvero rilevante per l'attitudine della stessa a segnalare la capacità dell'autore di padroneggiare le più diverse materie e nel contempo la sua sensibilità per la singola *quaestio* — che l'impegno sul piano della più elevata teoria non offuscava e bensì ravvivava — (3), e altresì da svariati saggi, tutti estremamente articolati ed incisivi e tutti contraddistinti da una costante attenzione, quella, cioè, per la sottolineatura della rilevanza metodologica di passaggi o spunti connessi all'*iter* argomentativo adottato (4).

Contributi comunque dedicati « alle questioni del giorno la cui soluzione s'imponeva alla...mente » (5) di Gény — a far con ciò risaltare, attraverso l'attualità problematica che costantemente ne caratterizzava l'oggetto, l'aspirazione, che dell'estensore sempre era propria, non a perseguire calligrafiche operazioni di geometria concettuale, bensì a realizzare meditati interventi sulla prassi — e fra tutti in primo luogo, per ampiezza d'indagine, « Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français ».

L'intento, che in quest'ultimo caso muoveva alla ricerca, era dichiaratamente duplice — e già nell'adozione del sottotitolo « Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation » lo si voleva rendere manifesto —: « d'une part, offrir un exposé, à peu près

---

(3) A proposito di tali note, H. Capitant, intervenendo il 29 novembre 1934 a Nancy per la consegna a Gény della *Recueil d'études sur les sources du droit* pubblicata in suo onore, osservava trattarsi di contributi che lasciavano un'« impression profonde » e che « ne peuvent être comparées, pour leur substance et leur diversité, qu'à celles du doyen Hauriou »: così *Discours de M. Capitant*, in *Jubilé du Doyen Gény*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1935, p. 7.

(4) Al riguardo, per la frequenza di siffatti richiami, a titolo esemplificativo, fra i più notevoli studi di Gény su argomenti di diritto positivo, può segnalarsi: *La validité juridique de la clause « payable en or »*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1926, I, pp. 577, 590, 592-3, 609-10, 617; *Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier-monnaie, ibidem*, 1928, I, p. 17: *Le particularisme du droit fiscal, ibidem*, 1931, I, pp. 809, 827; *Des garanties légales et conventionelles du vendeur de coupes de bois sur pied en cas de faillité ou de liquidation judiciaire de l'acheteur, ibidem*, 1934, I, p. 17.

(5) F. Gény, *Ultima verba* cit., loc. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

complet ed adapté aux exigences de la civilisation française contemporaine, des facultés juridiques, que suscite l'usage des lettres missives; d'autre part, tenter, sous cette forme bien définie et nettement limitée, l'application serrée, minutieuse, sincèrement objective, d'une méthode critique d'investigation du droit positif, dont les principaux traits, déjà doctrinalement esquissés, demandaient, sans plus tarder, à prendre corps dans une " exemplification " concrète de quelque étendue » (6).

Ne avrebbe tratto giovamento l'analisi specifica che del contributo rappresentava l'oggetto-analisi, quindi, dei « droits subjectifs » (7) e degli « intérêts variés et flottants » (8) connessi alle *lettres missives* — e, pervenendo in tal maniera a « synthétiser, affermir, ou, parfois, quelque peu rectifier, les solutions, soit le plus couramment admises, soit, du moins, très généralement pressenties » (9), si sarebbe forse conseguito anche il risultato di dimostrare che il metodo seguito, « loin d'être anarchique et révolutionnaire, — comme ses adversaires l'ont, volontiers, mais toujours gratuitement, avancé — a pour caractère essentiel de maintenir et d'assurer l'objectif fondamental et traditionnel du Droit » (10).

E, d'altra parte, era ben consapevole l'autore che il metodo di cui egli avrebbe fatto applicazione, per gli elementi di novità in esso contenuti, non poteva ancora godere « de la fermeté et du crédit, que procure seul un grand âge » (11) e ciò a maggior ragione in quanto, trovandosi tale metodo « en plein travail de formation » (12) e mirando esso a raggiungere solo « par tâtonnements et " approximations successives ", les éléments essentiels de cette " libre recherche ", dont elle s'est fait un idéal péniblement accessible » (13), alla

(6) F. GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, I, p. V.
(7) F. GÉNY, *Des droits* cit., loc. cit.
(8) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. VI.
(9) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. VI.
(10) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. VI.
(11) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. VII.
(12) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. VII.
(13) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. VII e, a proposito della « libre recherche scientifique », cfr. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II ed., rist., Paris, 1954, II, p. 74 ss. Tale seconda edizione, originariamente pubblicata nel 1919, eccezion fatta per l'aggiunta di un'ampia analisi della più significativa dottrina sul

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua utilizzazione nel caso specifico avrebbe presieduto un nucleo teorico senz'altro acquisito dal punto di vista negativo, e cioè sotto il profilo della critica nei confronti dell'approccio interpretativo consueto (14), e tuttavia, seppur fermo in codeste sue premesse, dal punto di vista positivo, e cioè della ricostruzione, non ancora pervenuto al suo più compiuto esito. « Des droits sur les lettres missives », ponendosi come conferma in dimensione applicativa dell'opportunità di una proposta teorica, si sarebbe prestato anche ad evidenziare di siffatta proposta le singole componenti e l'*iter* attraversato a partire dalle prime intuizioni al riguardo (15), financo poi ad offrirsi come episodio fondamentale in vista di un completamento di acquisizioni teoriche in prospettiva metodologica sul punto della « libre recherche », di cui il suo stesso scopritore avvertiva pienamente l'esigenza.

Momento fondamentale, quindi, « Des droits sur les lettres missives », nella vicenda scientifica di Gény, come anch'egli, prima ancora che in « Ultima verba » (16), avrebbe senz'altro riconosciuto (17).

È, Gény, studioso in cui l'interesse per le problematiche di carattere metodologico e quello per la ricerca di soluzioni in ordine agli specifici conflitti di interessi relativi ai casi dell'esperienza, opera in dimensione, per così dire, totalizzante. L'uno è in funzione dell'altro — e viceversa — ed entrambi si compongono in unità siccome riflessi di un moto di coscienza, profondamente avvertito, per il ruolo del diritto e per il compito del giurista (18). Tanto fa di

---

metodo giuridico intervenuta nel frattempo, riproduce sostanzialmente immutata la prima edizione apparsa nel 1899.

(14) L'allusione è, evidentemente, in primo luogo all'ampia elaborazione critica svolta in *Méthode* cit., I, p. 17 ss.

(15) Con ciò intendendo Gény far riferimento, oltre che a *Méthode* cit., soprattutto a *La notion de droit positif à la veille du XX^e siécle*, Dijon, 1901 ed a *Les procédés d'élaboration du droit civil*, in *Les méthodes juridiques*, Paris, 1910, p. 173 ss.

(16) Di cui cfr. p. 16.

(17) Cfr. *Méthode* cit., I, p. VI.

(18) È tutto ciò, in definitiva, quel senso di responsabilità che deve essere proprio « di scienziati e di insegnanti » e che, più di recente, seppur sotto diverso profilo, induce altri al convincimento « che la scienza debba far tesoro della sua storia, che la storiografia debba far tesoro della scienza e che non è possibile comprendere appieno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gény una figura esemplare, non, quindi, perché in lui siano presenti i due aspetti del cultore di metodologia e dell'interprete del diritto positivo e piuttosto per la ragione che, dichiaratamente e consapevolmente, la rivisitazione, e *funditus*, dell'approccio metodologico costituisce premessa e, ad un tempo, conseguenza dell'impegno sul piano dell'elaborazione dei criteri di disciplina della prassi. Se di ogni interprete — quanto meno dell'interprete avvertito della sua funzione — e, più in generale, di ogni operatore nell'ambito della scienza, può ben dirsi che nella sua specifica attività, coscientemente o inconsapevolmente, dichiaratamente o cripticamente, egli faccia uso di una determinata metodologia, più o meno corretta o adeguata che essa sia, di Gény deve altresì dirsi che un'implicazione, quale questa, ineliminabile, ebbe modo di tradursi in formule, in entrambi i settori di indagine, concettualmente compiute e per di più idonee a porsi in collegamento quasi, potrebbe dirsi, simbiotico.

Ne viene che laddove, come in « Des droits sur les lettres missives », l'analisi è particolarmente estesa fino a raggiungere le dimensioni del trattato e nel contempo espressamente volta a verificare la fecondità di tutta una serie di indicazioni teoriche, per di più tese a sfociare in un modello complessivo non ancora peraltro pervenuto alla compiutezza della sua elaborazione concettuale, quel che si offre all'attenzione è un oggetto di studio dal significato del tutto peculiare. Si tratta, infatti, di aver modo di guardare ad un'indagine di diritto positivo riccamente elaborata e pressoché esaustiva del peraltro ampio argomento reso oggetto di trattazione e, all'atto stesso, si tratta anche di aver modo di guardare ad una proposta sul metodo giuridico visualizzata nell'ottica, del tutto interna, che è del suo farsi e della consapevolezza che in proposito ne manifesta il suo medesimo autore.

Tutto ciò significa che di « Des droits sur les lettres missives » potrebbe essere svolta la considerazione sotto un triplice e concomitante profilo: come specifico contributo allo studio dei rapporti giuridici connessi alle *lettres missives*, come momento di passaggio nello sviluppo della riflessione sul metodo operata da Gény — a

---

l'una senza l'altra »: così G. HOLTON, *The Advancements of Science, and its Burdens*, Cambridge, 1986, tradotto in italiano con il titolo *Scienza educazione e interesse pubblico*, Bologna, 1990, p. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

partire cioè, da « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif» fino all'approdo costituito da « Science et technique en droit privé positif » (19) — e come strumento di verifica, nella concretezza di una dimensione applicativa di vasta portata ed intenzionalmmente ricercata in quanto tale, di un approccio metodologico nelle ragioni e nella logica del suo porsi.

Di siffatti profili l'ultimo sarà quello cui verranno rivolti i rilievi che seguiranno (20).

## 2. *L'« Avant-propos » a « Des droits sur les lettres missives »: un'elencazione progettuale di asserzioni sul metodo da collocare in premessa.*

Agevola tale prospettiva d'indagine una circostanza e cioè che è Gény stesso a ritenere opportuno, prima di intraprendere l'analisi dello specifico tema costituito dalle *lettres missives*, « de marquer, par quelques traits, le point de départ de nos investigations en même temps que le moment d'évolution où nous nous sentons parvenus et... de chercher à faire entrevoir le sens, dans lequel nous paraît pouvoir, dès maintenant, s'orienter avec profit l'élaboration positive du droit français contemporain » (21).

Ne scaturisce l'incisiva rappresentazione di un nucleo teorico, quasi un manifesto, che, seppur demanda ad un ben più disteso svolgimento — come appunto avverrà con « Science et technique » — la riprova in via argomentativa delle singole enunciazioni schematicamente esposte, tuttavia appare già sufficientemente compiuto, al punto da porsi come « programma » in sé definito in vista dell'attuazione e del riscontro di cui alla prefigurata ricerca di diritto positivo.

Intanto, a riepilogarne in una frase i tratti, un dato si enunzia: che il metodo d'interpretazione, al quale si aspira, « à la fois réaliste,

---

(19) Al riguardo cfr. rilievi in J. MAYDA, *François Gény and modern jurisprudence*, Baton Rouge-London, 1978, p. 5 ss. ed in A. TANZI, *François Gény - Tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, 1990, p. 70 ss.

(20) E ciò darà altresì conto del fatto che risulteranno ridotti all'essenziale i rinvii bibliografici ad altre fonti che non siano quelle costituite dall'opera stessa di Gény.

(21) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. VII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

critique et technique » (22), non intende corrispondere ad altro obbiettivo se non a quello « d'envisager face à face, d'un regard indépendant et profond, les réalités, qui sont à la base de l'ordre juridique, pour dégager leurs exigences essentielles » (23) e di cercare di « munir les regles, destinées à y satisfaire, d'une armature logique, à la fois solide et souple, qui puisse en ajuster constamment les injonctions au mouvement incessant de la vie sociale » (24).

Per far ciò, una posizione è assunta innanzitutto, di rilevantissimo significato teorico: « législateurs, juges, interprètes de tout ordre » (25) nient'altro sono che « organes » (26) del diritto, la qual cosa meno sorprende per quanto concerne i giudici e gli interpreti e viceversa, per la trasposizione — che viene spontanea — dal legislatore alla legge, ad una conclusione si offre per la *communis opinio* tutt'altro che scontata. Si vuol dire, e così anche Gény, che la norma statuale, quel prodotto cui dà vita il legislatore, non riassume in sé l'essenza del diritto, ma ne è soltanto uno strumento e per di più non l'unico. Il diritto si avvale della norma statuale, così come di altri mezzi, ma tutti li trascende com'è di ciò, che, per sua natura, integra ad un tempo il presupposto ed il fine cui tali mezzi tendono. L'adeguamento al presupposto ed al fine legittima la norma statuale — e altresì quanto proveniente dagli ulteriori *organes* del diritto — più autenticamente di quanto non sia in virtù del dato formale che è del puro e semplice essere della stessa — e tanto a seguito del rispetto delle condizioni preordinate alla sua emanazione — o, in caso contrario, ne mette in crisi la consistenza come non può non essere di ciò che è individuabile non quale valore in se stesso, bensì in quanto strumento, giustificato, quindi, solo dalla corrispondenza alla funzione che ad esso presiede (27).

---

(22) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. XIII.

(23) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. VI.

(24) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. VI-VII.

(25) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. VIII.

(26) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. VIII.

(27) Sul conflitto fra « droit naturel » e « loi positive écrite » cfr. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1924, IV, p. 69 ss. ed ivi la posizione per cui, pur ammettendosi in via di principio la prevalenza della legge scritta, nondimeno risulta introdotta tutta una serie di correttivi a temperare il rigore della priorità puramente formale fino a legittimare in determinati casi lo stesso diritto di resistenza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Assunta questa posizione ne viene che, con riferimento a tutti gli *organes* del diritto, il problema di metodo si precisi nel senso della configurazione di quanto necessario affinché ne sia consentita l'aderenza al presupposto ed al fine che unicamente ne giustificano l'esistenza.

Tre risulteranno i passaggi che dovranno necessariamente, e in sequenza, essere percorsi. Dovranno dapprima tali *organes* « envisager les données de la vie sociale » (28), successivamente « reconnaître, par un élan de croyance, l'idéal de justice, que suggère la conscience, pour harmoniser cet idéal avec les considérations d'utilité générale ou particulière » (29); infine « mettre en oeuvre les procédés intellectuels les plus variés, concepts, définitions, classifications, jugements, raisonnements, etc., user des ressources du langage, notamment des mots et des formules, faire jouer les mobiles des volontés humaines, employer les mille stratagèmes suggérés par la nature, bref, mettre à contribution et utiliser, en plein rendement, tout ce qui fait la vie pratique de l'humanité » (30) e tutto ciò allo scopo di consentire che quei risultati « trop généraux et trop vagues » (31), che scaturiscono dalla ricognizione dei *données de la vie sociale* e dall'*élan de croyance*, si traducano invece in formule idonee a corrispondere « aux besoins les plus essentiels de l'ordre juridique » (32).

Se l'individuazione dei *données* si offre all'impiego di « procédés véritablement scientifiques » (33) e, come tale, è scienza, l'elaborazione dei procedimenti discorsivi, cui consegue — di tali *données* — la più adeguata utilizzazione in senso giuridico, costituisce « une véritable technique » (34).

Ne scaturisce una prima conseguenza, a rafforzare quanto già implicito nella configurazione del legislatore quale *organe* del diritto e della norma statuale quale strumento al farsi di quest'ultimo, e cioè

(28) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. VIII.
(29) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. VIII.
(30) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. X.
(31) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. VIII.
(32) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. VIII.
(33) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. VIII.
(34) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. IX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che « les sources formelles du droit positif » (35) non si presentano altro che come « des moyens techniques de faire passer le contenu du Droit dans la vie pratique » (36) o, più in generale, che le medesime « sources formelles du droit positif (surtout la loi codifiée), la coutume, la jurisprudence même, si nous osons la mettre à cette place, doivent leur autorité, plus ou moins catégorique (indiscutable, en tout cas, pour la loi écrite), à leur caractère de procédés techniques, destinés à fixer, pour l'usage de la vie sociale, le droit incertain ou imprécis » (37).

E un'ulteriore conseguenza ne viene, che l'interpretazione giuridica, o, per dire altrimenti, « la construction technique du droit positif » (38), tanto più libera a misura che « les sources formelles la laissent sans clartés suffisantes » (39), non solo comunque non potrà mai ritenersi arbitraria, poiché sempre destinata a valere « en tant que moyen et dans la mesure où elle reste subordonnée à la fin de tout effort juridique, la réalisation de l'idéal de justice suggéré par la conscience et défini par les conditions sociales » (40), ma dovrà anzi, guardandosi dalla « séduction de l'intellectualisme » (41), manifestarsi consapevole del fatto che le sue attuazioni altro non sono che artifici o « expédients » (42), senz'altro necessari per ciò che è proprio del diritto, e tuttavia tali da raramente imporsi in modo assoluto « sous une forme prédéterminée » (43) e piuttosto tali da doversi normalmente assumere « pour malléables et toujours susceptibles d'être modifiés et perfectionnés » (44).

Di tutto ciò l'analisi dettagliata del problema giuridico connesso alle *lettres missives*, anche per l'assenza al riguardo di un'esaustiva (e costringente) disciplina legislativa, si presta — questo, come già detto, essendo l'intento di Gény — a fornire

(35) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. IX.
(36) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. XI.
(37) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. IX-X.
(38) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. XIII.
(39) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. XII.
(40) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. XIII.
(41) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. XII.
(42) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. XIII.
(43) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. XII.
(44) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. XII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esauriente dimostrazione ed applicazione, così che fin dall'inizio sia possibile chiarire che, una volta fissate « les idées fondamentales, permettant de satisfaire les *desiderata* essentiels » (45) — individuabili, codesti, in « une conception, fortement sentie, des droits et devoirs supérieurs de la personne humaine » (46) — altro non resti « que de les traduire dans les formules les plus aptes à assurer leur réalisation dans la vie » (47).

Ma si presta anche ad individuare quel che l'*Avant-propos* accenna e però non esaurisce, vale a dire il reciproco rapporto, e non il puro ordine di successione, fra i tre momenti della *science*, della *croyance* e della *technique*.

Seppur infatti si precisa che la *technique* è « volonté » (48), non tuttavia arbitrio « puisqu'elle reste dominée par les nécessités ou les contingences, tant naturelles que sociales » (49) e che la stessa *croyance* è condizionata dal *donné*, nondimeno residua non sufficientemente determinato il criterio in forza del quale le varie componenti dell'atto interpretativo realmente pervengono ad interreagire ed a sciogliersi nell'unità dello stesso.

Ovviamente una ricognizione del genere, se condotta da un punto di vista puramente teorico, dovrebbe avere pressoché esclusivo riguardo a « Science et technique ». Ma, come già rilevato, per la singolare personalità scientifica di Gény e per la peculiarità della sua vicenda di studio — quale si riassume nella concezione dell'ampia ricerca sulle *lettres missives* —, si è ritenuto di non trascurabile significato un profilo d'indagine, per così dire, operativo, che muova, quindi, dalle indicazioni teoriche contenute nel richiamato *Avant-propos* — piuttosto che nel compiuto quadro disegnato nel successivo « Science et technique » — e altresì dalla concretezza dell'operazione ermeneutica per come in effetti dipanatasi, per trarne quindi indicazioni in ordine ad una metodologia, all'intrinsecità del suo farsi, alle sue implicazioni.

---

(45) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. XIV.
(46) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. XIV.
(47) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. XIV.
(48) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. IX.
(49) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. IX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

### 3. *« Liberté et inviolabilité des correspondances en général » e « secret des lettres missives au point de vue privé ».*

Il discorso complessivamente svolto da Gény si articola in due tappe: dapprima l'individuazione dei diritti sulle *lettres missives* considerati in sé e nei conflitti che possono insorgere fra l'uno e l'altro degli stessi; quindi la trattazione dei medesimi diritti sulle *lettres missives*, ma sotto il profilo del concorso che abbia a derivarne rispetto ad ulteriori diritti d'« ordre général » (50), quali sono i diritti degli incapaci, degli sposi, dei successori *mortis causa*, dei creditori o quelli connessi alle esigenze della giustizia criminale.

Di tutto ciò non verrà svolta puntuale ricognizione, potendosi ritenere sufficiente, ai fini del presente contributo, isolare, per ciascuno dei due nuclei tematici, alcuni aspetti fra i più qualificanti per poi sviluppare in ordine agli stessi quell'analisi di metodo le cui risultanze, fra loro combinate, appariranno in grado di fornire un'idea, non priva di riscontri oggettivi, dell'approccio privilegiato da Gény nella più generale trattazione dell'argomento in esame.

In siffatta prospettiva, a doversi considerare sarà innanzitutto quell'aspetto, su cui tutta la ricostruzione di Gény si fonda, contrassegnato in quanto *liberté et inviolabilité des correspondances en général.* Non avrebbe senso, infatti, parlare di diritti sulle *lettres missives* se non fosse possibile « reconnaître et juridiquement établir la possibilité pratique de semblables droits » (51), possibilità pratica individuabile in una « faculté générale de correspondre par lettres, qui soit ouverte et assurée à tous » (52).

Il problema di Gény al riguardo non è tanto quello di individuare un dato che poteva tenersi per sufficientemente acquisito, quanto di fondarne giuridicamente il valore e di offrirne nel contempo la più adeguata configurazione tecnica. Di tutto ciò costituisce conferma la sequenza attraversata dalla ricostruzione che egli ne opera.

La *liberté et inviolabilité des correspondances par lettres missives* integra quindi, in una prima e provvisoria rappresentazione della

(50) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 169.
(51) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 146.
(52) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 146.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stessa, un « état de droit » (53). Così, con iniziale approccio, può esserne caratterizzata la dimensione per ciò che essa risulta senz'altro corrispondere a quell'« instinct de liberté, tendant au développement de notre personnalité, dont la justice requiert la consécration aussi pleine que possible, et qu'en même temps l'utilité sociale le reccomande, comme un des meilleurs agents de progrès par le développement du commerce général entre les hommes » (54). E tuttavia, su tale base, ne risulterà abbastanza per intravvederne la « justification rationnelle » (55), non peraltro l'« ineluttabilità » giuridica.

A tanto può e deve nondimeno pervenirsi poiché la *liberté et inviolabilité des correspondances par lettres missives* da mero *état de droit* svolge il suo essere rivelandosi come vero e proprio « principe juridique » (56). A renderlo manifesto, in assenza di un dato normativo che ne rappresenti espressa consacrazione formale, è una ricognizione di ordine storico svolta con riferimento alle dichiarazioni rese in assemblea dai partecipanti alla Rivoluzione del 1789 e con riferimento agli atti che ne costituirono la risultante. Quand'anche sia da dubitare dell'idoneità di tutto ciò a risolversi in vera e propria fonte di diritto, non per questo ne verrebbe meno il significato di irrefutabile *témoignage* « de la conscience collective » (57). E tanto basta per fornire « un fondement positif » (58) al principio, le cui radici finiscono così per affondare nelle « notions suprêmes de justice et d'utilité sociale » (59). Al dato normativo dovrà sì farsi capo, ma non per dedurne l'esistenza del principio e la giuridicità dello stesso, che, per contro, si fondano solo sulla persistente attualità riconosciuta ad una vicenda storica nei momenti di sua più emblematica espressione, bensì al fine di attribuire consistenza a quella che, privata dell'incisività di riscontri sanzionatori, rimar-

(53) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 146.
(54) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 146.
(55) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 146.
(56) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 159.
(57) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 158.
(58) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 158.
(59) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 158.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rebbe una regola generale di condotta « quelque peu amorphe » (60). L'elencazione delle varie norme di codice penale coinvolte in argomento adempie allo scopo.

Così individuato il principio e ad esso conferita concretezza, l'argomentazione di Gény perviene al suo approdo: la *liberté et inviolabilité des correspondances en général*, provvisoriamente qualificata *état de droit*, configurata poi in quanto *principe juridique*, si definisce infine come *droit subjectif* in senso stretto, risultandone infatti la natura in tutto assimilabile a quella di « un bien de la vie humaine, garanti par le pouvoir social, dans la volonté qui le poursuit et contre toutes volontés contraires » (61), qual'è del concetto di diritto soggettivo che si ritiene di proporre (62). E, più in particolare, la *liberté et inviolabilité des correspondances en général* si offre come diritto, ma da specificare nei suoi caratteri, e ciò al fine, non di porre in essere un'operazione di pura teoria, bensì di reperire concetti che, per « certitude » (63) e « précision » (64), risultino idonei ad assicurare « la mise en oeuvre du Droit » (65). Si offre quindi come uno dei *droits de l'homme et du citoyen* di rivoluzionaria memoria o, altrimenti, come uno dei *droits publics ou naturales* o una delle *libertés publiques* o uno dei *droits individuels* o, meglio ancora, come manifestazione da ricomprendere nella categoria dei *biens innés*, suscettibile nel caso di specie di tradursi nel riconoscimento al soggetto di una *faculté* rimessa, quanto al suo esercizio, alla discrezionalità del soggetto stesso (66).

La prospettiva adottata da Gény e, nel contempo, l'inversione metodologica rispetto ai canoni classici del positivismo di stampo

---

(60) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 163.

(61) F. Gény, *Des droits* cit., I, pp. 138, 172.

(62) Al riguardo è Gény dell'opinione di non essersi molto allontanato dalla formula jheringhiana dell'« interesse giuridicamente protetto », ma di aver solo provveduto ad utilmente completarla « introduisant l'élément volonté »: così *Des droits* cit., I, p. 138 nt. 3. Parrebbe per contro che non sia esclusivamente la nota della volontà a differenziare la posizione di Gény, quanto soprattutto il rinvio al *pouvoir social* — e non alla norma — come fonte espressiva della garanzia di godimento del *bien de la vie*.

(63) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 173.

(64) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 173.

(65) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 173.

(66) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 176.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legale dal medesimo operata nel provvedere all'individuazione del fondamento della *liberté et inviolabilité des correspondances en général*, pertanto il rinvio alla coscienza collettiva ed ai valori supremi di giustizia e di utilità sociale — prima che alla legge — come a ciò che è di per sé idoneo a porsi in quanto fonte di giuridicità, l'ulteriore argomento rappresentato dal *secret des lettres missives au point de vue privé* ribadisce e ancor meglio evidenzia.

Ravvisata la necessità di fare del *secret* l'oggetto di una situazione specifica, in quanto tale non riducibile ad altre « du droit commun » (67), la preoccupazione di Gény ancora una volta è quella di adeguatamente argomentare in ordine a ciò che ne sia il fondamento giuridico. Il dato normativo non rileva in questa fase dell'indagine, peraltro decisiva. Rileva piuttosto un problema — riflesso, questo, degli equivoci in cui si ritiene incorra la dottrina nel porsi il quesito circa il fondamento dei diritti soggettivi in generale —, quello, cioè, circa la pretesa distinzione fra *fondement rationnel* e *fondement juridique*. Ne deriverebbe, così opinando, l'alterità di diritto e ragione e una conseguenza del genere Gény nettamente rifiuta (68).

Per contro quel sostrato di giustizia e di utilità sociale, che solo consente al diritto soggettivo il suo essere tale, è anche ciò che ne assicura una base razionale. Saranno poi i procedimenti tecnici, destinati ad imprimere ai diritti l'*estampille sociale*, a renderne *plastique* la sostanza e così a precisarne ed anche consentirne l'incisività degli effetti. In definitiva, il fondamento giuridico che autorizzerà la configurazione di un diritto soggettivo si caratterizzerà per la compresenza di un duplice aspetto: innanzitutto un *fondement rationnel*, fornito dall'individuazione di esigenze di giustizia e di utilità sociale — e risolto nella decisiva presenza di un elemento *d'ordre moral ou économique* —, e successivamente un *fondement formel*, tradotto, questo, nella pluralità dei procedimenti tecnici, a cominciare dalla legge e dalla consuetudine, con cui, per il tramite di strumenti *quelque peu artificiels* e non sostanziali — com'è di ciò che fornisce contenuto al profilo di ordine razionale —, il diritto soggettivo perviene ad evidenziare tutte le sue utilità pratiche.

---

(67) F. Gény, *Des droits* cit., I, 184 ed ivi la critica all'opinione contraria sostenuta nella dottrina francese.

(68) Per tutto ciò cfr. F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 191.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per quanto riguarda il *secret des lettres missives*, a fondarne in diritto e in ragione l'esistenza come diritto, non saranno, quindi, le peraltro poche norme utilizzabili in argomento e tanto meno le escogitazioni tecniche elaborate in dottrina (69), bensì solo « le concours de la croyance et de la science » (70) ed il rinvio attraverso ciò operato « à une idée de justice suggérée par la conscience » (71) e altresì implicata da quei « données de la vie sociale, que nous révèle l'observation » (72). Sarà, in particolare, « un besoin profond de la nature humaine, dont notre intime sentiment de justice postule une satisfaction » (73) e, al tempo stesso, la corrispondenza del *secret* « aux exigences de la vie sociale dans ses mille manifestations » (74).

« Nous sentons et nous croyons » (75), infatti, che quanto di noi affidato alla comunicazione espistolare non debba andare al di là di quella « sphère de l'intimité circonscrite par la nature et l'object de la correspondance » (76). E, d'altra parte, « ce sentiment, cette croyance » (77) non sono soltanto propri dell'individuo in sé considerato, ma ben si può dire che essi « émanent de la " conscience collective ", vu qu'ils ne font que refléter une nécessité éminemment sociale » (78), ché non risulterebbe in grado di corrispondere ai suoi fini quella società in cui non venisse rispettata l'intimità della comunicazione effettuata in forma epistolare. Né sarà consentito parlare di una generica *convention* o *contrat social* quale fondamento del segreto dal momento che, piuttosto, quanto in ciò implicito potrà più adeguatamente formularsi come « expression de la conscience collective » (79) nel suo « *accord à attendre* la consécration

(69) A tal proposito Gény ha soprattutto presente la teoria del preteso — e fantomatico — impegno contrattuale al segreto assunto dal destinatario nei confronti del mittente: cfr. *Des droits* cit., I, p. 195 ss.

(70) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 194.

(71) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 194.

(72) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 194.

(73) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 198.

(74) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 198.

(75) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 198-9.

(76) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 199.

(77) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 199.

(78) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 199.

(79) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 200.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

juridique d'un besoin essentiel de la vie sociale » (80). E tanto meno, a proposito di siffatta ricostruzione, sarebbe utile obbiettare che, così facendo, a nient'altro si sia pervenuti che a « faire d'une règle de pure morale un principe de droit positif » (81). È, per contro, la morale — come si afferma con rilievo di estrema importanza —, « si mystérieuses qu'en soient les sources » (82), « la base la plus essentielle de l'ordre juridique tout entier » (83): non tuttavia il sentimento morale che appartiene al singolo individuo, bensì quel tanto di convincimenti di carattere etico che la collettività individua come condizione per il suo essere e svilupparsi e che, in quanto tale, si trasforma in diritto — oggettivo per un verso, soggettivo per l'altro — a seguito dell'introduzione degli strumenti sanzionatori con cui si giunge ad assicurarne l'« efficacité pratique » (84).

In tal maniera radicato il diritto al segreto al centro stesso di ciò che conferisce dimensione al giuridico, il passaggio ulteriore e necessario è nel suo « rivestimento » di quell'*armature* tecnica che sola ne consente la specifica operatività e nel contempo la rispondenza ai fini che di esso sono propri. Si tratterà, quindi, di delimitarne con maggior precisione il contenuto, i presupposti oggettivi, il titolare e, corrispondentemente, i soggetti a carico dei quali graverà « l'obligation de discrétion » (85) che del diritto al segreto rappresenta « le côté passif » (86). Si tratterà infine di pervenire all'immagine teorica del *droit privé au secret des lettres.*

È a questo proposito che, seppur deve premettersi che solo attraverso la considerazione combinata delle varie situazioni giuridiche soggettive suscettibili di configurarsi in ordine alle *lettres missives* potrà aversi la più esatta percezione della rilevanza del profilo teorico riferito al *secret*, nondimeno una prima riduzione del medesimo all'interno di una categoria giuridica potrà effettuarsi e

(80) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 200.
(81) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 200.
(82) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 200.
(83) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 200.
(84) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 200.
(85) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 220.
(86) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 220.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sarà questa la categoria generale dei diritti della personalità (87). È tale, infatti, *le droit privé au secret des lettres*, da prestarsi ad evidenziare quella che è una peculiarità della vicenda di siffatti diritti. Nascono, essi, a seguito di un processo di specificazione, in forza del quale, a mano a mano che esigenze particolari e « mouvement général des idées » (88) lo richiedono, dalla personalità come « *substratum* formel de toutes les facultés juridiques » (89) e dal « droit général de la personnalité » (90) come « droit à tous les droits subjectifs » (91) o come « sorte de faculté d'ensemble, inhérente à l'homme, et contenant, en puissance, les divers droits qu'il réalise par sa volonté » (92), si ha il passaggio che conduce alla configurazione di singoli diritti della personalità, il che significa che quelle, che in un primo momento rilevano come indistinte manifestazioni del diritto generale della persona, si consolidano nei contenuti e, per esigenze di incisività di tutela, acquistano autonomia tipologica. Così è stato per il diritto d'autore e il diritto al nome, così si ritiene debba essere per *le droit au secret* (93). Lo impone il fatto che esso sia volto ad assicurare protezione nei confronti di « une exigence d'intimité, qui surgit des profondeurs de l'individu » (94). Tanto fa sì che ne debba essere considerata fonte « la personne même, dont il garantit les aspirations profondes » (95). E a sanzionare la legittimità, dal punto di vista razionale e giuridico, di cosiffatto modello di ricostruzione teorica è ancora una volta la circostanza per cui solo in tal maniera si perviene a corrispondere all'esigenza di garantire « la

(87) Il rinvio al riguardo è espressamente ai contributi provenienti dalla Pandettistica, aggiungendosi, tuttavia, che la teorica in questione, « encore insuffisamment vulgarisée en France », appare allo stato priva di compiuta elaborazione: cfr. *Des droits* cit. I, pp. 226-7.

(88) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 228.

(89) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 227.

(90) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 227.

(91) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 227.

(92) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 227.

(93) Processo, questo, ancora in corso per la maggior parte dei diritti della personalità, di talché non è ad essi riconosciuta « individualisation », ma « restent, quant à leur nature intime, confondus et absorbés dans le droit général de la personnalité »: così F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 229.

(94) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 231.

(95) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 231.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sécurité des relations entre les hommes » (96) e, al tempo stesso, a fornire soddisfazione a quanto appare « consacrée par la conscience collective » (97).

## 4. *« Droit à la possession et à l'usage des lettres ».*

Analizzato e posto in prima linea l'aspetto costituito dalla *liberté et inviolabilité des correspondances* e dal *secret* — inizialmente, e non senza significatività, considerata, quindi, la *lettre* dal punto di vista del suo autore —, l'attenzione di Gény si sposta e perviene a quello che si offre come il secondo caposaldo su cui erigere un'esauriente costruzione dei vari diritti implicati in argomento. Il *corpus mechanicum*, e cioè lo scritto, di per sé proprio della lettera, fa sì che, senza che ne sia assicurata la disponibilità a favore di chi legittimato, non possa, quella che è la funzione della lettera stessa, concretamente realizzarsi. Ciò che, quindi, deve prendersi in considerazione è, da un lato, il criterio con cui giudicare della legittimazione ad utilizzare della lettera; dall'altro, il problema della natura giuridica di siffatta in sé materiale possibilità di disporre.

È con più diretto riferimento a tale ultimo profilo che interessa ripercorrere l'*iter* argomentativo seguito da Gény.

Il dato saliente si ha già nella considerazione d'apertura del discorso: qualificare fin dall'inizio tale disponibilità — o « *faculté* » (98) — come proprietà costituirebbe un *a priori.* Per questo è preferibile provvisoriamente denominarla *droit à la possession et à l'usage des lettres missives: droit à la possession*, poiché per sua funzione essa è destinata ad arrecare *utilité*, e, altresì, l'uno e l'altro di tali diritti, così provvisoriamente denominati, poiché solo attraverso la visione del loro insieme, « formant un tout homogène » (99), può giungersi alla percezione del « *complexus* le plus entier des avantages juridiques, auxquels donne lieu la correspondance » (100). Al problema di più adeguata qualificazione tecnica di quanto, solo

(96) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 231.
(97) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 231.
(98) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 236.
(99) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 237.
(100) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 237.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per comodità di riferimento, indicato come *droit à la possession et à l'usage*, potrà e dovrà pervenirsi, ma non prima che ne sia stata fatta puntuale ricognizione « dans son fonctionnement pratique, et, pour ainsi dire, dans sa vie concrète » (101).

E siffatto *fonctionnement pratique* o *vie concrète* del *droit à la possession et à l'usage* rivelano innanzitutto che solo titolare dello stesso non può non essere considerato che il destinatario della lettera. L'assunto ha dalla sua, quale « base juridique la plus solide » (102), un dato di fatto e cioè « la transmission, volontairement faite, par le créateur de la missive, à celui à qui il l'a destinée et qui l'accepte » (103), un dato di fatto, questo, cui può ricongiungersi un profilo ulteriore, com'è della configurabilità « d'un accord de volontés, tendant à transférer l'écrit épistolaire, avec sa qualité propre, de l'expéditeur au destinataire » (104).

E ancora un dato di fatto interviene a contribuire in ordine alla risoluzione del problema relativo al momento in cui la lettera potrà ritenersi acquisita al destinatario. Dovrà, infatti, tenersi per fermo, quale « résultat d'une nécessité inéluctable, d'une force des choses supérieure à tout arbitraire » (105), che la lettera, finché non spedita, apparterrà al suo autore — quando addirittura non sarà lecito dubitare che, in assenza di spedizione, sia comunque possibile parlare di lettera — e che, per converso, cesserà di appartenergli nel momento in cui sarà pervenuta al destinatario.

I quesiti pratici che potranno configurarsi durante il periodo intermedio reso necessario dalla spedizione — e che riguarderanno la determinazione del momento fino al quale l'autore avrà la facoltà di ritirare la lettera affidata alle Poste o l'individuazione del soggetto cui spetterà il diritto all'indennizzo nel caso di smarrimento della corrispondenza o altresì il diritto alla restituzione qualora l'indirizzo non sia stato sufficientemente precisato — verranno risolti « suivant notre méthode réaliste » (106) e quindi riconfermando, secondo

(101) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 300.
(102) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 240.
(103) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 240-1.
(104) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 240.
(105) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 243.
(106) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 248.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quanto risulta « tant au point de vue de la justice, qu'à celui de l'utilité sociale » (107) e secondo quanto per ciò stesso conforme « aux réalités et aux exigences de la vie sociale » (108), che di diritto al possesso e all'uso della lettera sarà ammissibile parlare, ma, in via di regola, solo nei confronti del destinatario.

A questo punto, esaurita l'indagine che potrebbe dirsi di ordine fenomenologico, quella che inizialmente avrebbe costituito un *a priori*, e cioè l'immediata qualificazione del diritto del destinatario in termini di proprietà, diviene metodologicamente corretta e, nel contempo, concretamente fondabile. E, tuttavia, non sarà sufficiente provvedere alla pura e semplice opera di qualificazione, peraltro nel caso di specie abbastanza scontata nel suo esito, poiché come ogni « travail de construction théorique » (109), anche questo non potrà essere « qu'affaire de tecnhique juridique, par suite oeuvre artificielle et libre, dont la valeur dépend seulement de la simplicité de son jeu, de la fécondité de ses résultats, et, pour tout dire d'un mot, de sa commodité pratique » (110). Il vero problema sarà, quindi, dar conto dell'utilità dell'operazione effettuata, il che, in definitiva, altro non significherà che contribuire al chiarimento di una circostanza fondamentale, quella per cui, traducendosi il sistema giuridico « en des concepts définis, qui s'impliquent les uns les autres et s'enchaînent par une série de liens, soit de causalité, soit de but, il ne saurait être indifférent de rattacher les phénomènes, qui méritent la sanction du droit, à tel concept ou à tel autre » (111). E, al tempo stesso, concorrendo alla formazione di quanto in sostanza equivarrà ad un'*armature conceptuelle et logique*, si farà con ciò anche in modo di fornire il diritto di uno strumento, se non indispensabile, tuttavia « puissant et sûr, pour aider à la réalisation de son but » (112).

Tanto premesso, dovrà prima superarsi un ostacolo, ché la riconduzione del *droit à la possession et à l'usage* nell'ambito dell'idea di proprietà incontra il principale ostacolo proprio in quello che

(107) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 254.
(108) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 294.
(109) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 303.
(110) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 303.
(111) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 303.
(112) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 302.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è il modo consueto di concepire l'essenza di quest'ultima. È, infatti, il profilo dell'assolutezza del diritto di proprietà ciò contro cui cozza la circostanza che al *droit à la possession et à l'usage* si affianchino, e ne limitino la portata, il diritto al segreto, d'autore ed *à la preuve* spettanti all'autore. L'alternativa logica che ne risulta può così configurarsi: o una diversa ricostruzione del *droit à la possession et à l'usage*, che, quindi, sia tale da ricomprendere in sé le varie situazioni giuridiche spettanti al destinatario ed all'autore, o la sottrazione dell'assolutezza da quanto essenziale in ordine al concetto di proprietà. Rifiutata la prima prospettiva e, più in particolare, la teoria, peraltro « séduisant » (113), del destinatario come depositario della lettera, poiché « en désaccord avec les faits, et les nécessités pratiques » (114) — come dimostra la circostanza per cui « tout le monde reconnaît » (115) che può il destinatario, a suo piacere, distruggere la lettera —, altro non rimane che operare sulla base dell'immagine della proprietà e di quelle che ne siano le reali peculiarità giuridiche. Peculiarità, queste, cui non contraddice l'eventualità di limiti all'ampiezza del godimento del bene da parte del titolare e che solo richiedono che « *en principe* » (116) egli sia libero di farne ciò che crede. Sarà poi della « nature des objets » (117) specificare i limiti che, quali *exceptions*, si opporranno all'assolutezza del diritto del proprietario. E così è appunto anche a proposito delle *lettres missives*, in ordine alle quali le residue facoltà che potranno spettare all'autore non entreranno in contraddizione con quanto in linea di principio riconosciuto al destinatario, ma solo interverrano a completarne la reale dimensione.

A misurare l'utilità concreta dell'operazione teorica così effettuata subentrerà poi la constatazione per cui, argomentando sulla base dell'idea di proprietà, sarà possibile, sia riferire al destinatario ogni e qualsiasi facoltà sulla lettera non contraddetta da un diritto

(113) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 309.

(114) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 309.

(115) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 309.

(116) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 319. La concezione della proprietà, cui al riguardo espressamente si rinvia, è quella del Marchese di VAREILLES - SOMMIÈRES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1905, p. 443 ss.

(117) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 319.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

espressamente riconoscibile all'autore, sia, al tempo stesso, consentire l'operatività della tutela penalistica incentrata sul diritto di proprietà, sia anche, da un punto di vista più generale, contribuire al rafforzamento della garanzia dell'interesse del destinatario, quale non potrà non aversi — stante la rilevanza della tecnica per l'esplicarsi del giuridico nel suo momento istituzionale — a seguito della riconduzione di tale interesse alla ben consistente immagine della proprietà, piuttosto che a quella, del tutto generica, e comunque provvisoria, del *droit à la possession et à l'usage* (118).

## 5. *« Des droits sur les lettres missives en concours avec d'autres droits »: in particolare « Les lettres missives et les droits des époux ».*

Come in tuti i casi di concorso di diritti in ordine alle *lettres missives*, anche per quanto attiene al conflitto, che abbia a determinarsi rispetto ai diritti spettanti ai coniugi, a dover essere applicato sarà il principio dell'« " équilibre " ..." ou de la prépondérance ".. " des intérêts en présence " » (119), principio, questo, in sostanza equivalente alla configurazione di un quadro sistematico da riempire nel suo contenuto « grâce à une exacte appréciation de l'essence et de la valeur des " biens de la vie sociale ", que les droits ont pour mission de garantir » (120).

L'argomento presenta un punto fermo, la potestà maritale, sulla cui sola base sarebbe anche agevole pervenire a riconoscere senz'altro al marito il potere di sottoporre a controllo la corrispondenza della moglie. Ma è proprio l'ineluttabilità di questa conclusione, che parrebbe imporsi in virtù della forza stessa del concetto di potestà, quel che Gény aspira a verificare.

Preliminare la riguardo è l'osservazione per cui il dato normativo, cioè l'art. 231 *Code civil*, appare formulato in termini troppo generali perché sia possibile dedurne convincenti indicazioni a proposito di quello che, in definitiva, è il problema di stabilire se la donna, una volta sposata, sia legittimata a intrattenere liberamente

(118) Cfr. F. Gény, *Des droits* cit., I, p. 323.
(119) F. Gény, *Des droits* cit., II, p. 110.
(120) F. Gény, *Des droits* cit., II, p. 110.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rapporti epistolari con terzi. Dovrà, quindi, farsi capo all'« esprit du droit français » (121). E sotto questo profilo, seppur, a livello di opzione individuale, potrebbe propendersi per un'immagine del rapporto di coniugio fondata sull'eguaglianza e « sur la confiance mutuelle » (122), sarebbe tuttavia inevitabile riconoscere che altro caratterizza al riguardo la tradizione tenuta presente dal legislatore e l'idea stessa che ne abbia l'opinione pubblica. Proprio in forza di ciò, vale a dire del costume e dell'opinione pubblica — entità, queste, da cui muovere per pervenire all'*esprit du droit français* —, potrà convenirsi sulla legittimità in via di regola del potere di controllo del marito sulla corrispondenza della moglie (123). Quegli stessi costumi e quello stesso « esprit de notre institution matrimoniale formée par la tradition historique » (124), che interverranno altresì a correggere la conseguenza astrattamente derivante dal concetto di potestà maritale, cioè l'esclusione di ogni potere di controllo della moglie sulla corrispondenza del marito. Sarà, codesta, una correzione che porterà innazitutto a rifiutare che possa, la posizione della moglie rispetto alle *lettres missives* del consorte, assimilarsi a quella di un qualsiasi terzo estraneo e quindi a ritenere che, essendo normale fra i coniugi una reciproca comunicazione della lettere, finirà, sempre in via di regola (125), per aversi un « quelque échec » (126), se non in ordine al diritto di proprietà del consorte sulle lettere, quanto meno in ordine al diritto dello stesso al *secret privé.*

## 6. *« Essai d'une synthèse »: verso l'individuazione di profili caratterizzanti.*

La conclusione di Gény, una volta portata a compimento la ricognizione della materia in tutti i suoi risvolti, è nel senso della riproduzione in sintesi dei risultati raggiunti, considerati, questi,

(121) F. Gény, *Des droits* cit., II, p. 212.
(122) F. Gény, *Des droits* cit., II, p. 213.
(123) Sui limiti all'esercizio di tale potere cfr. F. Gény, *Des droits* cit., II, p. 215 ss.
(124) F. Gény, *Des droits* cit., II, p. 221.
(125) Cfr. F. Gény, *Des droits* cit., II, p. 221.
(126) F. Gény, *Des droits* cit., II, p. 222.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella specificità del loro riferimento al tema in esame, ma altresì anche, e di nuovo, dal punto di vista delle premesse metodologiche che ne hanno determinato l'acquisizione (127).

È questo il momento, anche nella prospettiva dei rilievi qui svolti, di tentare una sintesi e cioè di utilizzare dei riferimenti testuali di cui sopra per giungere all'individuazione dei tratti salienti del *modus procedendi* di Gény, per quanto conformi all'anticipazione teorica degli stessi e, ancor più, per come effettivamente praticati.

### 6.1. *Il sostanzialismo giuridico di F. Gény.*

Una è la premessa da cui Gény costantemente muove: la sua *recherche* della disciplina giuridica da applicare alle *lettres missives* è *recherche* di un diritto, che non può non essere quale è, poiché connesso a dati di fatto che ne determinano più ancora che condizionarne il contenuto.

Saranno tali dati di fatto o i precedenti storici, quindi anche la tradizione, quindi il costume, o la natura stessa delle cose. Saranno altresì tali dati di fatto le esigenze di giustizia che, per ragioni di ordine morale innanzitutto, ma anche economico e di utilità sociale in senso lato, risulteranno proprie della coscienza collettiva nella storicità del suo concretizzarsi.

In ciascun caso non ne verrà meno una circostanza: al giurista, nell'espletamento del suo compito, si offriranno, come elementi di necessaria utilizzazione, aspetti riconducibili, e da Gény comunque senz'altro ricondotti, ad un ordine — quello, cioè, della realtà fenomenica — che è assunto in quanto espressivo di oggettività. È così che la *règle juridique*, lungi dal definirsi quale pura enunciazione di un voluto, o, altresì, quale puro dover essere, perverrà ad atteggiarsi come valore fattualmente identificabile e, pertanto, come manifestazione di ciò che unicamente sia da intendere per diritto positivo in senso vero (128).

---

(127) Cfr. F. GÉNY, *Des droits* cit., II, n. 323. Essai d'une synthèse, p. 417 ss.

(128) Sul concetto di diritto positivo, il cui ruolo è comunque dominante in tutta l'opera metodologica di Gény, in particolare cfr. *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1914, I, p. 42 ss. Significativi spunti in argomento nel volume collettaneo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In realtà, quei dati di fatto, i quali, in definitiva, altro non rappresentano che il *donné*, di cui si parla nell'*avant-propos*, non sono tutti egualmente riferibili ad un'identica dimensione. In particolare non lo è quell'incerta rappresentazione concettuale che si designa coi termini « coscienza collettiva ». L'individuazione di un referente in fatto in ordine ai contenuti, che, volta per volta, si voglia alla stessa assimilare, appare operazione dall'esito quanto meno dubbio.

È stato osservato, all'apparire del primo volume di « Science et technique en droit privé positif », che il contributo era da considerare come una delle manifestazioni « d'un état d'esprit tout à fait contemporain, que nous appellerions volontiers un idéalisme positif » (129). Lo spunto è da riprendere anche in ordine a « Des droits sur les lettres missives », e altresì da integrare.

La decisa apertura al c.d. *donné* nell'attività di ricerca del diritto realmente positivo, la sua collocazione in radice per quanto concernente i requisiti di scientificità dell'operazione demandata al giurista, si rivelano come un portato in sé storicamente relativo, frutto, cioè, del clima di rifiuto dell'onnipotenza del legislatore e dell'autosufficienza della legge, diffuso in Francia (e non soltanto in Francia) a cavallo fra il diciannovesimo ed il ventesimo secolo (130). All'origine di tale clima è la consapevolezza, che sempre più si diffonde (131), dell'inadeguatezza del *Code civil* a fronte dei bisogni nuovi proposti dal crescente dinamismo della società civile e altresì dall'evolversi del modello dei rapporti di produzione e di scambio (132). È, al

---

*Diritto positivo e positività del diritto*, a cura di G. ZACCARIA, Torino, 1991 e, in special modo, nella Presentazione al medesimo dello stesso G. Zaccaria.

(129) Così in *Rev. tr. dr. civ.*, 1913, III, p. 751, nella sezione di *Bibliographie des ouvrages de droit civil et de procédure civile* curata da P. Lerebours-Pigeonnière e R. Demogue.

(130) Ne costituisce significativa testimonianza lo scritto di A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, all'insegna del quale, nel 1902, esordisce la *Revue trimestrielle de droit civil*. Per le correnti giusliberistiche, soprattutto diffuse nell'area culturale germanica, è d'obbligo il rinvio a L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 201 ss.

(131) Fino a rappresentare il *leit-motiv* dei contributi raccolti nei due tomi del *Livre du centenaire*, Paris, 1904.

(132) Un non trascurabile contributo al dibattito proviene, com'è noto, dai vari

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tempo stesso, l'ulteriore consapevolezza dei limiti di un metodo giuridico, ristretto alla lettura della legge, o, qualora disposto ad andare al di là di essa, comunque incapace di superare il « finzionismo » costituito dalla riconduzione di quanto acquisito ad una pretesa *voluntas legis*, idolo pur sempre incombente ed ineludibile (133).

Il superamento di tutto ciò, cui Gény aspira tramite il *donné* e, ancor più, tramite la concezione dello stesso in termini oggettivi, sotto un ulteriore profilo risente del condizionamento storico. Pare scontato, da un punto di vista filosofico, intravvedervi riflessi positivistici. Ma a questi l'insistito rinvio alla coscienza collettiva aggiunge qualcosa di ulteriore ed è la sensibilità per le correnti neoidealistiche proprie del periodo (134). Il tutto, nel suo ricongiungersi ad un'immagine del giusto che è insita nel fatto in sé e quindi è per natura, seppur una natura storicamente determinata, finisce per confluire in un'ottica di tipo giusnaturalistico (135).

Storicità, quindi di un momento dell'approccio metodologico di Gény e, come tale, sua inevitabile caducità.

Ma questa, che può ritenersi al riguardo valutazione senz'altro accettabile, non lo sarebbe altrettanto qualora, non riuscendo a

---

filoni di pensiero riconducibili al c.d. socialismo giuridico: in proposito cfr. i due volumi dei *Quaderni fiorentini* del 1974/75.

(133) Cfr. R. SALEILLES, *Préface*, in *Méthode* cit., I ed., Paris, 1899, p. IX ss. In Italia la discussione, che pur si sviluppa intensa, sulle crescenti manchevolezze del codice civile non approda a tentativi di revisione del metodo giuridico ed anzi tende pur sempre a riaffermare il primato, se non addirittura l'esclusività, della fonte legale: per cenni cfr. G. FURGIUELE, *La « Rivista di diritto civile » dal 1909 al 1931*, in *Quaderni fiorentini*, 16 (1987), p. 520 ss.

(134) Significativi rilievi in argomento in R. SALEILLES, *École historique et droit naturel*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1902, p. 104 ss. Per il diffondersi in Italia di atteggiamenti analogamente ispirati, e comunque imperniati sull'immagine della coscienza collettiva, cfr. G. FURGIUELE, op. cit., p. 603 ss. ed ivi indicazioni bibliografiche. Per ulteriori premesse filosofiche della metodologia giuridica di Gény cfr. *infra* n. 6.3. Sull'accusa di eclettismo che, a tal riguardo, potrebbe essere formulata cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, 1970, III, p. 250.

(135) Aspetto, questo, ampiamente sottolineato fin dall'apparire di *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* e di *Des droits sur les lettres missives*: per tutti cfr. R. SALEILLES, *École* cit., p. 80 ss. e R. DEMOGUE, *Les lettres missives d'après un livre recent*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1913, II, p. 141 ed ivi puntuali rilievi su tale opera di Gény.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

svincolarsi dallo stretto riferimento ad un modo di concepire e di prospettare, in buona misura opinabile, tralasciasse di riflettere intorno ad aspetti, la cui rilevanza è tale da emergere comunque.

Nel momento in cui Gény, pur dominato dall'ansia di fondare il giuridico su basi più consistenti di quelle fornite dal puro e semplice *dictum* del legislatore e in tale ansia influenzato dall'atteggiamento filosofico dell'epoca, decisamente propende per la rilevanza oggettiva dei diversi ed ulteriori profili considerati e valorizzati, tuttavia quel che si impone e non può essere trascurato è che si finisca con ciò anche per richiamare l'attenzione su una caratteristica ineludibile della *recherche* propria del giurista, quindi della sua metodologia, se correttamente e consapevolmente impiegata.

È Gény stesso che sembra offrirsi ad una siffatta utilizzazione del suo pensiero allorquando del *donné* riconosce i limiti, com'è di ciò che non può non sortire che a risultati « trop généraux et trop vagues » (136). Se così è — e lo è senz'altro —, ma non vien meno l'idoneità del *donné* a rappresentare la premessa sulla quale fondare ogni ragionamento giuridico, più che il transeunte ossequio alla storicità di un condizionamento di vario tipo — peraltro presente e verificabile — è da scorgere e valorizzare quella che costituisce comunque un'implicazione rilevante di per sé. È, cioè, la *règle*, cui tende il giurista — ed è questa la profonda consapevolezza di Gény, cui deve aversi riguardo per più convenientemente valutarne il pensiero —, non il dato che trova giustificazione nella dimensione formale del suo essere, ma l'entità che, nel suo strutturarsi in termini logicamente autonomi, dipende pur sempre dal modo di essere di qualcosa che si colloca al di fuori di sé, siano essi fatti, pensieri, ideali, aspirazioni, bisogni o altro ancora.

Tanto si riproduce nello svolgimento dell'attività dell'interprete e ne incide irreversibilmente i caratteri.

### 6.2. *La « sfida » della complessità.*

Qualunque sia la natura da riconoscere ai fattori costitutivi del *donné*, se quella oggettiva a favore della quale mostra di propendere

(136) F. Gény, *Des droits* cit., I, p. VIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gény, o altra — quanto meno in ordine ad alcuni di tali fattori —, quel che ne scaturisce è che, non soltanto si dischiuda una prospettiva da cui più adeguatamente ripensare all'operazione ermeneutica effettuata dal giurista, ma che, nel contempo, al medesimo si offra una più elevato osservatorio, un osservatorio, cioè, in grado di consentirgli una visuale idonea a ricomprendere la molteplicità dei nessi che sono propri del fenomeno da esso considerato. L'ottica rivelata dalla norma di legge cessa dall'essere quella cui aver riguardo per prima nell'accostarsi al giuridico e, ancor più, nel delinearne il fondamento. Tanto meno, nella sua esclusività, appare sufficiente ad orientare le *recherche* in ordine alla *règle* da applicare ad ogni conflitto d'interessi, cui sia da riconoscere rilevanza giuridica. In realtà la legge — come anticipato nell'*avant-propos* (137) — non risulta essere altro che uno dei procedimenti tecnici in forza dei quali il diritto perviene ad espressione e il legislatore, per parte sua, niente più di un organo, che, in concorso con ulteriori organi, contribuisce al farsi di tutto ciò. L'interprete opererà sulla base di siffatta consapevolezza e, quindi, seppur in un quadro di compatibilità con quanto sia proprio di precetti legislativi eventualmente utilizzabili, avendo in primo luogo dinnanzi a sè la pluralità variegata dei fatti da selezionare e ricondurre all'equilibrio di una regola, il cui fondamento può essere sì in una legge, ma, ancor prima — o qualora essa, come sarà più frequente, manchi —, nell'idea stessa di giustizia che caratterizza la coscienza collettiva nella positività e storicità del suo essere.

È un richiamo, quello che al giurista proviene da Gény, ad « avventurarsi » in mare aperto, a non circoscrivere la propria funzione alla lettura dei dati normativi offertigli dal legislatore, a trascendere la significatività degli stessi nell'immagine di un giuridico che è di per sé e che rinvia non ad un solo strumento, lo strumento della legge, ai fini della necessaria acquisizione di concretezza e specificità.

A dischiudersi è il vasto orizzonte della *complessità*, che è sì del sociale, ma che è anche di quella peculiare dimensione dello stesso

(137) Cfr. *supra* n. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituita dal diritto e che è tale ad un duplice livello, del fondamento del fenomeno e delle componenti del medesimo (138).

Quanto sopra riportato dei criteri con cui Gény opera nel procedere alla sistemazione dei singoli frammenti tematici connessi alle *lettres missives* conferma, infatti, la sua aspirazione, che non solo è ad individuare la norma applicabile, ma, ancor più, a ravvisarne la giustificazione. E tale giustificazione verrà, a seconda dei casi, individuata nella storia, nella natura delle cose, nell'utilità sociale, nella morale e altresì, riassuntivamente, nel criterio di giustizia che, nel suo determinarsi, rimanda alla coscienza collettiva. A tutto ciò, in misura diversa a seconda delle caratteristiche riconducibili all'oggetto della stessa rinvia la *règle* cui l'interprete aspira e a tutto ciò deve aversi riguardo perché ne sia percepita la giuridicità.

È questa l'indicazione che si vuole provenga dai fatti, ditalché al giurista, com'è e non può non essere per Gény, finisca per dischiudersi un panorama di suggestiva ricchezza e, al tempo stesso, si offra la provocazione di un impegno incompatibile colla riposante « certezza » fornita dall'esclusività di un riferimento al dato legale.

E a quest'ultimo proposito altro può aggiungersi. Ridimensionato il ruolo della legge nel farsi del giuridico e privilegiata la prospettiva del fenomeno sociale nel suo in sé per da ciò derivarne la prima indicazione in ordine a quel che debba considerarsi diritto, avrebbe potuto scaturirne un duplice esito: o la riduzione, appunto del diritto, ad altra categoria del medesimo sociale o, per così dire, una sorta di scetticismo a proposito della « credibilità » stessa del diritto. L'una e l'altra di siffatte implicazioni Gény rifiuta. È vero che nella morale si ravvisa « la base la plus essentielle de l'ordre juridique tout entier » (139), ma tanto non è sufficiente a far ritenere che Gény voglia così negare l'autonoma logica del giuridico (140). Invero,

---

(138) Sulla prospettiva della complessità come attuale ineludibile approccio al problema della conoscenza in ogni suo settore cfr. *La sfida della complessità*, a cura di G. Bocchi e M. Ceruti, Milano, 1987 e G. NICOLIS - I. PRIGOGINE, *La complessità*, trad. it., Torino, 1991. In Italia, nell'ambito delle scienze sociali, ad essa si richiamano G. PASQUINO, *La complessità della politica*, Bari, 1985 e D. ZOLO, *Complessità e democrazia*, Torino, 1987. Non sembra che, allo stato, lo studioso dei fenomeni giuridici abbia manifestato in proposito analoga sensibilità.

(139) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 200.

(140) Per la risoluzione del diritto nella morale è scontato il rinvio alla posizione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perché si pervenga al diritto, sarà necessario qualcosa di ulteriore: che la « règle morale » (141) sia profondamente avvertita dalla collettività « comme répondant aux exigences de son développement » (142) e che a ciò consegua, « pour son efficacité pratique » (143), una sanzione positiva. Quel che in origine apparteneva alla morale, al realizzarsi di tale processo — e per ragioni che alla morale sfuggono e appartengono piuttosto a quelle della necessità sociale — muta sostanza e diviene diritto. E il processo in questione è reale: questo tende Gény a verificare e a dimostrare attraverso l'analisi del problema giuridico di cui alle *lettres missives*. Il giurista, privato delle certezze che a lui derivavano — o, *rectius*, parevano derivare — da un secolo di educazione al positivismo legale, vedeva prospettarsi davanti a sè una nuova certezza, quella di un fenomeno ancorato al sociale, quindi anche al fatto ed alla logica che di esso è propria.

Quale che sia il valore da riconoscere a tutto ciò — e sul punto dovrà poco oltre ritornarsi (144) —, è un profondo atto di fede nel diritto quello che così tende a manifestarsi da parte di Gény.

### 6.3. *Osservazione e intuizione, o l'ineffabile emergere dell'« idéal de justice, que suggère la conscience ».*

Ricondotto il diritto alla prospettiva della complessità, quale non può non essere in virtù della pluralità degli elementi che si vuole ne identifichino il sostrato, ne consentano la giustificazione e ne determinino il contenuto, ciò che a Gény si impone è di conseguenzialmente configurare una prima fase nell'*iter* della *recherche* cui il giurista attende.

È la fase dell'osservazione, o constatazione, dei fattori che in sé riassumono il *donné.*

Potrebbe apparire che sia questo un episodio nell'ambito della

---

al riguardo pressoché negli stessi anni assunta da G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, estr. dagli *Annali delle Università toscane*, Pisa, 1916.

(141) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 200.

(142) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 200.

(143) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 200.

(144) Cfr. *infra*, n. 6.3. e 6.5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

metodologia giuridica di Gény che, seppur decisivo in ordine all'identificazione della *règle*, sia destinato a compiersi in una logica che sfugge al controllo dell'interprete e che ad esso si oppone in forza di una necessità sua propria. Gény non affronta *ex professo* il punto. Fa di più: avvalendosi del riscontro sperimentale costituito dalle *lettres missives*, ne esemplifica casisticamente le modalità di realizzazione. E allora un rilievo può al riguardo formularsi: che l'utilizzazione nelle ipotesi specifiche di un singolo fattore riconducibile e ricondotto all'essenza del *donné*, quand'anche proposta in un'ottica che rinvia all'ineluttabilità di un processo di pura osservazione, in effetti non appare interamente tale, evidenziando piuttosto l'interferenza, decisiva, di una scelta che porta alla valorizzazione di un aspetto rispetto ad altri cui, in astratto, sia possibile riconoscere analoga incidenza. Così è prevalentemente a proposito delle situazioni di conflitto fra i vari diritti aventi ad oggetto le *lettres missives* e altresì di conflitto fra siffatti diritti e diritti di altro genere. Ne fornisce riprova quanto riferito in ordine al configurarsi del problema rispetto a ciò che appartiene al rapporto di coniugio, laddove il rinvio all'*esprit du droit français* e quindi all'« esprit de notre institution matrimoniale formée par la tradition historique » (145), idoneo sì a fondare il potere di controllo tradizionalmente riconosciuto al marito, non appare tuttavia di per sé tale da dover essere assunto come prioritario rispetto ad un ulteriore elemento del *donné*, quale sarebbe — e ad altro proposito da Gény è ritenuto (146) — della natura delle cose, e tanto qualora, come appunto si sostiene (147), meglio convenga all'essenza del matrimonio e l'eguaglianza fra gli sposi e la *confiance mutuelle.*

Ma se di scelta è opportuno parlare già con riguardo all'*inventio* che parrebbe essere della fase di osservazione del *donné* e che, per contro, non si rivela nella sua concretezza tale (o esclusivamente tale), a considerazioni non dissimili appare esporsi l'ulteriore tappa della sequenza additata e praticata da Gény, quand'anche proprio dai caratteri di quest'ultima non possa addirittura risalirsi al fine di dar conto dell'effettivo modo di essere della prima. L'osservazione

(145) F. GÉNY, *Des droits* cit., II, p. 221.
(146) Cfr. *supra*, n. 2.
(147) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 199.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in Gény non è, infatti, fine a sé stessa, bensì è resa funzionale alla rilevazione di ciò che sia conforme a giustizia alla stregua della coscienza collettiva. Può dirsi che sia l'*idéal de justice* a risultarne determinato, ma può più verosimilmente dirsi che sia quest'ultimo a determinare la direzione in cui verrà a svolgersi l'osservazione, che è del *donné*, e la selezione fra l'uno e l'altro dei contenuti dello stesso. Gény nell'affrontare i singoli nodi problematici connessi alle *lettres missives* segue un ordine che è identico a quello delineato al riguardo nell'*avant-propos*. In realtà nella sua concezione, e ancor più nell'applicazione della medesima, i due momenti appaiono piuttosto come parti di un tutt'uno inscindibile e ben quindi può spiegarsi che siano destinati ad interreagire in una logica che, più di quanto non si dichiari, abbia in premessa, più che come conseguenza, una valutazione a proposito di ciò che, quasi in linea di principio, sia da considerarsi conforme a giustizia.

Una conclusione, questa, a maggior ragione suscettibile di trovare conferma qualora si abbia presente la natura del processo intellettivo, cui si vuole abbia a conseguire tale immagine del giusto: quel che nell'*avant-propos* era fatto dipendere dal realizzarsi dell'*élan de croyance* (148), nello svolgimento analitico di quanto connesso alle *lettres missives* si specifica attraverso il rinvio a ciò che al riguardo si determina nella coscienza, a ciò che « nous sentons et nous croyons » (149), quindi a *sentiment* e *croyance* che sono sì del singolo interprete, ma che a lui provengono in virtù di intuizione da quanto è proprio della *conscience collective.*

L'influsso della gnoseologia di Bergson, che così perviene a realizzarsi rispetto a quella che potrebbe dirsi la gnoseologia giuridica di Gény, è fin troppo manifesto per dover essere ulteriormente sottolineato (150).

Nuovo tributo, questo, inevitabilmente pagato da Gény alla contemporaneità che è sua e, per ciò stesso, nuovo elemento che, quanto alla ricostruzione offerta, concorre a definirne i limiti. Limiti che, come già era a proposito dell'apertura al *donné* opposta alla

(148) Cfr. *supra* n. 2.

(149) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 199.

(150) Per un rilievo al riguardo cfr. P. Lerebours-Pigeonnière e R. Demogue *supra* cit. in ntt. 129. A Bergson rinvia lo stesso Gény in *Des droits* cit., I, p. XI nt. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

restrizione di una visuale ripiegata sul solo elemento di derivazione legale, sono da intravvedere piuttosto nel modo di ripensare alla natura di un approccio che non nell'autentica incidenza del medesimo. Anche in ordine all'*idéal de justice, que suggère la conscience* e che all'interprete si appalesa in virtù di intuizione, potranno quindi nutrirsi perplessità, com'è di ciò che appare inscindibilmente connesso ad una determinata prospettiva filosofica, e peraltro, come sarà della precomprensione nell'ambito della corrente di pensiero che fa capo all'esperienza ermeneutica secondo Gadamer (151), o, più in generale, del giudizio di valore, non ne verrà meno il profondo significato per quel che ha tratto alla rilevazione di un momento ineliminabile nel concreto farsi del ragionamento giuridico. La qual cosa, al tempo stesso, val quanto dire che, seppur sia disagevole ripensare in termini teoricamente adeguati al dipanarsi della *recherche* intorno al diritto nella più profonda scaturigine del suo determinarsi, financo quasi a ritenere inesprimibile ciò che di più recondito appartiene al suo modo di essere, non per questo potranno approvarsi « scorciatoie », che, in qualche modo, conducano a sottrarre passaggi ad un processo a tutto vantaggio di quelli, solo all'apparenza, più marcati e concettualmente riproducibili.

Di tanto Gény è consapevole e sconta siffatta sua consapevolezza offrendosi all'improbabilità di una teorizzazione che, per voler essere completa, rivela, ancor più nell'applicazione, tutta la fragilità riferibile all'immagine di alcuni dei suoi nodi cruciali.

### 6.4. *Il momento della tecnica, o della razionalità deduttiva e della costruzione.*

Ruolo prioritario dell'*idéal de justice, que suggère la conscience* e tuttavia inconfondibile razionalità della sequenza che approda al giuridico: *donné* e *conscience collective*, osservazione e intuizione, non rappresentano nell'ottica di Gény elementi o aspetti che possano in qualche modo infirmare un assunto, quello, cioè, per cui *fondement rationnel* e *fondement juridique* sono destinati a coinci-

(151) Cfr. H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960 e J. ESSER, *Vor verständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dere. Di tutto ciò costituiscono anzi il miglior termine di riprova, poiché è delle esigenze di giustizia, e quindi di utilità sociale, implicite nei fatti, l'attitudine a porsi come espressioni di razionalità e, per codesta ragione, l'ulteriore attitudine ad attrarre in analoga dimensione il diritto cui sono destinate a conferire giustificazione (152).

Ma la logica che, dal punto di vista dell'operazione conoscitiva, è, in tale fase della *recherche*, di carattere induttivo, non risulta destinata ad esaurirsi in se stessa. Il risultato, « quelque peu amorphe » (153), al quale perviene, abbisogna di un completamento. È del giuridico la sostanza, ma, non meno di ciò, anche la forma. E ad essa si giunge mutando approccio: dall'induzione alla deduzione, dall'intuizione alla costruzione (154). Le acquisizioni che provengono dall'una fase del processo, integreranno la premessa indefettibile al compiersi dell'altra.

Il giurista, astretto dalla necessità di corrispondere alle istanze di giustizia che sono e della realtà propria dei fenomeni considerati e del modo di guardare agli stessi, quale si produce nell'ambito della *conscience collective*, ha tuttavia qualcosa di peculiarmente suo da apportare: l'elaborazione degli strumenti concettuali finalizzati alla resa in termini operativi del nucleo che ad esso si impone. Nal far ciò si realizzerà in quanto tecnico. E la sua tecnica consisterà nell'individuare nessi di conseguenzialità con cui dall'*idéal de justice, que suggère la conscience* pervenire all'immaginazione di categorie funzionali agli scopi pratici ai quali deve corrispondersi e, altresì, nell'impiegare qualsivoglia risorsa argomentativa possa risultare opportuna al fine di tessere il più ampio e solido reticolato di indicazioni precettive per mezzo del quale, per quanto è possibile in via riflessa, padroneggiare la sempre rinnovantesi complessità dell'esperienza. È attività di costruzione, la sua, ed è attività di significativo

(152) Cfr. *supra* n. 3.

(153) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 163.

(154) Duplice sequenza, questa, su cui immediatamente richiamano l'attenzione P. Lerebours-Pigeonnière e R. Demogue nel presentare nel 1911 il lavoro di Gény sulle *lettres missives* nella rubrica di aggiornamento bibliografico da essi curata in *Rev. tr. dr. civ.*, 1911, pp. 752-3. Ad essa esplicitamente opererà riferimento GÉNY in *Science* cit., I, p. 188 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spessore teorico. È, nel contempo, attività che, nella profonda consapevolezza che al riguardo ne ha Gény, tende e non può non tendere al sistema. Che si tratti di un sistema al quale non è consentito ravvisare in se stesso la propria giustificazione, al quale, quindi, perché ne sia credibile ed opportuna la configurazione, sia inevitabile misurarsi con quanto sussiste al di fuori di sé, ciò non toglie che la prospettiva concettuale, che è del medesimo, sia quella che all'interprete si impone come forma obbligata al fine di non smarrire quanto è della ragione medesima del giuridico. Concetto e sistema, quindi, specificità tecnica dell'uno e dell'altro, che, con riferimento all'analisi svolta in ordine ai rapporti connessi alle *lettres missives*, condurranno, rispetto a ciascun settore tematico, ad elaborare il complesso delle categorie suscettibili di dar conto, e di ricomporre fra di loro, i criteri di disciplina delle varie situazioni di conflitto d'interessi e, come avverrà a proposito del passaggio dall'indistinto *droit à la possession et à l'usage des lettres* al ben più radicato diritto di proprietà (155), altresì tali da porsi come l'unico modo per garantire quel vantaggio, « capital en vue d'assurer la technique de toute notre institution » (156), che è del contribuire alla facilità applicativa della pluralità dei principi e delle norme suscettibili di essere utilizzate in presenza di singole fattispecie.

E tuttavia concetto e sistema, quelli cui Gény attende, che rifiutano compromissioni sia col concettualismo, sia colla dogmatica fine a se stessa e viceversa, seppur ineliminabili, pur sempre momenti di approdo di un procedimento intellettivo che aspira a rinvenire altrove la premessa e la giustificazione di sé.

È a codesto riguardo che un rilievo può formularsi.

La tecnica per Gény consiste « en agencements, largement artificiels, introduits, dans la vie sociale, par l'ingéniosité de l'homme » (157): è, quindi, « oeuvre de sa volonté » (158). Volontà,

(155) Cfr. *supra* n. 4.

(156) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. 331. Per rilievi sul ruolo della tecnica in Gény e per una panoramica sul dibattito in proposito in Francia cfr. J. BONNECASE, *Supplement*, in *Traité théorique et pratique de Droit Civil* par G. Baudry-Lacantinerie, I, Paris, 1924, p. 412 ss.; ID. *Introduction à l'étude du Droit*, Paris, 1931, p. 254 ss.

(157) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. IX.

(158) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. IX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questa, condizionata dal *donné* e, peraltro, in certa misura libera, poiché ad essa spetta scegliere « entre les divers moyens susceptibles de conduire au but » (159) e, così facendo, determinarli, precisarli, affinarli « suivant les suggestions d'une sorte d'instinct se joignant à l'expérience pour former ce que l'on appelle souvent le sentiment de la pratique » (160).

Di tutto ciò è palese, e del resto espressamente riconosciuto, il nesso che è colla dimensione dell'azione, propria del pragmatismo, nonché di altre correnti filosofiche appartenenti al periodo a cavallo fra il secolo diciannovesimo ed il ventesimo (161).

In realtà, quanto è significativo di tale fase della *recherche* che tende al giuridico non sembra attenere né alla prospettiva della volontà né a quella dell'azione — che, in sé prese, parrebbero piuttosto essere destinate ad incidere sul momento, diverso, di selezione fra i vari, possibili, fattori riconducibili al *donné* (162) —, bensì al convincimento circa l'inevitabilità per il giurista di coltivare il proprio tecnicismo e, nel contempo, circa l'intrinseca consistenza del medesimo. La sua è, infatti, attività determinata, quanto al modo di proporsi, dalla necessità di aderire alla natura delle cose e alla *conscience collective* e tuttavia « creativa » nella misura in cui tanto non basta e rinvia all'intermediazione, ineludibile, rappresentata dall'allestimento di un'*armature* di « procédés intellectuels les plus variés, concepts, définitions, classifications, jugements, raisonnements » (163) e altro ancora. Ne consegue che, seppur non sempre risulti controllabile ciò che sia del *donné* — a prescindere, quindi, dalla concezione che ne è al riguardo in Gény —, non altrettanto potrà ritenersi del *construit*, che, realizzandosi sul piano dell'infe-

(159) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. IX.

(160) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. IX.

(161) Per quanto concerne *Des droits sur les lettres missives* può nuovamente rinviarsi al vol. I ed ivi, p. XI nt. 1, la citazione dell'edizione francese di W. JAMES, *Le pragmatisme* e della relativa introduzione di H. BERGSON dal titolo *Verité et réalité*. Una dettagliata elencazione dei vari esponenti della c.d. *philosophie nouvelle* nei cui confronti Gény si ritiene debitore è in *Science* cit., I, *passim* ed ivi, peraltro, a pag. 75 nt. 1, l'esplicito rifiuto dello « pseudo-pragmatisme de l'École de Florence » facente capo a Papini e Prezzolini.

(162) Sul punto cfr. anche *infra* n. 6.5.

(163) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. X.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

renza deduttiva e dell'argomentazione, identificherà per ciò stesso nella prospettiva della logica quella con cui offrirsi alla verifica ed alla valutazione quanto all'attendibilità di ciò che ne costituisca caso per caso il contenuto.

In definitiva, se è il *donné* a fornire la direzione in cui dovrà svolgersi la *recherche* che è del diritto e tuttavia spetti al *construit* portarla a compimento, quanto meno un'indicazione sicura verrà così ad essere fornita al giurista (e l'indagine svolta in ordine alle *lettres missives* aspirerà a farsene riprova): a rifiutare, cioè, l'« impressionismo » (164) di ogni semplificazione che non svolga fino in fondo, e coerentemente, quella fase, di intrinseca rilevanza sistematica, costituita dall'elaborazione di argomenti e concetti, che sono propri della tecnica che è sua.

### 6.5. *Il metodo « à la fois réaliste, critique et technique » di F. Gény: attualità e limiti.*

« Oeuvre de franchise », quella di Gény, sottolinea la prefazione di Raymond Saleilles alla prima edizione di *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (165). « Oeuvre de franchise », può ripetersi a proposito di *Des droits sur les lettres missives* e dell'applicazione di metodo che, per suo tramite, vuole essere effettuata o, altresì, per rifarsi alla terminologia che opportunamente Gény richiama a proposito di sé, affermazione di un metodo « à la fois réaliste, critique et technique » (166).

« Realismo », questo, che si ha nel ricondurre il diritto alla dimensione della complessità, di cui la legge è in grado, quindi, di esprimere una parte soltanto; nel valorizzare l'apporto della giurisprudenza a fini di integrazione della naturale insufficienza della

(164) È terminologia, questa, ricorrente in Gény: così a proposito delle « sentences purement impressionnistes de certains bons juges », di cui, con trasparente allusione, si parla in *Les procédés d'élaboration du droit civil* cit., p. 179 o a proposito del « sens impressionniste », in cui potrebbe evolvere l'applicazione della *philosophie nouvelle* al metodo giuridico, al quale si accenna in *Science* cit., I, p. 185. È, altresì, terminologia, cui ricorre R. DEMOGUE, *Les lettres* cit., p. 144, laddove si sostiene che il realismo critico di Gény non conduce quest'ultimo « à des solutions, pour ainsi dire, impressionnistes ».

(165) Cfr. ivi, I, p. VI.

(166) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. XIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legge e, peraltro, nel rifiutare l'abbandono ad una sorta di decisionismo giudiziale quale forma idonea a restituire all'interprete quella sicurezza di riferimenti che la declinante onnipotenza del legislatore fatalmente sottrae; nel richiamare la dottrina ad una precisa assunzione di responsabilità in ordine al ruolo, che alla stessa, non meno che al legislatore ed al giudice, compete nella *recherche* che è del diritto. E, di nuovo, « realismo » che si ha nell'additare i diversi piani e profili secondo i quali tale *recherche* è destinata a svolgersi, epperò nell'aver ben chiaro che, in un ordinamento evoluto, se non prioritario è, comunque, decisivo quello costituito dalla tecnica; nel rinviare all'insopprimibile sostanza logica e concettuale di quest'ultima; nondimeno, nel manifestare consapevolezza in ordine al fatto che, dei procedimenti appartenenti al giurista, ciò che rileva è l'adeguatezza al fine, individuato, esso, nell'*idéal de justice*, e non l'astrattezza del loro essere in sé.

*Science, croyance* e *technique* costituiscono i tre momenti attorno ai quali organizzare in sequenza il « realismo », che è del metodo di Gény. L'analisi dell'attuazione dello stesso, per come realizzatasi in ordine alle *lettres missives*, fa sì che *science* e *croyance* appaiano meno distinte di quel che si vorrebbe e, nel contempo, meno inclini a risolversi sul piano dell'oggettività fenomenica di quel che parrebbe auspicabile nell'intento, che è di Gény, a sostituire alla « certezza » della legge una diversa e ancor più indiscutibile « certezza », quella dei fatti e della *conscience collective*, o della ragione ad essi immanente. La *technique*, per parte sua, si rivela per quello che è: molto meno esplicazione di *volonté* e piuttosto sviluppo di concetti e di argomentazioni in un'ottica che è essenzialmente di tipo deduttivo e sistematico. In definitiva, si rivela come riaffermazione dell'« ingéniosité de l'homme » (167) e, tuttavia, come una prova di ingegno necessitata dall'esigenza di corrispondere ai fini propri del diritto — che si ritengono irrealizzabili in assenza di un adeguato momento tecnico — e, per altro verso, necessitata dalla dimensione della logica, che è quella all'interno della quale essa è chiamata a muoversi.

Perviene, così, a ridimensionarsi se non addirittura a contrad-

(167) F. GÉNY, *Des droits* cit., I, p. IX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dirsi il senso di quel « manifesto » sul metodo giuridico che era parso potersi intravvedere nell'*avant-propos*? (168).

In realtà è proprio attraverso il rilievo delle correzioni, o delle smentite, derivanti al modello teorico proposto dall'applicazione dello stesso per come effettuata in ordine alle *lettres missives*, che si giunge ad una più esatta comprensione del contributo arrecato da Gény al discorso sul metodo, almeno con riguardo a questa fase che precede l'imponente affresco costituito da *Science et technique.* Se ne colgono, cioè, per così dire riscontrate in « fatto », quale è di un'utilizzazione in concreto, sia le premesse sul piano della collocazione ideale, sia, quindi, le componenti di inevitabile relatività storica.

Non per questo sembra, però, venirne meno il maggior significato, tanto più oggi che, seppur sia lecito dubitare dell'ancoraggio alla dimensione dell'oggettività di ogni valore che tenda ad affermarsi in quanto giuridico, tuttavia è dato assistere, non sempre col rigore e la consapevolezza dovuta, al riproporsi di un interrogativo di fondo, quello del concetto della giuridicità e delle sue fonti e, per ciò stesso, della natura e del metodo dell'atto di interpretazione. È con riguardo a ciò che all'insegnamento di Gény, al suo realismo critico e tecnico, depurato dei vari orpelli che lo accompagnano in prospettiva più genericamente filosofica e considerato sotto il profilo di quanto ne rappresenta il nucleo più autentico, può riconoscersi un ruolo tuttora decisivo. Il richiamo, che è rivolto al giurista, è a diffidare di qualsivoglia dogmatismo e, *in primis*, di quello che fa leva sull'autosufficienza della legge per ridurre l'opera dell'interprete nei margini di una semplicistica, e passiva, ricognizione di soluzioni esaustive, poiché prestabilite. È, altresì, ad affidarsi alle capacità di elaborazione critica della propria ragione, quale unico strumento in grado di corrispondere alle finalità del diritto in tutta la diversificazione problematica che di esso è propria. È, infine, a credere in sé, nella specificità del proprio compito e della propria tecnica, in quanto tali ad altro non riducibili.

(168) Cfr. *supra* n. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JEAN CARBONNIER

# POSTFACE

Au temps lointain où j'étudiais le droit à la Faculté de Bordeaux, à la veille des années 30, l'oeuvre de Gény était couramment célébrée devant les étudiants pour la rupture décisive qu'elle avait opérée avec les routines du siècle précédent. Julien Bonnecase, qui m'enseigna le droit civil — à tout le moins les joies du droit civil — enchâssait dans ses cours (c'était sa pédagogie de « morceaux choisis ») de copieux extraits de *Science et technique* aussi bien que de *Méthode d'interprétation et sources*; il se réclamait sans ambages de la libre recherche scientifique; et s'il émettait un regret, c'était que le Maître de Nancy eût abandonné depuis quelques années le combat philosophique pour se laisser absorber par des travaux prosaïques de droit positif.

Le fait est qu'il y avait chez François Gény un esprit d'ascèse dans le labeur, une modestie qui allait jusqu'à l'effacement. Quand on se reporte au tableau qu'à mi-siècle, en tête des Etudes offertes à Georges Ripert, il dressait de « l'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française », on est admiratif et toutefois déconcerté de la rapidité avec laquelle il glisse sur l'impact de son *best seller* de 1899, comme s'il avait des remords d'avoir déposé cet explosif à la porte d'un droit civil trop tranquille. II n'avait pas de remords, en réalité, mais il n'avait pas le goût de se comporter en chef d'école. Aussi, peu à peu, avait-il été moins lu, moins écouté.

C'est une observation banale en histoire littéraire : les gloires les mieux établies subissent un temps d'éclipse (de purgatoire, selon la métaphore catholique); après quoi, plus ou moins longtemps après, elles regagnent la pleine lumière. Nous sommes entrés maintenant dans la phase où justice est rendue de nouveau à l'oeuvre de Gény;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

et nul doute que le présent volume, dans la magnifique diversité de ses hommages, ne marque cette renaissance et ne contribue à lui imprimer un élan victorieux.

S'interroger sur les causes qui avaient pu déterminer l'intérim dont nous sommes heureusement sortis n'est pas, cependant, sans importance. L'éclipse est une épreuve de vérité : nous pouvons espérer par elle saisir ce qui faisait l'originalité profonde de Gény, l'originalité qui éloigne, un moment, les conformismes.

Parlons tout de suite de la jurisprudence: d'elle était venu, en effet, le malentendu fondamental qui écarta de Gény une génération de juristes. Cette génération qui fut aux commandes du système juridique, en France, avant et après la Seconde Guerre mondiale, n'avait d'yeux que pour les arrêts de la Cour de Cassation.

Or, dès le début, le livre de la *Méthode* avait dénié à la jurisprudence d'être une source autonome de droit. Il l'avait refoulée à n'être que l'accessoire, flacon transparent, de la loi qu'elle interprétait, ou l'amorce d'une vraie coutume in *statu nascendi*. J'avoue ne pas voir, aujourd'hui encore, ce que la démonstration, dogmatiquement, constitutionnellement, avait de reprochable. Néanmoins, dès 1899 elle avait surpris, car déjà on pouvait lui opposer, à l'actif de la Cour de Cassation, maintes prouesses réputées progressistes (la créance directe du bénéficiaire de l' assurance, par exemple), lustrées et illustrées par Labbé. Quarante ans, cinquante ans plus tard, en tout cas, la position apparaissait comme franchement intenable, alors que, par la carence du législateur français, la jurisprudence était devenue l'unique sauvegarde des victimes d'accidents de la route. N'aurait-on pu entreprendre une réconciliation boiteuse, en alléguant qu'après tout la Cour régulatrice n'avait fait que s'emparer, à des fins légitimes de sauvetage, de la libre recherche scientifique? Le *hic*, c'est que précisément elle se refusait à être libre, entendant constamment se retrancher derrière un texte, fût-il tordu jusqu'à être méconnaissable, tel le fameux alinéa ler de l'article 1384. Elle se voulait interprète, rien qu'interprète, pendant que ses enthousiastes la proclamaient créatrice à l' égal de la loi.

Gény n'admettait aucune source à égalité avec la loi. Personne n'a affirmé plus nettement que lui le primat de la loi écrite et même de la loi écrite reçue, ainsi que la recevaient les Exégètes, comme

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'expression d'une volonté. Et pourtant il semble qu'ici encore un brouillar d'incompréhension se soit formé. Dans une note (au *Recueil Sirey*, 1903, 2, 274) qui passa inaperçue sauf de celui qui était visé sans être nommé (*Méthode*, 2ème éd. , t. II, p. 238), Eustache Pilon, pour lors professeur à Lille (il devait terminer sa carrière à la Cour suprême), s'en était pris vivement à la formule « Par le Code civil, mais au-delà du Code civil », où il apercevait une menace pour le respect dû à la loi, à toute loi, facteur indispensable de l'ordre social. Et n'hésitant pas à porter la discussion sur le terrain politique — ce qui resta, semble-t-il, tout à fait exceptionnel — il dénonçait dans les tendances de l'école nouvelle, ainsi qu'il l'appelait, une tentative pour déposséder le pouvoir législatif, alors que « seules les réformes législatives pouvaient réaliser d'une façon vraiment durable les améliorations économiques et sociales attendues par la démocratie ». C'est que, pour lui, il était assez vain d'élever en théorie la loi au sommet si, en pratique, son rôle était considérablement amoindri, si on lui rognait les ailes de l'interprétation à l'infini, si l'on transférait à d'autres une part de son monopole d'innovation. Plus d'une fois et sous divers angles, Gény a été comparé à Savigny; les réflexions de Pilon suggéraient de mener différemment le parallèle. Savigny avait repoussé l'idée de codification parce qu'elle lui paraissait porteuse, dans le contexte de l'époque, de réformes (telle l'abolition de la féodalité) qu'il réprouvait intimement. Gény, sans rejeter la loi, l'a bloquée, l'a arrêtée dans ses possibilités d'expansion, sans doute parce qu'il n'avait pas, en son for intérieur, une entière confiance dans le législateur parlementaire de son temps (il n'est pas interdit de conjecturer qu'il n'aimait pas la loi de divorce et qu'il eût rendu plus libérale la loi Waldeck-Rousseau sur les associations).

Le judiciaire réduit à ne procéder que par cas d'espèce ou par tissage patient d'une coutume, le législatif enfermé dans sa décision immédiate sans vocation à régir l'imprévu — à qui donc était destiné le présent royal de la libre recherche scientifique? La doctrine était disponible comme un troisième pouvoir. C'est à elle que Gény avait dû penser. Non pas, toutefois, comme à la *communis opinio doctorum*, un corps organisé parlant d'une même voix, mais comme à un club informel, invisible, où chacun — professeur, magistrat, avocat — au gré de ses devoirs ou de ses penchants, poursuivrait librement

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sa propre recherche. Des individus, point de laboratoires; des juges, point de jurisprudence. Alors « votre recherche sera trop libre pour être scientifique » s'était écrié Emmanuel Lévy dans le compte-rendu mi-figue, mi-raisin qu'il avait donné à l'*Année sociologique* (1900, p. 319-323). Sociologue bien qu'un peu amateur, il n'apercevait d'authentique recherche scientifique pour le droit que dans la sociologie dukheimienne. Gény n'excluait pas la sociologie, non plus que le droit comparé, de sa panoplie intellectuelle. Il n' ignorait pas Eugen Ehrlich, et comment ne se serait-il pas senti proche de Raymond Saleilles, « l'enchanteur irrésistible »? Quant à lui, cependant, il se contentait des instruments de la tradition : la conque du droit naturel (où l'on écoute les murmures du ciel), la balance des intérêts, et même l'intuition du juste. Dans la formule magique, les lecteurs avaient eu grand tort de placer l'accent sur *scientifique*, au risque de se perdre dans l'impasse épistémologique (dans le droit, qu'est-ce que la science?). C'est *libre* qui était l'essentiel.

Le mot condensait un message. L'oeuvre elle-même pourra être revisitée, révisée, elle s'effritera peut-être : le message demeurera. On ne le remarque pas assez : en 1899, pour la première fois en France (faut-il dire depuis Domat? depuis Montesquieu?), un juriste s'adressait aux juristes et leur parlait de leur métier.

Auparavant, ils étaient penchés sur leur matière, ils ne voyaient que le droit, non pas leur rapport, leur distance au droit. Gény les a relevés et leur a dit « Vous êtes libres ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*Ragguagli fiorentini*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

# ATTIVITÀ DEL 'CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO' NELL'ANNO ACCADEMICO 1990/91

Durante il 1991 sono stati graditi ospiti del Centro per un soggiorno di studio la Prof. Clara ALVAREZ ALONSO, Titular nella Università Autonoma di Madrid, e il Prof. José Maria GAY ESCODA, Titular nella Università di Barcelona.

Durante il 1991 sono stati pubblicati i seguenti volumi della 'Biblioteca' del Centro: Osvaldo CAVALLAR, *Francesco Guicciardini giurista - I ricordi degli onorari* (36); Bernardo SORDI, *L'amministrazione illuminata - Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina* (37); Franco CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi - La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)* (38); Bartolomé CLAVERO, *Antidora - Antropologia catòlica de la economia moderna* (39); Giovanni CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)* (40).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

# *Indice*


*pag.*

Paolo Grossi, *Pagina introduttiva (Ripensare Gény)*. . . . . 1

Pierre Kayser, *La vie et l'oeuvre de François Gény* . . . . . 53

Christian Atias, *L'essai d'épistemologie juridique de François Gény: un chapitre oublié de « Science et technique »* . . . . . 77

Bruno Oppetit, *François Gény et le droit naturel* . . . . . 89

Jose Luis de los Mozos, *Algunas reflexiones a proposito de la teoria de la interpretación en la obra de François Gény* . . . . . 119

Gerard Timsit, *Gény, le juge et le silence* . . . . . 149

Angel M. Lopez y Lopez, *Gény, Duguit y el derecho subjetivo: evocación y nota sobre una polemica* . . . . . 161

Norberto Bobbio, *François Gény: una prefazione* . . . . . 181

Jaro Mayda, *Gény and the Common-Law World: thirty Years later* . . . . . 189

Carlos Petit, *« A Contributor to the Method of Investigation ». Sobre la fortuna de Gény en America* . . . . . 201

Bartolome Clavero, *El metodo entre infieles o el codigo en España* . . . . . 271

Jose Maria de la Cuesta Saenz, *Reflejo del pensamiento de F. Gény sobre la costumbre en la doctrina civilista española* . . . . . 319

Miguel Reale, *Gény na cultura jurídica brasileira* . . . . . 351

Pietro Costa, *L'interpretazione della legge; François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento* . . . . . 367

Giovanni Furgiuele, *François Gény civilista, o dell'« application d'une méthode critique d'interprétation » del diritto (a proposito di « Des droits sur les lettres missives »)* . . . . . 497

Jean Carbonnier, *Postface* . . . . . 537

*RAGGUAGLI FIORENTINI*

*Attività del ' Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno ' nell'anno accademico 1990/91* . . . . . 543


© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

# *I collaboratori del ventesimo « Quaderno »*

Paolo GROSSI

*Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano* - Università di Firenze

Pierre KAYSER

*Professeur Honoraire à la Faculté de Droit et de Science Politique* - Université d'Aix-Marseille

Christian ATIAS

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique* - Université d'Aix-Marseille

Bruno OPPETIT

*Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)*

José Luis de LOS MOZOS

*Catedrático de Derecho civil* - Universidad de Valladolid - *Magistrado del Tribunal Constitucional del Reino de España*

Gérard TIMSIT

*Professeur à la Faculté de Droit* - Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Angel M. LOPEZ Y LOPEZ

*Catedrático de Derecho civil* - Universidad de Sevilla

Norberto BOBBIO

*Prof. Emerito di Filosofia della politica* - Università di Torino - *Senatore a vita della Repubblica italiana*

Jaro MAYDA

*Emeritus Professor of Law and Public Policy* - University of Puerto Rico

Carlos PETIT

*Catedrático de Historia del derecho* - Universidad Autonoma de Barcelona

Bartolomé CLAVERO

*Catedrático de Historia del derecho* - Universidad de Sevilla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

José Maria DE LA CUESTA SAENZ
*Profesor Titular de Derecho civil* - Universidad de Valladolid

Miguel REALE
*Professor Emérito de Filosofia do Direito* - Universidade de São Paulo

Giovanni FURGIUELE
*Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto privato* - Università di Firenze

Jean CARBONNIER
*Professeur Honoraire à l'Université de Droit de Paris*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**QUADERNI FIORENTINI**

PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

# INDICE VENTENNALE
(1972-1991)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

# *Indice ventennale (1972-1991)*

**AJELLO, Raffaele**

*Formalismo e storia del diritto moderno*: **I (1972), p. 177**

**ALESSI PALAZZOLO, Giorgia**

*Furto e pena: aspetti del dibattito nel tardo diritto comune*: **II (1973), p. 535**

recensione di

E. PALOMBI, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX*: **X (1981), p. 275**

**ANDENAES, Mads Henry**

*Die Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft im norwegischen Recht*: **XI-XII (1982-83), p. 973**

**AQUARONE, Alberto**

recensione di

M. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*: **VII (1978), p. 484**

**ARCHI, Giangualberto**

*Due riflessioni per una rilettura di Savigny*: **IX (1980), p. 369**

**ARGYRIADIS, Charula**

recensione di

J. GOODY, *La logique de l'écriture. Aux origines des sociétés humaines*: **XVII (1988), p. 445**

**ARNAUD, André-Jean**

*Eléments de bibliographie récente en langue française sur l'histoire de la pensée juridique moderne*: **I (1972), p. 441**

*La paix bourgeoise*: **II (1973), p. 147**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*Eléments de bibliographie en langue française sur l'histoire de la pensée juridique moderne (1re mise à jour: automne 1972)*: **II (1973), p. 791**

*Le socialisme juridique à la ' belle époque ': visages d'une aberration*: **III/IV (1974-75), p. 25**

*Eléments de bibliographie en langue française sur l'histoire de la pensée juridique moderne (2e mise à jour: hiver 1976-77)*: **V/VI (1976-77), p. 1117**

**ARNAUD-DUC, Nicole**

*Le socialisme juridique à la ' belle époque ': visages d'une aberration*: **III/IV (1974-75), p. 25**

**ASSIER-ANDRIEU, Louis**

recensione di

N. ARNAUD-DUC, *Droit, mentalité et changement social en Provence occidentale. Une étude sur les stratégies et la pratique notariale en matière de régime matrimonial, de 1785 à 1855*: **XV (1986), p. 413**

**ATIAS, Christian**

*L'essai d'épistémologie juridique de François Gény: Un chapitre oublié de « Science et technique »*: **XX (1991), p. 77.**

**BAGOLINI, Luigi**

recensione di

B. PARADISI, *Apologia della storia giuridica*: **III/IV (1974-75), p. 712**

**BAKER, John H.**

*The Inns of Court and Chancery as Voluntary Associations*: **XI/XII (1982-83), p. 9**

**BATTISTA, Anna Maria**

*Il primo Tocqueville sulla ' Democrazia politica ' (in margine ad un saggio recente)*: **X (1981), p. 9**

**BECCHI, Paolo**

*Anton Friedrich Justus Thibaut. Appunti su una bibliografia*: **XIX (1990), p. 621**

**BELLINI, Piero**

*Temi di diritto pubblico ecclesiastico nel pensiero di Antonio Rosmini*: **XIV (1985), p. 199**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*« Deus agit in homine » - Considerazioni metodologiche sui postulati teocentrici della riflessione canonistica*: **XVII (1988), p. 81**

**BENÖHR, Hans-Peter**

*Zur Rechtsgeschichte der Usa*: **XV (1986), p. 507**

recensione di

*Geschichtliche Grundbegriffe - Historisches Lexicon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*: **XIV (1985), p. 473**

**BERTI, Giorgio**

*Recenti scritti di giuspubblicisti intorno alla proprietà*: **V/VI (1976-77), p. 991**

*La parabola della Persona Stato (e dei suoi organi)*: **XI-XII (1982-83), p. 1001**

**BIANCO, Franco**

*Oggettività dell'interpretazione e dimensioni del comprendere. Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti*: **VII (1978), p. 13**

**BJARUP, Jes**

*The Concept of a Person according to Anders Sandøe Ørsted*: **XI-XII (1982-83), p. 461**

**BIEBACK, Karl-Jürgen**

*Entwicklungsgeschichtliche und funktionale Aspekte der gegenwärtigen Bedeutung der Körperschaft des öffentlichen Rechts*: **XI-XII (1982-83), p. 859**

**BIROCCHI, Italo**

*Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali - Il contratto trino e la ' natura contractus'*: **XIX (1990), p. 243**

*Notazioni sul contratto* (A proposito di un recente lavoro di G. Alpa): **XIX (1990), p. 637**

**BOBBIO, Norberto**

*François Gény: una prefazione*: **XX (1991), p. 181**

**BOGNETTI, Giovanni**

recensione di

P. BISCARETTI DI RUFFIA - G. CRESPI REGHIZZI, *La Costituzione sovietica del 1979. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*: **VII (1979), p. 363**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**BRANCADORO, Gian Luca**

*La Rivista di diritto commerciale (1903-1922)*: **XVI (1987), p. 343**

**BRAUN, Johann**

*Der Besitzrechtsstreit zwischen F.C. von Savigny und Eduard Gans-Idee und Wirklichkeit einer juristischen Kontroverse*: **IX (1980), p. 457**

**BRAUNEDER, Wilhelm**

*Von der Moralischen Person des ABGB zur Juristischen Person der Privatrechtswissenschaft*: **XI-XII (1982-83), p. 263**

**BRETONE, Mario**

*Il paradosso di una polemica*: **VII (1978), p. 113**

*Il ' Beruf ' e la ricerca del ' tempo classico '*: **IX (1980), p. 189**

Replica nell'ámbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 447**

**BRUNELLI, Giuditta**

*Alle origini dei limiti alla libertà di associazione politica. Giurisprudenza e prassi di fine Ottocento*: **XVIII (1989), p. 395**

**BRUTTI, Massimo**

*Alcuni usi del concetto di struttura nella conoscenza giuridica* (A proposito di André Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*): **III/IV (1974-75), p. 763**

*L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*: **V/VI (1976-77), p. 41**

*Storiografia e critica del sistema pandettistico*: **VIII (1979), p. 317**

*La sovranità del volere nel sistema di Savigny*: **IX (1980), p. 265**

*Antiformalismo e storia del diritto - Appunti in memoria di Riccardo Orestano*: **XVIII (1989), p. 675**

**BURMAN, Sandra**

*Législation for Social Change in a ' multi-cultural ' Society*: **XIV (1985), p. 173**

**CALVI, Alessandro Alberto**

*Ugo Spirito criminalista* (Riflessioni sulla terza edizione della *Storia del diritto penale italiano*): **III/IV (1974-75), p. 801**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi**

*Sir Henry S. Maine e l'Ancient Law*: **X (1981), p. 83**

*Eduard Meyer e le teorie sull'origine dello Stato*: **XVIII (1984), p. 451**

*A cent'anni dalle ' Res mancipi ' di Pietro Bonfante*: **XVII (1988), p. 111**

**CAPPELLINI, Paolo**

*Sulla formazione del moderno concetto di ' Dottrina generale del diritto '* (A proposito di M. LIPP, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der allgemeinen Lehren des Deutschen Privatrechts*): **X (1981), p. 323**

*Cinque secoli di giurisprudenza tedesca: presenze e assenze*: **XIII (1984), p. 549**

*Scienza civilistica, ' rivoluzioni industriali ', analisi economica del diritto: verso una neopandettistica ' involontaria '?*: **XIV (1986), p. 523**

recensione di

J. RUCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*: **XV (1986), p. 467**

R. SCHULZE, *Policey und Gesetzgebungslehre im 18.Jahrhundert*: **XV (1986), p. 480**

M. STOLLEIS, *Pecunia nervus rerum. Zur Staatsfinanzierung der frühen Neuzeit*: **XV (1986), p. 488**

M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. I B. 1600-1800*: **XVII (1988), p. 464**

R. SCHNUR, *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*: **XVIII (1989), p. 553**

U. FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid*: **XIX (1990), p. 587**

**CAPRIOLI, Severino**

*Satura lanx 13. Una lettera per Accursio, ovvero filologia mistica*: **VIII (1979), p. 307**

**CARAVALE, Mario**

*Ricordo di Guido Astuti*: **X (1981), p. 531**

**CARBONNIER, Jean**

*Postface*: **XX (1991), p. 537**

**CARONI, Pio**

*Anton Menger ed il codice civile svizzero del 1907*: **III/IV (1974-75), p. 273**

*L'educazione giuridica in Isvizzera dal XVI al XIX secolo*: **V/VI (1976-77), p. 1009**

*La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*: **IX (1980), p. 69**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Replica nell'ámbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 433**

recensione di

M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*: **X (1981), p. 251**

A.F. THIBAUT-F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*: **XIII (1984), p. 540**

**CARRATA, Nunzia**

*Bibliografia di Lodovico Mortara*: **XIX (1990), p. 121**

**CASAVOLA, Franco**

*Jhering su Savigny*: **X (1981), p. 507**

**CASSESE, Sabino**

*Ipotesi sulla formazione de « L'ordinamento giuridico » di Santi Romano*: **I (1972), p. 243**

*Socialismo giuridico e « diritto operaio ». La critica di Sergio Panunzio al socialismo giuridico*: **III/IV (1974-75), p. 495**

*Lo Stato, « stupenda creazione del diritto » e « vero principio di vita », nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911)*: **XVI (1987), p. 501**

*Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*: **XIX (1990), p. 5**

recensione di

A. B. BOZEMAN, *The Future of Law in a multicultural World*: **II (1973), p. 719**

**CASTRUCCI, Emanuele**

*Rileggendo Radbruch*: **XVII (1988), p. 487**

*Una difficile ontologia sociale* (A proposito di una recente interpretazione di Bonald): **XIX (1990), p. 661**

recensione di

P. BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*: **XVII (1988), p. 425**

**CATALANO, Gaetano**

recensione di

F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*: **III/IV (1974-75), p. 738**

**CATTANEO, Mario A.**

*Una recente interpretazione dell'ultimo Feuerbach* (A proposito di G. SCHUBERT, *Feuer-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*bachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824)*: **VIII (1979), p. 423**

*Savigny e Feuerbach*: **IX (1980), p. 307**

*Il diritto penale nel pensiero di Ludwig Heinrich Jakob*: **XIII (1984), p. 331**

recensione di

J. SANDWEG, *Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis*: **III/IV (1974-75), p. 741**

**CAVANNA, Adriano**

recensione di

G. RONCORONI, *La legislazione penale ticinese dal 1816 al 1873 (con particolare riguardo al Codice del 25 gennaio 1873)*: **V/VI (1976-77), p. 959**

**CAZZANIGA, Gian Mario**

*Un dibattito sulle forme storiche di proprietà*: **XIV (1985), p. 507**

**CAZZETTA, Giovanni**

*Una costituzione ' sperimentale ' per una società ideale. Modelli giuridico-politici di Attilio Brunialti*: **XV (1986), p. 307**

*Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*: **XVII (1988), p. 155**

**CERRI, Augusto**

*Marsilio e Rousseau, teorici di una « chiusa » democrazia cittadina*: **XVIII (1989), p. 13**

**CERVELLI, Innocenzo**

recensione di

R. GHERARDI, *Potere e costituzione a Vienna fra Sei e Settecento*: **XI/XII (1982-83), p. 1098**

**CESA, Claudio**

Intervento nell'àmbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 383**

recensione di

G. MARINI, *Libertà soggettiva e libertà oggettiva nella ' Filosofia del diritto ' hegeliana*: **VIII (1979), p. 389**

**CHELI, Enzo**

*Il giurista e lo storico di fronte al regime liberale* (A proposito di U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*): **XIX (1990), p. 669**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**CIPRIANI, Franco**

*Le ' poche cose ' e la lunga vita di Lodovico Mortara*: **XIX (1990), p. 85**

*Bibliografia di Lodovico Mortara*: **XIX (1990), p. 121**

**CLAVERO, Bartolomé**

*' La propiedad considerada como capital ': en los origenes doctrinales del derecho actual español*: **V/VI (1976-77), p. 509**

*Historia, ciencia, politica del derecho*: **VIII (1979), p. 5**

*Hispanus fiscus, Persona ficta. Concepción del sujeto politico en el jus commune moderno*: **XI/XII (1982-83), p. 95**

*Del pensamiento juridico en el estudio de la historia*: **XIII (1984), p. 561**

*De la religión en el derecho historia mediante*: **XV (1986), p. 531**

*Amortizatio - Ilusión de la palabra*: **XVII (1988), p. 319**

*De los dudosos origenes de los derechos humanos (a proposito de un fallido encuentro entre los* Droits de l'homme *y los* Natural Rights): **XVII (1988), p. 499**

*Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio*: **XVIII (1989), p. 79**

*Del estado presente a la familia pasada (a proposito de estudios acerca de la « Famiglia aristocratica » así como tambien de la « Familia Mediterranea »*: **XVIII (1989), p. 583**

*El metodo entre infieles o el Codigo en España*: **XX (1991), p. 271**

recensione di

J. CASEY, *The History of the Family*: **XIX (1990), p. 584**

**CONDORELLI, Mario**

recensione di

G. CATALANO, *Studi sulla legazia apostolica di Sicilia*: **III/IV (1974-75), p. 655**

**CONTICELLI, Giulio**

*Alle radici del modello moderno di Stato e società civile nella cultura teologico-giuridica postumanistica* (A proposito di F. B. COSTELLO, *The Political Philosopy of Louis de Molina*): **VII (1978), p. 531**

**CORTESE, Ennio**

*Giuliana D'Amelio Caracciolo*: **V/VI (1976-77), p. 1125**

**COSTA, Pietro**

*Semantica e storia del pensiero giuridico*: **I (1972), p. 45**

*Il ' solidarismo giuridico ' di Giuseppe Salvioli*: **III/IV (1974-75), p. 457**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*Widar Cesarini Sforza: ' illusioni ' e ' certezze ' della giurisprudenza* (in margine a *Crocianesimo e cultura giuridica italiana* di Antonio De Gennaro): **V/VI (1976-77), p. 1031**

*Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*: **VII (1978), p. 311**

*L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*: **XX (1991), p. 367**

recensione di

G. DE CRESCENZO, *Francis Hutcheson e il suo tempo*: **I (1972), p. 397**

D. SCHWAB, *Die ' Selbstverwaltungsidee ' des Freiherrn vom Stein und ihre geistigen Grundlagen*: **II (1973), p. 773**

F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz Stein. Alle origini della scienza sociale*: **V/VI (1976-77), p. 926**

*Vorstudien zur Rechtshistorie*: **VII (1978), p. 508**

R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo. Aspetti della teoria politica prima di Thomas Hobbes (1600-1640)*: **VIII (1979), p. 411**

L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*: **XIV (1985), p. 494**

P. LEGENDRE, *Lecons II. L'empire de la Vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels; Leçons IV. L'inestimable objet de la transmission. Etude sur le principe généalogique en Occident*: **XVII (1988), p. 448**

S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*: **XVIII (1989), p. 550**

segnalazione di

V. CONTI, *Paolo Mattia Doria. Dalla repubblica dei togati alla repubblica dei notabili*: **VIII (1979), p. 418**

*Quaderni di storia dell'economia politica*: **XIII (1984), p. 768**

*Dire la norme*: **XIX (1990), p. 616**

**COUTO E SILVA (do), Clovis**

*Contribution à une histoire des concepts dans le droit civil et dans la procedure civile (L'actualité de la pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow)*: **XIV (1985), p. 243**

*Le droit civil brésilien-Aperçu historique et perspectives d'avenir*: **XVIII (1989), p. 147**

*Pontes de Miranda*: **XVIII (1989), p. 735**

**CRAVERI, Piero**

*A proposito di pluralismo e neocorporativismo nelle relazioni industriali*: **XIII (1984), p. 579**

*De Gasperi e la legge elettorale del 1953*: **XIX (1990), p. 163**

**CRESPI, Alberto**

recensione di

A. MALINVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale*: **II (1973), p. 753**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**CRESPI REGHIZZI, Gabriele**

*Socialismo e diritto civile nell'esperienza sovietica* (In margine a: Norbert REICH, *Sozialismus und Zivilrecht. Eine rechtstheoretischrechtshistorische Studie zur Zivilrechtstheorie und Kodifikationspraxis im sowietischen Gesellschafts-und Rechtssystem)*: **III/IV (1974-75), p. 845**

*Una storiografia giuridica sovietica* (A proposito di *Sovetskaja istorikopravovaja nauka. Očerki stanovlenija i razvitija*): **XI/XII (1982-83), p. 1131**

*La storia del diritto cinese in un manuale per l'insegnamento*: **XIV (1985), p. 529**

*Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese*: **XV (1986), p. 551**

**CRIFÒ, Giuliano**

*Emilio Betti, Note per una ricerca*: **VII (1978), p. 165**

*Bonfante e Betti (una lettera del 1927)*: **XVII (1988), p. 507**

**D'AMELIO, Giuliana**

*Positivismo, storicismo, materialismo storico in Icilio Vanni*: **III/IV (1974-75), p. 431**

recensione di

A. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*: **I (1972), p. 419**

**DE GENNARO, Antonio**

*Emilio Betti. Dallo storicismo idealistico all'ermeneutica*: **VII (1978), p. 79**

**DE LA CUESTA SAENZ, José Maria**

*Reflejo del pensamiento de F. Gény sobre la costumbre en la doctrina civilista española*: **XX (1991), p. 319**

**DE LOS MOZOS, José Maria**

*La renovación dogmatica del concepto de ' causa ' del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española*: **VII (1978), p. 421**

*La evolución del concepto de persona juridica en el derecho español*: **XI/XII (1982-83), p. 833**

*Algunas reflexiones a proposito de la teoria de la interpretación en la obra de François Gény*: **XX (1991), p. 119**

**DE MARINI AVONZO, Franca**

*La filologia romanistica di Savigny*: **IX (1980), p. 245**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**DE NITTO, Achille**

*Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine '800 ed inizi '900 in Italia*: **XI/XII (1982-83), p. 631**

**DENTI, Vittorio**

*La Rivista di diritto processuale civile*: **XVI (1987), p. 631**

**DE PASCALE, Carla**

*Sovranità e ceti in Friedrich Julius Stahl*:: **XII (1984), p. 407**

**DE SANCTIS, Francesco**

*Lorenz von Stein. Un ' Realist im idealistichen Mantel '?*: **II (1973), p. 275**

*Proprietà privata e società moderna: Hegel e Stein*: **V/VI (1976-77), p. 105**

**DIESSELHORST, Malte**

*Zur Theorie der Juristischen Person bei Carl Friedrich von Savigny*: **XI/XII (1982-83), p. 319**

**DILCHER, Gerhard**

*Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein ' Juristensozialismus ' Otto v. Gierkes?*: **III/IV (1974-75), p. 319**

recensione di

J. SCHRODER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz » aus deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*: **XI/XII (1982-83), p. 1123**

**DI MAJO, Adolfo**

*Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico*: **III/IV (1974-75), p. 383**

recensione di

D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*: **II (1973), p. 722**

**DÖLEMAYER, Barbara**

*Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)*: **VIII (1979), p. 501**

**DUFOUR, Alfred**

Intervento nell'ámbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 347**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*Essai d'interprétation des parallèles droit-langages et jurisprudence-mathématiques dans la pensée de l'auteur du ' Vom Beruf ' - Réflexions en marge du rapport du professeur Mario Bretone: Il ' Beruf ' e la ricerca del ' tempo classico '*: **IX (1980), p. 379**

*La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques*: **XI/XII (1982-83), p. 685**

*Hommage au Professeur Michel Villey*: **XVIII (1989), p. 731**

recensione di

E. H. KADEN, *Le jurisconsulte Germain Colladon, ami de Jean Calvin et de Théodore de Bèze*: **III/IV (1974-75), p. 707**

**DUSO, Giuseppe**

*La rappresentanza politica e la sua struttura speculativa nel pensiero hegeliano*: **XVIII (1989), p. 43**

**DUX, Günter**

*Egalität als Selbstbehauptung. Zur Genese von Norm und Recht*: **XIII (1984), p. 151**

**ELLUL, Jacques**

*Réflexions sur la spécificité du droit*:: **II (1973), p. 7**

**FARALLI, Carla**

*Sociologia e storia*: **XIII (1984), p. 223**

*Storia e diritto nel pensiero di John Dewey*: **XV (1986), p. 401**

**FARENGA, Luigi**

*La Rivista di diritto commerciale (1903-1922)*: **XVI (1987), p. 343**

**FAUCCI, Riccardo**

*Revisione del marxismo e teoria economica della proprietà in Italia, 1880-1900: Achille Loria (e gli altri)*: **V/VI (1976-77), p. 587**

*Due libri sulla cultura economica in Italia nell'età del ' Socialismo della cattedra '*: **X (1981), p. 355**

recensione di

P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*: **X (1981), p. 290**

**FEBBRAJO, Alberto**

*Prefazione*: **XIII (1984), p. 3**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*Storia e sociologia del diritto*: **XIII (1984), p. 7**

*Prefazione*: **XIV (1985), p. 3**

*Sociologia e antropologia del diritto*: **XIV (1985), p. 7**

**FIORAVANTI, Maurizio**

*Per l'interpretazione della giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento: problemi e prospettive* (A proposito di Peter VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*: **V/VI (1976-77), p. 1097**

*Un frammento di storia della cultura giuridica dell'Ottocento tedesco* (A proposito del *Carteggio Jhering-Gerber 1849-1872*, a cura di Mario G. Losano): **VII (1978), p. 545**

*Savigny e la scienza di diritto pubblico del diciannovesimo secolo*: **IX (1980), p. 319**

*Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*: **X (1981), p. 169**

*Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*: **XIII (1984), p. 591**

*Costituzione, Governo e Classe politica*: **XIV (1985), p. 561**

*Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo*: **XV (1986), p. 355**

*Alle origini di una disciplina giuridica: la giuspubblicistica italiana e le sue prime Riviste (1891-1903)*: **XVI (1987), p. 209**

*Il giurista e lo storico di fronte al regime liberale* (A proposito di U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*): **XIX (1990), p. 669**

recensione di

*Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäischen Ansichten*: **XV (1986), p. 497**

A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo, I, Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*: **XVII (1988), p. 452**

**FISCHER, Michael**

recensione di

I. TAMMELO, *Zur Philosophie des Überlebens*: **V/VI (1976-77), p. 982**

**FRANCHI, Giuseppe**

*La Cassazione secondo Calamandrei. Una rilettura*: **VII (1978), p. 565**

recensione di

M. VELLANI, *Il Pubblico Ministero nel processo*: **II (1972), p. 429**

**FURGIUELE, Giovanni**

*La « Rivista di diritto civile » dal 1909 al 1931 — « Un organo speciale del movimento*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*scientifico, legislativo e pratico del più importante ramo del diritto positivo » e di « indirizzo » dello stesso nell'Italia giolittiana e del terzo decennio del nuovo secolo*: **XVI (1987), p. 519**

*François Gény civilista, o dell'« application d'une méthode critique d'interprétation » del diritto* (a proposito di *« Des droits sur les lettres missives »*): **XX (1991), p. 497**

**GACTO FERNANDEZ, Enrique**

recensione di

J. MARTINEZ GIJON, *La compañia mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consultado de Bilbao de 1737. Legislacion y doctrina*: **X (1981), p. 272**

**GADAMER, Hans Georg**

*Emilio Betti und dans idealistiche Erbe*: **VII (1978), p. 5**

**GAJA, Giorgio**

*Le prime annate della « Rivista di diritto internazionale » ed il rinnovamento del metodo*: **XVI (1987), p. 485**

**GALGANO, Francesco**

*Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*: **V/VI (1976-77), p. 681**

**GALIZIA, Mario**

*Il ' Positivisme juridique ' di Raymond Carré de Malberg*: **II (1973), p. 335**

**GERRATANA, Valentino**

*Antonio Labriola di fronte al socialismo giuridico*: **III/IV (1974-75), p. 55**

**GHISALBERTI, Carlo**

recensione di

*Projet du Code civil de la Republique Romaine (1798)*: **V/VI (1976-77), p. 954**

**GIANFORMAGGIO, Letizia**

recensione di

H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*: **XV (1986), p. 431**

*Legal Philosophical Library. An International Bibliography of Philosophy and Theory of Law. Norberto Bobbio. A Bibliography*: **XV (1986), p. 439**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**GIANNINI, Massimo Severo**

*Profili storici della scienza del diritto amministrativo*: **II (1973), p. 179**

**GIARRIZZO, Giuseppe**

Intervento nell'àmbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 389**

recensione di

*Pietro Giannone e il suo tempo - Atti del Convegno di studi nel tricentenario della nascita*: **X (1981), p. 260**

**GIBERT, Rafael**

*El curso de don Galo*: **XIII (1984), p. 641**

**GIULIANI, Alessandro**

recensione di

G. FASSO, *Vico e Grozio*: **II (1973), p. 731**

F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo (Il problema della legge nella Scolastica spagnola del sec. XVI)*: **V/VI (1976/77), p. 985**

*La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*: **XVIII (1989), p. 561**

**GONZALEZ ALONSO, Benjamin**

*Algunas consideraciones sobre la historia del derecho español* (A proposito de Francisco TOMAS Y VALIENTE, *Manuale de historia del derecho español*): **X (1981), p. 361**

**GRIMM, Dieter**

recensione di

E. V. HEYEN, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*: **XIV (1985), p. 490**

**GROSSI, Paolo**

*Pagina introduttiva*: **I (1972), p. 1**

*Usus facti - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*: **I, (1972), p. 287**

*Pagina introduttiva*: **II (1973), p. 1**

*Pagina introduttiva*: **III/IV (1974-75), p. 1**

*Pagina introduttiva*: **V/VI (1976-77), p. 1**

*Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*: **V/VI (1976-77), p. 201**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*Pagina introduttiva*: **VII (1978), p. 1**

*Omaggio a Edoardo Ruffini (Discorrendo d'una singolare esperienza di studio e di due libri singolari)*: **VII (1978), p. 575**

*Pagina introduttiva*: **VIII (1979), p. 1**

*Pagina introduttiva*: **IX (1980), p. 1**

*Introduzione ai lavori* del Seminario internazionale di studio su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 15**

*Pagina introduttiva*: **X (1981), p. 1**

*Pagina introduttiva*: **XI/XII (1982-83), p. 1**

*Sulla storia del pensiero giuridico* (A proposito di N.J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Historia do pensamiento juridico*): **XI-XII (1982-83), p. 1147**

*Pagina introduttiva*: **XIII (1984), p. VII**

*' Istituzioni di diritto privato ' e tradizione romanistica*: **XIII (1984), p. 651**

*Pagina introduttiva*: **XIV (1985), p. VII**

*' Gradus in dominio ' - Zasius e la teorica del dominio diviso*: **XIV (1985), p. 373**

*Un paradiso per Pothier - Robert-Joseph Pothier e la proprietà ' moderna '*: **XIV (1985), p. 401**

*Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*: **XIV (1985), p. 587**

*Pagina introduttiva*: **XV (1986), p. 1**

*La fantasia nel diritto*:: **XV (1986), p. 589**

*Sulla ' natura ' del contratto (qualche nota sul ' mestiere ' di storico del diritto, a proposito di un recente ' corso ' di lezioni)*: **XV (1986), p. 593**

*Pagina introduttiva*: **XVI (1987), p. 1**

*Pagina introduttiva*: **XVII (1988), p. 3**

*Pensiero giuridico (Appunti per una ' voce ' enciclopedica)*: **XVII (1988), p. 263**

*La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*: **XVII (1988), p. 359**

*Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli ' Atti ' di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*: **XVII (1988), p. 518**

*Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva « Introduzione allo studio del diritto romano » di Riccardo Orestano)*: **XVII (1988), p. 533**

*Ricordo di Giovanni Tarello*: **XVII (1988), p. 621**

*Pagina introduttiva*: **XVIII (1989), p. 1**

*La cultura giuridica di Giovanni Zucconi*: **XVIII (1989), p. 171**

*« Il coraggio della moderazione » (Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*: **XVIII (1989), p. 197**

*« Dominia » e « Servitutes » (Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)*: **XVIII (1989), p. 331**

*Pagina introduttiva*: **XIX (1990), p. 1**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*Ideologia e tecnica in una definizione giuridica - La definizione obertina di feudo dai Glossatori a Cujas*: **XIX (1990), p. 179**

*La categoria del dominio utile e gli ' homines novi ' del quadrivio cinquecentesco*: **XIX (1990), p. 209**

*Assolutismo giuridico e proprietà collettive*: **XIX (1990), p. 505**

*Sui ' Classici ' del diritto (Per la ristampa degli ' Appunti sul diritto giudiziario ' di Walter Bigiavi)*: **XIX (1990), p. 699**

*Pagina introduttiva - Ripensare Gény*: **XX (1991), p. 1**

segnalazioni di

*Repertorium bibliographicum Institutorum et Sodalitatum Iuris Historiae*: **III/IV (1974-75), p. 869**

*Storia del pensiero economico - Bollettino di informazione*: **III/IV (1974-75), p. 869**

*Zeitschrift für historische Forschung*: **III/IV (1974-75), p. 870**

*Due nuovi periodici storico-giuridici nell'area ispana-ispano-americana*: **VII (1978), p. 521**

*' Momenti del pensiero giuridico moderno '*: **VII (1978), p. 522**

*' Il sangue e la terra '*: **VII (1978), p. 523**

*Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*: **VIII (1979), p. 417**

*' Itinera juris ': l'itinerario storico-giuridico di Alexander Beck*: **X (1981), p. 417**

*' Savigny y la ciencia del derecho '*: **X (1981), p. 418**

*' Rechtsgeschichtliche Aufsätze ' di Peter Liver*: **XI/XII (1982-83), p. 1181**

*Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*: **XI-XII (1982-83), p. 1182**

*Per Norberto Bobbio*: **XIII (1984), p. 763**

*Le categorie della cultura medievale*: **XIII (1984), p. 764**

*La nuova edizione di un fortunato ' Curso de Historia del derecho español '*: **XIII (1984), p. 766**

*Un messaggio per la cultura giuridica europea*: **XIV (1985), p. 635**

*Presenza di Calamandrei*: **XV (1986), p. 501**

*Di un intelligente operaio e dell'opera sua*: **XVII (1988), p. 481**

*La formazione del diritto civile*:: **XVII (1988), p. 483**

*Codigos y Constituciones*: **XVIII (1989), p. 575**

*« La lotta per la scienza del diritto »*: **XVIII (1989), p. 576**

*« L'Indice Penale »: venti anni di vita*: **XVIII (1989), p. 577**

*Una ristampa benvenuta*: **XVIII (1989), p. 579**

*Per il centenario del ' Codigo civil ' spagnolo del 1889*: **XIX (1990), p. 616**

**GUZMAN BRITO, Alejandro**

*Ensajo de una bibliografia para la historia de la codificación civil chilena*: **VII (1978), p. 601**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recensione di

D. NELLE, *Entstehung und Ausstrahlungswirkung des chilenischen Zivilgesetzbuchs von Andrés Bello*: **XIX (1990), p. 601**

**HESPANHA, Antonio Manuel**

*L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950)*: **X (1981), p. 423**

recensione di

F. RANIERI, *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts-und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert*: **XV (1986), p. 460**

**HEYEN, Erk Volkmar**

*Positivistische Staatsrechtslehre und politische Philosophie zur philosophischen Bildung Otto Mayers*: **VIII (1979), p. 275**

**HUNECKE, Volker**

recensione di

G. CORNI, *Stato assoluto e società agraria in Prussia nell'età di Federico II*: **XIII (1984), p. 496**

**IBAN, Iván C.**

*La scienza del diritto canonico nell'Università spagnola contemporanea*: **XIX (1990), p. 707**

**IRTI, Natalino**

*Problemi di metodo nel pensiero di Francesco Ferrara*:: **I (1972), p. 229**

*Itinerari del negozio giuridico*: **VII (1978), p. 395**

*Il negozio giuridico come categoria storiografica*: **XIX (1990), p. 557**

**JANSSEN, Albert**

*Otto von Gierkes sozialer Eigentumsbegriff*:: **V/VI (1976/77), p. 549**

**JOHN, Uwe**

*Einheit und Spaltung im Begriff der Rechtsperson*:: **XI/XII (1982-83), p. 947**

**KADEL, Herbert**

Intervento nell'ámbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 397**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**KAYSER, Pierre**

*La vie et l'oeuvre de François Gény*: **XX (1991), p. 53**

**KELLEY, Donald R.**

recensione di

S. ROWAN, *Ulrich Zasius. A Jurist in the German Renaissance 1461-1535*: **XVIII (1989), p. 558**

**KIEFNER, Hans**

*Ideal wird, was Natur war*: **IX (1980), p. 515**

*Das Städel-sche Kunstinstitut-Zugleich zu C.F. Mühlenbruchs Beurteilung eines berühmten Rechtsfalls*: **XI/XII (1982-83), p. 339**

**KIRSHNER, Julius**

*Peter John Olivi's Treatises on Contracts of Sale, Usury and Restitution: minorite Economics or minor Works?*: **XIII (1984), p. 233**

**KUEHN, Thomas**

*Conflicting conceptions of Property in Quattrocento Florence - A Dispute over Ownership in 1425-26*: **XIV (1985), p. 303**

**LALINDE ABADIA, Jesus**

*Una ideologia para un sistema (La simbiosis histórica entre el iusnaturalismo castellano y la Monarquia Universal)*: **VIII (1979), p. 61**

*España y la monarquia universal (en torno al concepto de ' Estado moderno ')*: **XV (1986), p. 109**

**LARICCIA, Sergio**

*Storia, ideologia e dogmatica nello studio del diritto ecclesiastico*:: **XIII (1984), p. 657**

*Le Riviste di diritto ecclesiatico (1890-1925)*: **XVI (1987), p. 285**

**LEGENDRE, Pierre**

recensione di

F. CHATELET-E. PISIER-KOUCHNER, *Les conceptions politiques du XXme siècle*: **XIXII (1982-83), p. 1063**

**LEIVA, Alberto David**

*Los estudios de historia del derecho en la Republica Argentina durante los ultimos veinte años*: **VIII (1979), p. 455**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**LIBERATI, Gianfranco**

*Il Parlamento dei giuristi* (A proposito di W. SIEMANN, *Die Frankfurter Nationalversammlung 1848-49 zwischen, demokratischem Liberalismus und konservativer Reform)*: **VIII (1979), p. 437**

**LIBONATI, Berardino**

*La Rivista di diritto commerciale (1903-1922)*: **XVI (1987), p. 343**

**LIPP, Martin**

*« Persona moralis », « Juristische Person » und « Personenrecht » - Eine Studie zur Dogmengeschichte der « Juristischen Person » im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert*: **XI/XII (1982-83), p. 217**

**LO CASTRO, Gaetano**

*I soggetti ' artificiali ' di diritto nella dottrina canonica contemporanea*: **XI/XII (1982-83), p. 777**

**LOMBARDI VALLAURI, Luigi**

*Storia e diario*: **I (1972), p. 89**

recensione di

E. FUCHS, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, vol. I: **II (1973), p. 734**

**LOPEZ Y LOPEZ, Angel M.**

*Gény, Duguit y el derecho subjetivo: evocación y nota sobre una polemica*: **XX (1991), p. 161**

**LO PRETE, Kimberly**

*Peter John Olivi's Treatises on Contracts of Sale, Usury and Restitution: minorite Economics or minor Works?*: **XIII (1984), p. 233**

**LOSANO, Mario G.**

*La fortuna di Hans Kelsen in Italia*: **VIII (1979), p. 465**

*Bismarck parla di Savigny con Jhering*: **IX (1980), p. 523**

*Ricerche d'archivio su Jhering e Gerber*: **X (1981), p. 149**

*La « Allgemeine Zeitung » e gli articoli di Roesler sul Giappone*: **XVII (1988), p. 551**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recensione di

G. SCHMITZ, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*: **XIV (1985), p. 498**

**LOTTI, Luigi**

recensione di

C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*: **III/IV (1974-1975), p. 671**

**LUIG, Klaus**

*Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)*: **VIII (1979), p. 501**

*Bemerkungen zum Stand der Savigny-Forschung*: **IX (1980), p. 417**

*Bestätigung durch Rechtsgeschichte*: **XIV (1985), p. 601**

recensione di

W. WIEGAND, *Plus Petitio*: **III/IV (1974-75), p. 749**

R. BRANDT, *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant*: **V/VI (1976-77), p. 921**

T. HONSELL, *Die Quotenteilung im Schadenersatzrecht. Historische und dogmatische Grundlagen der Lehre vom Mitverschulden*: **VII (1978), p. 479**

N. HAMMERSTEIN, *Aufklärung und katholisches Reich*: **VIII (1979), p. 377**

P. CAPPELLINI, *Systema iuris. I. Genesi del sistema e nascita della scienza delle Pandette: II. Dal sistema alla teoria generale*: **XV (1986), p. 415**

M. KNELLWOLF, *Zur Konstruktion des Kaufs auf Probe*: **XVIII (1989), p. 546**

P. CARONI, *Privatrecht. Eine sozialhistorische Einführung (Das Recht in Theorie und Praxis)*: **XX (1990), p. 579**

**LUHMANN, Niklas**

*Zum Begriff der sozialen Klasse*: **XIII (1984), p. 35**

**MAFFEI, Domenico**

*Intervento nell'ámbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny*: **IX (1980), p. 395**

**MAILLET, Jean**

*Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*: **II (1973), p. 111**

**MALINOWSKA, Irena**

*Legal History Research in Poland at Present and in the Past*: **XV (1986), p. 659**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**MALTER, Rudolf**

*Die Rezeption der Hermeneuthik Emilio Bettis in der deutschsprachigen Philosophie*: **VII (1978), p. 143**

**MANNORI, Luca**

*Per uno studio su Romagnosi giuspubblicista*: **XIII (1984), p. 683**

*Manzoni e il fenomeno rivoluzionario. Miti e modelli della storiografia ottocentesca a confronto*: **XV (1986), p. 7**

*Giuseppe Compagnoni costituzionalista rousseauviano*: **XV (1986), p. 621**

*Tocqueville critico di Macarel* (A proposito di: *Anna Maria* BATTISTA, *Studi su Tocqueville)*: **XVIII (1989), p. 607**

*Per una 'preistoria' della funzione amministrativa - Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*: **XIX (1990), p. 323**

*La nascita del contenzioso amministrativo in Italia* (A proposito di: P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa*: **XIX (1990), p. 717**

**MANTELLO, Antonio**

*A proposito di Savigny: una riflessione sulle riflessioni*: **IX (1980), p. 541**

*Individuo, fenomeni associativi e strutture socio-economiche nel razionalismo wolffiano*: **XI/XII (1982-83), p. 179**

**MARCHETTI, Michele**

*La fortuna di Hans Kelsen in Italia*: **VIII (1979), p. 465**

**MARINI, Giuliano**

*Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente*: **IX (1980), p. 113**

Replica nell'ámbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 437**

recensione di

*Jherings Erbe-Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering*: **I (1972), p. 407**

A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*: **V/VI (1976-77), p. 951**

*Savigny y la ciencia juridica del siglo XIX*: **X (1981), p. 292**

H. U. STUHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft vom 1780-1815*: **X (1981), p. 308**

M. A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*: **XI-XII (1982-83), p. 1055**

G. FASSO, *Scritti di filosofia del diritto*: **XIII (1984), p. 498**

M. G. LOSANO, *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, T.I. *Studien zu Jhering und Gerber*, T. II: **XV (1986), p. 442**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**MARRARA, Danilo**

*La giustificazione del diritto romano comune in alcuni autori dell'età moderna con particolare riguardo al Settecento toscano*: **XIII (1984), p. 287**

**MASSERA, Alberto**

*Santi Romano tra « diritto pubblico » e « ordinamento giuridico »* (A proposito di SANTI ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*): **XVIII (1989), p. 617**

**MARTONE, Luciano**

*Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886)*: **III/IV (1974-75), p. 103**

**MAYDA, Jaro**

*Gény and the Common-law World: thirty Years later*: **XX (1991), p. 189**

**MAYER-MALY, Theo**

recensione di

G. BERNERT, *Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert*: **III/IV (1974-75), p. 645**

*Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz* - Teil I.: G. WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*: **VII (1978), p. 473**

*Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Franz Wieacker*: **XI/XII (1982-83), p. 1120**

**MAZZACANE, Aldo**

*Prospettive savignyane vecchie e nuove - I corsi inediti di metodologia*:: **IX (1980), p. 217**

Replica nell'ámbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 451**

recensione di

W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*: **III/IV (1974-75), p. 753**

L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*: **XV (1986), p. 453**

F. COLAO, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento*: **XVII (1988), p. 433**

**MAZZARESE FARDELLA, Enrico**

*Ricordo di Anna Maria Battista*: **XVII (1988), p. 625**

recensione di

M. CONDORELLI, *La cultura giuridica in Sicilia dall'Illuminismo all'Unità*: **XIII (1984), p. 494**

**MELIS, Guido**

*Gli studi recenti sull'Assemblea Costituente - Rassegna storiografica*:: **X (1981), p. 449**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*La burocrazia e le Riviste; per una storia della cultura dell'amministrazione*: **XVI (1987), p. 47**

**MENGONI, Luigi**

*La polemica di Betti con Gadamer:*: **VII (1978), p. 125**

recensione di

F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*: **X (1981), p. 315)**

**MOHNHAUPT, Heinz**

Intervento nell'ámbito del seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 351**

recensione di

H. WAGNER, *Die politische Pandektistik*: **XV (1986), p. 492**

**MONTORZI, Mario**

*I processi contro Filippo Mazzei ed i liberali pisani del 1799 (ragguagli bio-bibliografici su un ritrovamento archivistico)*: **X (1981), p. 53**

**MOORE, Wilbert E.**

*The Comparison of Legal Systems: a Critique:*: **XIV (1985), p. 77**

**MORERA, Umberto**

*La Rivista di diritto commerciale (1903-1922)*: **XVI (1987), p. 343.**

**MORTARA, Alberto**

*Pareri manoscritti di Lodovico Mortara (1924/1928)*: **XIX (1990), p. 115**

**MORTARA, Giorgio**

*Appunti bibliografici su Lodovico Mortara*: **XIX (1990), p. 107**

**MORTARA, Lodovico**

*La lotta per l'uguaglianza*: **XIX (1990), p. 145**

**MORTATI, Costantino**

*Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*: **II (1973), p. 511**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**MOTTE, Olivier**

*Savigny. Un retour aux sources*: **IX (1980), p. 555.**

**MOZZARELLI, Cesare**

*L'Annuario delle scienze giuridiche, sociali e politiche (1880-1883) - Viaggio nella cattiva coscienza*: **XVI (1987), p. 7**

*Il nome delle cose. In memoria di Roberto Ruffilli*: **XVII (1988), p. 629**

recensione di

*Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*: **X (1981), p. 239**

M. C. ZORZOLI, *Le tesi legali all'Università di Pavia nell'età delle Riforme, 1772-1796)*: **X (1981), p. 318**

**NAUCKE, Wolfgang**

recensione di

W. PLEISTER, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*: **XIII (1984), p. 515**

**NIGRO, Mario**

*Il ' segreto ' di Gerber*: **II (1973), p. 293**

*Carl Schmitt fra diritto e politica*: **XV (1986), p. 691**

*Rileggendo Giovanni Miele*: **XVII (1988), p. 271**

**OPOCHER, Enrico**

*Ricordo di Pietro Piovani*: **X (1981), p. 523**

**OPPETIT, Bruno**

*François Gény et le droit naturel*: **XX (1991), p. 89**

**ORESTANO, Riccardo**

*Edificazione e conoscenza del ' giuridico ' in Savigny - Tre motivi di riflessione*: **IX (1980), p. 21**

*' Institution ' - Barbeyrac e l'anagrafe di un significato*: **XI-XII (1982-83), p. 169**

**ORNAGHI, Lorenzo**

*Lo Stato e il politico dell'età moderna. In ricordo di Carl Schmitt a un anno dalla morte*: **XV (1986), p. 721**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**ORRÙ, Giovanni**

*' Idealismo e ' realismo ' nel socialismo giuridico di Menger*: **III/IV (1974-75), p. 183**

recensione di

M. FROMMEL, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*: **XIV (1985), p. 461**

**ORSI BATTAGLINI, Andrea**

*« L'astratta e infeconda idea » - Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico*: **XVII (1988), p. 569**

**ORSINI, Raffaella**

*La fortuna di Hans Helsen in Italia*: **VIII (1979), p. 465**

**OTT, Claus**

*Begriff und Bedeutung der juristischen Person in der neueren Entwicklung des Unternehmensrechts in der Bundesrepublik Deutschland*: **XI/XII (1982-83), p. 915**

**OTTE, Gerhard**

*Der sogenannte Mos geometricus in der Jurisprudenz*: **VIII (1979), p. 179**

recensione di

J. EDELMANN, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*: **I (1972), p. 402**

R. SCHEUERMANN, *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861*: **II (1973), p. 769**

W. WIEGAND, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*: **VII (1978), p. 517**

M. HERBERGER, *Dogmatik - Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*: **XI/XII (1982-83), p. 1104**

**OURLIAC, Paul**

*Proprietè et droit rural: l'évolution du droit français depuis 1943*: **V/VI (1976-77), p. 723**

**PADOA SCHIOPPA, Antonio**

recensione di

*Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte*: **VII (1978), p. 495**

**PAONE, Pasquale**

recensione di

M. GIULIANO, *Diritto internazionale*: **III/IV (1974-75), p. 679**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**PARADISI, Bruno**

*Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto*: **I (1972), p. 7**

**PASQUALUCCI, Paolo**

*Thomas Hobbes e Santi Romano ovvero la teoria hobbesiana dei corpi subordinati*: **XV (1986), p. 167**

**PERA, Giuseppe**

recensione di

*Dottrine giuridiche e ideologie sindacali*: **III/IV (1974-75), p. 661**

*Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund*: **XIII (1984), p. 520**

**PEREZ PRENDES, José Manuel**

*Bibliografia del pensamiento juridico español moderno*: **I (1972), p. 449**

**PESET, Mariano**

*Derecho y propiedad en la España liberal*: **V/VI (1976-77), p. 463**

**PETERSON, Claes**

*Juristische Person und begrenzte Haftung der Aktionäre. Ein Beitrag zur Geschichte des Aktienrechts in Schweden*: **XI/XII (1982-83), p. 521**

**PETIT, Carlos**

*« A Contributor to the Method of Investigation ». Sobre la fortuna de Gény en America*: **XX (1991), p. 201**

**PETRONIO, Ugo**

*Una categoria storiografica da rivedere*: **XIII (1984), p. 705**

recensione di

G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*: **VII (1978), p. 500**

**PIANO MORTARI, Vincenzo**

*Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento*: **I (1972), p. 131**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**PICARD WEYL, Monique**

*Socialisme et justice dans la France de 1895: le ' bon juge Magnaud '*: **III/IV (1974-75), p. 367**

**PINTORE, Anna**

*Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico-analitico*: **XI/XII (1982-83), p. 721**

**PIRETTI, Maria Serena**

*Cesare Albicini e la scuola bolognese di diritto costituzionale: la « Rivista di diritto pubblico » (1889-1893)*: **XVI (1987), p. 185**

**PISANI, Mario**

*Quattro circolari sulla pubblicità del dibattimento*: **II (1973), p. 703**

*L'ossessione della pubblicità (ovvero il divisamento dell'Intendente)*: **XI/XII (1982-83), p. 1151**

**PISIER-KOUCHNER, Evelyne**

*La notion de personne morale dans l'oeuvre de Léon Duguit*: **XI/XII (1982-83), p. 667**

**PIZZORUSSO, Alessandro**

recensione di

G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte Costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*: **XI/XII (1982-83), p. 1092**

**POCAR, Valerio**

*Riflessioni sul rapporto tra ' socialismo giuridico ' e sociologia del diritto*: **III/IV (1974-75), p. 145**

**PODGORECKI, Adam**

*The three Levels of Operation of the Law*: **XIII (1984), p. 81**

**POMBENI, Paolo**

*Socialismo e burocrazia. Un nodo del passaggio dallo Stato moderno allo Stato contemporaneo* (A proposito di G. MELIS, *Burocrazia e socialismo nell'Italia liberale)*: **XI/XII (1982-83), p. 1153**

**POSPISIL, Leopold**

*Law*: **XIV (1985), p. 23**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**PROTO, Mario**

*Gli italiani e Bentham*: **XIII (1984), p. 719**

**PROTO PISANI, Andrea**

*Materiali per uno studio dei contributi processualcivilistici della « Rivista di diritto commerciale » (1903-1923)*: **XVI (1987), p. 375**

**RAGGI, Luigi**

*Savigny e Marx*: **IX (1980), p. 567**

**RAISER, Ludwig**

*Das Eigentum im Deutschen Rechtsdenken seit 1945*: **V/VI (1976-77), p. 753**

**RAMM, Thilo**

*Juristensozialismus in Deutschland*: **III/IV (1974-75), p. 7**

**RANIERI, Filippo**

*Savigny e il dibattito italiano sulla Codificazione nell'età del Risorgimento - Alcune prospettive di ricerca:*: **IX (1980), p. 357**

**REALE, Miguel**

*Gény na cultura juridica brasileira*: **XX (1991), p. 351**

**REBUFFA, Giorgio**

*Costituzionalismo e sociologia*: **XIII (1984), p. 205**

**REICH, Norbert**

*Der Juristensozialismus von Anton Menger (1841-1906) im neunzehnten Jahrhundert und heute*: **III (1974-75), p. 157**

**RESCIGNO, Pietro**

*Disciplina dei beni e situazioni della persona*: **V/VI (1976-77), p. 861**

*Enti di fatto e persona giuridica*: **XI/XII (1982-83), p. 983**

recensione di

L. MENGONI, *Diritto e valori*: **XV (1986), p. 448**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**RESTA, Eligio**

recensione di

*Società, norme, valori. Studi in onore di Renato Treves*: **XV (1986), p. 486**

**RITTSTIEG, Helmut**

*Die juristische Eigentumslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*: **V/VI (1976-77), p. 703**

**RODOTÀ, Stefano**

*La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*: **V/VI (1976-77), p. 881**

**ROMANELLI, Raffaele**

*Il giurista e lo storico di fronte al regime liberale* (A proposito di U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*): **XIX (1990), p. 669**

**RÜCKERT, Joachim**

*Der Unbekannte Savigny - Offene und verdeckte Lücken unserer Savigny-Kenntnis*: **IX (1980), p. 401**

*Zur Entstehung des modernen Berufsbeamtentums*: **X (1981), p. 383**

**RUFFILLI, Roberto**

*La questione del decentramento nell'Italia liberale*: **XVII (1988), p. 299**

recensione di

S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*: **I (1972), p. 386**

**RUTA, Leonardo**

*Tentativi di riforma dell'Università di Pisa sotto il Granduca Pietro Leopoldo (1765-90)*: **VIII (1979), p. 197**

**SALDANHA, Nelson**

*A teoria do « poder moderador » e as origens do direito politico brasileiro*: **XVIII (1989), p. 253**

**SANTARELLI, Umberto**

*Pietro Torelli storico del diritto privato*: **X (1981), p. 221**

*Historia juris propriissime dicta* (a proposito di Guido ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*): **XV (1986), p. 637**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*« Un illustre (e appartato) foglio giuridico » - La Rivista di diritto privato (1931-1944)*: **XVI (1987), p. 665**

recensione di

F. GALGANO, *Le società di persone, società in genere, società semplice, società in nome collettivo, società in accomandita semplice*: **II (1973), p. 742**

F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*: **II (1973), p. 775**

*Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. I B. Mittelalter (1100-1500)*: **III/IV (1974-75), p. 692**

*Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte - II B. Neuere Zeit (1500-1800). I. Wissenschaft; II. Gesetzgebung und Rechtssprechung*: **VII (1978), p. 474**

*Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa*: **XI-XII (1982-83), p. 1066**

I. BIROCCHI, *Per la storia della proprietà perfetta in Sardegna:*: **XIII (1984), p. 473**

*Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, III B. - das 19. Jahrhundert - I e II Teilb.*: **XIII (1984), p. 512**

*Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte - III Bd. - das. 19. Jahrhundert, III Teilb.*: **XVIII (1989), p. 543**

segnalazioni di

*Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*: **XIV (1985), p. 637**

*Un libro di scuola da segnalare*: **XV (1986), p. 503**

*Capitale e interesse tra mercatura e povertà*: **XIX (1990), p. 615**

**SBRICCOLI, Mario**

*Dissenso politico e diritto penale in Italia fra Otto e Novecento*: **II (1973), p. 607**

*Il diritto penale sociale (1885-1912)*: **III/IV (1974-75), p. 557**

*Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*: **III/IV (1974-75), p. 873**

*Il diritto penale liberale. La « Rivista penale » di Luigi Lucchini (1874-1990)*: **XVI (1987), p. 105**

recensione di

G. TARELLO, *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII*: **I (1972), p. 422**

*Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. II: **II (1973), p. 763**

R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*: **VII (1978), p. 455**

A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*: **VII (1978), p. 466**

*Des libertés et des peines. Actes du Colloque Pellegrino Rossi*: **X (1981), p. 243**

**SCHIAVONE, Aldo**

*« Il Nome » e « la Cosa ». Appunti sulla romanistica di Emilio Betti:*: **VII (1978), p. 293**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania - Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny*: **IX (1980), p. 165**

Replica nell'ámbito del seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 443**

recensione di

R. BONINI, *I Romanisti e il I. libro del codice civile del 1942*: **III/IV (1974-75), p. 650**

**SCHIERA, Pierangelo**

recensione di

*Staatsräson-Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs*: **V/VI (1976-77), p. 970**

M. STOLLEIS, *Arcana Imperii und Ratio Status. Bemerkungen zur politischen Theorie des früben 17. Jahrhunderts; Grundzüge der Beamtenethik (1550-1650); Staatsdenker im 17. und. 18. Jahrhundert. Reichspublizistik, Politik, Naturrecht*: **X (1981), p. 301**

*Dahlmann e il primo costituzionalismo tedesco*: **XIII (1984), p. 383**

**SCHLOSSER, Hans**

*Rationalität, Systemperfektion und soziale Reform durch Kodifikation?* (Zu: *Wissenschaft und Kodification des Privatrechts im 19. Jahrhundert, B. I, II, III*): **VII (1978), p. 583**

Intervento nell'ámbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 427**

*Folgen der Industrialisierung für das Instrumentarium der « Zivilrechtsgesellschaft » im 19. Jahrhundert* (Zu: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, B. IV, V)*: **X (1981), p. 403**

recensione di

*Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert VI.*: **XIII (1984), p. 542**

**SCHMITT, Inga**

*Zur Entstehung der Zeitschriften des öffentlichen Rechts seit 1848*: **XIII (1984), p. 747**

**SCHOLZ, Johannes-Michael**

*Eigentumstheorie als Strategie portugiesischen Bürgertums von 1850*: **V/VI (1976-77), p. 339**

*Penser les institutes hispano-romaines*: **VII (1979), p. 157**

recensione di

E. V. HEYEN, *Profile der deutschen und franzõsischen Verwaltungsrechtswissenschaft (1880-1914)*: **XIX (1990), p. 592**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**SCHOTT, Rüdiger,**

*A Case of Living Law - Traditional and Modern Jurisdiction among the Bulsa in Norther Ghana*: **XIV (1985), p. 149**

**SCHRÖDER, Jan**

Intervento nell'àmbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 343**

*Zur älteren Genossenschaftstheorie. Die Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs durch Georg Beseler*: **XI/XII (1982-83), p. 399**

*Zum Einfluss Savignys auf den allgemeinen Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*: **XIV (1985), p. 619**

recensione di

B. R. KERN, *Georg Beseler. Leben und Werk*: **XV (1986), p. 436**

*Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*: **XIX (1990), p. 606**

M. SANDSTROM, *Die Herrschaft der Rechtswissenschaft*: **XIX (1990), p. 610**

**SCHUBERT, Werner**

*Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Eine neue Juristische Person*: **XI/XII (1982-83), p. 589**

recensione di

R. SCHRODER, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts*: **XIII (1984), p. 534**

**SCHWAB, Dieter**

*Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung*: **I (1972), p. 357**

*Arbeit und Eigentum. Zur Theorie ökonomischer Grundrechte im 19. Jahrhundert*: **III/IV (1974-75), p. 509**

**SEELMANN, Kurt**

*Zur Marxinterpretation bei Anton Menger, Gustav Radbruch und Karl Renner*: **III/IV (1974-75), p. 73**

**SILVERMAN, Paul**

*The Responsability of Power and the Interdipendence of Science and Politics in the Thought of the young Max Weber*: **XVIII (1988), p. 11**

**SORDI, Bernardo**

*Giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa in Lorenzo Meucci e Giuseppe Mantellini*: **XIII (1984), p. 725**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

*L'illecito dello Stato: un problema di « estetica del pensiero »* (A proposito di Hans KELSEN, *L'illecito dello Stato*): **XVIII (1989), p. 633**

*Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato* (A proposito di Hermann HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*): **XVIII (1989), p. 643**

**SORIA, Donatella**

*La fortuna di Hans Kelsen in Italia*: **VIII (1979), p. 465**

**SPAGNESI, Enrico**

recensione di

A. LIVA, *Notariato e documento notarile a Milano. Dall'alto medioevo alla fine del Settecento*: **X (1981), p. 263**

**STAHL, Paul H.**

*La consanguinité fictive*: **XIV (1985), p. 121**

**STEIN, Peter**

*Nineteenth Century English Company Law and Theories of Legal Personality*: **XI/XII (1982-83), p. 503**

**STERLING, Joyce**

*The Comparison of Legal Systems: a Critique*: **XIV (1985), p. 77**

**STOLLEIS, Michael**

Intervento nell'àmbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 339**

*Zur Entstehung der Zeitschriften des öffentlichen Rechts seit 1848*: **XIII (1984), p. 747**

recensione di

D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*: **VII (1978), p. 491**

S. PFEIFFER-MUNZ, *Soziales Recht ist deutsches Recht. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht anhand seiner Stellungnahmen zur deutschen und schweizerischen Privatrechtskodifikation*: **X (1981), p. 280**

B. BINDER, *Otto Bähr (1817-1895). Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis*: **XIV (1985), p. 459**

G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *The Life and Work of Gerard Noodt (1647-1725)*: **XVIII (1989), p. 570**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**TAMM, Ditlev**

*Die Juristische Person in der dänischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*: **XI/XII (1982-83), p. 475**

**TARELLO, Giovanni**

recensione di

A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*: **I (1972), p. 379**

N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*: **V/VI (1976-77), p. 932**

Intervento nell'ámbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 387**

**TARUFFO, Michele**

*La Rivista di diritto processuale civile*: **XVI (1987), p. 631**

**TEBALDESCHI, Ivanhoe**

*Autenticità e società nei più recenti sviluppi del pensiero di L. Bagolini*: **XV (1986), p. 647**

**TEUBNER, Gunther**

*Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle*: **XIII (1984), p. 109**

**TIMSIT, Gérard**

*Gény, le juge et le silence*: **XX (1991), p. 149**

**TODESCAN, Franco**

*Dalla « persona ficta » alla « persona moralis ». Individualismo e matematismo nelle teorie della persona giuridica del secolo XVIII*: **XI/XII (1982-83), p. 59**

recensione di

F. CARPINTERO BENITEZ, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vazquez de Menchaca*: **VII (1978), p. 462**

**TOMAS Y VALIENTE, Francisco**

recensione di

B. CLAVERO, *El codigo y el fuero. De la cuestiòn regional en la España contemporanea*: **XIII (1984), p. 485**

**TORALDO DI FRANCIA, Monica**

*Per un corporativismo senza corporazioni: « Lo Stato » di Carlo Costamagna*: **XVIII (1989), p. 267**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**TRUYOL SERRA, Antonio**

recensione di

J. MANZ, *Emer de Vattel. Versuch einer Würdigung*: **II (1973), p. 756**

W. PREISER, *Macht und Norm in der Völkerrechtsgeschichte*: **X (1981), p. 283**

**UNGARI, Paolo**

*Per la storia dell'idea di Codice*: **I (1972), p. 207**

*Saggi recenti in tema di Codificazioni - Ragguaglio*: **II (1973), p. 778**

recensione di

*La formazione storica del diritto moderno in Europa*: **V/VI (1976-77), p. 941**

**VAN DEN BERGH, G.C.J.J.**

recensione di

R. FEENSTRA - C. J. D. WAAL, *Seventeenth Century Leyden Law Professors and their Influence on the Development of the Civil Law. A study of Bronchorst, Vinnius and Voet*: **V/VI (1976-77), p. 930**

**VARDARO, Gaetano**

*La Rivista di diritto commerciale e la dottrina giuslavoristica delle origini*: **XVI (1987), p. 441.**

**VARNIER, Giovanni Battista**

recensione di

*I Sinodi diocesani di Pio IX (1860-1865)*: **XVIII (1989), p. 567**

**VASOLI, Cesare**

*Enciclopedismo, pansofia e riforma « metodica » del diritto nella ' Nova Methodus ' di Leibniz*: **II (1973), p. 37**

Intervento nell'ámbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 375**

recensione di

C. PERELMAN, *Diritto, morale e filosofia*: **III/IV (1974-75), p. 722**

V. PIANO MORTARI, *Diritto, Logica, Metodo nel secolo XVI*: **VIII (1979), p. 395**

P. PIOVANI, *Oggettivazione etica e assenzialismo*: **XI/XII (1982-83), p. 1108**

**VENEZIANI, Bruno**

*La Rivista di diritto commerciale e la dottrina giuslavoristica delle origini*: **XVI (1987), p. 441**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

**VIDAL, Michel**

*La propriété dans l'école de l'exégèse en France*: **V/VI (1976-77), p. 7**

**WESTEN, Klaus**

*Theorethische Begründung und rechtliche Ausgestaltung des persönlichen Eigentums in den sozialistischen Staaten*: **V/VI (1976-77), p. 779**

**WEYL, Roland**

*Socialisme et justice dans la France de 1895: le ' bon juge Magnaud '*: **III/IV (1974-1975), p. 367**

**WIEACKER, Franz**

*' Wandlungen der Eigentumsverfassung ' revisited*: **V/VI (1976-77), p. 841**

Intervento nell'ámbito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 303**

**WIEGAND, Wolfgang**

recensione di

S. BUCHHOLZ, *Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht-Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld*: **VIII (1979), p. 372**

**WROBLEWSKY, Jerzy**

*Legal Person: Legal Language and Reality*: **XI/XII (1982-83), p. 1035**

**YALE, David**

*Headless Bodies at Common Law*: **XI/XII (1982-83), p. 39**

**ZANFARINO, Antonio**

*La proprietà nel pensiero di Proudhon*: **V/VI (1976-77), p. 165**

recensione di

*Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. I: **I (1972), p. 413**

**ZOLO, Danilo**

recensione di

H. KELSEN, *Socialismo e Stato*: **VIII (1979), p. 382**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen:*: **XVII (1988), p. 438**

**ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo**

recensione di

V. TAU ANZOATEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas juridicas*: **VIII (1979), p. 413**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano