

vaciones para explicar la distinción entre usos generales, especiales y locales. El autor se plantea la siguiente cuestión: ¿la expresa indicación jerárquica debe venir igualmente observada? o ¿debe admitirse y preferirse otra jerarquía? Es innecesario decir—añade—que debe aplicarse aquel uso que la ley invoca si la norma legal lo contiene y ella misma reenvía a un uso especial (como en el art. 1.735 del Código civil), o a un uso local como en los artículos 1.496, 1.732, 1.733, 1.736 y 1.740 del Código civil. Sólo en el caso en que la ley invoque los usos, sin distinción entre ellos, o en el cual falte un reglamento legislativo y subsistan usos de varias especies, permanece abierta la cuestión. Para él, la propuesta de alterar el sistema atribuyendo prevalencia a los usos generales del comercio, sea por su mayor difusión, sea por evitar que encuentren obstáculo en otros usos de más restringida aplicación, tenía necesidad o de una declaración legislativa o de una aplicación consuetudinaria (la cual podía tener por contenido la prioridad de un uso sobre otro) que no apareciese existente de un modo general. En caso de concurso de un uso general con un uso local de la plaza, es a este último al que debe darse preferencia, al ser el *forum contractus* del cual depende la norma reguladora de la relación.

Por último, completa su estudio con la colección de usos afirmados por la Cámara de Comercio de Módena (pág. 29). Colección que antes de obedecer a un precepto legislativo—dice—continúa una tradición de la Cámara de Comercio de alguno de los más importantes centros agrícolas y comerciales, tanto más apreciados por los usos concernientes a las mercancías que constituyen mercados típicos. Su propósito es que el examen sobre algunos usos que tienen particular interés sea a la luz de la unificación del Derecho privado. Entre los usos comerciales y agrarios que examina están: el contrato de abastecimiento o suministro respecto de la aplicación a varios casos en la determinación del precio; los usos acerca de la aplicación del contrato (pág. 30), de la forma de algún uso modenés (por ejemplo, de compraventa de uva, vino, fruta, etc.); usos que determinan el lugar de consigna (pág. 31); usos del comercio del cáñamo (pág. 32); de la especial cláusula arbitral en el comercio del tomate (pág. 33).

Formiggini, en este sentido sobre el uso, pone el primer plano una cuestión ya olvidada en el ambiente legalista en que nos movemos. Con una argumentación sobria logra destacar y sancionarlo como fuente jurídica necesaria en la vida del Derecho y al mismo tiempo matizar un criterio discriminatorio en su aplicación práctica.

José BONET CORREA

**ISELE, Hellmut Georg:** "Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch", en *Archiv für die civilistische Praxis*, 150 (1948), 1-27.

Las dos grandes convulsiones históricas de la primera mitad del siglo XX (las guerras de 1914 y de 1939) nos han hecho desembocar en una situación para la cual resultan insuficientes las normas y cauces

de un régimen jurídico, social y económico que podemos decir ya fenecido. Si en el orden del pensamiento el cambio ha sido radical, prácticamente, en las necesidades cotidianas a cubrir viene realizándose con un carácter excepcional y de emergencia. Pero la insuficiencia del anterior régimen va cada día en aumento y una nueva ordenación de las bases vitales se impone como corolario necesario. En el orden jurídico, los antiguos dogmas pierden vigor y son inoperantes. Los Códigos civiles contruídos sobre una base exacerbadamente individualista tienen que dejar paso a la nueva concepción social aunadora de esfuerzos e intereses.

Así lo han observado y analizado perfectamente, por lo que al Derecho civil se refiere, para la orientación latina, Georges Ripert (1) y, para la orientación germánica, Hellmut G. Isele. Dos corrientes, aunque diferenciadas, interdependientes y, en gran parte, asentadas históricamente sobre una base común: el Derecho romano, ahora renovada esperanza vivificadora y conciliadora para lograr un espíritu común y que, según una posición doctrinal muy dominante, es el único fundamento posible para una ciencia jurídica universal.

Ante tal situación, Isele, conmemorando el medio siglo de vida del Código civil alemán (BGB), cree conveniente hacer un ensayo de retrospectión y de futuro. En nueve capítulos nos describe la línea histórico-política y dogmática del BGB en los últimos cincuenta años.

La materia fundamental de su estudio es la referente a las "cuestiones del destino del Código civil" (cap. III, p. 4) y la que él titula en el capítulo IV "balance intermedio" (p. 6). El ambiente en que se formó el BGB entre 1873 a 1896 fué decisivo en la estructuración económica y social de Alemania. De la economía rural—dice (p. 4)—se desplazó el peso al comercio y a la industria. La población de las ciudades comenzó a aumentar rápidamente.

La evolución social, política y económica de la época del imperio de Bismarck está en contradicción con el Código civil realizado por la burguesía, donde se olvida de la clase obrera. Sus problemas específicos (contrato de trabajo, organización profesional, condiciones de colonización) quedaban sin resolver esencialmente. Por eso él cree (p. 3) que para una mirada retrospectiva, el Código civil resulta más bien el acorde final del siglo XIX que una obertura para el siglo XX.

El BGB es fruto de una posición doctrinal, de la fusión de la escuela histórica con la sistemática y la dogmática del posterior Derecho de Pandectas que, en su elevación científica, le dió la dirección de la ciencia jurídica europea. Pero los métodos de la escuela histórica señalaron más hacia el porvenir. Por el contrario, no un Jhering, dispuesto a todo lo nuevo, sino el conservador Windscheid determinó las bases y la forma del primer proyecto.

Lo importante del BGB es su tono preferentemente científico; es un trabajo afiligranado y de una gran precisión. El sujeto, el objeto y la declaración de voluntad son sus elementos constructivos más importantes.

(1) GEORGES RIPERT: *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*. Paris, 1948.

En todas partes se ve la simplificación dogmática; no permite formaciones intermedias, ni tampoco series oscilantes, sólo conoce posiciones extremas. Predomina la simplificación, claridad y precisión en los casos aislados. Para este autor (p. 7), tanto la dogmática romanista como germanista de la segunda mitad del siglo XIX han encontrado su exteriorización en este Código.

De mayor importancia es la sistemática del BGB. El Código perfecciona la sistemática que Heise había propuesto en el sentido científico, pedagógico y práctico. A la "Parte general" sigue el Derecho de obligaciones y su derecho especial. Después, los derechos reales, el de familia y el de sucesión. La parte general representa, ante todo, los elementos básicos y fundamentales desintegrados del sistema total (la persona jurídica, el objeto jurídico y la declaración de voluntad). Tanto el derecho de obligaciones como el derecho real contienen los tipos del poder jurídico en su más pura expresión. Además de sus ventajas científicas, el sistema del BGB es también un sistema práctico. Su construcción facilita la orientación en la ley y omite las repeticiones. Por inclusión de grandes cláusulas generales ha reservado al desenvolvimiento jurídico las necesarias posibilidades de desarrollo. Han influido—dice (p. 9)—en el Código civil tanto la pesada exactitud de la ley prusiana como la elegante displicencia de la ley francesa. Es un fruto en el árbol del desarrollo jurídico de toda Europa. Esto contribuye a explicar que, por otro lado, su dogmática y, ante todo, su sistemática hayan influido en legislaciones posteriores. El Derecho suizo y, a través de éste, el turco, los nuevos decretos del Derecho austríaco, el Derecho civil chino y japonés se hallan bajo su influjo. El Código griego le sigue ampliamente. Las legislaciones con otra estructura dogmática se han aproximado al sistema del BGB. Así, el Código civil general austríaco, en su tiempo, el Proyecto húngaro, checoslovaco y yugoslavo; del círculo jurídico latino, el novísimo Código civil italiano (2).

Isele trata uno de los problemas más importantes en el terreno de la teoría, el que él titula en el capítulo V "el positivismo y los nuevos caminos para encontrar el Derecho" (p. 9). Las primeras dos décadas de vigencia del BGB fueron épocas de un creciente bienestar y de un nivel de vida próspero. La crítica, que en un principio había sido tan amplia, enmudeció completamente; la ciencia y la práctica se sometieron a ella; venció el positivismo. Florecía el *argumentum a contrario*. La analogía y los medios de colmar lagunas fueron casi desplazados por declaraciones de voluntad tácitas y por artes de interpretación parecidas. Visto así—dice (página 10)—, el Código civil no es hijo del positivismo, sino el positivismo hijo del Código civil. Pero se debilitó el dominio de los métodos en la lógica de los conceptos. La jurisdicción le quedó fiel en lo fundamental, pero se separó con ideas de equidad más o menos encubiertas. En la ciencia se intentó desarrollar nuevos fundamentos para encontrar el Derecho "más bien—dice—por sobresaturación dogmática que por verdadera necesidad de de-

(2) El BGB ha ejercido una fuerte influencia en el campo doctrinal español por la interpretación de nuestro Código civil a través de los "Comentarios" de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER a la obra de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF.

cisiones justas". La jurisprudencia de intereses se afanó, teniendo en cuenta las necesidades del legislador, en delimitar la amplitud de estas normas. De un modo más radical, la Escuela del Derecho libre se enfrentó con el Código, pero los defensores de estos métodos no pudieron imponerse ni en la práctica ni en la teoría.

El fenómeno de la invasión del Derecho público en el Derecho privado actual es analizado por Isele en el capítulo sexto bajo el título de "La intromisión del Derecho económico, del Derecho del trabajo y de la formación jurídica del juez" (p. 12). La ingerencia del Estado en el ámbito total de la vida de una nación, a consecuencia de la guerra, trajo consigo la adopción de medidas hasta entonces insospechadas (incautaciones, expropiaciones, racionamientos, control de trabajo, etc.). Todas estas intromisiones, que al principio parecían debidas simplemente a la guerra, en realidad, resultaba que fueron más tarde las raíces de un Derecho económico y del trabajo moderno con su intromisión en los dominios hasta ahora reservados al Derecho civil (afirmación de la cláusula *rebus sic stantibus*, formación del contrato judicial, limitaciones a la regla *pacta sunt servanda*).

Alemania había perdido por la guerra y el concierto de la paz importantes regiones, valores materiales y colocaciones de dinero. La inflación destruyó el capital de ahorro de la clase media. La escasez de bienes aumentó su valor; la protección de los económicamente débiles no podía ser un teorema excepcional, sino que tuvo que ser para el legislador—según Isele (p. 13)—la guía para regular estos casos. También la ciencia jurídica buscaba nuevos caminos. En parte, se trataba de una profundización filosóficojurídica; en parte, de un perfeccionamiento dogmático; en parte, de una problemática general metodológica. Muchas veces se desechó el método lógico de conceptos en favor de la sociología jurídica y de la investigación de hechos jurídicos. Sucedió un creciente desplazamiento de las instituciones jurídicoliberales de la economía libre por elementos libres de la economía planificada.

Los dos penúltimos capítulos están dedicados al Código civil bajo el nacionalsocialismo, la última guerra y el derrumbamiento (págs. 15 y 20). El partido nacionalsocialista estaba compuesto de todas las clases sociales de la nación (obreros, empresarios, campesinos, burgueses). Su programa confuso prometía y permitía a cada uno lo que esperaba. También para el jurista podían tener eco las atractivas promesas y exigencias del partido obrero nacionalsocialista: liberación del derecho de límites formales de la ley, realización de un verdadero reinado de los jueces, la victoria sobre la discordia entre el pueblo y el Derecho y, con ello, la eliminación de la crisis de confianza producida siempre en la justicia; en suma, la reforma jurídica fundamental de todo el Derecho civil. Atraía la nueva reforma porque, en parte, respondía a verdaderas necesidades del desarrollo social y económico. La sustitución del Derecho romano por un derecho común alemán parecía prometer a muchos la satisfacción de su anhelo romántico. Suponía, según Isele, una victoria tardía sobre la pandectística, de Otto von Gierke.

La Escuela de Kiel, representante del ala radical de la entonces ciencia

jurídica alemana, se quedó corta frente a los nuevos postulados. El espíritu y la terminología de Hegel desplazaron al neokantismo. El institucionalismo medieval reapareció, en forma transformada, en un pensamiento ordenado y concreto y fué enfrentado al normativismo y decisionismo. Pero el golpe principal de todos los ataques se dirigió contra el sistema y la dogmática del Código civil. Todo lo general estaba mal visto, sobre todo la llamada "Parte general" del Código. Se comenzó por una exploración y descripción de órdenes concretos. Se atacó incansablemente al Código civil. El derecho de familia, inmobiliario, campesino, laboral, de sociedades y económico trataron de independizarse. El mismo nombre de "Derecho civil" había de ceder a la nueva denominación de "Derecho popular". Para la nueva formación del Derecho civil—dice (p. 18)—se empleó el camino de la legislación aislada, sobre base independiente fuera del Código. Así, la nueva ley matrimonial, la elaboración de la ausencia en el BGB, las leyes del Derecho marítimo en lo que se refiere al derecho de prenda mobiliaria e inmobiliaria, los proyectos sobre el derecho de herencia legal, el derecho de legítima y sobre la posición del hijo ilegítimo. No obstante, las nuevas leyes parciales tampoco se apartaron del círculo de influencia del BGB y se tuvo en cuenta la coexistencia de ambos por motivos de técnica legal.

En el campo de la difamación racista y de la diferenciación genética, el legislador se amoldó a las exigencias del partido. La regulación de las cuestiones de descendencia se separó del campo de la determinación de los interesados y fué subordinada a la jurisdicción a causa del interés público. El partido quiso sobrepasar en intensidad y velocidad el afán de reforma de las instancias oficiales. Desde el 13 de mayo de 1939 se dispusieron a la nueva recopilación que lo abarcaba todo: el Código popular alemán. Pero sólo llegaron a realizarse proyectos parciales. En el verano de 1943 el trabajo de reforma quedó paralizado definitivamente.

La guerra mundial de 1939-1945 no significó nada nuevo respecto de la primera. Tan sólo continuó en aumento acelerado el curso de los tiempos anteriores con los planes de la economía de armamentos y sus tendencias de autarquía. La legislación de guerra limitó la propiedad por la intervención oficial de los productos agrícolas. Se amplió el campo de control y valoración estatal a casos que hasta entonces habían sido campo neutral para el Estado. Fué característica, también, una gran ampliación de la competencia de la decisión de juez. En relación opuesta a esta ampliación de la competencia judicial se hallaba el desarrollo de la independencia judicial frente a la dirección del Estado y del partido. Los juristas se vieron expuestos a una creciente presión política para orientar sus sentencias según una ideología nacionalsocialista. Por los preámbulos de las leyes se invitaba a los jueces a juzgar según "el sano sentimiento popular" o según "los intereses de la comunidad del pueblo", encubriendo así—dice Isele (p. 23)—los deseos autoritarios y las órdenes del partido. A última hora, en lo civil, mediante las "cartas al juez", dirigidas secretamente por el Ministro de Justicia, tenía éste que atenerse a las órdenes dadas.

Las medidas legislativas de los últimos años tampoco merecieron la aprobación de la magistratura alemana. Cuanto más avanzaba la guerra

más confusa llegó a ser la legislación en el campo del Derecho civil. Las leyes y órdenes nacieron de casos aislados imposibles de resolver con las leyes vigentes. Así, por ej., por una orden secreta del Führer se pudieron verificar matrimonios *post mortem*; las personas fallecidas pudieron aún ser divorciadas por intervención de un magistrado (por lo menos para conseguir un resultado práctico), y también podían testar en virtud de arreglos de herencias. Era, pues, una legislación totalmente ocasional (p. 24).

Por último, Isele se interroga: ¿Qué resta del Código civil? En este capítulo final se propone ordenar y separar de aquellos materiales nuevos que vinieron a integrar o modificar el Código civil lo que corresponde al pensamiento político ocasional del nacionalsocialismo (la diferenciación racista y eugenética, los enlaces de la ideología nacionalsocialista por órdenes y cláusulas generales) de aquellas otras que fueron debidas al general desarrollo económico y social (leyes de testamentos, de los ausentes y desaparecidos, de los derechos de navegación, la ley matrimonial de 1938), las cuales pueden seguir teniendo validez en el futuro y por ello están justificadas jurídicamente.

Cree este autor que, para la actualidad alemana, la conservación del BGB representa en su conjunto esencial un indudable provecho. Se ve cómo el Código se ha salvado en su mayoría del desastre del orden civil. Se han conservado, ante todo, las pilastras y las bóvedas del edificio, la masa que construía sus muros y el estilo constructivo uniforme de su dogmática. Fracasados el pensamiento popular y el autarquismo espiritual, el BGB y su ciencia, como miembros del desarrollo jurídico total europeo, han de ser también un punto de partida para el Derecho comparado. Porque mucho más que en particularidades nacionales—dice Isele (p. 27)—el Derecho civil actual y el Derecho económico moderno se basan en un desarrollo común de la cultura de Occidente. “Ahora bien—termina diciendo—, si la ciencia del Derecho civil quiere conservarse fructífera y conforme con la realidad, no debe perder de vista las bases del Derecho social y económico y debe seguir conscientemente sus manifestaciones ulteriores hasta dentro de las más pequeñas ramificaciones de la sistemática y de la dogmática. Porque allí se hallan, de un modo más claro que en todo el medio siglo pasado de su existencia, las preguntas decisivas del destino para el futuro del Código civil y su ciencia.”

Concluimos, pues, y observamos cómo en la Europa actual son coincidentes ciertos fenómenos culturales que, en línea general, podemos resumir: preocupación y preponderancia de lo social y económico (desembozando en sociologismo práctico y vitalista); el mantenimiento, al mismo tiempo, de una tradición espiritual y moral; por último, el logro de una base común europea. Tres directrices optimistas y vigorosas que apuntan la futura armonía y prosperidad de los pueblos. Pero no ha de olvidarse la ciencia jurídica que la base será movediza e inconsecuente sin el calor cristiano como aglutinante. Comunidad universal sin hermandad ni Ley eterna será orden vacío de contenido y enclenque en su realización concreta.