

I

La función del Derecho y las ideologías jurídicas.

La fonction du Droit et les idéologies juridiques.

The function of law and legal ideologies.

Die Funktion des Rechts und der juristischen Ideologien.

UNA VISION RENACENTISTA DEL DERECHO Y SUS FUNCIONES, EN LA OBRA DE DOMINGO DE SOTO

En el horizonte espiritual del siglo XVI destaca, por su vigor de pensamiento, su claridad y su sistema, la obra de Domingo de Soto (m. 1560). El peso que su docencia, tanto oral como escrita, tuvo en sus contemporáneos y en la especulación posterior es harto significativa. Su tratado *De iustitia et iure* se reeditó copiosamente no sólo en Salamanca y en los dominios españoles, sino también en el extranjero; rayan en la treintena las ediciones catalogadas, la mayor parte de las cuales vieron la luz después de la muerte del autor.

La inserción en la realidad viva de la vida política, económica y social de su tiempo constituye una de las cualidades más notables del pensamiento de Soto, quien, a su vez, se mueve con deseada fidelidad —de hecho, no siempre lograda— a las coordenadas del tomismo. Posiblemente su primera adscripción a la corriente nominalista —*inter nominales nati sumus, interque reales enutriti*, dirá de sí mismo más tarde— dejó prendido en su espíritu el afán por la realidad concreta y circunstanciada sobre la que proyectar los principios cardinales inspiradores de su pensamiento. Tal orientación, que recibió confirmación y nuevo impulso en el entorno doctrinal y fáctico en el que se desarrolló la vida de Soto, contribuyó a constituir a éste en figura señera dentro de lo que justamente se ha llamado escuela salmantina de teólogos-juristas; su fama y prestigio alcanzaron eco profundo: *qui scit Sotum, scit totum*, se dirá no sin dejes de admiración.

No es, pues, de extrañar que el ámbito jurídico tuviera para Domingo de Soto peculiar interés y que a él dedicase una parte muy importante de su producción científica. Ambito jurídico, uno de cuyos polos determinantes lo constituye su concepción del hombre. El humanismo jurídico sotiano aparece medularmente dominado por una orientación teleológica trascendente, dentro de la cual halla sentido y razón de ser la vida social y, por consiguiente, también la jurídica. Presidido todo por la visión del hombre y de su fin, se establece el enlace entre felicidad,

vida social y derecho. No es posible la felicidad terrena, si ha de ser auténticamente humana, si no está inserta en una orientación teocéntrica; ni cabe un hombre marginal a la sociedad —sería un ángel o una besua—, ni cabe una sociedad sin derecho (1).

Es en esta perspectiva como los planteamientos de Soto acerca de las dimensiones funcionales del derecho adquieren mayor relevancia. El problema se centra fundamentalmente, dentro de la radical adscripción iusnaturalista, en el derecho positivo humano. Pues bien, para Domingo de Soto, el derecho como norma responde a un dictamen prudencial y a regla de razón; esta radicalmente orientado a la promoción del bien común. Pero, al mismo tiempo, el derecho significa la *aequitas quam iustitia in rebus constituit* (2); no se trata de un ajustamiento cualquiera, sino del objeto propio y adecuado de la justicia. Dentro de este contexto, la visión sotiana percibe siempre, en el ordenamiento jurídico, una dimensión social, *ad alterum*; dimensión social que supone una relación de débito objetivamente considerado: *ratione rei*. Es decir, la norma jurídica tiene una primaria función de establecer la *aequalitas rerum*, de determinar el *medium rei*.

No se requiere, pues, absolutamente, para que el derecho regule adecuadamente la vida social, una rectitud virtuosa en el agente, sino que basta con que su función social halle satisfacción en cuanto se mantenga el *sumum cuique*, el dar a cada uno lo suyo. El derecho-norma, como razón de lo justo, como hacedor y constituyente de lo justo —*lex est factiva et constitutiva iustitiae*— debe realizar el *medium rei* según las exigencias objetivamente radicadas en las mismas cosas: *ius est in rebus*.

En consonancia con lo dicho, la función primordial del derecho es la adecuada ordenación de la vida social y la realización y fomento del bien común. Con ello se incide en la vertiente política que todo orden jurídico implica, y de la que el pensamiento sotiano es riquísimo en doctrina y en aportación de soluciones concretas a problemas concretos de su tiempo; soluciones que no pocas veces son susceptibles de ser transferidas a otras situaciones históricas, habida cuenta de las variaciones de las coordenadas de tiempo, lugar, ambiente social, estructura económica, etcétera. Pero no podemos detenernos, ahora, en este ámbito, siquiera sea someramente. En otros lugares lo hemos hecho con mayor amplitud.

(1) Vid. J. BRUFAU PRATS, «Humanismo y derecho en Domingo de Soto», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Granada), 2 (1962), págs. 333 ss.

(2) DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure libri decem*, 1. III, q. 1 a 1. Citamos por la edición salmantina que, en 1577, salía de los talleres de Ildefonso de Terranova y Neyla, y que reproduce la segunda edición, que quedó como definitiva.

Sólo aludiremos, por citar un ejemplo significativo, a la batallona cuestión de la justificación de las diversas formas de dominio y, en especial, del *dominium iurisdictionis*, en el que se encuadra el poder político (3).

En la clásica definición tomista de ley se inserta como fundamentalísimo el elemento *ad bonum commune*. En este sentido, Soto observa que es propio de la norma jurídica procurar la felicidad temporal de la comunidad política, es decir, el *quietus tranquillisque et pacificus reipublicae status*, basado en el clásico argumento de la ordenación de la parte al todo, entre otros. Pero cuida de señalar, con exquisita atención, que tal finalidad no excluye la finalidad última del hombre, antes, por el contrario, de alguna manera se ordena a ella, dado que el fundamento radical es la ley eterna y que todo el ordenamiento jurídico se ancla en la ordenación divina (4). De no guardarse esta orientación al bien común, declara abiertamente Soto, la gobernación de la comunidad política derivaría hacia formas tiránicas; tiranía que podría alcanzar también al ámbito más amplio del consorcio de todas las naciones, de la *respublica orbis* (5).

Con sentido realista de la dimensión existencial de la vida social, Domingo de Soto conjuga la función de certeza y seguridad jurídicas con la vertiente dinámica que el derecho debe adquirir y mantener siempre

(3) Vid. J. BRUFAU PRATS, «La noción analógica del *dominium* en Santo Tomás, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto», en *Salmanticensis* (Salamanca), 4 (1957), págs. 96 ss. *El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder*, Universidad de Salamanca, 1960. «Domingo de Soto y su relección *De Dominio*», en *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, Madrid, 1965. DOMINGO DE SOTO, *Relección «De Dominio»*. Edición crítica y traducción, con introducción, apéndices e índices, por JAIME BRUFAU PRATS, Universidad de Granada, 1964.

(4) *De iustitia et iure*, l. I, q. 1, a. 2: «Fons et origo legum omnium aeterna lex est divinae mentis».

(5) Es interesante el principio sentado en contra de la mentalidad colonialista, cualesquiera que fueren los términos y circunstancias que en ésta sustancialmente se manifieste, precisamente en el momento en que los españoles realizaban la conquista del Nuevo Mundo y aflúan a la Península cantidades ingentes de metales preciosos: «At vero regna diversa, etiamsi sub uno sint rege, non debent sic gubernari ut unius res, divitiae, scilicet, et politia in utilitatem alterius inaequaliter pertrahantur: sed per se quodlibet ob suum ipsius commodum, administretur». Soto hace referencia expresa a la acción ultramarina española, haciendo alusión a un título ilegítimo de conquista: «Si non alia ratione transmarina regna acquirerentur, nisi ut omnia eorum bona Hispaniae obvenirent, eorumque leges in rem nostram deflecteremus: videlicet, uti si nostra essent mancipia, non servaretur aequitatis decor: secus si commerciorum ratione vicariis sibi operis inservirent» (*De iustitia et iure*, l. I, q. 1, a. 2).

ante el desarrollo del tejido de relaciones sociales en continuo cambio y mutación. Lejos de atrincherarse en un abstractismo ahistórico del que tenemos ejemplos palmarios en la floración iusnaturalista habida en el seno del racionalismo dieciochesco, atiende a la mutua implicación de la dinámica social y el cambio jurídico. Aquélla, como un hecho incontrovertible; éste, como elemento que ha de ser manejado con tino para no producir desfases, ya por aceleración indebida, ya por hacer excesivamente tardígrada la adecuación del derecho a las necesidades vitales del grupo social dado. Es preciso un lapso temporal de observación y experimentación —*temporis experientia*—, porque sólo así cabe una adecuada adaptación (6).

No escapa tampoco a Soto que la proyección social de toda norma jurídica tiene que ir al compás del perfeccionamiento de la vida del grupo; más aún, debe promoverlo. El progreso social requiere indudablemente también un progreso en el ámbito jurídico, ámbito que, por su misma esencia, ha de ser, a su vez, regulador y promotor de dicho progreso. Obra de la razón, el ordenamiento jurídico es obra perfectible que, por consiguiente, no ha alcanzado su acabamiento, estando siempre vocado a lograr grados progresivos de perfección.

Pero este cambio no debe ser desorbitado. Se requiere una relativa permanencia para evitar un estado de incertidumbre y de inseguridad que alteraría la vida social del grupo. Por eso, Soto exige que la causa que lleve al cambio jurídico tenga tal peso y entidad que se compensen el daño y detrimento que la mutación lleve consigo (7). Porque la exigencia, propia de toda norma, de promover el bien común del grupo social supone un grado efectivo de estabilidad (8). La *veneranda legis canities* es un valor que hay que tener muy en cuenta. A lo largo de su exposición se observa claramente que Soto, admitiendo la necesidad del cambio y de la adaptación de la norma al nuevo contexto social, atribuye una virtualidad enorme a la estabilidad jurídica como fuente de certeza y de seguridad, exigiendo la evidencia de la utilidad de la muta-

(6) *De iustitia et iure*, l. I, q. 6, a. 1: «Leges humanae, quia circa lubricum singularium fluxum versantur nequeunt nisi temporis experientia exacte institui. Experientia enim (...) tempore indiget: ergo quoties temporis curriculum melius quid attulerit, expediens est, leges submutari».

(7) *De iustitia et iure*, l. I, q. 7, a. I: «Non ob quamcumque causam melius quidem afferente mutanda est lex: sed tunc penitus quando usque adeo excellit, ut damna detrimentaque compenset quae legis mutatio suapte natura affert».

(8) *De iustitia et iure*, l. I, q. I, a. 2: «Lex omnis quo solida sit et firma in commune bonum debet subditos promovere».

ción que se propone: *in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet* (9).

A su vez, queda proscrita toda arbitrariedad en el cambio. Sin que, por ello, niegue Soto que tal cambio sea firme si proviene del supremo legislador de la *respublica*, porque es éste quien da valor vinculante a las normas que componen el ordenamiento jurídico vigente. Al mismo tiempo, aunque por lo dicho el supremo legislador pueda abrogar cualquier norma positiva, no podrá nunca dar rango jurídico a aquella regla que no contenga los elementos esenciales para ser norma jurídica: la ordenación al bien común, el que su cumplimiento sea posible a los sometidos a la misma, etc. Con lo cual se apunta también al principio de legalidad en cuanto que la esfera de acción del legislador —unipersonal o cuerpo legislativo— queda limitada por las exigencias de la misma naturaleza del *ius conditum et condendum* y de la función legislativa y por la estructura constitucional de la sociedad política —*ut unaquaque respublica seipsum regendi habeat arbitrium* (10)—. En definitiva, el fin de la norma es el bien común y el objetivo al que primordialmente debe mirar quien ostenta el poder supremo es la auténtica paz social: *finis proximus regis, pax*, dice bellísimamente Domingo de Soto (11).

Dejando aparte otros aspectos que sobre el tema que estudiamos cabría apuntar extraídos del fecundo *opus* sotiano, es preciso hacer notar como, a lo largo de los apretados folios del tratado *De iustitia et iure*, se hace hincapié en la función, propia del derecho, de prevención de posibles conflictos y, si éstos se dan, de resolverlos. Función que en buena parte queda reservada, en lo primero, al legislador, y, en lo segundo, al juez. Sin que esto obste para que el arbitrio judicial pueda llegar a colmar en parte las lagunas del ordenamiento jurídico.

Terminamos estas nuestras consideraciones, dentro del apretado límite de espacio al que hemos de ceñirnos, insistiendo en la función ineludible que, en las coordenadas del pensamiento sotiano, debe, por su propia naturaleza, cumplir el ordenamiento jurídico: la realización de la justicia en el seno del grupo social. No nos es dado entrar aquí en el aspecto moral de la virtud de la justicia como perfeccionadora del sujeto que la posee, aspecto al que Soto atiende cumplidamente. Pero sí señalar que la igualdad real, y no puramente racional, *ad alterum* que ha

(9) *De iustitia et iure*, l. I, q. 7, a. 1.

(10) *De iustitia et iure*, l. I, q. 1, a. 3: «Reges ac principes a populo creati sunt in quos suum transtulit imperium ac potestatem (...) Donatum mortalibus est ut unaquaque respublica seipsum regendi habeat arbitrium».

(11) *De iustitia et iure*, l. I, q. 1, a. 3.

de realizarse en el plano jurídico no está al margen de la razón, sino que concuerda con ésta: *non (...) quod tale medium non sit rationi consonum, imma est maxime (...) quia constituitur æquale in rebus, illud fit rationi conforme* (12). Ahora bien, el legislador ha de guardar siempre las exigencias de la justicia, que son condiciones esenciales a toda norma. De ahí que Soto proclame no sólo que la ley que va contra el bien común no tiene fuerza de obligar (13), sino que también pierde su fuerza obligatoria si, siendo en sí justa, aplicada a circunstancias particulares pierde su ajustamiento esencial (14). Soto acoge la debatida problemática de la ley injusta, es decir, cuando se ha hecho insostenible el desfase entre la ley positiva y las exigencias esenciales de la naturaleza humana (15).

Ponemos punto final. Las breves líneas que preceden, aunque sólo sea en esbozo, dan muestra suficiente de lo que significa el contenido valioso del *opus* jurídico sotiano, que, aún hoy, aparece rico de sugerencias valederas para el mundo agitado en que vivimos.

JAIME BRUFAU PRATS
Universidad de Barcelona

(12) *De iustitia et iure*, l. III, q. 2, a. 7.

(13) *De iustitia et iure*, l. I, q. 1, a. 2.

(14) *De iustitia et iure*, l. III, q. 4, a. 5: «Potest lex quandoque iuri repugnare naturae et tunc non est servanda: sic quamquam recte sit posita, si tamen in eventibus particularibus est contra ius naturae, licet contra illam facere».

(15) *De iustitia et iure*, l. III, q. 4, a. 5: «Quando lex scripta legi naturae adversatur, nullam habet vim, atque adeo neque sit secundum illam iudicandum. Quare tunc non leges, sed legum corruptiones censentur».

LA FUNCION DEL DERECHO EN FERNANDO VAZQUEZ DE MENCHACA

1. Fernando Vázquez de Menchaca es un jurista español que publicó sus obras a mediados del siglo XVI. Su marcada vocación iusfilosófica dejó huella en la jurisprudencia posterior, especialmente en el sector de la teoría del Derecho Natural, premisa necesaria en el siglo XVI de toda lucubración iusfilosófica, lo que hizo que Grocio le citara con bastante frecuencia. (Fernando Vázquez y Diego de Covarrubias son los dos juristas laicos —entendiendo por tales a los que no son profesionalmente teólogos— más citados por Grocio.) Esto hizo que, gracias a la honradez de Grocio, que siempre cita a sus fuentes, los nombres de estos dos juristas, y con ellos una parte de su doctrina, pasaran a la Historia, evitando el olvido.

2. Antes de estudiar la función del Derecho en un autor, hay que examinar lo que este autor entiende por Derecho. Esta investigación previa es especialmente importante si el autor estudiado escribió su obra hace ya algunos siglos.

Ha llegado a ser un tópico decir que aquellos teólogos medievales que se ocuparon en estudiar los conceptos más elementales del Derecho pensaron —y escribieron— sobre ellos de una forma absolutamente teórica. Así, por ejemplo, Santo Tomás define al Derecho como *lo justo*, es decir, como el objeto de la virtud de la justicia. A partir de Vitoria, el tomismo irrumpirá en España, y el Derecho seguirá siendo considerado del mismo modo, si bien ahora, al contemplársele desde un punto de vista dinámico, gracias a las aportaciones de los siglos XIV y XV, el Derecho es entendido también como facultad. Fernando Vázquez, que era un jurista ligado a la vida práctica —fue juez de cuadra en Sevilla y funcionario del Consejo de Castilla durante varios años—, se aparta de esta consideración de la realidad jurídica y entiende que el Derecho, ante todo, está constituido por el conjunto de leyes positivas existentes

en una comunidad política determinada (1). Esto no quiere decir que profesara un positivismo jurídico, en el sentido que actualmente tiene esta expresión. Además del elemento voluntarista, para que el mandato de un superior pueda ser considerado como ley y, por tanto, como Derecho, se requieren otras condiciones. No entraremos en el examen de este tema; nos limitaremos a exponer estos requisitos. La ley, para que pueda ser tal, debe ser justa, adecuada a la razón, encaminada a la utilidad pública y, de algún modo, debe derivarse del Derecho Natural o encaminarse a él (2). Una ley que reúne estas condiciones es Derecho, «ius».

No quiere decir esto que Fernando Vázquez se plantee expresamente qué es el Derecho —cosa que hacían los teólogos y sólo los teólogos en esta época— y nos dé una respuesta contundente y clara; no era ésta la costumbre de la época entre legistas y publicistas. El, mezcla de unos y de otros —era catedrático de Instituto en la Universidad de Salamanca y su preocupación fundamental la constituye todo lo relacionado con la teoría del Derecho Público y del Estado—, sólo nos ofrece una afirmación suelta que pueda ser tomada como una definición del «ius». Pero del conjunto de su obra queda clara la preeminencia del elemento voluntarista en su concepción del Derecho (Fernando Vázquez fue un voluntarista extremo, que siguió expresamente a Occam; es el único caso conocido de entre los españoles de los siglos XVI y XVII. Esta faceta de su pensamiento quedará más esclarecida cuando esté terminado el trabajo que ahora ocupa nuestro tiempo). Por tanto, el Derecho, para Vázquez, es, ante todo, la ley positiva, el mandato que es impuesto por un superior y que cumple unos determinados requisitos, a los que ya hemos aludido.

3. Como el Derecho, cuando es entendido como ley positiva, necesita de una Política que le oriente, si quiere tener un contenido (3), es preciso aludir, aunque sea muy brevemente, a la teoría que Fernando Vázquez construyó sobre el origen y el fin de la comunidad política. «En

(1) «Con la palabra «ius» designamos las leyes y costumbres de cada una de las ciudades». *Controversias Ilustres*, cap. 25, núm. 4.

(2) Que la ley debe ser justa, entre otros lugares, lo encontramos en las *Controversias*, cap. 29, núm. 21; en el *De Successionibus*, 2, 1, pág. 66. Que debe ajustarse a razón, en las *Controversias*, cap. 2, núm. 11; en el *De Successionibus*, 2, 1, pág. 15. Que debe derivarse del Derecho Natural, en las *Controversias*, capítulo 29, núms. 21 y 22. En el cap. 26, núm. 2, de la misma obra, explica cómo debe entenderse esta derivación del Derecho Natural.

(3) Aquí nos limitamos a seguir el «iter» mental de VÁZQUEZ. Dejamos de lado las discusiones modernas sobre la función de la jurisprudencia.

todo el texto del libro primero y comienzos del segundo seguiremos el siguiente orden: propondremos, en primer lugar, como base, un principio fundamental del que deduciremos más de doscientas conclusiones, todas ellas de extraordinaria utilidad e importancia. Este principio o ley fundamental es el siguiente: que todo poder legítimo de príncipes, reyes, emperadores o cualquier otro régimen ha sido instituido, creado, recibido o simplemente admitido única y exclusivamente para utilidad de los ciudadanos, y no de los que gobiernan» (4). No podemos exponer los textos de Vázquez sobre el origen y fin del poder político, ni hacer un examen crítico de ellos por la limitación de espacio que nos ha sido concedido. Diremos solamente que el poder político, según Vázquez, es una invención del hombre motivada por las exigencias y necesidades que han sobrevenido al género humano *después* de su creación. Aquí la razón juega un papel fundamental: ella es la que indica la conveniencia —no la necesidad— de que exista una *societas civilis*, a pesar de que ésta, con sus inevitables relaciones de jerarquización y subordinación, se presenta al hombre como algo que viola la libertad e igualdad que, según el Derecho Natural, debe reinar entre todos los hombres. Estas exigencias de la razón humana se concretan en un amplio concepto: el de la «utilitas» de todos y de cada uno. Como es obvio, Vázquez rechaza de plano la concepción del Estado llamada «orgánica» u «organicista», que era la imperante entre los teólogos y publicistas de la Edad Media y de su misma época. Para él, «entre los ciudadanos sólo existe una sociedad de buena fe, formada con el fin de que cada uno pueda llevar una vida más segura y rodeada de toda comodidad, y cada uno parece haber entrado a formar parte de dicha sociedad principalmente para su propia utilidad» (5).

4. Esta «utilitas» de la que nos habla Vázquez consiste, fundamentalmente, en la administración de justicia: «El mero imperio no es otra cosa que la facultad de poder imponer pena de la vida para castigar a los hombres criminales, lo que se llama también potestad» (6). Por ello pueden ser llamados «reyes» todos los legítimos magistrados (7), y la palabra «magistrado» designa al Príncipe (8), y esto es así «porque las

(4) *Controversias*, cap. 1, núm. 10.

(5) *Op. cit.*, cap. 13, núm. 2. El subrayado es nuestro.

(6) *Op. cit.*, cap. 7, núm. 2.

(7) *Cfr. op. cit.* Introducción, núm. 107 y 119.

(8) *Op. cit.*, *cfr.* cap. 1, núm. 18. Reducir el poder político a un mero poder jurisdiccional es una simplificación excesiva. Vázquez analiza etimológicamente el término «iurisdictio», reduciéndolo a «ius-dicere» (*Cfr. Op. cit.*, cap. 3, n. 10). Pero la palabra «iurisdictio», en la dogmática jurídica medieval tenía un significado

palabras imperio y reino no designan otra cosa que la acción de administrar justicia» (9).

Pero esta función jurisdiccional sólo cumple una función instrumental respecto de lo que Fernando Vázquez considera que es la «utilitas»: «*Utile nobis, id quod libet est*» (10).

La ley positiva queda siempre bajo la exigencia de la «utilitas»; ésta es la que ha hecho que los hombres, voluntariamente, se reúnan para vivir en sociedad. La ley, que es producto de la voluntad de todos los componentes del grupo social —tiene la naturaleza de un contrato celebrado entre los ciudadanos entre sí y con el Príncipe (11)—, no tiene otra justificación que su utilidad. Por ello, una ley positiva que no sea útil, aunque en sí misma no sea nociva, debe ser considerada como dañosa y perjudicial (12) y no obliga de ningún modo a su cumplimiento (13).

5. De lo expuesto hasta ahora deducimos el fin que Vázquez le concede al Estado y, con él, dada su orientación voluntarista, el que le concede al mismo Derecho: hacer posible que cada individuo pueda hacer lo que quiera, «*id quod libet*», sin más limitaciones que la prohibición de violar la Ley Natural. Para llegar a esta conclusión ha tenido gran importancia rechazar la concepción organicista de la comunidad política. Ya no existe para el gobernante ningún fin superior al de la utilidad, es decir, al libre arbitrio de los ciudadanos.

Esta concepción de la función del Derecho es enteramente moderna; no existe ningún valor que esté por encima de la voluntad del individuo, excepto las normas de esa parcela del Derecho divino que se nos muestran, a modo de causas segundas, como Derecho o Ley natural. Las exigencias éticas que, por causa de esta derivación necesaria del Derecho Natural, ha de tener toda ley humana positiva hacen que ésta, al mismo tiempo que protege la libre voluntad de los individuos, obligue a abstenerse de aquellos comportamientos que —de acuerdo con la razón que actualmente poseemos (14)— han de ser considerados como antinaturales. Estas exigencias éticas hacen que la función que Vázquez le ha

mucho más amplio. Vid. a CALASSO, «*Iurisdictio nel diritto commune classico*». *Annali di Storia del diritto*. IX (1965), 90-110.

(9) Op. cit., cap. 1, núm. 24. Cfr. *Introducción*, núm. 16.

(10) Op. cit., cap. 17, núm. 3.

(11) «*Legum et conventionum eadem est natura*». Op. cit., cap. 1, núm. 23.

(12) Op. cit., cfr. cap. 2, núm. 1; cap. 50, núm. 3.

(13) Op. cit., cfr. cap. 46, núms. 2 a 10.

(14) Conviene hacer esta matización «Lo que es Derecho Natural lo descubrimos —dice VÁZQUEZ— mediante la *recta ratio*. Pero al no reconocer una «persei-

asignado al Derecho, dentro de su visión de la comunidad política, individualista y liberal, se diferencie notoriamente de lo que hoy entendemos por una «sociedad permisiva».

FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ
*Profesor Ayudante de la Facultad
de Derecho de la Universidad
de Salamanca*

dad» al Bien, Dios puede mudar nuestra razón de modo que lo que hoy consideramos como pecado, mañana sea considerado como virtud. A este tema le dedica el cap. 19 de las *Controversias*.

GENERAL SOCIAL FUNCTIONS OF LAW AND JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVISM (*)

A philosophy of law has to be normative. Its validity depends as much on what it prescribes as what it describes. It has to present a coherent theory of how law ought to act or function in a society. Even a legal philosophy that deliberately strives to be pure, such as that proposed by Hans Kelsen, is normative in this sense. His theory urges that law best serves society in promoting peace by refusing to take sides with competing ideologies, by remaining above politics as it were (1).

But as the sociology of knowledge shows, the normative validity of a legal philosophy is not an answer to the problem of perspectivism (2). The «Can't Helps» of a group are rooted in their experience of a way of life (3). That of the European landed gentry made natural law or historical jurisprudence normatively valid for them (4). Similarly the American frontiersman and later the businessman related to natural rights, while the New Deal reformer opted for legal realism. The English who found the Empire and Parliamentary Sovereignty essential to their way of life also breathed Austinian positivism. The Central European working class found in Marxism the normative validity of law that corresponded closest with their experience.

(*) For presentation at the World Congress, International Association of the Philosophy of Law and Social Philosophy, Madrid, Spain on September 7-12, 1973.

(1) HANS KELSEN, *General Theory of Law and State* (tr. A. Wedberg, 1945); *What is Justice?* (1957).

(2) KARL MANNHEIM, *Ideology and Utopia* (1936); for a concise, relevant summary, see JOHN FRIEDMANN, *Retracking America: A Theory of Transactive Planning* 22-48 (1973).

(3) OLIVER WENDELL HOLMES. «Ideals and Doubts», and «Natural Law», in *Collected Legal Papers*, 303, 310 (1921).

(4) The examples are taken from Friedman, *supra* note 2, regarding the European landed gentry, American businessman and Central European worker as illustrations of perspectivism. Linking them to jurisprudential schools of thought is also chiefly for illustration of the approach to perspectivism.

An empirical analysis of law in the context of its general social functions cannot logically resolve the problem of perspectivism. But it may dispel some confusions and point the way toward something more constructive than the cynicism of unmasking ideologies (5).

The general social functions are those requisite to the survival of a social system. They are pattern-maintenance (socialization), integration (conflict management), adaptation (effective, economical action to remove obstacles), and goal-seeking (allocation of values) (6). Bredemeier identifies law as the integrative social function with an input-output relation with other systems (7). Parsons sees law «as a generalized mechanism of social control that operates diffusely in virtually all sectors of the society» (8). For comprehending the problem of perspectivism as it relates to law it may be more useful to visualize law as a specific activity in each of the general social functions.

As a specific activity, law may be identified as the collective effort to regularize individual behavior in predictable fashion by the legitimate use of the preponderance of coercive power. The key variables are «predictability» and «legitimacy». Predictability may be fostered by a systematic exposition of clearly stated rules that leave no doubt as to their meaning in comprehensively covering all possible cases. Or there may be a recognition of the unrealism of such efforts, and predictability sought instead by relying on courts to interpret and adapt ambiguous rules, or on the moral sense of society for distinguishing between right and wrong. But whichever form law takes, achieving predictability—enacted law, case law or customary law—is not immediately relevant to the problem of jurisprudential perspectivism.

It is instead the effort law makes to gain legitimacy that raises the problem. Law becomes and remains legitimate by adequately responding to the normative demands of each of the four general social functions. The way in which it responds results in more or less steady patterns. It is the empirical analysis of the Parsonian «pattern variables» that may

(5) FRIEDMANN, *supra* note 2, argues for this more constructive approach to the problem of perspectivism in an area not altogether irrelevant to jurisprudence.

(6) TALCOTT PARSONS, *The Social System* (1951); for a concise summary, see WILLIAM C. MITCHELL, *Sociological Analysis and Politics: The Theories of Talcott Parsons* (1967).

(7) HARRY C. BREDEMEIER, «Law as an Integrative Mechanism», in William M. Evan (ed), *Law and Sociology*. 73 (1962).

(8) TALCOTT PARSONS, «The Law and Social Control», in Evan *supra* note 7 at 56.

help in comprehending the problem of jurisprudential perspectivism (9). The first step in such an analysis is a discussion of the options to which law can respond in making its specific contribution in each of the general social functions.

The pattern-maintenance function recruits new members into society by socializing them into the prevailing way of life. It sustains continuity of moral attitudes, such as a sense of justice and injustice, from one generation to the next. Law is expected to reinforce these attitudes, as it does, for example, in family law and criminal law. But its response to these normative demands depends on whether the sense of justice maintained in a society is particularistic or universal. Universal justice is furthered by due process and the equal protection of the laws. Every person, despite his race, creed or color, is equally entitled to impartial, impersonal treatment by police, judges and other officials. He is expected to stand on his own two feet, to be self-reliant and not dependent on others. But as Merton has pointed out, the political machine flourished among Central European immigrants to American cities because the immigrants wanted «help» not justice (10). Jones argues that much the same is true today of French-Canadian *Quebecois* (11), and in principle would seem to apply to the «unmeltable ethnics» in America. Thus, depending on which normative demands are dominant, law orients its pursuit of justice in terms of either particularistic or universal values in making its contribution to the pattern maintenance function.

In the adaptation function, society has to have a certain level of success in overcoming environmental obstacles that may frustrate its goals of survival or affluence. A lack of rain endangering crops, for example, may induce a rain dance, irrigation or cloud seeding depending on the level of cognitive capacity and on whether the social orientation is toward expressive or instrumental values. Law thus may be ritual and ceremony for adapting collective anxieties to the unknown (noncognitive, expressive values), or rational attempts to plan ahead in anticipation of crises or problems that may arise. Such legal planning can be low level such as land use regulation in cities, or high level such as preventing inflation and unemployment (cognitive, instrumental values).

In the goal-seeking function, a society must be able to choose what needs to be done and mobilize resources effectively for doing it. The

(9) *Supra* note 6.

(10) ROBERT K. MERTON, *Social Theory and Social Structure*, 75 (1957).

(11) RICHARD JONES, *Community in Crisis*, chp. VII (1972).

clear example is when it is attacked by an outside force. A more pervasive example is its need to allocate scarce, valued resources in generally acceptable ways. Society can do this according to ascriptive standards such as birth, kinship, religion, race, seniority, etc. Or it can do so in terms of achievement standards which look to merit, effort, contribution or competitive success. The response of law is again optional. It may, for example, preserve a feudal conception of property for maintaining the allocation of values by hierarchical authority. Or it may protect private property that, while it promotes economic mobility (everyone has a chance to become a millionaire), may result in economic elitism and exploitation of the economically weak. Thus again law is structurally variable, this time depending on whether the basic values of a society are ascriptively or achievement oriented.

Two pattern variables are closely relevant to the integration function. Affective or neutral mechanisms are available for settling conflicts within society. This is especially evident in criminal punishment. Affective orientation looks at the whole person and judges the punishment he deserves in terms of his net worth. Neutral orientation looks only at the act and prescribes the same punishment for the morally bad and good. The same variable is illustrated by conflicts within a family. They cannot be settled in the neutral way in which conflicts among businessmen can. To do so would destroy the love, affection and respect that is vital to the family relationship. Closely related also to integration and the response of law to it is the expressive-instrumental pattern variable. Settling disputes peacefully to avoid escalation to violence and other forms of social waste was handled by the early English common law by such noncognitive, expressive processes as ordeal by fire or water or combat. Now the same tradition deals with disputes in highly cognitive, instrumental fashion by technical rules of evidence, jurisdictional constraints and complicated legal doctrines.

This conceptual sketch of the variable responses of law to the normative demands of general social functions does not exhaust the possibilities. But it should suffice to indicate how the approach can help clarify the problem of jurisprudential perspectivism.

This problem is perhaps most acutely illustrated by the differences between the American and Soviet legal systems. The American legal system historically is rooted in nonfeudal, frontier experience (12). It has been the clear example of the liberal response pattern to general

(12) LOUIS HARTZ, *The Liberal Tradition in America* (1955).

social functions. It stresses universal values of due process and equal protection, achievement values in allocating who gets what and how much, instrumental values in economic regulation and scientific-technological innovation, and neutral values in applying impersonal rules in adjudicating guilt or liability.

In contrast, the popular perspectivism of the West sees the Soviet legal system as an instrument of a police state run by professional revolutionaries who are legally unrestrained in using arbitrary power for spreading communism and destroying individual liberty (13). Berman rejects this partial view as «a dangerous half-truth» (14). Recognizing the problem of perspectivism, Berman finds instead that Marxism is only one of three elements in Soviet law. It is of no more importance than the specific influences of the Russian national past. And the dominant element is the parental or paternal structure of Soviet law (15).

Because of the dominant element—and despite the effort to overcome tunnel vision—Berman concludes that the perspectivism gulf between American and Soviet legal systems is the widest possible. In this connection, he cites Llewellyn's study of the New Mexico Pueblo Indians (16). But more systematic conceptual analysis reveals this example as misleading, and thus suggests that the perspectivism gulf between the American and Soviet legal systems is not the widest possible, though it still remains a substantial one.

A tribal society like the Pueblo Indians would represent the traditional extreme from the liberal response pattern of a legal system like the American. Its law would be so unlike law in modern societies that some argue it is not law (17). This is a defensible view if law is seen as a specific technique for achieving predictability and legitimacy in the use of preponderant coercive power. But as normative responses to general social functions, customary law is as much law as case law or enacted law. In a tribal society where all law is customary, its structure is clearly paternal. Its response pattern is dominantly particularistic, ascriptive, expressive, noncognitive and affective, and that pattern directly supports the tutelage relation between the rulers and ruled. In its consequences, the tutelage relation may be benevolent or oppressive, but its structure remains despotic and traditional.

(13) HAROLD J. BERMAN, *Justice in the U. S. S. R.*, 383 (1963).

(14) *Supra*, note 13.

(15) *Supra* note 13 at 2844, 420-423.

(16) *Supra* note 13 at 282-284.

(17) E. A. HOEBEL, *The Law of Primitive Man* (1954).

Berman's analysis shows that this is only partly the case in the Soviet legal system. The difference is crucial, since Berman also concludes that American law «moves steadily in a parental direction» (18). This implies that given time the two legal systems will converge. But a more careful conceptual analysis reveals the directions of movement are at best parallel, not potentially intersecting.

The basic differences in the American and Soviet legal systems have to do with responses to the pattern-maintenance and integration functions. The American court system is adversary, while the Soviet is paternal. The American approach to education for socializing the young is liberal in the individualistic sense, even to the extreme point of constitutionally forbidding public support of the paternal influences of religious schools. In sharp contrast, Soviet law is primarily «educational» in all its integrative and pattern maintenance functions (19). Instead of the rugged individualist who is expected to take care of himself, Soviet law sees everyone as a «youth» (except those in the Party who may be viewed as analogous to the father in a family) with the mission of upbringing the people.

But in the adaptation and goal-seeking functions, Soviet law is not that different from American law. Both legal systems are structured for cognitive-instrumental responses to the environment. Indeed, Soviet law purports to go further in this direction with its stress on central planning in the economy rather than on the market system (20). Similarly in goal seeking. The Soviet legal system permits a much greater concentration of legitimate coercive power for collective action than does the American legal system (21). Moreover, the paternal direction of American law detected by Berman takes place in the adaptation and goal-seeking functions, not in the pattern-maintenance and integration functions (22). It has to do with alleviating the human misery resulting from rugged individualism by curbing its excesses and introducing welfare, not with an upbringing of the people.

The desirable solution may be, as Berman implies (23), for both legal systems to correct their distorted conception of man by learning from

(18) *Supra* note 13 at 284.

(19) *Supra* note 13 at 68, 81, 289, 383.

(20) For the thesis that central planning overloads rational mechanisms, see MICHAEL POLAŃYI, *The Logic of Liberty*.

(21) CARL J. FRIEDRICH and BRZEZINSKY, *Totalitarian Dictatorship and Autocracy* (1965).

(22) *Supra* note 13 *passim*.

(23) *Supra* note 13 at 384.

each other. «Man is not uniformly the dependent and growing youth of Soviet law, nor is he uniformly the reasonable man of (American) legal tradition». But whether he is or not would depend on a careful conceptual analysis for revealing the structural problems involved. A «conception of man» cannot be disassociated from the normative response patterns of law to the general social functions of different societies. The more knowledge we have of the complexities of these response patterns, the less likely are we to engage in wishful thinking (Utopianisms) and the more likely are we to overcome perspectivism gulfs (ideologies) (24).

EUGENE E. DAIS
University of Calgary

(24) The distinction between Utopianisms and ideologies is Mannheim's, *supra*

THE FUNCTIONS OF LAW

«Functions of law» is often understood to refer to a legal order's capacity to achieve the realization of certain nonjuridical purposes such as: the provision of a cadre within which men might more easily and freely develop their human personality; the ordering of society; the establishment of conditions facilitating the satisfaction of men's individual and collective needs; the provision of social justice, of welfare, etc., etc.

It may be doubted, however, whether law is to be properly apprehended from the point of view of its functions in the sense suggested. After all, these same functions can be equally well ascribed to economics, morals, industrial development and what have you... Accordingly we may, I think, justifiably conclude that these functions and purposes can, as such, shed no light whatsoever on the nature of law as distinct from that of economics, morals, industrial development, etc.

And if it be true that law, morals, economics, etc., all of them alike and equally serve to introduce order to human society, enhance possibilities for the free development of human beings, and such like, then that which essentially distinguishes law from morals, economics, etc., is to be found only in the *mode in which* law serves these purposes.

And the mode in which law serves these purposes is no other than the juridical mode. The mode in which law serves these purposes then, is not determined by the purposes themselves. In other words, the juridical mode must be recognized in its own proper normative character, if it is to contribute in its way to the realization of the purposes mentioned, and if it is to fulfill its functions in societal life.

Enquiry into the functions of law, then, takes one directly into the search for the irreducibly peculiar character of law.

«Law», however, is a multi-vocal term. It may refer to any or all of a number of legal orders such as are constituted by e. g. Dutch, or German, constitutional law, administrative law, criminal law, etc. It may as well refer, moreover, to the internal legal order of some organization

such as a church, or an organized industrial firm like Shell, or Unilever, etc. One may also use the term «law», however, to indicate that fundamental mode of experience which alone makes all these positive systems of law, when- or wherever they appear, as well as our experience of them, possible. Taken in this sense, law refers to the transcendental normative cadre of experience through which men learn to recognize law as law, and by which they are also enabled to experience certain societal orderings as being *juridical* orderings.

The transcendental, juridical mode of experience constitutes the proper field of enquiry for legal philosophy. Philosophy of law in this sense is often called general legal theory. «Law» in its reference to the various positive legal systems as bound to time and place, on the other hand, constitutes the field of enquiry for the various special branches of jurisprudence. Whereas the fundamental juridical mode of experience is basic to all positive systems of law, making them possible, legal-philosophical enquiry into the foundations of a general theory of law ought to serve as basis for research into the particular branches of jurisprudence. All of the so-called foundational concepts of jurisprudence, whether they be elementary or complex, such as: the concept of legal system (juridical unity in a multiplicity of legal norms), the concept of juridical area of validity, of the dynamic process of law-formation within the areas of validity, of legal force (the juridical validity of legal norms), of juridical causality, of juridical imputation to a juridical will, as also the concepts of juridical organ, juridical competence, legal norm, legal obligation, subjective rights, legal source, etc., all of these concern moments of the juridical mode of experience that play a part in all positive systems of law; indeed, they play a constitutive part in them. Such basic concepts are presupposed in the several branches of jurisprudential research. It is here that the more specific areas of research are to be directed by legal philosophy albeit that philosophy of law may only carry out its enquiry into the basic structure of the juridical mode of experience in a transcendental-empirical way. This means that such philosophy only attempts to trace the transcendental structure of the juridical mode of experience (which makes empirical law possible) in terms of empirical, that is, variable positive law.

In other words, legal philosophy may never function in abstraction, or isolation, from the various areas of positive law or it will degenerate into some sterile form of «Begriffsjurisprudenz» while the several areas of specialization within jurisprudence may not divorce themselves from legal-philosophy if they are not to devolve into merely technical and uncritical

disciplines. Already Kant observes that a purely empirical theory of law resembles the theatrical mask of the Phaedrusfable: it may be very nice; just too bad that it is brainless.

Enquiring into the transcendental structure of the juridical mode of experience and its place in the whole range of our experiential modes, legal philosophy brings the *juridical mode*, in which societal purposes can be realized by valid law, into focus.

A point of significant consequence here is that the juridical *mode* of experience (*modus quo*) is *normative* in character, fundamental juridical principles being implicit in it. These principles must be acknowledged by those who form law if there is to be question of a veritably legal order rather than a merely technical tool for the benefit of extra-judicial aims and purposes.

It is my conviction that these principles of law are the normative, supra-arbitrary starting-points for positive law-formation. They are not to be understood, however, as static rules of natural law, supposedly valid *per se*, since, instead, they are dynamic, always requiring positivization, driving the process of law-formation onwards, ever unfolding the depth and the richness of their normative juridical meaning in dynamic positive realization.

As such, *per se*, they can have as yet no legal validity or force of law, which they can only acquire within the dynamic process of law-formation. That is to say that juridical positivization by competent legal organs, though not *conditio per quam*, is nonetheless *conditio sine qua non* for the validity of positive law. Validity of law then, requires on the part of those who give it positive form that they accept the material, supra-arbitrary principles as point of departure. Only with their acceptance can positive law-formation ensure that law fulfills its functions in human society.

Prof. H. J. VAN EIKEMA HOMMES

Free University

Amsterdam



SOME FUNCTIONS OF A FUNCTIONAL VIEW: AN HISTORICAL GLANCE

I

Questions about the function of law have a fairly modern flavor, at least in the sense in which an acceptable answer today would be responsive. The importance of the question and even the ability to ask it in a modern sense depended on radical changes in the view of man in his relation to nature, the humanizing of morality and of authority, an empirical view of institutions operating in an historically changing setting, and contemporary ways of treating total systems. Older theories tended to start with the question of the nature of law, and associated questions of ends with divine will, natural law, or legal axioms which captured reason. The changes came as man acquired greater control over his world and conceptions of planning and control began to weave their way into his intellectual constructions. Our aim in this paper is to look, even if briefly and somewhat insularly, at some of the changes which went into the making of the modern question, in an effort to diagnose contemporary needs and next steps.

Although one of the writers thinks that everything modern begins with Aristotle, we both agree that Bentham first adds the distinctively modern cast.

II

Although Bentham (1) does not use our language of function, his ends

(1) It is of interest to note that Bentham was venerated in Spain at a time when it hoped for a break-through into the modern world. George Borrow, a Protestant missionary, tells the story of the mayor of Corcuvion who sang the praises of Bentham as a Solon, a Plato, a Lope de Vega, who kept the writings of Bentham on his shelf for worshipful perusal, and who expressed surprise that Borrow was carrying an old-fashioned monkish book like the *New Testament* when

of law are themselves thoroughly instrumental, being directed to the goal of human happiness. All institutions, then, from morals and custom to governmental and legal, must be tested at the bar of utility. The utilitarian doctrine of happiness as the ultimate end in all human action prevents any intermediate goal or supporting institution from claiming intrinsic value or sanctity; it is always open to critique and justification or condemnation in terms of its empirical consequences. Perhaps in the long run this has been the functional achievement of the utilitarian pleasure-pain theory (2), quite independent of the content of the psychology.

In treating concepts, Bentham also employs a kind of functional analysis. All legal conceptions are regarded by him as fictions. For example, he is insistent that property is metaphysical—a «mere conception of the mind». It is simply a name for an established expectation of enjoying things supported by the work of law. «Property and law are born together, and die together. Before laws were made there was no property; take away laws, and property ceases» (3). His attack on the idea of natural rights as nonsense on stilts is familiar enough. If all legal conceptions are fictions, or in a more neutral sense constructions, their justification lies only in their utility—in the consequences of their use.

Bentham's form of functional analysis can be illustrated from his central discussion of the «ends of civil law». Happiness here is pursued through four subordinate aims: subsistence, abundance, equality, secu-

the works of Bentham were available! (Reported in Charles W. Everett, *Jeremy Bentham*, New York, 1966, pp. 9-10.) Bentham's *Theory of Legislation*, which the English-speaking world had to recover from the French of Dumont, was widely read in Latin America, as well as in Europe. Great indeed was the appeal of a proposed revision of law whose function would be to attune its content to the goal of human happiness.

(2) Bentham tells us in a note to Chapter 1 of his *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* that Alexander Wedderburn, who rose to be Chancellor of England, attacked the greatest-happiness principle as a dangerous one. Bentham gladly pleads guilty: it is dangerous «to every government which has for its *actual* end or object, the greatest happiness of a certain *one*, with or without the addition of some comparatively small number of others, whom it is a matter of pleasure or accommodation to him to admit, each of them, to a share in the concern, on the footing of so many junior partners». It is dangerous, he adds, to the sinister interests of a Wedderburn. In a more reflective mood, J. S. Mill in his essay on Bentham called him the great *subversive* of the age, meaning it in the honorable sense of critical spirit.

(3) JEREMY BENTHAM, *The Theory of Legislation*, edited by C. K. Ogden (New York, 1931), p. 113.

erty (4). Each is estimated in terms of the consequences of pursuing it through the law and the need for using legal instruments to achieve it. The work of law is minimal in relation to subsistence because men are sufficiently motivated to it and the law can help best by securing the results of men's labor. Abundance can take care of itself because it is produced by the same causes as support subsistence. Equality too is of lesser importance as an end of law; sometimes calling for a redistribution of property would be incompatible with security. Security is the preeminent end, the only one with an eye on the future.

Vigorous as is Bentham's reevaluation of the law in the light of the desirable ends, there is the assumption in his work that he is finding a permanent structure of desirable rules and institutions. The role of law is fixed in the light of the established subordinate goals of man, framed in this particular context. This collateral assumption limits the scope of his critical work, by suggesting it is brought to an end. But in fact there is no end. There is even an inner tension among the ends of law, for security is defined in terms of maintaining and guaranteeing expectations while reform changes men's expectations. This only shows that we have to look beyond the set of abstract principles or ends offered. This raises a new dimension in functional questions: to look for the meaning of ends or principles in the institutions in which they are operating and which they are guiding. René Demogue (5), for example, analyzes the different principles that security itself may cover by looking to the practices and institutions with which it is associated. Thus he distinguishes *static* security, which is concerned with maintaining the possessions that men have from *dynamic* security in which the emphasis falls on safeguarding the rapidity of transactions. The former stems from the older landed societies, and invokes such legal maxims as that a man may not transfer to another a greater estate than he hath at law. The latter stems from the commercial societies and counters with the maxim that possession is as good as title! The evaluation of ends, maxims and principles leads thus not to asking which is self-evidently true, but to which kind of institutions are more central in the life we want to live.

Is we carry this lesson back to Bentham, it is clear enough from his text that the security he wants is tied to the economic institutions of productivity. His justification is that security fosters productivity, while redistribution of property which makes equality of distribution the preemi-

(4) *Ibid.*, pp. 96 ff.

(5) RENÉ DEMOGUE, «Analysis of Fundamental Notions», in *Modern Legal Philosophy Series*, vol. 7.

ment end deadens productivity. Given the relation of productivity to happiness, Bentham seems as insistent as Marx on the primacy of productive processes, not only in scientific but also in normative aspects.

Adding an institutional dimension to functional analysis becomes incompatible with the assumption of an unchanging order. For the conditions that enhance productivity may in the course of history undergo change. It is quite possible that a contemporary Bentham, reassessing his instrumental ends of law, would find abundance and equality more important than subsistence and security. For the forms of production having changed, the incentives of small-scale production may no longer be the heart of the matter. The law itself may be playing a large, often dominating part, in making possible and ensuring large-scale production, and maintaining a high level of productivity may be a major criterion in area after area of the civil law. Similarly, the question of distribution in a vastly more populated globe, divided into extremes of power and wealth, both internationally and intra-nationally, may be the focal point to which institutional reorientation has to be addressed.

Perhaps a contemporary Benthamite might retain an affection for the central place of security. If so, he might console himself with etymological considerations. The word «security» comes from «sine cura», without care (compare a «sinecure»). And so it could be said that security as a goal has not changed, merely the relevant forms of care and the causes and cures of care have undergone change. But if principles get their meaning from institutional forms and demands, then when changes have taken place in the character of human life, either the meaning of principles is diluted or different principles take over.

III

The full recognition of change and development, and the attention to institutions —both of which are wanting in Bentham— came into legal philosophy through the Hegelian idealist schools. The march of the historical spirit, or more simply the growth of civilization, is developed in and through social, including legal, institutions. Thus change of function relative to a context, and a normative direction are built in. Yet often these views are characterized by assumptions of passivity and belated adjustment. It is Hegel's owl of Minerva, in judicial robes to be sure, with its insight after the fact. Thus law is reflective of, but not an instrument for social change.

The German emphasis on development and developing institutions is most strongly felt in North American legal theory in the work of Roscoe Pound. He was especially influenced by Jhering and Kohler. From Pound's point of view, Jhering's social interest theory might be seen as a welding of institutional and utilitarian elements. Approvingly, Pound presents Kohler's view of the function of law not merely as protecting established values but as shepherding emerging values—new ideas of right being rendered effective through the law. But for all his sympathy and use of Kohler's interpretation, Pound writes: «And yet I do not feel satisfied. It is at bottom an idealistic interpretation and I prefer an instrumentalist point of view. It treats its idea as causal, not instrumental. It gives us an idea operating from within and bringing about legal development in its growth and unfolding, not an instrument by which men understand legal development after the event and organize its phenomena and make them available for juristic purposes» (6). For Pound, the vital point is the instrumentalist = engineering idea—an engineering model for the legal theorist as against a rationalist view where the principles of law are antecedently given. But for a contemporary reader, half a century later, the punch in the quotation lies in the seemingly innocent phrase «after the event». Indeed, this note characterizes Pound's normative treatment of instrumental functionalism. Changing social aims can be discovered and given legal expression as jural postulates, but a new postulate cannot be accepted into the jural club till the social change is well on its way. Then the law can be brought instrumentally into line (7).

Of course there is more of the American mood and problems in Pound than merely the German ingredients. For his concern about the changing norms and his appeal to the actual consequences, say of technology, go hand in glove with the Holmes heritage. Coming from a very different tradition, Holmes (8) likewise challenged the view of law as embodying, in its precedent, antecedent and absolute principles. And he also saw legal institutions as instruments of social control. But in the background of this is the pragmatic philosophy of Peirce and James, based on a Darwinian evolutionary view of change that was more wide open than Hegelian derivatives. Importantly added in pragmatism is the notion of mind as actively engaged in designing a structure to face a future that it tries both to foretell and direct.

(6) ROSCOE POUND, *Interpretations of Legal History* (New York, 1923), p. 150.

(7) ROSCOE POUND, *Social Control Through Law* (New Haven, 1942), chapter IV.

(8) OLIVIER WENDELL HOLMES, Jr., *The Common Law* (1881).

Dewey's work puts in a single package most of the features of functional approaches that we have examined, and adds others (9). (Perhaps the parallel in European philosophy is Marxist theory, adding a social activism to the Hegelian schema.) He developed his ideas in connection with social scientists and philosophers of law, and in turn influenced them. And interestingly, he often appeals to the judicial process as a model for his own instrumentalism. He adds chiefly: a closer integration of law with other social institutions so that their functionings are seen as interactive; a more conscious and thorough-going instrumental view of concepts themselves in relation to the problem-situations to which they are applied; a consequent concern with the uniqueness of each situation as well as the continuities; a fresh psychology which puts individual and social planning at the very center of human activity in such a way that new vistas are continually opened as to the kind of associated living that might be realized. The net effect is to give law a critical role in the reconstruction of society.

IV

It is time to recapitulate the steps of this snippet of history and draw its lessons.

The Benthamite functionalism humanized law by looking to its human ends. But his general attitude left it possible still to think of fixed ends, of law as a set of fixed principles (even though instrumental), and of isolating the domain of law. As we have seen, each of these gave way as functionalism advanced.

Minimally, the lesson of the last two hundred years has been that when fixed ends are proposed, they have to be stated so generally that it suggests a specious identity. Such ends of law as peace, order, liberty, equality, etc., acquire their meaning from social context. There is a tremendous difference between: a *Pax Romana* under an imperial dominant power (or a concordat of two or three super-powers) and an organized international framework for settling disputes before conflict arises; law and order in an atmosphere of general security and the law and order that institutionalizes violence and breaks loose with generally repressive

(9) See, for example, JOHN DEWEY, «Logical Method and Law», *Cornell Law Quarterly*, Dec. 1924, X, 17-27; «The Historic Background of Corporate Legal Personality», *Yale Law Journal*, April 1926, XXXV, 655-673; «Nature and Reason in Law», *International Journal of Ethics*, Oct. 1914, XXV, 25-32.

force; the happiness of passive enjoyment and the happiness of active realization; progress as a continually increasing gross national product and progress as improved quality of living for all. The changing content of objectives, moral as well as legal, is even more evident when they are framed negatively. For example, poverty now may mean hopelessness and alienation rather than lack of necessities; and war under the threat of nuclear weapons is quite different from limited conflict. Even more, new ends are spawned by developing problems —over-population, pollution, energy crises, exhaustion of natural resources.

A growing lesson of the last century is that principles take their meaning from the institutions to which they give theoretical expression and practical guidance, whether it be in a mood of institution = preserving or institution = remaking. The law has to be seen itself as a set of practices or institutions, whose actual consequences can be examined at a given time. Functions themselves undergo change; the same legal principle that at one time promotes initiative and innovation —for example, freedom of contract— can under changed conditions of the growth of industry and complex urban life be used to hinder social experiment in promoting health and well-being. (This was Holmes' complaint against the court's attempting to enshrine Herbert Spencer's *Social Statics* in the 14th Amendment of the United States constitution.) Hence a functional view of the law must draw up its functions with space-time coordinates.

Again, it is a powerful lesson of the last quarter of a century, though no doubt implicit before, that the domain of law is not isolated, and functional questions cannot be restricted to what is the law. Functional judgments involve the working of society as a whole and society's instrumentalities for achieving aims and getting results. These depend on the existent socio-cultural pattern and changing historical conditions. Thus whole domains of life are removed from legal control when better ways outside of the law are discovered for dealing with them —for example, the criminal model may come to be replaced by a medical model in dealing with drug addicts. Of course, where legal regulation has been long-standing, removal may take a legal form: thus considerable regulation of sexual relations is now removed in many legal systems by extending the scope of privacy and individual liberty. And in reverse direction, many matters traditionally outside the law may come to be brought within its operation, as for example happened in education and is happening in many areas of social welfare. Population pressure might produce a demand for some sort of legal controls. (This need not mean

rationing production of children; it may mean instead a new «human right» of access to birth control information and supplies.)

In general, anthropological theory has made us familiar with the fact that in different societal patterns or in a changing pattern, socially necessary functions may be carried out through different kinds of institutions and with different styles. An interesting current example is the contrast between Britain and United States with respect to the ways of calling attention to matters vital for democratic decision. The form of parliamentary government in Britain makes inquiry into government scandals a legal matter through the procedure of questions in parliament. In the United States, as evidenced in the Watergate scandal, the President seems to be able to remain silent till forced by the mounting pressure of information provided in the press and other media. The same result is thus secured through legal forms in one case, non-legal forms in the other.

Now if the work of legal institutions is not separable in any final way from the workings and problems of a society, it is not separated either from the society's resources, methods and opportunities. If technology has brought enormous problems along with its material gains, it has also forced upon us a new view of the human potential for control and design. Gone is the freedom to be irresponsible, individually or socially, once we can predict what is likely to happen when we do nothing. Not to decide is a decision. Intelligence in social affairs surely means that we are guided by what we foresee and what we at a given time can frame as desirable. And neither of these is static nor simply arbitrary. Legal institutions share in this human opportunity to help mold the future. The modern functional approach began with industrialism and vistas of progress. It matured when the growth of technology and the rapidity of change have forced the need to intervene and control.

At present in the United States, the courts sometimes take up the slack of promoting necessary social changes where the legislative and executive branches remain stalled through the strength of vested pressures. The effort to achieve racial equality in the United States through the 1950's and 1960's is a striking example of the initiative of the courts. This contrasts forcibly with the 1930's when the legislature and executive sought to bring about necessary economic reforms and found the way blocked by the courts. But the present movement for utilizing legal resources for social reform goes even further—for example, the phenomenon of Naderism, that is, using the law to advance neglected consumer interests common to the whole people. Similarly, the growing appeal

to the law to achieve a less polluted environment was initiated by private citizen organizations.

In brief, the clarification of the functional character of law has been followed by concrete concern with multiple functional possibilities of law with respect to the whole range of human life and its quality. To ask for the functions of law is no longer to ask for an inventory of ends or a set of perennial goals unique to it. Rather it is to call for constant creative philosophizing about the systematic workings of human association and its institutions, with an accent on the potentialities for reconstruction under conditions of constant change.

ELIZABETH FLOWER

*Department of Philosophy,
University of Pennsylvania*

and

ABRAHAM EDEL

*Department of Philosophy,
City University of New York—
The Graduate School*

PEUT-ON, SANS RISQUE, APPLIQUER AU DROIT LE TERME DE FONCTION?

Qu'on parle de *la fonction* du droit ou *des fonctions* du droit (deux usages du mot *fonction* qui pourtant déjà ne ressortissent pas au même sens), l'application de ce concept de *fonction* au droit apparaît d'autant plus naturelle que, plus généralement, l'utilisation sociologique du terme passe parfois pour très ancienne. On peut soutenir que dans la pensée d'Aristote le concept de *fonction* joue un rôle explicatif à peu près équivalent dans les domaines anatomo-physiologique d'une part, juridico-sociologique d'autre part. Pour le stagirite en effet, les dispositions anatomiques de l'oeil seront expliquées lorsqu'on aura montré que ses matériaux constitutifs sont disposés et combinés entre eux *pour* la vision, de même que la structure de la cité sera expliquée lorsqu'on aura montré que les activités humaines qui en sont les matériaux de base sont organisés *en vue de* la fonction normale de la société qui est en particulier d'assurer une vie heureuse. Un historien de la pensée d'Aristote (1) n'hésite donc pas à conclure: «La science aristotélicienne consistera, pour une bonne part, à montrer comment les matériaux choisis s'organisent en vue d'une certaine fonction». Le mot *fonction* est désormais lâché, comme si notre idée moderne de *fonction*, à défaut d'un synonyme grec exact, était déjà chez Aristote.

Nous devons prendre garde qu'une telle lecture d'Aristote constitue déjà une réinterprétation de sa pensée à travers nos concepts modernes. Notre moderne concept de *fonction* en effet, dans l'usage sociologique qui nous autorise à parler de *la fonction* ou *des fonctions* du droit, se trouve repris de la physiologie, laquelle avait commencé par emprunter ce concept à la pratique sociale elle-même. «*Functio*» c'était dans le latin du I.er siècle avant J. C. l'*exécution*, l'*accomplissement*, l'*exercice*, le *fait de s'acquitter* d'une charge ou, comme nous dirions aujourd'hui, d'une *fonction*, laquelle s'appelait *munus*. «*Functio muneris illius*», dit Cicéron, «l'exer-

(1) BRÉHIER, *Histoire de la philosophie*, tome I, 1, p. 206.

cice de cette fonction». Dans la basse latinité le glissement se fera de l'exercice de la fonction à la fonction elle-même, si bien que le Code justinien désigne les *fonctiones publicae* comme nous le ferions nous-mêmes: «*functiones publicae*».

Il semble que le mot *fonction*, de sa stricte application à la pratique sociale, ne se soit étendu au domaine physiologique que par une véritable métaphore. Cette métaphore est sans doute extrêmement ancienne. On la rencontre dans la langue française chez Montaigne qui parle des *fonctions du corps*; bien avant le xvième siècle l'idée de la métaphore (à défaut de la lettre puisqu'il s'agit ici du mot *munus* et non du mot *functio*) se trouvait d'ailleurs déjà chez Cicéron qui n'hésitait pas à écrire que «l'oeil malade est mal disposé à s'acquitter de sa charge» (1). Mais cette métaphore n'est pas encore, semble-t-il, devenue banale au xviième siècle; elle ne le deviendra véritablement et, surtout, elle ne cessera d'être métaphore pour s'accompagner d'une véritable redéfinition du concept, qu'à partir du xviiième siècle. Ainsi les éditions du *Dictionnaire de l'Académie française* de la seconde moitié du xviiième siècle, ne livrent-elles encore ce sens physiologique qu'après avoir donné le sens social «action qu'on fait pour s'acquitter des obligations d'une charge»; au surplus cette première acception une fois indiquée, les Académiciens prennent-ils la précaution de souligner que la suivante constitue une *manière de dire*: «On dit des parties destinées par la nature à la coction et à la distribution des aliments, qu'Elles font bien leurs fonctions, pour dire qu'elles font ce qu'elles doivent faire étant bien saines». On voit à cet exemple qu'au xviiième siècle l'idée sociale de *devoir* ne semble pas encore totalement effacée de la notion de *fonction*. Une traduction scientifique de l'extrême fin du xviiième siècle comme celle des *Institutions physiologiques* (2) de Blumenbach par Pugnet parle tantôt des «usages de la rate», «des usages de l'épiploon» et tantôt «des fonctions des intestins», «des fonctions du système absorbant», ou «des fonctions génitales de l'homme», cette oscillation entre le terme d'*usage* et le terme de *fonction* témoignant d'un reste d'interprétation finaliste.

Les progrès de la physiologie à partir de cette fin du xviiième siècle conduisent à une redéfinition du concept de *fonction*, dont l'utili-

(1) «*Oculus conturbatus non est probe adfectus ad suum munus fungendum*», *Tusculanes*, 3, 15. Trois siècles plus tard, Arnobe écrira de même: «*in sui muneris functionem comparatas esse has partes genitales*» (na, 3, 9, cité par le *Thesaurus linguae latinae* à l'article *functio*).

(2) A Lyon, chez J. T. Reyman et Cie, Libraires, rue Saint-Dominique, n.º 73, 1797.

sation permettra désormais, dans la description du fonctionnement de l'organisme, l'économie d'un appel à la finalité. Le fonctionnement de l'organisme repose en effet sur la combinaison d'un grand nombre d'opérations simultanées, toutes plus ou moins dépendantes les unes des autres, mais dont le jeu apparaît si complexe que l'observateur, incapable de le décrire globalement, est obligé d'y distinguer artificiellement certaines opérations partielles qui recevront alors le nom de *fonctions*. On parlera de fonctions *digestive, respiratoire, circulatoire, sécrétrice, reproductrice, sensitive, locomotrice*. A chaque *fonction* physiologique correspondra anatomiquement un *appareil*, lequel se décomposera en organes, auxquels correspondront en physiologie les *fonctions secondaires*. C'est en ce sens que Claude Bernard expose en 1853 «une nouvelle fonction du foie considéré comme organe producteur de matière sucrée». Mais il ne faut pas oublier que la commodité même de cette *nouvelle* notion de *fonction*, qui est à l'origine de sa réussite scientifique, est directement liée à son artifice; artifice qu'on peut aussi bien soupçonner par l'origine métaphorique de la notion que mesurer à la fragilité des découpages opérés en son nom.

Il n'en reste pas moins que la notion de *fonction* a gagné à son détour par la physiologie, au moment même où cette science accumule ses premiers grands succès, un prestige scientifique tel que l'observation sociologique n'hésitera pas, dès le XIX^{ème} siècle, à redemander à la physiologie le concept que celle-ci lui avait originellement emprunté. Mais, dans l'esprit des sociologues qui tentent cette récupération, il s'agit, non pas de faire rentrer dans le bercail des sciences sociales un concept qui originellement leur appartenait, et qui reprendrait ainsi chez elles sa place naturelle, mais de chercher dans une science indiscutée un nouvel instrument notionnel, dont on pense qu'il a fait la preuve de son efficacité, mais dont on oublie volontiers les origines sociologiques.

Ainsi lorsqu'on parle des *fonctions* du droit, l'usage du mot *fonction* est-il doublement métaphorique: c'est d'abord une métaphore, en ce qu'il compare le fonctionnement social au fonctionnement physiologique; cette première métaphore s'appuie sur la seconde métaphore qui consiste à se représenter la *physiologie* en termes sociaux de fonctions. Or cette double métaphore accumule au-dessus de la notion de *fonction* la charge d'une double problématique:

1) A quelques succès scientifiques qu'eût été lié l'avènement de la notion physiologique de *fonction*, cette utilisation d'un concept originellement social ne laissait pas déjà, nous l'avons dit, de soulever de graves difficultés. Les développements de la biologie contemporaine ne permet-

tent-ils d'ailleurs pas d'entrevoir que la notion de *fonction* n'aura eu à jouer dans le développement de la physiologie de rôle scientifique que très provisoire?

2) Si même on s'abstient de discuter la valeur scientifique du concept physiologique de *fonction*, avons-nous le droit de *transporter* tel quel, ou dans quelle mesure pouvons-nous *transposer*, ce concept physiologique dans le domaine de l'observation sociale?

La commodité même du nouveau concept de *fonction sociale* nous amène à le suspecter. Le détour par la physiologie a permis par exemple de dépouiller la fonction de toute conscience de sa finalité. A la différence de la charge sociale, du *munus*, la *fonction physiologique* ne présuppose pas la conscience de l'organe qui s'en acquitte. D'où l'avantage, assuré au nouveau concept de *fonction sociale* réemprunté à la physiologie, de permettre l'admission dans l'analyse du jeu social de fonctions inavouées, et par le fait même de rendre compte de cet inconscient social auquel les sociologues paraissent de plus en plus attentifs. Bref en passant par la physiologie la fonction a perdu la conscience de la fonction, *perte* que beaucoup ressentent comme un *acquis* scientifique.

On nous permettra d'être moins optimiste : la généalogie du concept de *fonction* nous paraît soulever trop de problèmes, pour que la facilité avec laquelle beaucoup d'auteurs contemporains se permettent d'y faire recours ne donne beaucoup à réfléchir. D'aucuns n'hésitent pas à sauligner par exemple la *fonction conservatrice* du droit, et certes les exemples ne manquent pas dans l'histoire, en particulier contemporaine, d'une utilisation du travail des juristes dans un dessein de conservation sociale ; d'autres, qui auront davantage présente à l'esprit la montée de l'absolutisme des Capétiens à partir du xiv^{ème} siècle ou l'oeuvre des grands théoriciens du droit naturel au xvii^{ème} et xviii^{ème} siècles, n'hésiteront pas plus à parler d'une *fonction novatrice*, voire *révolutionnaire*, du droit. Le rapprochement des deux exemples suffit à montrer que l'utilisation du mot *fonction* y est chaque fois abusive ; ou du moins le serait-elle si l'utilisateur de ces formules s'imaginait employer le terme dans son acception *scientifique*. Il ne suffit pas qu'on puisse *se servir* d'un organe ou d'une institution à telle ou telle fin, pour qu'on ait le droit de parler de sa *fonction*. Le terme de *fonction* présuppose une certaine permanence du fonctionnement décrit ; d'où la difficulté de l'appliquer utilement au Protée de la réalité sociale. Que ce terme fournisse un instrument apparemment très

commode aux amateurs contemporains de psychanalyse sociale ne doit pas nous masquer que de tels discours ne consistent souvent qu'à couvrir de l'oripeau de la scientificité le fait après tout extrêmement banal que nos institutions juridiques sont, comme le reste, manipulables.

JEAN LOUIS GARDIES

REFLEXIONES EN TORNO A LA ESTRUCTURA Y FUNCION DEL DERECHO

La noción de estructura es utilizada cada vez con mayor frecuencia por los juristas. Esto no se debe, sin duda, a una actitud casual, sino que obedece a motivaciones más profundas, tales como el deseo del estudioso del Derecho de mostrar su sensibilidad por los aspectos más salientes de la cultura contemporánea. Pero no es tan sólo un afán culturalista el que ha conducido al jurista al empleo del término estructura, sino que también propende, cuando a él se remite, servirse de sus aportaciones para una mejor comprensión del fenómeno jurídico. En este sentido, la noción de estructura se presenta como un instrumento epistemológico muy valioso y lleno de posibilidades, que está en su mayor parte por explotar.

Uno de los aspectos sobre los que puede proyectarse con utilidad el moderno concepto de estructura, elaborado por el pensamiento estructuralista, es el de la tradicional dicotomía estructura-función del Derecho. Este dualismo, presente en numerosas construcciones de la teoría jurídica, estimamos que puede ser mejor comprendido si se le enfoca a través de las aportaciones metódicas que se derivan de la postura estructuralista.

La distinción entre estructura y función del Derecho se halla ya presente en los planteamientos teóricos de la ciencia jurídica del siglo XIX. Así, por ejemplo, Rudolf von Ihering, al señalar el paralelismo a su juicio existente entre el Derecho y los órganos vivos, se refería a una anatomía jurídica encaminada al conocimiento de la *estructura* del Derecho y a una fisiología jurídica dirigida al estudio de la *función* del Derecho (1). Sin embargo, el propio Ihering era ya consciente de la imposibilidad de considerar estos dos aspectos como dos realidades autónomas e independientes, y, por ello, incluía dentro de los elementos integradores de la estructura del Derecho, junto con el suje-

(1) *El espíritu del Derecho romano*, trad. cast. de E. Príncipe, Madrid, 1909, vol. I, págs. 37 y ss.

to, el objeto y el contenido, el efectos y la acción (2). De esta forma la estructura, aunque identificada en su primer momento con la dimensión estática del Derecho, termina por englobar a elementos, como el efecto y la acción, de naturaleza dinámica. La teoría de Ihering, sin ofrecer una explicación lógica del problema, representa ya una valiosa intuición de la necesidad de no desglosar el elemento dinámico de la noción de estructura.

Más próxima a la conceptualización estructuralista se nos ofrece la delimitación de la estructura y la función del Derecho en Francesco Carnelutti. En su opinión, los institutos jurídicos se pueden estudiar desde el punto de vista *estructural*, en el que el observador se pregunta por los elementos que los componen (de qué están hechos), y desde el punto de vista *funcional*, en el que se fija la atención en los resultados que proporcionan (para qué sirven). Ahora bien, para Carnelutti, el punto de vista estructural se descompone, a su vez, en dos momentos: el estático y el dinámico. El primero se interesa por la composición de los elementos jurídicos, en tanto que el segundo mira su desenvolvimiento; la teoría de las situaciones jurídicas y la de los actos jurídicos no son —según Carnelutti—, sino el fruto de una observación del dato desde estas dos dimensiones del nivel estructural (3). Como se ve, tampoco para Carnelutti la estructura se identifica con el momento estático de la realidad jurídica, sino que engloba también, necesariamente, la dimensión dinámica del Derecho.

En fecha más reciente, Felice Battaglia dedicó un penetrante trabajo al estudio de la estructura y la función del Derecho (4), en el que, sin embargo, concebía a la *estructura* como el momento estático y abstracto del Derecho, en tanto que atribuía a la *función* los caracteres de dinamicidad y concreción. En base a esta tesis, afirmaba que determinados conceptos jurídicos, como los de facultad y poder, deber y obligación, pretensión, etc., debían interpretarse *funcionalmente*, esto es, en estricta correspondencia con los hechos a los que se atribuyen y de los que extraen su significado preciso (5).

Otros autores, sin asumir la terminología estructura-función, la tienen implícitamente presente. Así, Hans Kelsen, al aludir a una *estática* del Derecho, en la que analiza los conceptos de sanción, deber jurídico y responsabilidad, derecho subjetivo, capacidad de obrar y jurídica, re-

(2) *Op. cit.*, vol. III, pág. 64.

(3) *Metodología del Derecho*, trad. cast. de A. Ossorio, México, 1940, págs. 64-65.

(4) «Alcune osservazioni sulla struttura e sulla funzione del diritto», en *Rivista di Diritto Civile*, 1955, págs. 509-525.

(5) *Op. cit.*, pág. 517.

lación jurídica y persona jurídica (6), y a una dinámica del Derecho, en la que estudia la teoría del ordenamiento jurídico, su fundamento de validez y estructura jerárquica (7), está implícitamente aceptando y manteniendo el sentido de la dicotomía función-estructura del Derecho (8).

Como puede verse, estas posturas no han conseguido ofrecernos una visión unitaria del problema. Para arribar a ella, creemos, convendría tener en cuenta la moderna noción de estructura.

La idea de función, tal como señala Jean Piaget, se halla integrada en el elemento de autorregulación que, junto con los de totalidad y transformaciones, integran la noción de estructura (9). Por su parte, Juan Cruz, cuando afirma que el punto de vista estructural implica el punto de vista funcional; la función primaria y fundamental de un objeto nos da el sentido y carácter de su estructura. La pretendida antítesis entre estructura y función no responde —según Cruz— a la realidad, ya que los conceptos que de veras se oponen son los de sustancia y función (10).

Proyectar esta concepción de la estructura al campo jurídico supone la reivindicación de la unidad fundamental entre estructura y función del Derecho, puesto que la noción de estructura, a la par que afirma la estabilidad lógica de las categorías jurídicas integradas en la totalidad que forma el ordenamiento jurídico, explica las reglas de transformación de dichas categorías en su dimensión funcional (11).

(6) *Théorie Pure du Droit*, trad. fran. de Ch. Eisenmann, París, 1962, páginas 149 y ss.

(7) *Op. cit.*, págs. 255 y ss.

(8) Sobre las relaciones entre el estructuralismo y el pensamiento de H. Kelsen vid. A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, 1971, volumen II, págs. 360-361; L. LEGAZ LACAMBRA, «Estructuralismo en el Derecho», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIII, 1969, págs. 16-18; J. PIAGET, *Le structuralisme*, París, 1968, pág. 89.

(9) *Le structuralisme*, cit., p. 122.

(10) *Filosofía de la estructura*, Pamplona, 1967, pág. 19. Para una aplicación de la actitud metódica estructuralista a la crítica iusfilosófica, vid. A. E. PÉREZ LUÑO, «El pensamiento jurídico y social del profesor Luño Peña», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XV, 1970, págs. 12-13. Es preciso también advertir que, en modo alguno puede concebirse el estructuralismo como un sustitutivo de la Filosofía del Derecho, tal como evidencia F. ELÍAS DE TEJADA en el volumen colectivo *El Derecho Natural Hispánico*, actas de las Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, Escélicer, Madrid, 1973, págs. 29 y ss.

(11) Esta postura no supone caer en un funcionalismo que aun afirmando el nexo entre estructura y función, hace depender aquélla de ésta —postura antitética a la del estructuralismo— y desconoce la idea estructuralista de totalidad como prioridad del todo frente a las partes. Sobre las diferencias entre funcionalismo es-

Esta nueva perspectiva posibilitada por el estructuralismo se ve avallada por el propio desarrollo de la praxis jurídica. En efecto, el juez en el proceso no hace sino descubrir, en cada caso, las reglas de transformación y autorregulación de una totalidad, el ordenamiento jurídico, aplicables a los asuntos planteados. Esta actitud del juez, que bien pudiera ser llamada *estructuralista*, consiste, fundamentalmente, en descubrir de entre el acervo de normas fragmentarias la idea rectora que les da un sentido. El juicio deja así de ser puro arbitrio, producto de un subjetivismo personalista, o una abstracta ejecución mecánica, corolario de un objetivismo cosificador (12). El juez ni crea *ex nihilo* la norma que aplica en el proceso ni se contenta con *decir* o repetir la ley, sino que tiene que *decidir* (13), y para ello realiza una labor de adaptación y de búsqueda de las posibilidades ofrecidas por el sistema normativo en su totalidad con referencia a los intereses en conflicto que se enfrentan en el caso controvertido.

El cometido del juez en el proceso se nos presenta así encaminado a una decisión que no surge de la improvisación arbitria de unas reglas, lo que supondría desconocer qué actúa dentro de un sistema, de una totalidad de relaciones al margen de las cuales no tendría sentido su quehacer, pero que tampoco reside en un atenerse a unos datos observables, empíricamente perceptibles: las normas. La auténtica misión del juez consiste en poner de relieve el sistema de relaciones y las leyes de transformación que subyacen al aparato externo de las normas, y que dan su peculiar significación a la totalidad representada por el ordenamiento jurídico. Al hacerlo mediante un proceso de *estructuración*, el juez pone de relieve la unidad inescindible entre el momento *estructural* de la norma y el *funcional* de su aplicación, o lo que es lo mismo, atribuye a la multiplicidad de las formas jurídicas una funcionalidad interna que responde a las propias reglas estructurales de su totalidad.

CARMELO J. GÓMEZ TORRES
*Departamento de Filosofía del Derecho
 de la Universidad de Barcelona*

tructural y estructuralismo específico, vid. A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., págs. 354-358.

(12) Cfr. M. ELIA, «Strutturalismo e processualismo nella dialettica giuridica attuale», en *Giustizia e società*, 1966, págs. 41-44.

(13) Cfr. V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1962, pág. 89. Se halla en curso de publicación una edición castellana de esta obra en los «Studia Albornotiana», Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, a cargo de A. E. Pérez Luño.

TENDANCES DE RAPPROCHEMENT DES CONCEPTIONS FONDAMENTALES EN DROIT PRIVE *

Le sujet soumis aux débats du Congrès peut être considéré sous différents aspects : historique, sociologique, philosophique ou au point de vue du droit positif.

Chacune de ces interprétations contient l'un des éléments de la réalité juridique. Il serait utile, croyons-nous, de fixer l'attention non pas autant sur la diversité des conceptions et des législations que sur les notions communes qui pourraient donner un sens unitaire à l'idée des *fonctions du droit dans les différentes sociétés*.

L'historien fera des incursions très fructueuses, en parcourant certaines étapes de l'histoire : plus rapprochées de nous ou plus éloignées.

Quant à ceux qui s'appliquent, dans l'analyse des textes, à déceler l'esprit qui anime le législateur et le juge, ils s'arrêteront surtout aux institutions du droit moderne, voire à celles du droit actuel.

L'un et l'autre font oeuvre utile, puisqu'ils se complètent dans leurs recherches : l'historien apporte l'expérience du passé ; le juriste proprement dit, les constatations du présent et souvent aussi la formulation de voeux quant à l'avenir de la législation.

J'envisagerai, dans ce qui suit, surtout le domaine du droit privé, lequel considère l'individu de plus près : avec ses droits et ses devoirs. Le droit public, mettant sur le premier plan l'organisation de l'État et les rapports des individus avec celui-ci, est plus dépendant que le droit privé du facteur politique.

Nous rapportant au droit privé, considérons d'abord les codes de lois, spécialement les codes civils.

Il y a deux aspects à distinguer :

a) leur contenu, *b)* leur technique.

(*) Communication pour le Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale de Madrid, 1973.

Le contenu des codes civils apparaît comme perpétuant les caractères et les traditions historiques des peuples : le rationalisme et l'individualisme du code civil français, ce dernier caractère atténué d'ailleurs par beaucoup de lois particulières ; le caractère social du code civil allemand (B. G. B.), existant non seulement dans les institutions de famille, mais aussi dans la conception de l'acte juridique, dans celle de l'obligation par voie unilatérale de volonté, dans la notion de cause, avec l'admission de l'acte abstrait, etc. ; le code civil suisse, qui consacre, dans les rapports de droit privé, les idées de liberté, de bonne foi, d'équité, accordant en même temps au juge les plus larges pouvoirs d'interprétation ; parmi les codes récents, citons le code civil hellénique de 1940-1946, qui consacre la coutume comme source de droit à côté de la loi, en tenant ainsi compte des traditions multimillénaires du peuple grec.

Au point de vue de la technique des codes civils, on constate, par exemple, la division entre ceux qui, marquant l'esprit analytique, prévoient des dispositions détaillées dans une partie générale très développée — comme le fait le B. G. B. —, et le système latin synthétique, où le code civil comporte un titre préliminaire avec quelques articles contenant un petit nombre de principes.

Par ces exemples, on pourrait avoir l'impression que la diversité, dans la réglementation de la vie juridique, chez les différents peuples, est immense.

Et pourtant les grands principes qui gouvernent cette vie, dans les divers continents, sont plus ou moins les mêmes, nuancés par certains traits propres à la culture et aux moeurs respectives.

Dans le droit privé les rapports juridiques individuels sont dominés par l'idée de « justice distributive ». A son tour, celle-ci évoque une idée supérieure : celle de « Droit », que quelques-uns nomment « ordonnance juridique » ou « règles de droit ». Ces deux dernières appellations tâchent d'attribuer à la science du droit un aspect plus positif, souvent même sociologique.

On ne peut pas engager ici de discussions sur l'essence de ces notions ; mais, en se fondant sur elles, on peut constater que le but du droit pour l'humanité entière, est de permettre à tous les individus d'avoir la possibilité de développer, d'une façon complète et rationnelle, leur personnalité, ce qui implique l'idée de liberté de l'homme.

Une telle conception se traduit en droit privé par la reconnaissance de l'existence des droits subjectifs et par la liberté de leur exercice.

Aucune législation, aucun code n'ose éliminer de ses textes cette no-

tion de droit subjectif, même au cas où la vie juridique du peuple respectif implique les plus graves restrictions.

On peut même dire que pour la plupart des législations la réalisation des droits subjectifs des individus constitue leur raison d'être. C'est le cas aussi des pays de «common law».

On connaît pourtant les discussions qui, dès la fin du XIX-e siècle et jusqu'à présent, ont eu lieu, dans la doctrine de différents pays, quant à l'existence de cette notion, à son fondement et à son contenu.

On n'ignore pas non plus les attaques menées, encore actuellement, par certains courants de pensée contre la notion de droit subjectif.

La plupart des philosophes du droit et presque la totalité des juristes s'opposent à ces attaques non pas seulement puisqu'ils ne sont pas d'accord avec la négation d'un Droit objectif, source des droits subjectifs, mais surtout parce qu'ils voient dans ces attaques la menace de la liberté humaine.

Dans l'oeuvre mondiale de rapprochement des principes du droit qui gouvernent la vie juridique des peuples, on doit par conséquent porter une attention particulière sur la façon dont on conçoit les problèmes fondamentaux du droit privé. En effet, ce domaine représente la vie juridique et sociale proprement dite de l'individu. En cas de nécessité, les droits subjectifs privés qui sont intimement liés à la personne humaine doivent jouir d'une protection internationale, quant à leur libre exercice. C'est la conception actuelle des «droits de l'homme».

Si l'on pénètre dans la sphère même du droit privé ainsi qu'elle se présente actuellement, il faut prendre en considération plusieurs idées de base qui sont souvent conçues différemment dans le droit comparé par les grands systèmes du droit privé, non pas autant puisque certaines conditions spécifiques —psychologiques et sociales— des peuples l'imposeraient, mais surtout par le fait que des facteurs extérieurs à la vie juridique interviennent. Ainsi :

Le principe de l'autonomie de la volonté, qui est la clef de voûte du droit privé, est battu en brèche dans certaines conceptions juridiques actuelles. L'idée très importante du contrat individuel est diminuée et transformée parfois jusqu'à disparaître. La grande question de la propriété reste en suspens, les peuples attendant de sa solution un bonheur souvent illusoire ! Seul le droit de famille reste plus intacte, puisqu'il s'agit ici de principes qu'on ne peut pas méconnaître.

Voilà quelques problèmes qui préoccupent de près aujourd'hui les juristes de tous les pays, car sur eux pèse une grande responsabilité, non

seulement juridique, mais aussi morale. Ils veulent donc trouver dans la Philosophie du Droit, ainsi que dans les études historiques et celles de sociologie juridique, un point d'appui pour réaliser leur mission dans l'oeuvre de rapprochement des différentes conceptions.

Cette tâche deviendra plus facile si les peuples unissent leurs efforts, afin de faire triompher dans le monde l'idée de Droit et de Liberté.

OCTAVIAN IONESCU,
Professeur de Droit civil,
Jassy (Roumanie).

KRITISCHE BEMERKUNGEN ZUM FUNKTIONSBEGRIFF

Dargestellt am Problem «Moral und Recht»

Obwohl der Begriff der Funktion in der modernen Rechtssoziologie eine wichtige, um nicht zu sagen die zentrale Rolle spielt, verfügen wir heute noch nicht über eine einheitliche Bestimmung dieses Terminus. Thema dieses Kongresses soll nicht die Funktion, sondern die Funktionen —in der Mehrzahl— des Rechts sein. Ob damit schon eine wissenschaftliche oder philosophische Vorentscheidung getroffen ist, möchte ich hier dahingestellt lassen. Sicher ist aber, das wir es hier mit einem Terminus neuerer Prägung zu tun haben, dessen Bedeutung noch nicht genügend geklärt ist.

Mag auch der Terminus selbst neu sein — das, was mit ihm eigentlich gemeint ist, wurde unter wechselnden Bezeichnungen auch früher schon erkannt. So ist es sinnvoll, zu versuchen, anhand einiger geschichtlicher Hinweise den Inhalt dieses Begriffs für die Wissenschaft und Praxis zu klären und damit brauchbar zu machen.

1. Die Grundprobleme des Rechts und ihre begrifflich-systematische Entfaltung tauchen in immer neuen Gestalten und Namen auf. So sprach man etwa im Mittelalter nur vom Zweck des Rechts (*finis legis*) als solchem. In der idealistischen Rechtsphilosophie hat die sogenannte Rechtsidee eine grobe Rolle gespielt. Rudolf von Jhering betonte den «Zweck *im* Recht», was nicht mit dem Zweck *des* Rechts zu verwechseln ist. Roscoe Pound veröffentlichte 1944 ein Buch mit dem Titel «The Task of Law», spricht aber auch von dem «end of law». Heute im Zeitalter der Rechtssoziologie haben sich die Ausdrücke 'Funktion' oder 'Funktionen' des Rechts nahezu ausschließlich durchgesetzt. Nicht mehr Metaphysik sondern positive Wissenschaft, nicht mehr das finale sondern das kausale Denken, nicht Werturteile sondern feststellbare Tatsachen und mathematische Berechnbarkeit heißen die Parolen der Führenden Partei in der heutigen wissenschaftlichen Welt.

Selbstverständlich ist man sich selbst in dieser führenden Partei auch

in zentralen Fragen wie etwa der, ob man nur mit reinen Tatsachen operieren kann, keineswegs einig. Dennoch muß man zugeben, das hier ein gewaltiger Schritt vorwärts getan ist, und zwar gerade in ein Gebiet, das bisher weithin unerforscht war. üollte sich der traditionelle Rechtsphilosoph für die Ergebnisse dieser neuen Forschungsrichtung taub stellen, so würde er wirklichkeitsfremd; seine Werke könnten nur noch antiquarischen Wert haben. Wenn andererseits der Rechtssoziologe bewußt oder unbewußt die herkömmliche Rechtsphilosophie ignoriert, wird er für entscheidende Fragen blind oder er wird, wenn er sich aus seiner Blindheit zu befreien sucht, nur entdecken, was man schon tausend Jahre vor ihm gewußt hat.

2. Das Gesagte möchte ich anhand eines Beispiels veranschaulichen. Nicht wenige werden es heute als lächerlich empfinden, wenn man von einer moralisierenden Funktion des Rechts sprechen wollte. Bekanntlich hat Theodor Geiger schon längst aufzuweisen versucht, «das das Problem 'Recht und Moral' falsch gestellt und in seiner üblichen Konzeption ein bloßes Scheinproblem ist» (*Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, S. 293), weil «Gut und Schlecht völlig imaginäre Begriffe sind» (S. 299) und «die Moral ihre Bedeutung als soziale Lebensordnung verloren» (S. 326) hat.

Nicht jeder wird solchen radikalen Behauptungen zustimmen. Sicher ist jedoch, das es altmodisch erscheint, von einer moralisierenden Funktion des Rechts zu sprechen oder das Recht auch nur in irgendeine nähere Beziehung zur Moral zu setzen. Man spricht heute höchstens von «anthropologischen» oder «rationalisierenden» Funktionen des Rechts. Diese und ähnliche Bezeichnungen klingen modern, aber wenn man genauer analysiert was damit gemeint ist, so stößt man auf nicht wenige Elemente, die früher unter dem Titel «Moral» behandelt wurden. Die Zubereitung der Gerichte ändert sich jeweils, aber die Grundstoffe bleiben grundsätzlich dieselben.

Gewiß werden die Problem nie in völlig gleicher Gestalt wiederkehren. Es gibt ein Phänomen, das ich Problemverlagerung nennen möchte und das es kurz zu erklären gilt. Wenn aber mit jeder neuen Akzentuierung in der Problemsituation die Bezeichnungen vollständig geändert werden, so bleibt uns der innere Mechanismus der Veränderung verschlossen. Nur ein Beispiel sei hier gegeben.

Mit der Erklärung der Menschenrechte und ihrer Aufnahme in die modernen Verfassungen wurden eben die Rechte, nicht die Pflichten des Bürgers betont. Damit ist, wie man glaubt, eine Entmoralisierung des Rechts vollzogen. Doch übersieht man dabei, daß je mehr die Rechte des

Bürgers betont werden, desto mehr auch die *Pflichten* des Staates herausgehoben werden. In diesem Sinne bedeutet die Entmoralisierung des Bürgers zugleich die Moralisierung des Staatsapparates. Im Mittelalter war der Staat zu allem befugt, es sei denn daß ihm etwas ausdrücklich durch positives Recht untersagt war. Heute ist der Staat zu nichts berechtigt, es sei denn, daß es ihm ausdrücklich durch positives Recht gestattet ist. Wenn man daher das Recht im ganzen betrachtet, ist es fraglich, ob man heute im Unterschied zu früheren Zeiten von einer Entmoralisierung des Rechts sprechen kann.

Die alten Zeiten des «*laissez faire*» sind vorbei. Der liberale Slogan «The best government is the least government» hat seine Anziehungskraft verloren. Wird daher heute die soziale Sicherungsaufgabe des Staates betont, so fühlt man sich an den mittelalterlichen Begriff des *bonum commune* erinnert, der eine ausgesprochen ethische Färbung trug. Heute nach der angeblichen Scheidung von Recht und Moral sprechen wir von «allgemeinem Wohl», vom «Sozialstaat», «service State», usw. Nach art. 13 der japanischen Verfassung soll das Recht jedes Bürgers nicht nur auf Leben und Freiheit, sondern sogar auf «Verfolg seines Glücks» oberster Grundsatz der Gesetzgebung und Staatsführung sein. Dieser «Verfolg des Glücks» ist bekanntlich eine Nachbildung des amerikanischen «pursuit of happiness». So ist es im Rückblick auffällig, wie sehr sich unsere Staatssauffassung allmählich geändert hat. Der Staat erscheint nicht mehr als der Leviathan, den es durch Recht und Gesetz zu fesseln gilt, sondern eher wie eine Mutter, die durch Recht und Gesetz verpflichtet wird, für ihre Kinder zu sorgen («Fürsorgestaat»).

Damit scheint die scharfe Trennung von Recht und Sittlichkeit, wie sie etwa Christian Thomasius vorgenommen hat, nicht mehr gerechtfertigt zu sein. So lag schon nach Aristoteles die Daseinsberechtigung der Polis darin, nicht nur das Leben sondern das *gute* Leben —und zwar im ethischen Sinn— des Menschen zu ermöglichen. So beschreibt die Nikomachische Ethik, wie die Glückseligkeit das wahre Ziel des Menschen ist. Dieses Ziel aber konnte der Mensch nur in der Polis verwirklichen. Die moderne Auffassung scheint daher zum antiken Verständnis von Recht und Staat zurückzukehren. Wenn etwa Thomasius glaubte, auch die Politik vom Recht trennen zu können, so sind sich doch heute die kommunistische, demokratische, totalitäre und kapitalistische Auffassung darin einig, daß eine solche Trennung überhaupt nicht durchführbar ist. Rechtssoziologen haben die treffende Bemerkung gemacht, daß nach dem Zeitalter der Vertragstheorien eine Wendung oder Rückkehr zum alten Institutionsrecht zu verzeichnen ist. Ähnliches kann auch von dem alten Pro-

blem 'Recht und Sittlichkeit' gesagt werden: Nach vielen Versuchen, beide scharf zu trennen, beginnen wir wiederzuentdecken, daß Recht und Sittlichkeit für den konkreten, lebendigen Menschen da sind und daher nicht vollkommen geschieden werden können.

Zweifellos gibt es auf jeder Stufe der geschichtlichen Entwicklung etwas Einmaliges, etwas, was sich nie mehr gänzlich gleichförmig wiederholen wird. Das 'allgemeine Wohl' von heute ist nicht genau dasselbe wie das 'bonum commune' früherer Zeiten. Dabei ändern sich nicht nur die Worte, auch das Gemeinte selbst bleibt vom Wandel nicht unberührt. Dennoch hält sich im Wandel immer etwas Gemeinsames durch, wenn es um Grundprobleme des Menschen geht. Wenn wir heute das Wort «Moral» vermeiden, so bedeutet das nicht, daß die Moral tot sei oder daß die ethischen Überzeugungen der Bürger keine Funktion mehr haben. So sagt etwa Hans Welzel mit Bezug auf das Strafrecht, daß seine primäre Aufgabe nicht der aktuelle Rechtsgüterschutz sei, da bloßer Rechtsgüterschutz «nur eine negativ-vorbeugende, polizeilich-präventive Zielsetzung» hat. «Die tiefste Aufgabe des Strafrechts dagegen ist positiv-sozialethischer Natur» (*Das deutsche Strafrecht*, 10. Aufl., S. 2-3). Wenn ich Welzel recht verstehe, nimmt er hier «Funktion» und «Aufgabe» des Strafrechts im gleichen Sinn, denn die obige Behauptung steht unter dem Titel «Die sozialethische Funktion des Strafrechts». Will man jedoch zwischen «Aufgabe» (Ziel, finis) und «Funktion» unterscheiden, so könnte man wohl sagen, daß zwar nicht Moralisieren, wohl aber die Gewährleistung einer gerechten Ordnung die *Hauptaufgabe* des Strafrechts und des Rechts überhaupt ist. Die marxistischen Rechtsauffassungen gehen noch einen Schritt weiter und erheben die Moral, d. h. die marxistische Moral, zum Zweck des Rechts. Nach ihnen soll die Trennung von Recht und Moral ein Zeichen des Verfalls der kapitalistischen Gesellschaft sein.

Daß Moral und Recht nicht vollkommen geschieden werden können, scheint mir eine bewiesene Tatsache zu sein. Wie sich jedoch Recht und Moral genauer zu einander verhalten, wird gegenwärtig noch diskutiert. Wenn man nicht nur mit dem Begriff 'Funktion' sondern auch mit dem Begriff 'Zweck' arbeiten will, so ist zu fragen, ob die Moral als Zweck oder als Funktion des Rechts zu betrachten ist. Die Autoren des Mittelalters kannten das Wort 'Funktion' nicht; doch haben sie richtig gesehen, daß mit dem Begriff «Zweck» (finis) der Tatbestand nicht in jeder Hinsicht befriedigend geklärt werden kann. So spricht z. B. Francisco Suárez (1548-1617) nicht nur vom «finis» sondern auch vom «effectus legis» (Vgl. *De Legibus*, lib. I, cap. XIII-XV). Der «Zweck» des Gesetzes

its demnach das *bonum commune*, d. h. «die Untertanen gut zu machen» (*facere subditos bonos*). Anschließend bemerkt Suárez, daß der «*effectus*» (das Ergebnis, also die kausale Seite) des Gesetzes sich mit dem Zweck decken muß (*finis cum effectu coincidit*). Der «*effectus legis*» besteth darin, zunächst die Untertanen zu verpflichten (*cap. XIV*). Im folgenden Kapitel erläutert er das ausführlicher und zählt vier «*effectus legis*» —wir würden heute sagen: vier *Funktionen*— auf, nämlich gebieten, verbieten, erlauben und bestrafen.

Entsprechend der damaligen allgemeinen Auffassung betrachtet Suárez das *bonum commune* als den Zweck des Rechts. Dennoch bleibt bemerkenswert, daß er nicht nur mit dem Begriff «Zweck», sondern auch mit einem komplementären Begriff, nämlich dem des «*effectus*» arbeitet. Wenn im heutigen Rechtsdenken der Akzent auf dem Begriff «Funktion» liegt, so hat das wohl gute Gründe. Dennoch brauchen auch wir heute, wie von nicht wenigen Rechtssoziologen anerkannt wird, einen komplementären Begriff wie den des Zweckes, wenn wir nicht bei einer kurzsichtigen Auffassung des Rechts stehen bleiben wollen.

3. Die Rechtssoziologie besitzt heute noch keinen einheitlichen Funktionsbegriff. Es scheint sich allmählich die Auffassung durchzusetzen, daß dieser Begriff nicht in mathematischem oder gar biologischen Sinne zu verstehen ist. Ob auch der Gedanke des Zwecks oder eines bewußten Zweckhandelns in diesen Begriff einzuschließen ist, wird weiterhin diskutiert. Tatsachenforschung und exakte Wissenschaft sind die Maßgebenden Modelle der heutigen Rechtssoziologie. Andererseits wird eingeräumt, daß eine Bewertung notwendig zum Begriff der Funktion gehört. Der Traum der Wertaskese ist in der Rechtsphilosophie längst ausgeträumt, und es ist erfreulich, daß auch die Rechtssoziologen beginnen, zu dieser Einsicht vorzudringen. Dabei ist selbstverständlich mit der Anerkennung der Notwendigkeit einer Bewertung noch nichts über die Frage entschieden, welche Werte denn nun die richtigen seien.

Man gewinnt zunehmend den Eindruck, daß die Rechtssoziologie heute vor ähnlichen Problemen steht wie die Rechtsphilosophie vor fünfzig Jahren, und daß die Lösungen in ähnlicher Richtung gesucht werden wie damals. Man könnte sich viel Mühe sparen, wenn man etwas mehr von den Erfahrungen und Fehlern der Vorgänger lernen wollte. So kann etwa die kausale Handlungslehre die menschliche Handlung wohl nach einer Seite hin, aber keineswegs erschöpfend klären. Auch wenn die Ursachenforschung als eigentliches Ziel und «zentrale Aufgabe» der Rechtssoziologie angesetzt wird, stößt der Rechtssoziologe unausweichlich auf Fragen wie die der Legitimität und Geltung des Rechts. Hier kann eine

rein empirische und kausale Betrachtung keine befriedigende Antwort geben. Schon im vorigen Jahrhundert versuchte man beispielweise, die Rechtsgeltung durch die sogenannte individuelle oder generelle Anerkennung zu erklären. Ähnliche Versuchen finden sich auch heute in der Rechtssoziologie. Da die Rechtssoziologie vom horror vor dem Transempirischen beherrscht ist, wird die Legitimität nur aus psychologischen Gründen zu erweisen gesucht, oder sie wird sogar dadurch erklärt, «daß es gar nicht anders sein kann, als es ist» (Gerd Spittler, «Probleme bei der Durchsetzung sozialer Normen», in: *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, hrsg. von Lautmann, Maihofer und Schelsky, S. 214-215). Ob man mit dieser unleugbaren Wiederholung des Identitätsprinzips das sachliche Problem lösen kann, mag hier dahingestellt bleiben.

Comte meinte, daß das positive, naturwissenschaftliche Zeitalter das metaphysische ebenso ablösen werde, wie das metaphysische Zeitalter vorher das theologische verdrängt hatte. In Wirklichkeit sind jedoch auch neue Theologie und Metaphysik keineswegs tot. Theologie, Metaphysik und exakte Wissenschaft sind nicht so sehr zeitlich scharf trennbare Phasen als vielmehr konzentrische Kreise. Die Probleme werden also in verschiedenen Zeitaltern zwar von verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet, doch schließen sich diese Gesichtspunkte nicht notwendig gegenseitig aus. Ein ähnliches Phänomen ist im Bereich des Rechts zu beobachten. Einer der ersten Autoren in Deutschland, die den Namen 'Rechtsphilosophie' aufbrachten, war der Göttinger Rechtshistoriker Gustav Hugo (1764-1844). Was seither Rechtsphilosophie genannt wird, wurde zuvor unter dem Namen 'Naturrecht' behandelt. Dabei hat die Rechtsphilosophie das Naturrecht, oder genauer die Naturrechtslehre der alten Zeiten so vollständig ersetzt, daß die Naturrechtslehre heute vielen Juristen nichts als ein Aberglaube zu sein scheint. Ähnlich scheint nun in unseren Tagen das Zeitalter der Rechtsphilosophie von der Rechtssoziologie abgelöst zu werden. Doch auch hier handelt es sich sachlich um konzentrische Kreise. Naturrechtslehre, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie sind sich ergänzende Versuche, die von verschiedenen Gesichtspunkten aus das, was wir Recht nennen, zu klären unternehmen.

Es ist nur zu hoffen, daß dieser Weltkongreß für Rechts- und Sozialphilosophie in der gewaltigen Aufgabe, die Versöhnung und Zusammenarbeit der Rechtssoziologen und Rechtsphilosophen herbeizuführen, einen entscheidenden Schritt nach vorn bedeuten möge.

JOSÉ LLOMPART
Sophia Universität, Tokio

EL DERECHO Y SU DESENVOLVIMIENTO FUNCIONAL

«Quisquis autem cernere potest, intus est discipulus veritatis.»

(San Agustín, *Del Maestro*, C. XIII, 41.)

«... delectatio iustitiae.»

(San Agustín, *Enquiridion*, C. LXXXI, 22.)

I. En otro lugar hemos fijado nuestra concepción del Derecho, así como su sustrato o fundamentación última (1). De la fórmula allí expuesta, fórmula descriptiva, se desprendía la idea de Orden como el elemento aglutinante del aspecto normativo de las relaciones sociales y trascendido por la idea de Justicia, remate último de todo proceso jurídico.

El análisis, por otra parte, de la citada fórmula arrojaría al menos estas cuatro conclusiones: *a)* Que el Derecho supone necesariamente y ante todo la normación de conductas humanas interrelacionadas o interrelacionables; *b)* que dicha verificación implica partir del dato previo de la sociabilidad de la naturaleza humana, que reclama de suyo aquella normación o reglamentación de las relaciones humanas en su integración dentro del contexto social; *c)* que es en base a su contenido justo y no a cualquier otro criterio, v. gr., la utilidad o la mera oportunidad política, como puede, desde un punto de vista axiológico, valorizarse jurídicamente dicha normación, y *d)* que es ineludible y de todo punto necesario a la hora de la exigibilidad pragmática de dicho material normativo, no echar en olvido la íntima matización ética que reviste, o debe revestir, el Derecho, para ceñir a sus justos límites el papel de la fuerza en el momento supremo de la aplicación y observancia de la norma jurídica.

(1) Vid. LORCA NAVARRETE, J. F., «Derecho y fuerza», en *Derecho Natural Hispánico*. Actas de las Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural. Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho, Ed. Escélicer, Madrid, 1973.

Bajo estas consideraciones, y a la luz de ciertas sugerencias tomadas de la filosofía agustiniana en su perfilamiento definitivo o imperecedero de la idea de Orden, nos parece oportuno ahora trazar el cauce progresivo por el que se nos antoja pudiera discurrir el Derecho desde el punto de vista de su lineamiento o desenvolvimiento funcional.

II. Hemos elegido a este menester un término, el de *normalidad*, que pensamos puede servirnos a modo de catalizador en dicho lineamiento funcional.

Si paramos mientes tanto en su raíz filológica como en su sentido semántico, ocurre que *normalidad* hállese íntimamente emparentada con la idea de Orden y norma, siendo respecto de ellas a modo de consecuencia. Así, en castellano, son idénticas las raíces de *normas* y *normal*, y *norma* es, en sentido figurado, la regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las operaciones, al paso que *normal* es lo que sirve de norma o regla; *normalidad*, calidad o condición de normal, y *normalizar* es indicativa de regularizar o poner en buen orden lo que no lo estaba.

Otro tanto sucede en la lengua alemana entre norma (*Norm*) y normal (*Normale*) y normalización (*Normalisierung*).

De seguir este sendero semántico, estimamos perfectamente oportuno y procedente referir *normación* a *normalización* en su aplicación a las relaciones humanas o sociales, ya que con ambas expresiones se quiere, en última instancia, indicar el hecho fundamental de que algo —aquí, las relaciones sociales— que estaba o se encuentra necesitado de una *norma* para su buena ordenación —*normalización*—, se halla, al cabo, en una situación de *normalidad*. Adviértase, pues, que dichas expresiones no sólo están relacionadas filológica o semánticamente, sino que diríamos que además se coimplican y se encadenan sin solución de continuidad.

Y estimamos que del conjunto de las afirmaciones agustinianas referentes a la idea de Orden puede deducirse, sin forzar ni el espíritu ni la letra, una coincidencia plena con el sentido aceptado. Tomando de aquí y de allá, en la totalidad de la obra agustiniana, vemos que la idea de orden surge una y otra vez, siempre que se siente la necesidad de expresar una *normalidad* tanto ontológica y aun cosmológica como socio-política o jurídica.

No otra cosa es lo que San Agustín quiere, sin duda, expresar cuando, al referirse al orden natural de los cuerpos en su *Tratado sobre la Santísima Trinidad*, nos habla de su «permanencia rutinaria» (L. III, C. II, 7), y más adelante cuando se refiere asimismo al orden de la naturaleza de las cosas (L. III, C. X, 19).

Y es que el orden esencialmente consiste en esa permanencia —nosotros diríamos *normalidad*— asombrosamente «rutinaria» «que asigna a las cosas diferentes y a las iguales el lugar que les corresponde» (*La Ciudad de Dios*, L. XIX, C. XIII, 1). Lo que hay es que, después, esa *normalidad* puede, siendo esencialmente omnicomprendiva, predicarse bien de la mera naturaleza, bien del hombre mismo o bien de la Justicia.

Bien es cierto que San Agustín se sirve de otros términos para calificar los frutos del orden o de aquella normalidad, en cada una de aquellas materias a que se aplica. Así, cuando se mueve en el terreno socio-político, prefiere hablar de «tranquilidad del orden» o, simplemente, de la «paz» o la «concordia», y, curiosamente, cuando se ocupa de la Justicia opta por el término «armonía», que acusa una más grande matización técnica plena de los ecos platónicos. Así, en *De los méritos y perdón de los pecados y sobre el bautismo de los párvulos*, en donde, al referirse a la armonía existente antes de la caída de Adán y Eva, dice a la letra: «Debióse esta armonía al orden de la justicia, de modo que habiendo recibido el alma un cuerpo que le estaba sumiso, como ella estaba sumisa al Señor, así el cuerpo obedeciese y prestase sin resistencia la servidumbre conveniente para aquella clase de vida» (L. II, 22, 36); o en el L. XIX, C. IV, 4, de *La Ciudad de Dios*: «Así, en el hombre hay un orden justo procedente de la naturaleza, según el cual el alma está sometida a Dios y la carne al alma, y el alma y la carne, a Dios».

Pero dichas matizaciones no son sino concreciones de una idea más general de la que se nutren, la de *normalidad*, expresiva, como hemos visto, de una realidad —*in genere*— ordenada. Y si a ello añadimos que el desorden es, en el sentir de San Agustín, «perversión y corrupción» (*De las costumbres de la Iglesia Católica y de los maniqueos*, L. II, C. VI, 8), hay que convenir en que se hace necesaria no sólo jurídica, sino incluso ontológicamente, una *normalización*, esto es, poner en orden lo que no lo está. Necesidad ontológica para San Agustín, quien, en el texto arriba citado, afirma que «la tendencia al ser es tendencia al orden... El desorden, al contrario, produce el no ser». Afirmación que, en *Del Orden*, pondrá en boca de Licencio (L. I., C. X, 28).

III. Encaminándose, según nuestra opinión, el Derecho al logro de la *integración normativa de las relaciones humanas dentro del contexto social*, podemos decir que dicha normación o normalización de las relaciones sociales, y que conlleva a la instauración en ellas de la idea de Orden, puede contemplarse a diversos niveles jerárquicos, expresivos de las distintas funciones que el Derecho, en un proceso siempre continuo

e inacabado, viene a desempeñar en esa su esencial función de poner en orden —en buen y justo orden— las relaciones humanas.

Esquemáticamente, podría representarse así:

ORDEN
NORMA
NORMALIDAD
JUSTICIA
(Nivel ético-jurídico)
CERTEZA
(Nivel sociológico)
SEGURIDAD
(Nivel político)

IV. Sin entrar en un minucioso desarrollo de dicho esquema, sí vamos a hacer algunas observaciones y a marcar algunas consecuencias.

En primer lugar, aparece la idea de *normalidad* como presente en los tres niveles señalados, en cuanto que sólo contando con ese mínimo formal que representa una realidad cualquiera ordenada, podemos sentirnos inmersos en el ambiente preciso para poder comenzar a hablar de que aquella realidad tiene algo que ver con el Derecho.

Luego, cuando esa normalidad es contemplada desde cada uno de los tres niveles, es cuando propiamente se inicia el camino de la juridificación de esa realidad, de suerte que, según su encadenamiento jerárquico, la normalidad en el nivel político, es decir, la seguridad, da paso a la certeza en el nivel sociológico y, por fin, a la Justicia en el nivel ético-jurídico que, estando siempre presente, al menos latentemente, en los dos anteriores, los trasciende hasta erigirse en el norte y el remate de todo el proceso funcional del Derecho, hasta el punto que, como hemos dicho, sólo una plena juridificación se hallará en el nivel ético-jurídico.

En el nivel político, nivel primario, aflora la idea de *seguridad*, que no siempre obedece o encuentra su último respaldo en motivaciones estrictamente jurídicas, antes bien, en ella campean o son decisivos factores diversos, como, v. gr., el oportunismo político o, simplemente, la necesidad de fortalecer las instituciones de poder. Se trata, en suma, de la idea de orden *público* o, como dice la doctrina italiana, de la *normalità della vita collettiva*.

En el nivel que hemos denominado sociológico contemplamos la *normalidad* instaurando ya en la vida negocial, de tráfico, la *certeza* en las relaciones entre particulares fundamentalmente. Certeza que ha sido tradicionalmente reconocida como función a cumplir por el Derecho, y que

ha sido expresada por fórmulas que van desde el axiomático *pacta sunt servanda* hasta —y estamos pensando en López de Oñate— la consideración del Derecho como la estructura normativa de la sociedad.

Por fin, en el nivel ético-jurídico, la *normalidad* es expresiva de Justicia. Es, al cabo, o debe ser, aquella «permanencia rutinaria» del Derecho en la vida toda, pero que sólo en mérito de esta distinción meramente didáctica que venimos realizando cobra como vida propia en el coronamiento de la misma. Y es que en definitiva, la Justicia, como primera y última, como eterna función a realizar por el Derecho en la vida social —y aquí el término social cobra particular sentido—, no puede separarse ni ser ajena a los otros dos niveles señalados. Pero quizá tampoco constituya vano empeño la matización ofrecida. Hemos hablado de nivel ético-jurídico, y ello nos pone en la pista del camino a recorrer en pos de esta Justicia. Justicia que escapa, ha de escapar, a consideraciones que no sean estrictamente jurídicas, a convicciones íntimas de la persona humana en cuanto depositaria de aquella «misteriosa justicia» de la que nos habla San Agustín (*Sobre diversas cuestiones a Simpliciano*, L. I, 2, 16), y que acaso, por esto mismo, recomendó una y otra vez que urgáramos en nuestro interior para encontrar norma y orden a nuestras acciones humanas. Por encima de todo procedimiento técnico o de la estéril lógica, el Derecho hállese necesitado de ser comprendido en su desenvolvimiento funcional bajo el talante de una concepción que replantee con toda fuerza que es, justamente, el hecho decisivo de que en la sociedad *toda* impere la Justicia lo que se trata de conseguir. .

JOSÉ F. LORCA NAVARRETE

Sevilla

FONCTION DU DROIT

Le mot «fonction» aussi bien que le mot «droit» ont des significations nombreuses et quelquefois très différentes. C'est pourquoi il faut bien préciser le sens qu'on leur donne avant de les employer. Ici, le droit est compris comme «droit positif», valable. Quant à la fonction, elle est conçue comme l'effet global d'une chose dans le cadre plus large d'autres choses sur lesquelles elle agit. Par conséquent, il s'agit de l'effet réel, objectif, non pas de celui subjectif, voulu, mais non réalisé.

Quel est ce cadre plus large dans lequel s'effectue l'influence du droit, dans lequel le droit réalise sa fonction? Sans doute, c'est la société humaine, et en premier lieu la société constituée dans l'Etat-donc, une société étatique. La fonction du droit s'effectue donc dans un Etat comme société. Bien entendu, le droit a certaine fonction aussi bien dans d'autres cadres que l'Etat, cadres plus larges ou plus étroits. C'est ainsi que le droit a une fonction supraétatique, entre les Etats, dans l'humanité toute entière ou la société internationale. C'est ainsi aussi qu'il a une fonction dans différentes sociétés plus petites que l'Etat-dans la famille, la profession, la classe sociale, etc. C'est enfin ainsi qu'il a une fonction par rapport à l'homme comme individu. Examiner toutes ces fonctions du droit est une tâche intéressante et importante, mais que nous ne pouvons pas accomplir ici. Nous traiterons la fonction du droit dans la société étatique.

Quelle est donc cette fonction du droit dans la société étatique? Avant de répondre, il faut encore une fois préciser le sens que nous donnons au mot «droit», même si ce sens est restreint au droit positif, valable. «Droit positif» est employé en deux sens. Le premier: règles sociales créées et appliquées indépendamment de l'Etat, soit que celui-ci existe ou non. C'est le droit positif *social*. Le deuxième sens: droit étatique, celui garanti par la sanction de l'Etat. Ici, nous supposons que le sens du mot «Etat» est bien précis: organisation qui dispose du monopole de la contrainte physique dans une société. Nous appelons «droit» seulement le droit étatique, tandis que les règles sociales qui ne sont pas sanctionnées

par l'Etat sont des règles sociales non-juridiques. Par conséquent, nous allons essayer de définir la fonction du droit pris dans ce sens.

Si l'on analyse le contenu du droit ainsi conçu, il est facile de voir qu'on y peut distinguer deux sortes des normes. Les unes ne pourraient pas être appliquées sans la contrainte étatique; les autres le pourraient. Il est évident que ces autres normes ne doivent pas appartenir au droit, être normes juridiques. Elles peuvent rester des normes purement sociales. Il n'est pas lieu ici de chercher les raisons pour lesquelles ces normes entrent dans le système juridique. Ce qui importe, c'est la constatation qu'elles sont fondamentalement différentes des normes qui doivent nécessairement être juridiques, ne pouvant pas être réalisées sans l'Etat. Par conséquent, lorsqu'on parle de la fonction du droit, il faut tenir compte de cette différence entre ces deux sortes des normes qui, toutes les deux, du point de vue formel —parce que sanctionnées par l'Etat— sont des normes juridiques stricto sensu. En d'autres mots, il faut distinguer, parmi les normes sanctionnées par l'Etat, des normes juridiques strictissimo sensu —ce sont les normes qui ne pourraient pas être réalisées, dans la mesure nécessaire, sans la contrainte étatique. Il faut tenir compte de cette différence entre ces deux sortes des normes juridiques car il est probable que leur fonction ne soit pas identique. Et c'est cela qu'il faut démontrer.

Nous commençons par une question: pourquoi ces normes juridiques strictissimo sensu ne peuvent pas être réalisées sans la contrainte étatique? Il est évident que la seule cause en est la résistance des hommes, resp. de certains groupes sociaux (pour ne pas dire — des classes sociales). Cette résistance doit être suffisamment forte et, vice versa, l'importance de ces normes suffisamment grande pour que l'Etat se charge de les sanctionner, de les appliquer par sa contrainte. Il n'est pas lieu ici d'essayer à exposer le processus complet qui mène à la naissance de telles normes dans la société, resp. l'Etat. Mais il semble bien convainquant que ces normes sont causées par l'apparition dans la société de l'exploitation, de la propriété privée, des classes sociales et de la lutte entre elles. D'autre part, si l'on analyse le point de concentration de ces normes juridiques strictissimo sensu, on voit que c'est l'ordre social dans ce qu'il a d'antagonistique par rapport à deux classes sociales principales et en lutte entre elles. Ce point est évidemment constitué par la base sociale économique, par l'ordre économique fondamental, par ce qu'on appelle le mode de production des biens économiques. Dans une société des classes cet ordre économique fonctionne dans l'intérêt de l'autre classe, soumise et dominée. Le droit strictissimo sensu (du reste, aussi bien que l'Etat lui-même) est créé pour

maintenir cet ordre social favorable à la classe dominante, essentiellement pour maintenir le mode de production, base de cet ordre tout entier.

Comme on voit, nous disons bien consciemment «droit est créé pour maintenir» cet ordre. Il s'agit donc ici de la volonté, de l'intention des créateurs : ils veulent que le droit maintienne le mode de production donné. Mais, cette intention peut être plus ou moins réalisable, plus ou moins réalisée. Quel que soit le cas, il est évident que le droit, en principe, toujours contribue au maintien de cet ordre, de ce mode de production (sauf, bien entendu, les erreurs des créateurs du droit, qui peuvent créer un droit qui ne le fait pas — et c'est assez souvent le cas). Mais s'il contribue à ce maintien, cela ne veut pas dire qu'il réussisse à le maintenir. Le droit n'est pas tellement puissant qu'il puisse maintenir toujours et éternellement un mode de production que les autres facteurs, plus puissants, détruisent.

Par conséquent, la tâche que les créateurs du droit lui assignent est toujours le maintien du mode de production correspondant. La fonction du droit, pourtant, est, en règle générale, *contribution* au maintien de ce mode, sauf le cas de l'erreur des créateurs du droit lorsqu'ils créent un droit qui n'est pas approprié à cette tâche. La fonction du droit n'est pas toujours le maintien du mode de production, car il ne réussit toujours à le maintenir.

On peut poser la question si le droit est vraiment nécessaire au maintien de ce mode de production controversé. N'est-il peut-être vrai qu'il pourrait se maintenir sans le droit ? Peut-être que la conviction que le droit est nécessaire pour ce maintien n'est qu'une illusion ? Il est bien difficile de répondre à ces questions par cette raison bien simple que l'expériment social de telle grandeur est impossible — on ne peut pas construire une société correspondante sans le droit pour tester si elle peut exister. L'expérience et la conviction sont, pourtant, telles qu'il semble évident que la société avec un mode de production correspondant ne pourrait pas exister sans le droit.

Du reste, il faut bien remarquer que nous avons défini la fonction du droit comme *contribution* au maintien du mode de production, non pas comme maintien. Si l'on peut —et avec raison— douter que le droit puisse maintenir le mode de production et même s'il est évident que dans certains cas il ne peut pas le faire, il paraît évident non moins qu'il contribue toujours à ce maintien ou, mieux dire, qu'il agit dans le sens de ce maintien (sauf le cas de l'erreur des créateurs du droit.) Il n'est pas donc exclu que le mode de production se serait maintenu aussi bien sans le droit, mais ce maintien ne serait pas si complet et stable sans celui-ci.

C'est la fonction du droit dans la société étatique. Pourtant, le droit peut avoir aussi d'autres fonctions. Si nous constatons l'existence de ces autres fonctions, alors la fonction décrite peut être appelée fonction principale, ou primaire, ou spécifique. En effet, on ne peut pas nier que le droit contribue aussi au maintien de l'ordre social général, de la sécurité générale sociale, etc. On ne peut pas nier que, sanctionnant, par exemple, l'homicide, le droit contribue à la sécurité sociale générale, au maintien social général, qui sont dans l'intérêt de toutes les classes également. Et si c'est vrai —et nous trouvons qu'il l'est—, pourquoi alors ne pas considérer cette autre fonction comme primaire, principale, spécifique ou, au moins, comme complètement égale à celle de contribution au maintien du mode de production que nous avons qualifiée comme telle?

Il nous paraît que le mode de production controversé ne pourrait pas, sans le droit, se maintenir d'une manière suffisamment stable pour que la société puisse fonctionner, tandis que la société pourrait fonctionner sans le droit si le mode de production n'est pas controversé et peut exister sans le droit, malgré que celui-ci, donc, n'aurait pas exercée cette fonction secondaire. Par conséquent, la fonction principale du droit reste la contribution au maintien de mode de production correspondant (celui qui assure l'intérêt d'une classe sociale). Bien entendu, à cela on peut remarquer que les preuves nous manquent et c'est vrai dans une certaine mesure. Nous avons l'histoire à l'appui de notre thèse: les sociétés se sont maintenues sans le droit lorsqu'elles n'étaient pas divisées en classes; donc, l'ordre social général peut se maintenir sans le droit lorsque le mode de production correspondant n'exige pas que le droit existe. La faiblesse de cette preuve consiste en ce que les sociétés divisées en classes sont plus compliquées que les sociétés qui peuvent exister sans le droit et que, par conséquent, il n'est pas certain que les sociétés compliquées puissent exister sans le droit même lorsque leur mode de production n'est pas controversé puisque les classes n'existent pas. La réponse définitive reste donc à être trouvée à l'avenir, mais nous croyons que notre réponse d'aujourd'hui soit vraie.

Définir la fonction du droit de la manière que nous avons fait, est-ce que cela signifie que nous acceptons le fonctionnalisme? Non, pas du tout. Si le fonctionnalisme —comme nous le croyons, malgré les différences sérieuses entre ses adhérents— consiste essentiellement à considérer que tous les éléments du système social, et par conséquent le droit lui aussi, contribuent au maintien de la société et que les sociétés sont détruites exclusivement par les facteurs extérieurs, notre point de vue n'est pas fonctionnaliste. Le droit contribue au maintien d'un certain type de la so-

ciété et le maintient de celui-ci outre une certaine mesure provoque la ruine complète de la société comme telle—par conséquent le droit devient disfonctionnel. Pourtant, si le fonctionnalisme est compris dans le sens que tous les éléments du système social contribuent au maintient non pas de la société, mais de son type concret, alors notre point de vue est très proche du fonctionnalisme. Pour être plus claire, le droit capitaliste, par exemple, contribue au maintient de la société capitaliste concrète, mais s'il est, à un certain moment, nécessaire, pour le maintient non pas de la société capitaliste mais de la société tout court, à détruire la capitalisme, ce droit devient disfonctionnel, car il contribue à la ruine de la société tout court.

Mais si notre point de vue est proche du fonctionnalisme ainsi conçu, il n'est pas non plus identique avec lui. Car, il reste que les créateurs du droit peuvent tomber dans l'erreur et créer un droit qui ne contribue pas au maintient du type social concret. Le subjectif et l'objectif dans le problème de la fonction du droit doivent donc être distingués pour qu'on puisse voir la réalité.

Il nous reste à conclure que, en règle générale et avec certaines exceptions dues à l'erreur subjective, la fonction du droit est la contribution au maintient du mode de production en faveur d'une classe, mode qui, sans le droit, ne pourrait pas se maintenir en mesure suffisante pour rendre possible le fonctionnement stable de la société étatique.

DR. RADOMIR D. LUKIC
Université de Belgrade
Yougoslavie

THE FUNCTION OF LAW AND THE METHODS AND FUNCTIONS OF LEGAL SCIENCE

PREFACE

This paper is prepared for the World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, Madrid, September 1973.

It does not deal directly with the theme of the Congress which is «The Functions of Law in Society», but with two fundamental questions which are relevant to the discussion of that theme.

Firstly, the discussion of the functions of law in society entails necessarily a discussion of the general question of method, which is and will remain a major question. That is, the question of what methods are available and are valid for the study of law in society, and what are their interrelationships and their relationships with reality and theory. In other words, the occupation with the «is» and the «ought» of the functions of law in society leads to the occupation also with the «is» and the «ought» of the methods of the study of those functions.

In the study of law, generally speaking, attitudes towards the question of method manifest two characteristics; self-defence (which even involves attack) and pluralism. Students of law are still engaged in the defence of the relevance and validity of their methods and pluralism is being admitted in order to reach a compromise.

The second question which the discussion of the functions of law entails is the question of the social functions of legal science itself, since legal science represents the intellectual effort which is made to cope with law (as a social phenomenon) as a base for intelligent action regarding the various aspects of law in society. In other words, the cognition of the relevance of realism to «law» implies the cognition of the significance of the impact of legal science on the social functions of law.

In this paper I deal mainly with the «ought» of the method. I attempt at systematizing the structure of legal science by analogy to the structure of the process of scientific discovery, then I reach some conclusions con-

cerning the structural-functional analysis and the social functions of legal science.

For the sake of clarity, I begin with some general notes as a background for the analysis and the conclusion.

I. GENERAL NOTES

1. The field of knowledge known as «law» deals with the study of the various kinds of legal norms in society: administrative, civil, penal, etc. As a matter of course it also deals with the methods of arriving at, of making, of explaining, of applying, of administering, of evaluating, and of changing legal norms.

Recently this complex of kinds of norms and the methods relating to their study are being described as «legal science». Some also speak of «legal sciences» as referring to the studies of branches of law and to the different conceptions regarding law maintained by opposing economic and political systems.

2. The major premise of this paper is that «branches of law connote kinds of legal norms not «sciences» and that there can only be one «legal science» since, apparently, there are common characteristics of all legal systems.

That the study of law can be called «legal science» is verified by the fact that the study of law has tendencies which fulfil the requirements of a «science»: validity and practicability. Validity is fulfilled by the use of scientific research methods. Practicability is fulfilled by the use of findings of legal science and of other branches of science to cope with social change, planning, the control of technological innovations and some other social questions.

3. The growth of social science and the ever increasing impact of its methods and output on legal science have been contributing to a high complexity of the latter. As a result, the need is becoming greater to search for a model whereby this high complexity can be replaced by a clear picture which will help to distinguish between the various elements of legal science and their interrelations.

4. The way of building a scientific model is the «general system analysis» which is the analysis of the system of a certain object in terms of «structure-function», i. e. the units it is made up of, the processes of the interrelations of these units, and their functions to maintain themselves, each other and the system as a whole.

5. The starting point of the general system analysis of any branch

of science should be the process of scientific discovery itself. This process has three major components:

- *reality* or fact.
- *method* or the ways of applying the mind to reality.
- *theory* or output, which also includes hypotheses.

6. In what follows I will attempt on this basis to outline the general system analysis of legal science. Then I will provide a diagram of the system as a whole and of its feedforward and feedback cybernetic relations.

Needless to say that the general system analysis of legal science is not the same as that of the legal system. Yet, the general system analysis of the legal system is relevant to that of legal science.

II. THE SYSTEM OF LEGAL SCIENCE

7.1. *Reality as object of legal science*

Aspects of reality which are objects of legal science comprise three major clusters of phenomena:

- environmental components of the legal system.
- structure of the legal system.
- manifestations of the legal system or life branches of law.

7.1.1. Environmental components of the legal system: nature, history, ideology, politics, law, administration.

7.1.2. Structure of the legal system: sources of law, branches of law, anatomy of law.

7.1.3. Manifestations of the legal system or life branches of law in society: constitutional law, penal law, commercial law, family law, international law, etc.

7.1.4. The scientific activity of investigating into and reporting on those aspects of reality as the object of legal science provide case studies of given legal systems (macro case studies) and of parts of given legal systems (micro case studies).

7.2. *Method of legal science:*

Just as the manifestations of the legal system lead to the life branches of law in society, the various methods of research and the various levels and scope of their application lead to the methodological branches of legal science. Therefore, these methodological branches can be enumerated as follows:

7.2.1. Methods of research:

- analytical positivistic;
- sociological;
- logical (formal and symbolic);
- applied (social functions, reform, use of physical devices and applied natural and social sciences);
- philosophical (concerning alternatives of choice beyond scientific knowledge).

7.2.2. Levels and scope of research:

- case method, macro and micro;
- comparative method, macro and micro. Six levels of comparison can be listed here:
 - natural and social setting;
 - structure of the legal system;
 - functions of the legal system;
 - content of law;
 - working of law;
 - the state of the methodological branches of legal science in a given case or cases.

7.3. *Theory of legal science:*

The output of the study of the phenomena of the legal system by the use of the method of legal science provides the theory which is the body of legal science.

As a result of the variety of method of legal science there is a variety of branches of the theory of legal science. Thus, the theoretical branches of legal science which include universal characteristics of law as a social phenomenon and peculiar characteristics of law in different societies. The theoretical branches of legal science can be enumerated as follows:

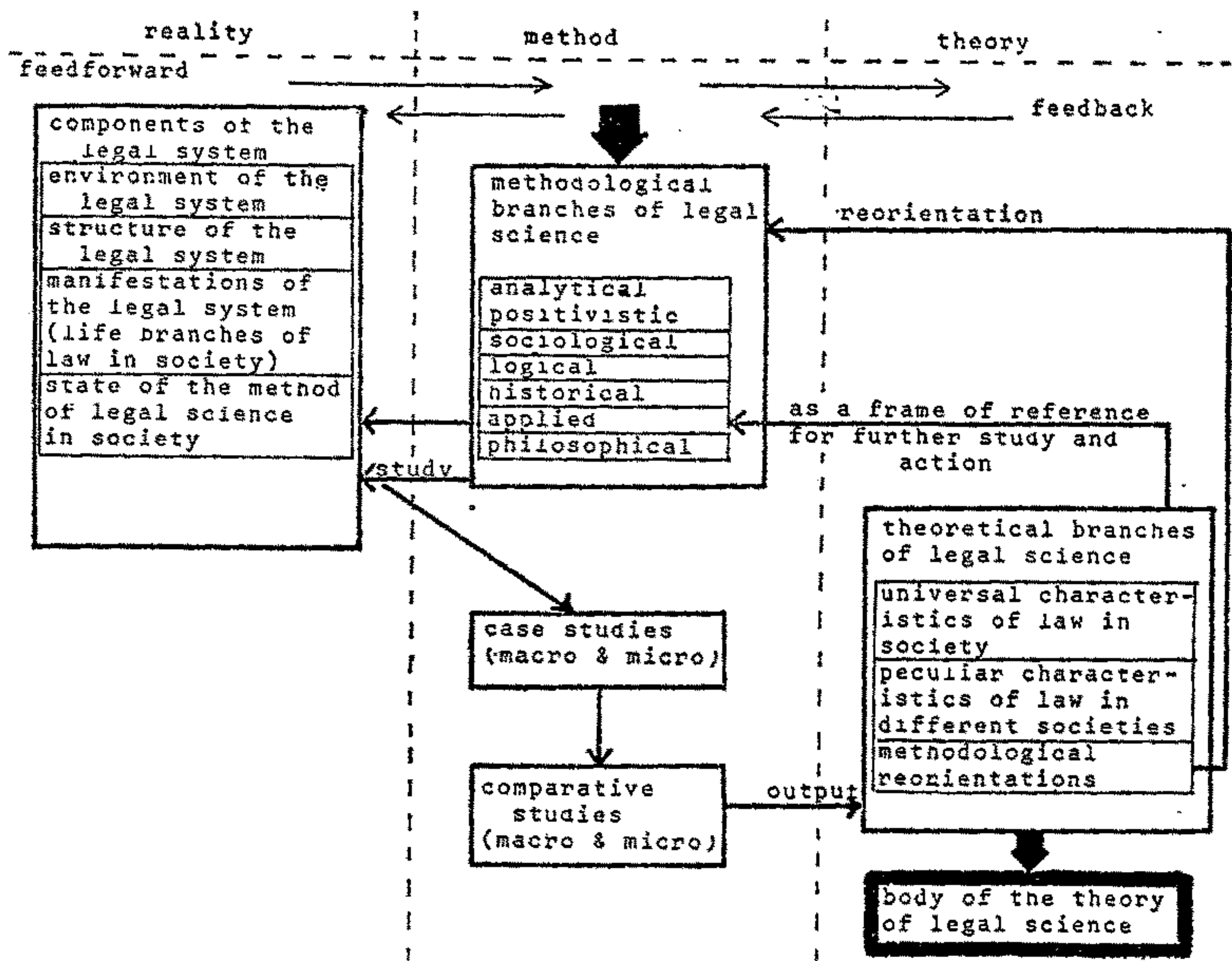
7.3.1. Theoretical branches of legal science:

- anatomy of law;
- types of structures of legal systems;
- geography of law;
- anthropology of law;
- evolution of law;
- acculturation of law;

- development law;
- semantics of law;
- logic of law (formal and symbolic);
- axiology;
- jurimetrics;
- the science of legislation;
- technology of law (directives and methods to improve legal machinery and legal reform);
- legal education;
- reorientations on the method of legal science.

III. A MACRO CYBERNETIC MODEL OF THE SYSTEM OF LEGAL SCIENCE

8.1. In the above, the feedforward relations of the process of legal science have become clear. The feedback relations take place when the content of the theoretical branches of legal science is communicated to (a) the various parts of the legal system through the applied method, and (b) the methodological branches of legal science.



"MACRO CYBERNETIC MODEL OF THE SYSTEM OF LEGAL SCIENCE"

8.2. The foregoing diagram of the macro cybernetic model of the system of legal science illustrates the major elements of the process of legal science and their feedforward and feedback interrelations.

IV. CONCLUDING NOTES

9.1. The general system analysis of legal science leads to a clear distinction between legal systems and their parts as objects of legal science and between legal science itself as the output of knowledge concerning law in society. This distinction ought to be born in mind in order to avoid a misleading confusion between the two things. This will not mean that one should overlook the interrelationships between reality and science as an activity and output. On the contrary, the distinction at hand will make one able and in a better position to appreciate those interrelationships, having separated the two things on the abstract level. It will further help to know what can be drawn from case studies for the purpose of comparison and what can thereafter be drawn into the body of the theory of legal science.

9.2. An implication of the distinction above is that the legal scientist, as if operating in a laboratory of natural science, must proceed in his enterprise by defining the object of his research, then by bringing it, as it were, under the magnifying glass of the method (or methods) and on the level and scope of research, and then by observing the findings which this process leads to. His report must be a clear, precise and exact record of the process in order to be accessible for easy and rational integration into the further process of legal science and to have thereby a bearing on the feedback on both the pure and the applied sides of legal science.

9.3. In the use of method, self-defence and its repercussions of attacking other methods should be replaced by specialization in method and the respect of contributions of specialists of methods, each from the point of view of his field.

Moreover, in the combination of method, pluralism should be directed further towards synthesis, which is the end-in-view of the interdisciplinary integrative approach.

9.4. The model of the system of legal science will better perform the functions of models the more it is seriously studied, commented on and elaborated. Since it is the writer's intention to continue the study of the system of legal science, comments are greatly needed and will be highly appreciated.

As enumerated by Deutch (The Nerves of Government, 1966, pp. 8-9), the functions of models are:

- *organizing*: i. e. «the ability of a model to order and relate disjointed data, and to show similarities or connections between them that had previously remained unperceived»;
- *predictive*: i. e. they imply some «predictions».
- *heuristic*: i. e. «leading to the discovery of new facts and new methods»;
- *measuring*: i. e. they «may serve as indicators» or themselves help to obtain a «measure».

9.5. Efforts should be combined to arrange the findings relating to the body of the theory of legal science according to the model of its system. The major sources of such findings are:

- (a) Works on comparative studies on life branches of law and on the state of the methodological branches of legal science in given societies.
- (b) Works on methodological branches of legal science.
- (c) Works on the theoretical branches of legal science.
- (d) Relevant findings in works of other sciences as pointed out by their specialists and by legal scientists.

The task of collecting and arranging those findings from those sources, and of course of disseminating them, is of such a volume that it can only be achieved through an international centre which will operate by the aid of international organizations in the field of law and of national committees in all countries, and which will make use of modern devices of storage and retrieval of information. A project of an International Centre of Legal Science (I. C. L. S.) has thus been set up in The Hague (since February 1972) in order to achieve this and other related goals which are indispensable for the promotion of legal science.

9.6. The social function of legal science is inherent in its task which is to investigate reality by the use of methods and to point out and synthesize the scientific facts resulting therefrom. In order to achieve this task in the most scientific and efficient manner, legal science has the subsidiary function of ordering its elements and the process of their interaction towards its final end. As is evident from the above, this subsidiary function cannot be achieved without a general system analysis of legal science itself.

Legal science has another subsidiary function, namely, to provide

its professionals with the material whereby they can form and reform the activity and the output of their profession. The achievement of this second subsidiary function is apparently dependent on the acquisition and the ordering of the findings of legal science, which can only be realized through the general system analysis of legal science and the medium of the I. C. L. S. It is only through these two devices that legal science as a profession, and thus legal scientists, will reach a frame of reference as a basic universal standard for their activity and will thereby promote the grounds of expertness and prestige which are necessary to identify and distinguish their scientific role as clearly as possible from that of politics and politicians. And it is through this way that legal science and legal scientists will be able to render better service to politics and politicians.

What is thus the final end of legal science? From what is mentioned about the social function and the subsidiary functions of legal science, it becomes clear that its final end is the promotion of rationality to the widest possible scope in the various aspects and branches of law, in theory and in practice.

DR M. A. MAHMOUD

THE FUNCTIONS OF LAW FROM THE STANDPOINT OF «COLOUR THEORY» AS A EQSY PHILOSOPHIE OF LAW

1) *The substance of the functions of law.*

The conception of law is very variable. I postulate that law is a social existence, consists of norms with facts and is given a compelling force by the state.

The base of law is social life in state. In social life we can see the two opposite trends. One trend is independence of an individual from state, the other trend is unity by state to an individual.

The demand of independence and the necessity of unity is the indispensable element of social life, but there are easy to happen inconsistency and opposition. It's most important functions of law to defend inconsistency and opposition and to harmonize the tension between independence and unity.

In this line of defend and harmony there are three moving colours or tones. That is moral element, technical element and historical element. I assign moral element to yellow, technical element to red, historical element to blue. (I call technical every rational motive by which we can catch the outer world.)

These three colours have a delicate dialectic construction. Often yellow opposits to red, or red opposites to yellow and this tension will be sublated by blue. The three colours are overlapped, but the share of colour began to change. Further the colour moves to dark or to light. When it moves to dark, the character of colour begins to strong. When it moves to light, the character of colour begins to week. I notice that law has some bits of three colours.

Every law has some bits of three colours. For instance the traffic law (Keep to the right) is most technical. (Red-80 points), but the background of this law is moral (Yellow-10 points) and history (Blue-10 points). The motive of protect people from traffic congestion is mo-

ral, the policy of «Keep to the right» is historical. After the II world-war «Keep to the left» are changed to «Keep to the right» in Japan. Contrary this law the flow of politics in Japan moves a little to left from old right.

Such colour construction 10-80-10 (Y-R-B) is the minimum composition to hold as a law, 80-10-10 (Y-R-B) or 10-10-80 (Y-R-B) composition are also the minimum terms.

This colour theory works as a digestive. In the pretation of law it helps to catch the charactor of law and promote the concrete process to the object of law. If there are some indigestion we must add other pills. (Some results of other social science.)

2) *The functions of legal types.*

The law is the norm with facts. Facts are gathered to a group. This group can be called a type. So there are many legal types. We can say that to catch the legal types is the first step to interpret the law.

For instance succession is a social type, but when state enforces a new law about succession or admits some social type as a habit law, so this social type becomes a legal type.

In old Japan the eldest son wants to success all inheritance (primogeniture). It's the trend of independance. But the state begins to want not admitting such egoism. So the state admit that the heir at law have equal right of heirship. This tren is unity. Of course we can notice the sprits of new constitution overflows the law of succession. Here blue is 50 and yellows is 40 and red is only 10. This is the one of the most important change after the worldwar II in Japan about the law of succession.

The new legal type went too far ahead the social type. So there are happened some case of inconsistence and opposition. But legal type works a factor of harmony and leader and now social type catches up with legal type. The change of family system effects strongly to social type through legal type.

The legal type or types have it's own character. We can find this character on the amalgamation of three colours. Of course there are laws which are notbelonged to the category of legal type, but we must not miss that such law will have gather and make a group with other law. For instance anti-pollution law become many and are constructing a new legal types. The chemical companies must provide some equipp-

ment not to flow their waste fluid incontinently in the river. The law regulates about the limit of B. O. D. of this waste fluid.

Anti-pollution law become strictly. The opinion reflects more strongly against offenders.

We can say here historical element became 30 from 20 in 100. In this case most important point is moral element to admit the right of human being to live healthy in the environment. (Yellow is 50.) The will to control the anti pollution system or equipment by law is based on the technical element. (Red is 20.) Such analysis of colour helps to catch the character of legal type and can get to know the «raison d'être» or «elan vital» of law.

3 *Functions of interpreter of law.*

Functions of interpretation of law is different the functions of law itself. In case of interpretation of law the standpoint of interpreter plays an important part in decision.

I suggest that here is the problem of ideology. I rely on the scientific view of the world, but what is the contents of scientific view of the world is very delicate.

The personality or education often effects strongly on the decision making of the judge or administrator. Further we must not miss that the power of environment of closed society effects on them strongly also. Here the functions of interpretation of law become the functions of interpretation of law become the functions of interpreter of law.

We can analyze the character of interpreters by the colours which they like.

a) The people who like yellows are idealistic. Those people respects moral elements. They insists on their moral views.

b) The people who like red are emotional. Some such people insists on to control every thing by law. It must be called technically or red-tape.

c) The people who like blue are conservative. Blue colour is the colour of historical element. It's ironic the history is sympathetic to conservative.

Of course this is an allegory. The history changes every day. Man makes history every day.

Here I notice some interpreter neglects specially the historical element. (blue) Of course politics flows in law. But we must not miss the historical sense of law. For instance the anti-trust law has will to limit

the concentration of industries. (monopolization) Because the opinion becomes aware of the evils by monopolization. Some judge neglect this historical trend and is enervated to such law. He judges only by formality of law. He doesn't like to see the real situation or background (especially economical situation — the results of law). Here we must emphasize yellow. (moral element) If some admitting about trust become the cause of advance in price in future, it's not good. The standpoint of maintain the status quo is not always good. We can say the right of rational living must be kept and judge must to ask his conscience in this case. In this situation the functions of judge become important and if he had a good decision, so its useful for people in state.

2 *The scientific view of the world.*

I believe the world are progressing to good. The object of this trend is that every people in the world enjoy happy human life without war, poor and ill. Here the interpreter of law must think of the object of law. The object of law must be same as the object of the world. Of course law has it's speciality. This speciality is rule. The object of law is to rule the social life in good order and to keep the stability and flexibility of social order. Take it other way the interpreter of law must recognize his responsibility as man of action about functions of law.

I want to quote a idea as the scientific view of the world. Prof. Saburo Ichi says «Every homo sapiens put on his back some kinds of pains which he is no need to respond. But this kind of pains —irrational, pains— must be decreased.»

EISAKU MATSUBARA

LEGAL FUNCTIONALISM

The concept of functionalism figures in American jurisprudence in a number of ways. My purpose is to explore some of these ways. I shall do this first, with reference to the legal system as a whole and will be particularly concerned with the role of values in the functional analysis of the legal system. Secondly, I shall briefly discuss the functional approach to judicial decision-making.

I

1. The idea of a functional legal system is most closely associated in America with the names of Holmes, Pound and the so-called legal realists. When Llewellyn announced the realist creed in 1931 he included as a basic element «the conception of law as a means to social ends, and not as an end in itself; so that any part needs constantly to be examined for its purpose, and for its effect, and to be judged in the light of both and of their relation to each other» (1). Pound's views were similar (2). Realists other than Llewellyn expressed like sentiments (3), as had Holmes (4) long before.

(1) LLEWELLYN, *Jurisprudence* 55 (1962) (from reprint of «Some Realism About Realism», 44 *Harv. L. Rev.*, 1222 (1931). In the same article, he observes: «'Functional approach' stresses the interest in, and valuation by, effects». *Id.* at 53, n. 35.

(2) POUND, 1 *Jurisprudence* 91 (1959).

(3) E. g., FELIX COHEN wrote: «Functionalism as a philosophy may be defined as the view that a thing does not have a 'nature' or 'essence' or 'reality' underlying its manifestations and effects and apart from its relations with other things... Functionalism as a method may be summed up in the directive: If you want to understand something, observe it in action.» It is concerned, he said, with «the human meaning of the law». COHEN, *The Legal Conscience*, 79-80 (1960) (from reprint of «The Problems of A Functional Jurisprudence», 1 *Modern Law Review*, 5 (1937). See also *id.* 78-9; COOK, «Scientific Method and the Law», 13 *A. B. A. Jo.*, 303 (1927).

(4) See, e. g., *Collected Legal Papers*, 181 (1920) (from reprint of «The Path of the Law», 10 *Harv. L. Rev.* 457 (1897).

Pound's further stress on the «limits of effective legal action» (5) flowed from the same source. I. e., in this process of law's attempting to achieve its ends, one should be aware of certain factors in the human condition that erect limits upon the law's effectiveness. So too when Pound investigated differences between the «law in books» and the «law in action» (6) he was concerned with how law's actual functioning or its actual consequences differed from its theoretical functioning and intended consequences.

The functionalists, in short, are concerned with law's operative role in society. They emphasize the social effect of its operations (including the fulfillment of any existing *ideals* of the society, and including interactions of causes and effects).

In this functionalist model, what is the role of ethical or evaluative judgment? (1). Is there an endorsement of the «ideals» then existing in the public? The answer is, No. (2). Is there an endorsement of any ethical goals in the minds of those who are discharging the function (goals which may not be fulfilled because, for instance, the actual consequences of their activity may be other than intended)? The answer is, No. Usually at least, the functionalist model implied no ethical judgment as to the officials' goals or the ideals or social «needs» being served (nor did it imply any confinement to intended consequences) (7).

However, this didn't preclude Felix Cohen from making a prolonged exposition and defense of utilitarian ethics for law (8), or from criticizing Pound's «pragmatic justice» concept for failing to embody an ethical standard by which a choice among existing competing claims and interests could be made (9). Nor did it preclude Lasswell and McDougall from elaborately analyzing ideal «goal values» and offering them as a standard for analyzing and testing the functioning of a legal system. When they stressed that the legal scholar must engage in a «functional» study of law's operations in society, they were thinking of such study *not* merely in relation to existing ideals or needs being served but primarily in relation to these goal values they had selected and «recommended» as «the basic values of human dignity or of a free society», namely: «power,

(5) POUND, «Limits of Effective Legal Action», 3 *A. B. A. Jo.* 55 (1917).

(6) POUND, «Law in Books and Law in Action», 44 *Am. L. Rev.*, 12 (1910).

(7) This was typically true in sociology-anthropology as well. SEE EMMETT, «Functionalism in Sociology», 3 *Encycl. of Philosophy* (Edwards, 1967).

(8) COHEN, *Ethical Systems and Legal Ideals* (1933).

(9) *Id.*, 6, note 8; 48.

wealth, respect, well-being, affection, skill, rectitude, and enlightenment» (10).

2. If we look specifically at functionalist writings addressed to the question, *What are the functions of law?* (a question not often asked or elaborately answered) (11), we find a rather close adherence to the usual functionalist model. Consider two prominent writers, Willard Hurst and Karl Llewellyn. Hurst's analysis of law's functions in American history (12) is similar in many respects to Llewellyn's treatment of what he called law's «jobs» (13). Both, for instance, pay attention to the alloca-

(10) LASSWELL and McDUGALL, «Criteria For a Theory About Law», 44 *S. Calif. L. Rev.*, 362, 380, 388, 393 (1971).

(11) For some examples of answers in addition to the Hurst and Llewellyn answers summarized below in notes 12 and 13, See RAZ, «On Functions of Law» in Simpson, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2d series, 278-304 (1973); SUMMERS and HOWARD, *Law, Its Nature, Functions and Limits* 440 (2d ed., 1972); MERMIN, *Law and the Legal System*, 5-10 (1973).

(12) Treating the American ideal of constitutionalism as an historical fact, Hurst describes law's functions as operating within that ideal, while exhibiting the following activities and effects: exercising the «legitimate monopoly of force»; appraising the «legitimacy of all private forms of power»; maintaining «regular and rational procedures» as well as «some level of rationality in the substance of public policy»; «allocat[ing] scarce economic resources... by taxing and by spending» and indirectly by «public borrowing and also by the standards by which [law] regulated behavior...» HURST, «Legal Elements in United States History», in Fleming and Bailyn, eds., *Law in American History*, 3-6 (1971). At another point he refers to creation and maintenance of «meaning» (including «order») «in individual and group experience». *Id.*, at 74. At another, to law's «leverage and support functions» —the leverage function being «the help law gave to creative innovation or purposeful awareness in decisions that tended to reconstitute the frame of behavior», and the support function being «the help law gave to keep social processes in operation, whether these processes be the promising products of new awareness and fresh decision, or the familiar products of old institutions». HURST, *Law and Social Process in United States History*, 217 (1960).

(13) That LLEWELLYN treated «functions» and «law-jobs» interchangeably is illustrated by a sentence describing law-jobs as «those jobs around whose doing, those functions around whose fulfilment, one finds the most significant organization of normative generalization, of other law-stuff, such as procedure, and of the legal crafts and all the work and personnel of law», LLEWELLYN, *The Normative, The Legal and the Law-Jobs: The Problem of juristic Method*, 49, *Yale L. Jo.* 1355, 1363 (1940).

His analysis centered around fulfillment of the following «law-jobs»: 1) «the clearing up of... grievances and disputes...»; 2) «Channeling conduct in situations fraught with potential tension and conflict, so that, negatively, grievances and disputes are avoided, and, positively, men's work is geared into team-play»; 3) «... re-channeling along new lines...»; 4) «allocation of that say which in case of doubt

tion of, and limits on, public and private power; to the provision of procedures; to order-maintenance; to legal support for creativity, change and improvement. Both are looking at ideals as existing social facts, and do not affirm particular value-systems of their own (14).

II

I come now to my second area of inquiry: the functional approach to judicial decision-making.

1. A functional approach to the *study* of judicial process would be represented by the same model I have described — together with the indicated kinds of deviations from the usual model.

2. Writings on the functional approach *by a court* to the decisional process have a number of facets. But first, a warning on the variant use of terms. There is, in the literature, some variation in the use of the term «function» as far as the role of values is concerned. Felix Cohen, for example, consistently used it in the narrow sense appropriate to the functional model already described. A rule's function had to do with its human consequences; and functional analysis was «descriptive» of these human consequences, whereas «an intelligent value judgment upon any legal rule or decision presupposes such descriptive functional analysis, but also involves an ethical premise». In its concern for consequences, functionalism is «a development of utilitarianism», but it does not con-

or trouble is to go, and... the procedures for making that say an official and binding say»; 5) «producing a net organization and direction of the work of the whole group or society, and in a fashion which unleashes incentive»; 6) «building and using techniques and skills for keeping the men and machinery of all the law-jobs on their jobs and up to the jobs». LLEWELLYN, *Jurisprudence*, 199-200 (1962) (from reprint of «On the Good, the True, the Beautiful in Law», 9 Univ. of Chicago J. Rev. 224 (1942).

(14) The closest LLEWELLYN comes to the matter of values is: *first*, to say, as to the law-jobs, «Now each of these things I take to be a *good*, if the existence of groups or societies is a good» (i. e., each had «a bare-bones aspect which was the minimum condition of the group's continuance as a group»), *Id.*, 200, and *second*, to recognize two value-areas beyond this. One was simply the ideal of smooth efficiency and simplicity of operation of the system —which he endorsed. The other was the ultimate «Good for a Society». Here he confessed that broad goals, like Justice, left him dissatisfied. «For when it comes to ultimate substance of the Good, I repeat that I can find no clarity, nor any conviction of reason or of deduction as to specific matters, from the broad ultimates others have found clear.» He offered instead, his faith in certain rational means rather than in ends. He stressed that it was a matter of faith, and made no claim that his own faith was «better than another's». *Id.*, 201, 211-212.

tain utilitarianism's «theory of the good, i. e., that pleasure or happiness is the only good» (15). Ronald Dworkin and Richard Wasserstrom, on the other hand, have used «function» in the opposite way. Dworkin criticized Richard Wasserstrom for analyzing the ideal judicial process in terms of law's «function», namely, rule-utilitarianism. One reason for the criticism was the thought that there are other ethical «functions» (such as being «fair») that may conflict with the utilitarian function (16). Thus Dworkin, like Wasserstrom, is willing to merge the ethical factor into the «function» concept. Cohen would keep them separate.

a) Coming now to the gist of a functional approach (in the usual sense) by a court, it seems to me to be this: 1) the court is much interested in the probable *consequences* of its decision, and 2) it tries reasonably to interpret a statute's «purpose» or «intent», or a precedent rule's «purpose» or «intent» (i. e., its probably *intended* social consequences), to harmonize with the social consequences seen by the court as flowing from its projected decision.

Such an application of the legal provision in terms of purpose is preferred to a literalist or fixedly uniform application that sacrifices the «reason of the law» to its letter, or to unnecessarily technical considerations, or to conceptual implications allegedly required by «logic» or analogy, unmindful of actual social consequence. These latter approaches were what Pound called «mechanical jurisprudence» (17) (Jhering's «jurisprudence of conceptions»). Parenthetically, let me say that this approach did not involve a *repudiation* of the purpose factor; it usually involved a recognition of it but a subordination of it, or stilted application of it. For, after all, the common-law adage, «ratio legis, anima legis» was ancient wisdom; and so was the primacy of intent or purpose in the interpretation of statutes and Constitution.

b) Notice that the emphasis on consequences and on policies and purposes, in writers like Holmes, Pound and Llewellyn, was most clearly applied by them to how courts *ought* to function (18), but functionalists

(15) COHEN, *supra* note 8 at 93.

(16) DWORKIN, *Does Law Have A Function*, 74 Yale L. Jo. 640 (1965). And see Wasserstrom, *The Judicial Decision* 10 (1961).

(17) POUND, *Mechanical Jurisprudence*, 8 Colum. L. Rev. 605 (1908).

(18) «I think that the judges themselves have failed adequately to recognize their duty of weighing considerations of social advantage. The duty is inevitable, and the result of the often proclaimed judicial aversion to deal with such considerations is simply to leave the very ground and foundation of judgments inarticulate, and often unconscious, as I have said.» HOLMES, *Collected Legal Papers*, 184 (1920) (from reprint of «The Path of the Law», 10 Harv. L. Rev., 457 (1897)).

also thought that judges *in fact* were generally less influenced by the verbalism of rules than by their apparent purpose and their probable good-sense or bad-sense consequences. In addition to the writers more prominently identified with this view — like Holmes (19), Pound (20), Llewellyn (21), Oliphant (22), Max Radin (23) and John Dewey (24), I refer you to a less well-known passage from James Bonbright's treatise on Valuation of Property (25). Functionalists, in short, wanted these

«For I submit that what courts do subconsciously, when they are at their best, is to generalize the claims of the parties as individual human claims, to subsume [them] under generalized claims involved in life in civilized society in the time and place, and endeavor to frame a precept or state a principle that will secure the most of these social interests that we may with the least sacrifice... Much will be gained when courts have perceived what it is that they are doing, and are thus enabled to address themselves consciously to doing in the best that they may.» POUND, *The Theory of Judicial Decision* (III), 36 Harv. L. Rev. 940, 955, 959 (1923).

LLEWELLYN observed that among legal realists, «There is very general agreement on the need for courts to face squarely the policy questions in their cases, and use the full freedom precedent affords in working towards conclusions that seem indicated. There is fairly general agreement that effects of rules, so far as known, should be taken account of in making or remaking the rules.» LLEWELLYN, *Jurisprudence*, 72 (1960) (from reprint of *Some Realism About Realism*, 44 Harv. L. Rev., 1222 (1931)).

(19) It is the merit of the common law that it decides the case first and determines the principles afterwards... (L)awyers, like other men, frequently see well enough how they ought to decide on a given state of facts without being very clear as to the ratio decidendi.» HOLMES, *Codes and the Arrangement of the Law*, 44 Harv. L. Rev., 725 (1931) (reprinted from 5 Am. L. Rev., 1 (1870)). See also the HOLMES quotation in note 18 *supra*.

(20) SEE the POUND quotation in note 18 *supra*.

(21) LLEWELLYN'S 1931 credo expressed «a distrust of the theory that traditional prescriptive rule-formulations are *the* heavily operative factor in producing court decisions. This involves the tentative adoption [better: exploration] of the theory of rationalization for [what light it can give in] the study of opinions», LLEWELLYN *supra* note 18 at 57. (The bracketed matter was added by him when the original article was reprinted in the cited book). He also referred to research efforts aimed at getting better predictions through data other than the legal generalizations in court opinions. *Id.*, 58-65. And he later emphasized that not logical compulsion but the drive for a wise rule that would make «sense» for the «situation-type» before the Court was, and should be, a dominant force in judicial decision. *The Common Law Tradition*, e. g. at 11, 60-61 (1960).

(22) OLIPHANT, *A Return to Stare Decisis*, 14 A. B. A. Jo. 71, 159 (1928).

(23) RADIN, *The Method of Law*, 1950 Wash. U. L. Q., 471, 489.

(24) DEWEY, *Logical Method and Law*, 10 Cornell L. Q., 17, 20 (1924).

(25) BONBRIGHT observes that though conservative judges tend to insist that «value» should have a constant meaning in various legal fields, «courts are almost unanimous in shifting their concepts of value so as to make them comport with

hidden considerations of policies and consequences brought out into the open.

c) The kind of judicial process depicted has been disapprovingly described by critics as «result-orientation». But functionalists can respond by saying—as many of the cited authors did—that in the first place, result-orientation is normal in human thinking. Human beings generally, including judges, don't seem to begin reasoning with premises. They begin with a problematic situation—which causes them to cast about for tentatively suitable premises for a tentatively desired conclusion. And in the second place, the process permits them to reject premises that are deemed too unreasonable (a judge's tentative major premise reflecting the precedents may be rejected by him as too arbitrary an interpretation of the precedents, thereby necessitating a change in the tentative conclusion).

In other words, a court's result-orientation is qualified; it is subject to certain requirements attaching to its judicial role. Functionalists in general did not consider courts to be as free-wheeling as legislatures in their policy-making. Restraints were recognized in the mores of the judicial craft, in the *group* process of decision, and miscellaneous other factors, including the network of the system's rules, principles and ideals, with whose «policies» the judicial decision and its policy had to be explicitly and reasonably integrated. Thus, Llewellyn, who did much to expose the lee-ways available within those rules, principles and ideals, also did much to catalogue the restraints making for «reckonability» and «regularity» in appellate judicial decision (26).

d) The functionalist interpretation of a rule in terms of its purpose has a particular bearing on competing approaches to the constancy of meaning of individual legal words. Here Lon Fuller was a more thoroughgoing functionalist than H. L. A. Hart in their celebrated debate on

their views as to the purposes of the valuation». The «verbalist or conceptualist, so far from being a stickler for purposeless rules, is really an undercover functionalist». The trouble comes not from a court's «adoption of excessively rigid concepts of value and rules of valuation but rather in its tendency to permit shifts in meaning that are inept, or else that are illdefined because the judges that make them will not openly admit that they are doing so». In contrast to these «conceptualist» or «verbalist» judges, the «functionalist does his best to recognize the fact that he has shifted his meaning, warns the world that he has done so, and tries to make his distinctions as sharp as circumstances will permit...». BONBRIGHT, 2 Valuation of Property, 1169, 1170, 1171 (1937).

(26) LLEWELYN, *The Common Law Tradition* (1960). See also Mermin, *Jurisprudence and Statecraft*, 96-103, 109-113 (1963).

positivism in the '50s. He opposed the theory that, except in a penumbra of debatable cases, interpretation problems should be resolved by core meanings of individual words. Purpose was not to be overridden that easily. The non-debatable cases are easy, he said, not because of the core meaning of individual words but because «we can see clearly enough what the rule "is aiming at in general"...». These cases, like the hard cases, should be governed by the principle that «a rule or statute has a structural or systematic quality that reflects itself in some measure into the meaning of every principal term in it» (27).

One interesting corollary of this approach to interpretation is that the same word may properly have *opposite* meanings in the context of different rules or statutes with different purposes. This phenomenon is most prominently identified with the work of functionalist Walter Wheeler Cook in the conflict of laws field, but may be found throughout the law (28).

e) A final aspect of the functionalists' approach to judicial decision was their emphasis on the need for a reconstruction of the concepts and rules used by courts.

The basic point in reconstruction seemed to be the minimizing of abstraction, i. e., that the rules and concepts as far as possible, be translated into concrete terms of behavior. Thus, Felix Cohen pointed approvingly to Holmes' definition of the abstraction, «law», in terms of the prophecies of what the courts would do. He went further, arguing that «Legal systems, principles, rules, institutions, concepts, and decisions can be understood only as functions of human behavior» (29); concepts which could not be so linked to behavior he labelled «meaningless» and urged their «eradication». He pointed to a number of illustrative studies, including Llewellyn's attack on the «title» concept. Similarly, Llewellyn's 1931 credo declared that people of his persuasion want legal «words to represent tangibles which can be got at beneath the words, and to represent observable relations between those tangibles. They want to check ideas, and rules, and formulas by facts, to keep them close to facts».

(27) FULLER, *Positivism and Fidelity to Law*, 71 Harv. L. Rev., 630, 663, 669, note 40.

(28) See COOK, *Logical and Legal Bases of the Conflicts of Laws* (1943); HANCOCK, *Fallacy of the Transplanted Category*, 37 Canadian Bar Rev., 535 (1959); MERMIN, *Functionalism, Definition, and the Problem of Contextual Ambiguity*, in Hubien, ed., *Legal Reasoning*, 319-327 (Brussels, 1971); *Civil Aeronautics Board, v. Delta Air Lines*, 367 U. S. 316 (1961); *Grant v. McAuliffe*, 264 Pac. 2d 944 (Calif., 1953).

(29) COHEN, *supra* note 8 at 72.

Why? Because «they view law as means to ends», and the facts as to what law is now doing to or for people must be discovered before any judgment can be made that law is achieving its proper ends (30).

As radical as any in his attack on abstractions was Thurman Arnold. When his study of the law of criminal attempts led him to conclude that the concepts being used by courts had become too abstract, complicated and confusing, he advocated a new approach involving discarding of the concepts (31). When he found that the «abstract» concepts and rules of the law of trusts were cutting across wholly different problematic situations he again called for a new, less «conceptual» approach (32).

Reconstruction need not mean eradication of concepts. It may simply mean the kind of rule reconstruction Llewellyn described in his 1931 program as follows: «A further line of attack on the apparent conflict and uncertainty among [appellate] decisions... has been to seek a more understandable statement of them by grouping the facts in new —and typically but not always narrower— categories. The search is for correlations of fact-situation and outcome which (aided by common sense) may reveal *when* courts seize on one rather than another of the available competing premises» (33). This approach is illustrated by a number of studies —e. g., an article which clarifies the insurance cases on «waiver» and «estoppel» by re-classifying the cases according to the *types* of insurance (a distinction not generally made in the opinions) (34), or an article re-classifying the cases on the de facto-de jure distinction in corporation law, showing that a factual element not treated as crucial in the opinions could explain the cases better than the element that the opinions did treat as crucial (35). There are other such studies (36), though not as

(30) LLEWELYN, *supra* note 1. at 59.

(31) ARNOLD, *Criminal Attempts-The Rise and Fall of an Abstraction*, 40 Yale L. Jo. 53 (1929).

(32) ARNOLD, *The Restatement of the Law of Trusts*, 31 Colum. L. Rev. 800 (1931).

(33) LLEWELYN, *supra* note 1 at 59.

(34) MORRIS, *Waiver and Estoppel in Insurance Policy Litigation*, 105 U. of Pa. L. Rev. 925 (1957). «Many, though of course not all, of the inconsistencies disappear or become understandable when the cases are classified in terms of business functions.» *Id.* at 950.

(35) FREY, *Legal Analysis and the 'De Facto' Doctrine*, 100 U. of Pa. L. Rev. 1153 (1952).

(36) See Oliphant's similar point about the contracts-not-to-compete cases, in *A Return to Stare Decisis*, 14 A. B. A. Jo. 71, 159 (1928); Prosser's analysis of the concealed role of the difference in *types* of contributory negligence in products

many as one might expect from the fact that the call for such studies was announced more than 40 years ago. These studies are one more illustration of the «law in books» vs. «law in action» distinction; of the fact that what judges *say* may differ from what they *do*. And by affording a better understanding of how judges are actually functioning such studies permit more accurate *prediction* of decision, a common concern of the functionalists.

* * *

Because of the stringent space limits imposed, I must close this all too incomplete treatment of functionalism. But I wish in conclusion to say something about objections sometimes made to its basic tenet: that law is a means to an end. I remember being surprised by an attack on this tenet a couple of years ago at this Congress. The argument was: like the artist who proclaims «beauty for beauty's sake», the judge who effectuates his interest in the beauty of logical symmetry (37) is viewing the law as an end in itself.

I have some quarrel with this formulation. To the extent that a jurist values, and makes decisions aimed at, logical symmetry, he is not treating *law* as an end in itself. He may be viewing one feature of law, i. e., logical symmetry, as *an* end — not as an end in itself, for if asked why symmetry is an end, a reasonable jurist would doubtless point to the desirable *consequences* thereof, e. g., meeting the convenience, reasonable expectations, sense of intellectual or esthetic propriety, etc. of officials and/or the public.

It is further true, of course, that logical symmetry and its consequences must compete with other ends, and be subordinate to some ultimate ends, such as maximizing happiness, or being fair, or doing justice. The functionalists (like most of us today) would not give high priority, in the competition of ends, to logical symmetry. This follows if we recall their emphasis on the sociological or «human» dimensions of the law, and

liability cases. *The Assault On the Citadel*, 69 Yale L. Jo. 1099, 1147 (1960); a recent study showing that variations in most «parol evidence» decisions could be predicted on the basis of the *status of the parties* to the contract making it wrong to think of the parol evidence rule as a general or unitary rule, CHILDRES and SPITZ, *Status In the Law of Contract*, 47 N.Y.U.L. Rev. 1 (1972); studies cited by LLEWELLYN in *On Reading and Using the Newer Jurisprudence*, 40 Colum. L. Rev. 581, 608, note 27 (1940).

(37) For an interesting discussion of this «aesthetic valuation of the law», see COHEN, *Ethical Systems and Legal Ideals*, 56-61 (1933).

if by «logical symmetry» we mean the kind of «mechanical jurisprudence» I have described as the object of functionalist attack. Mechanical jurisprudence would tend to preserve, for instance, the simplicity and uniformity which results from adherence to uniform meanings in spite of varying context, or from reluctance to recognize exceptions to rules.

If, on the other hand, «logical symmetry» were taken to mean logical consistency, then the indicated conflict between ends would typically *not* should be achieved, *within* the lee-ways of the precedent system rather *arise*, for the functionalists. For even they acknowledged that result-oriented decisions should be logically integrated into the body of the law. They thought social change through law had largely been achieved, and than through decisions logically inconsistent with the existing body of the law. And be it noted that such things as (principled) exceptions to rules, and the variability of meanings with context, are also compatible with the consistency criterion (38).

All this implies that a U. S. Supreme Court Justice in the typical case would find enough lee-way in the legal rules to permit a decision, consistent with the rules, effectuating the social end he prefers. But he may not make that decision. Factors outside the rules, as functionalists themselves acknowledged, could make him render a decision that was a means to a social end he did not himself prefer.

SAMUEL MERMIN

(38) Another aspect of consistency is this: HERBERT WECHSLER has argued that the principle invoked by a court must be one which the court acknowledges should be applied to other situations that then seem clearly similar. A criticism from EDWARD LEVI was in functional terms. «(I)t is not always possible or wise to anticipate the inevitable collision of important values too far beyond the case at hand. The choice of the preferred way of judicial reasoning depends upon a judgment as to the functions which judicial reasoning is to perform. Clearly these functions are not always the same. They depend in part upon the needs of a society at a given time and the availability of other and possibly better ways of fulfilling these needs.» LEVI, *The Nature of Judicial Reasoning*, in Hook, ed., *Law and Philosophy*, 273, 277 (1964), also printed in 32 *Univ. of Chicago L. Rev.* 395 (1965).

EL CARACTER DE LA CIENCIA JURIDICA

La ciencia jurídica está conceptuada como una ciencia de *problemas singulares*, y no axiomática deductiva, función ésta que incluso ha sido desgajada del contexto del Derecho Natural, en su tiempo considerado como inmutable.

Esta resolución de problemas singulares se efectúa partiendo de unas directrices, guías necesarias de orientación, que no deben ser principios lógicos, aunque sí ordenadores de un sistema regulador de conductas.

Aun siendo indudable que la ciencia jurídica siempre ha tenido y tiene un basamento singular en las cuestiones de hecho (realidad palpable), no es menos cierto que, coincidentes con etapas pasadas, cumplía esa función en paridad con el sistema axiomático y lógico. Las mismas corrientes formalistas no son más que producto de un exacerbamiento del valor dogmático de las leyes, superiores, supervisoras y todopoderosas respecto a la problemática a resolver.

Pero no es menos cierto el alcance que hoy día se confiere a la normativa legislativa, conducida y «subordinada» por el continuo evolucionar de la vida, que lo posterga a una función más reglamentadora que directiva-preventiva, máxima aspiración de épocas pasadas.

Será ante esta situación cuando el jurista se pregunte sobre la función del Derecho en la actualidad, elaboración y deformación del mismo.

Las funciones del Derecho han sido extractadas, por los filósofo-juristas, de las soluciones conferidas sobre la realidad práctica reglamentada por una normativa jurídica, clasificándolas, según su sentir, de acuerdo a caracteres ínsitos y objetivos, como puedan ser las *funciones dogmático-jurídicas*; de las externas y subjetivas calificadas por otros de *funciones «sociológicas» existenciales*, de clara ambientación social, o los que lo formulan atendiendo a su *forma estructural*.

La elaboración de la normativa legal viene conferida en gran medida a especialistas o técnicos del Derecho y ciencias adyacentes, corriente a

la que se ha dado por llamar Tecnocracia, y tecnócratas a las personas encargadas en su desarrollo.

Pese a ser considerados en algunos países elementos liberalizadores de un determinado gabinete político, no deja de ser más que una muestra palpable de un sentir económico-político de tipo coyuntural, que se limita a cumplir exclusivamente una función ordenadora de la realidad cambiante actual; guiados por unos determinados fines políticos, económicos, sociales, etc., de marcado signo positivista, que pretenden inculcar en su política legislativa en este caso, a fin de lograr la plasmación de sus ambiciones personales o de grupo ideológico a que pertenezcan; contando con un mínimo de adhesión popular, ganado en numerosas ocasiones mediante técnicas publicitarias, hacia su persona, por medio del manejo de éxitos (en gran parte meramente parciales y carentes de visión futurista) a favor de su propia promoción político-pública. Alardes estos triunfalistas, que llevan a la nación, en un juego fácil e irreal, a inciertos horizontes futuros.

El cambio de forma estructural de normar es altamente significativo en orden a la apreciación de las funciones que persigue actualmente el Derecho. En primer lugar, se ha pasado de una Cámara Legislativa, subsumante del cuerpo social (sobre la cual él mismo delimitará sus implicaciones) a una deformación por causa del creciente intervencionismo de poderes extraños al legislativo, que aun supuesta su justa actuación dentro de las normas constitucionales, apreciamos la deformante regulación exhaustiva de las actuaciones sociales de carácter jurídico.

En segundo lugar nos encontramos con el supuesto, conceptuado ya por Carl Schmitt como la «Tesis de la Ley Medida» (modelo ya utilizado en la Constitución de Weimar de 1918), en la que existen «leyes» creadas expresamente para regular una determinada situación concreta, es decir, que se adaptan completamente a la situación para la que se han creado. Dada la visión limitada de estas «leyes», podemos propugnar que más que norma legislativa podría conceptuarse como «*acto legislativo*».

Es, sin duda, este segundo aspecto característica importante en la moderna ordenación legislativa, que si bien es beneficioso en cuanto se adapta a las necesidades concretas de un momento determinado, no es menos cierto que favorece la movilidad legislativa, tanto en su creación como en su posterior derogación, de forma que este cabalgar legislativo nos lleva a inseguridades de vigencia y aplicación, una amplia macrogeneración legislativa junto con un concretismo excesivo en la norma jurídica, que se asemeja más al campo de acciones provenientes de una orden o

circular ministerial, etc., que al sentido ponderado y amplio de un texto legal, lejos de nosotros el inmovilismo de un Código hierático.

Será ante este contexto legislativo donde proliferen estos «técnicos legislativos» (tecnócratas), catalizadores de la protuberancia legislativa; mucho más cuando esta variabilidad favorece, sin lugar a dudas, el insuflamiento de concepciones político-económicas concretas, sobre todo económicas, que hacen del Derecho, del auténtico Derecho, un verdadero esclavo de la economía en numerosas ocasiones, aunque a los juristas nos cueste admitirlo.

En los últimos tiempos, los problemas sociales y económicos han pasado, indudablemente, a ocupar un puesto de primera fila, aunque ello no suponga de modo alguno la desaparición de otras metas más cargadas de historia y que han de tenerse como constantes y principales, como son la seguridad, justicia, paz, etc.

Es la RESOLUCION DE LOS CONFLICTOS SOCIALES la principal función que se le confiere al Derecho en la actualidad, actuando de manera directa en la regulación de las libertades de los individuos, a los que, protegiendo determinados derechos subjetivos, ayuda a crear, a su vez, unos deberes jurídicos que han de basamentar la sociedad establecida o en vías de consolidación.

Esta ordenación de las libertades de los individuos, dirigidas a la coordinación del conjunto de intereses sociales, no dejaría de ser «una» de las funciones del Derecho e intrínsecamente justa. Pero en los Estados modernos, en esta «organización del consentimiento», se segrega en el Derecho, en su función principal, una *ideología* determinada (de uno u otro matiz) y una *ordenación social* que alojan los «conflictos» dentro de un determinado sistema, equilibrado y preestablecido, carente de espontaneidad y libertad.

La posible función que pudiera abarcarse, como es la ORGANIZACION DEL PODER PUBLICO, ha pasado de mera función al de principio instaurador de todo el ordenamiento jurídico-político, verdadero principio-fin que llevará a los gobernantes, en determinadas ocasiones, a la eliminación de las libertades de sus gobernados. Pasándose de lo que pudiera ser la «legitimación del poder político» a una CONSOLIDACION del mismo, utilizando como medio el Derecho, desviándole de su verdadera función «orientadora-directora», y no instauradora de una determinada situación sociopolítica.

De todo el desarrollo anterior desprendemos un excesivo crecimiento del «Orden institucional», mantenido con el gran número de «Deberes

jurídicos» impuestos en contraposición a los «Derechos subjetivos» reconocidos a los componentes sociales. Política lograda mediante una reglamentación legislativa, móvil, de verdadero acto administrativo y formadora de la ordenación social.

Bilbao, a 25 de mayo de 1973.

NAVARRO-AGUILERA
Profesor Adjunto de Derecho Administrativo
Universidad de Deusto

LA PARADOJA DEL FUNCIONALISMO JURIDICO

¿Derecho función *del* «sistema» social o función del derecho *en* la vida social?

1. El tema de la función del Derecho en la vida social suscita un indudable interés, quizá porque en él se refleja con especial nitidez una de las características radicales de la filosofía jurídica: su *vocación práctica*. Pocas realidades inciden de manera más profunda sobre la existencia humana en sociedad que las jurídicas, y ello repercute sobre la misma reflexión en torno a los problemas jurídicos, que se resiste —cuando es auténtica— a quedar encerrada en un limbo teórico. La filosofía jurídica, en concreto, no crece por una decantación «regional» de la labor filosófica general, sino que, sin ignorarlo, surge alimentada por los interrogantes que brotan del fluir práctico de la vida jurídica. Y, entre ellos, el del para qué el Derecho en la vida social cobra una neta primacía, adivinable en la raíz de muchos problemas jurídicos particulares.

Sin embargo, de esta misma relevancia práctica se deriva una cierta aureola de «desprestigio», que rodea en el ambiente científico a la reflexión sobre este y otros problemas de radicalidad similar y, con ellos, a la misma filosofía jurídica en su conjunto. La relevancia práctica de un saber no hace sino enriquecer su valía existencial al erigirlo en factor condicionante del mundo humano. Pero, a la vez, suscita una decisiva amenaza para su misma razón de ser: su inevitable *dimensión política*.

Objetividad, neutralidad, desapasionamiento..., características todas ellas tradicionalmente exigidas al saber humano, se cuartejan en la investigación social bajo la presión de una permanente situación de sospecha. Buena parte de las energías de sus cultivadores aparecen hoy invertidas en un sostenido afán de denuncias de «ideología», eliminación de prejuicios o adivinación de intereses directivos del conocimiento (1). Que el

(1) La repercusión de este fenómeno sobre la reflexión jurídica es el objeto de nuestra comunicación al XV Congreso Mundial de Filosofía (Varna, 1973): *El*

fenómeno no es caprichoso queda cotidianamente de manifiesto al apreciarse cómo la misma labor teórica que pretende racionalizar el juego de las fuerzas políticas acaba por quedar reducida a una pieza más de su estrategia argumental (2).

2. ¿Tiene aún sentido, dentro de un contexto de racionalización de la praxis social, preguntarse por la función del Derecho en la vida social? La respuesta debe ser cerradamente negativa si se parte de las premisas de uno de los planteamientos de mayor actualidad dentro de un ámbito de reflexión sobre el Derecho, que parece entrar ahora en su adolescencia: la sociología jurídica. El intento de manejar «racionalmente» el Derecho, logrando con ello que tenga efectos «racionales» sobre la vida social, parece llamado a encontrar hoy, tras siglos de ajetreado sondeo, un bien merecido descanso reparador y fecundo en el marco metodológico de la sociología funcionalista.

Las viejas pretensiones de llegar a una ontología jurídica, exponente de los resabios de la era metafísica, han de dar paso al estudio de la relevancia de los distintos fenómenos sociales para el todo social concebido como «sistema», aportación decisiva de una sociología que no pretende ya llegar a la percepción de la realidad tal cual es, sino a una comparación de los efectos alternativos de sus elementos sustituibles (3).

La proyección del funcionalismo sobre los problemas jurídicos no deja de presentar dificultades, ya que remite a conceptos de «racionalidad» y de «sentido» distintos de los que han alimentado tradicionalmente la reflexión jurídica (4). El mismo Niklas Luhmann, cuyo planteamiento funcionalista «sui generis» hemos elegido como objeto de nuestro estudio, es consciente de ello. Cabría decir que el funcionalismo trabaja en dirección opuesta a la del jurista, por lo que lleva consigo un replan-

derecho como labor racional: de la ciencia del derecho al saber jurídico. Véase también J. J. GIL CREMADES, *Derecho e ideología*, REP, 1968 (157), págs. 87-120, publicado en versión alemana en ARSP, 1970 (LVI-1), págs. 1-42.

(2) Interesante, al respecto, N. M. LÓPEZ CALERA, *Mitificación y dialéctica en el estado de derecho*, ACFS, 1971 (11-1), págs. 95 y 106.

(3) N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1972, pág. 226; *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlín, 1965, pág. 8. No podemos entrar aquí en una exposición de conjunto de la *Systemtheorie*, que su autor ha exployado en una abundante bibliografía. Hemos tenido ocasión de ocuparnos de ella con detenimiento en *Systemtheorie, ¿filosofía del derecho o sociología jurídica?*, ACFS, 1973 (1) y en *Derecho y sociedad: dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid, 1973.

(4) N. LUHMANN, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, AÖR, 1969 (94), págs. 2, 12 y 18-19. Especialmente interesante, al respecto, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Tübingen, 1968.

teamiento de los conceptos de la dogmática jurídica, que acaba implicando una reconstrucción del Derecho en la sociología jurídica (5). Luhmann, por otra parte, considera que Parsons no aprovechó adecuadamente las posibilidades que su planteamiento funcional ofrecía respecto a los problemas jurídicos, a los que se enfrenta con mayores ambiciones. Tal cambio de actitud no dejará de tener consecuencias.

3. El planteamiento clásico de la función del Derecho en la vida social tendía a concretarla en un papel de engranaje armónico entre la sociedad —campo de juego de las iniciativas individuales— y la organización estatal. El Estado se reviste de legitimidad en la medida en que su actividad aparece fundamentada en una participación personal de los individuos, cuyo alcance viene marcado por las formas democráticas. Las normas jurídicas que de él emanan parecen obligar en virtud de un cierto mecanismo de autoobediencia de los ciudadanos. El individuo ve así defendidas sus prerrogativas frente al intervencionismo del poder político, configurándose un Estado de derecho.

La teoría sistémico-funcional, fiel a su misión de alumbrar nuevas posibilidades de explicación de los problemas sociales, y coherente con sus puntos de partida, cuya exposición detallada hemos marginado, plantea una perspectiva bien distinta. No se trata ya de elucubrar sobre cuál haya de ser la función del Derecho en la sociedad, sino de ir desvelando los perfiles del Derecho como función del «sistema» social —esquema condicionador de la «racionalidad» de las soluciones—.

Desde este nuevo punto de vista, las condiciones de un efectivo «Estado de derecho» son bien distintas. Entre otras: a) Especificación funcional de distintos sistemas parciales dentro del sistema social, quedando la vida política encuadrada en uno de ellos en vez de erigirse en alma de toda acción social. La sociedad deja de configurarse en base a una estructura vertical jerárquica para diversificarse de acuerdo con una horizontalidad de funciones (6). b) Adscripción de la solución de los problemas a perspectivas de roles sociales, ya que la persona —el hombre existencial concreto— queda extramuros del «sistema», en el contorno que se pretende racionalizar. Cualquier intento de fomentar la participación individual acarrea una falta de «racionalidad» y una pérdida de

(5) N. LUHMANN, *Funktionale Methode...* (nota 4), pág. 25; *Rechtssoziologie...* (nota 3), pág. 6.

(6) N. LUHMANN, «Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates», en *Politische Planung*, Opladen, 1971, págs. 59 y 54; *Grundrechte als Institution* (nota 3), págs. 27 y 30.

agilidad técnica para la eliminación de situaciones de conflicto (7). c) La legitimidad de las decisiones políticas no se basa en la referencia a valores socialmente objetivados sino en la institucionalización de su reconocimiento acrítico. La democracia no es ya una forma —legítima— de dominación, sino una técnica de protección del «sistema». El juego político no transvasa al Estado la legitimidad que la sociedad posee, sino que le crea su propia legitimación. Entender la política como dominación es perpetuar un modelo tribal (8). d) El procedimiento jurídico, al igual que el democrático, se configura al servicio del aprendizaje de expectativas normativas. No pretende garantizar la corrección material de la solución de un conflicto, sino facilitar su aceptación formal (9).

Parece evidente que sustituir la pregunta acerca de la función del derecho en la sociedad por la respuesta sobre su funcionalidad sistémica implica algo más que un juego de palabras. Su capacidad de producción de nuevas alternativas sobre viejos problemas se revela particularmente fecunda, al verse libre de las trabas propias de planteamientos «ontológicos», preocupados de establecer lo que es, en vez de alumbrar nuevas perspectivas que pueden ser o no ser. Pero aún cabe resaltar nuevas pruebas de ello.

4. La posibilidad de que el Derecho cumpla una función conformadora de la vida social supone, de un modo u otro, aceptar que contiene elementos básicos no identificables con la mera praxis social, ya que pretende encauzarla. El derecho aparece así como un contenido con un fundamento estable que le confiere validez. Las versiones de tal planteamiento son muy variadas, oscilando desde un iusnaturalismo rígido que pretende derivar de sus principios todas las soluciones deseables, hasta la erección en núcleo radical de lo jurídico de los valores dominantes en la vida social (10), pasando por la actitud intermedia, que configura la la-

(7) N. LUHMANN. ... *Bedingungen des Rechtsstaates* (nota 6), pág. 61; «Komplexität und Demokratie», en *Politische Planung* (nota 6), págs. 36 y 39.

(8) N. LUHMANN, ... *Bedingungen des Rechtsstaates* (nota 6), págs. 61 y 63; «Funktionen der Rechtssprechung im politischen System», en *Politische Planung* (nota 6), pág. 49; *Komplexität und Demokratie* (nota 7), pág. 41.

(9) N. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 3), pág. 261; *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969, págs. 12-20 y 27-37.

(10) Así, para W. MAIHOFFER, la pregunta por *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts* exige prestar especial atención a la eliminación de toda diferencia «sociológica» (entre la realidad contemplada por la norma y la auténtica realidad social) e «ideológica» (entre las valoraciones que la norma alberga y las socialmente dominantes), en *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, JRR, 1970 (1), págs. 18-20.

bor jurídica como la tarea prudencial de intentar aprehender un contenido de difícil concretización.

Cuando se examina el Derecho en función del «sistema» social no queda ya sitio para el iusnaturalismo. La positividad, que se convierte en factor clave del problema de la validez jurídica, encuentra en el funcionalismo sistémico el instrumento conceptual óptimo para desentrañar su sentido. Parsons había marginado el problema. Luhmann, fiel, a su pesar, a una tradición filosófica nada amiga de despreciar el por qué de las cosas, lo afronta recurriendo a las categorías de «complejidad» y «contingencia» (11).

La función de la validez jurídica consiste en la eliminación de contingencia en el ámbito de las expectativas normativas de expectativas, y por ello no tiene ya sentido ligarla a una voluntad, a un *a priori* trascendental o a un reconocimiento fáctico. No se apoya en un fundamento permanente, sino, por el contrario, en la posibilidad de variación de sus alternativas sustitutivas (12). Gracias a este fortalecimiento de expectativas surge una confianza remediadora de la perplejidad paralizante a la que la progresiva complejidad de las posibilidades de acción parece empujar en la vida social. El Derecho permite una complejidad elevada y estructurada (13). La clave no está en la corrección de sus soluciones, sino en el índice de decisibilidad logrado. No sólo lo jurídico, sino toda instancia de deber ser queda iluminado desde esta perspectiva funcional. El Derecho, por tanto, no encuentra ya su sentido mediante el entronque con dimensiones teleológicas (14).

Este nuevo enfoque de la positividad habría que entenderlo como uno más, sustituible con cualquiera de los tradicionales, pero Luhmann no deja de concederle particulares prerrogativas al presentarlo como el adecuado al momento histórico. En sociedades estáticas cabe recurrir a un Derecho cuya validez radique en su invariabilidad. Las sociedades desarrolladas

(11) N. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 3), págs. 21 y 24.

(12) N. LUHMANN, *Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang*, ACFS, 1972 (12-1), págs. 229 y 253.

(13) N. LUHMANN, «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft», en *Die Funktion des Rechts...* (nota 10), pág. 179; *Rechtssoziologie* (nota 3), pág. 7.

(14) Significativo de tal planteamiento W. KRAWIETZ, *Das positive Recht und seine Funktion; kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie*, Berlín, 1967, pág. 83. Por el contrario, N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren* (nota 9), pág. 21; *Funktionale Methode...* (nota 4), pág. 8.

exigen la positividad entendida como capacidad de cambio (15). La apelación a la Historia no es ocasional, ya que su fluir parece empeñado en favorecer las soluciones funcionalistas. Cuando se nos dice que no es causal que el surgimiento de la separación entre sociedad coincida con la positivación del derecho (16), es inevitable sospecharse arrastrado por el vendaval de una imprecisa legalidad histórica. ¿Lo funcional remite de nuevo a lo «ontológico»?

5. Pocos problemas preocupan más a los estudiosos de la función del Derecho en la sociedad que su capacidad para adecuarse a los cambios que éste experimenta. La etiqueta de la «sociedad industrial» suena incómoda a los oídos de los juristas, que sienten latir en ella el reproche a un cierto desfase de su labor. El creciente intervencionismo estatal produce un aumento de la normatividad jurídica y la hace incidir sobre aspectos de un dinamismo muy superior al que la limitada flexibilidad del Derecho parece tolerar. A la vez, la necesidad de defensa de lo individual en esta pleamar del Estado se hace acuciante. Las estructuras jurídicas parecen chirriar ante esta doble presión contrapuesta.

Si adoptamos el planteamiento funcionalista del Derecho, los problemas parecen desvanecerse, quizá por la colaboración del viento de la Historia. La canalización subsistémica del ámbito político ofrece una nueva perspectiva. Era el maximalismo político el que ocasionaba la preocupante inflación jurídica. Si nos mantenemos atentos a los roles y no a las personas, el problema de su defensa frente al Estado se volatiliza. Por otra parte, la institucionalización de la diferencia entre los subsistemas del «sistema» social produce ya una función reguladora, que descarga notablemente al Derecho (17). Este no es ya instrumento exclusivo de la programación social, sino que sólo sirve de vehículo a un aspecto de ella: la programación condicional.

Si la programación social pretende manejar informaciones para lograr la repercusión óptima de los distintos factores sobre el «sistema» social, su vertiente «condicional» se ocupa de plantear una causa que puede dar paso a variados efectos, en vez de asumir el riesgo, característico de la programación «final», de elegir un efecto como invariante y seleccionar las oportunas causas productoras (18). El decisivo efecto be-

(15) N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren* (nota 9), pág. 143; *Rechtssoziologie* (nota 3), pág. 205.

(16) N. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 3), pág. 244.

(17) N. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 3), pág. 134.

(18) N. LUHMANN, «Positives Recht und Ideologie», en *Soziologische Aufklärung*, Köln, 1970, pág. 191.

néfico de esta especialización condicional del derecho es descargar al jurista de responsabilidad respecto a los fines propuestos y a sus consecuencias, y contribuir a la vez a economizar su capacidad de atención, descomplicando su labor (19).

La diferenciación de subsistemas, que permite el juego paralelo de diferentes modalidades de racionalidad y su mutua corrección, excluye figuras híbridas, como la del jurista-político, que tiende a considerarse instrumento insustituible de la programación final. Al Derecho le falta la capacidad de formalización que permite una óptima interdependencia de los factores a programar. El establecimiento de los objetivos debe más bien remitirse a una planificación social extrajurídica. El plan sustituye a la ley como elemento clave de la labor programadora (20).

Este repliegue de la actividad jurídica no es sino reflejo del encauzamiento minimizador del ámbito político. La politización de la vida social frena el ritmo de desarrollo al torpedear la interdependencia funcional. La programación de la actividad social en base a pautas económicas evita este retraso, sin que pueda tachársele de solución materialista, ya que al aumentar el volumen de complejidad social reducida crece el potencial aprovechable en el ámbito de los distintos subsistemas: poder (política), amor (familia), verdad (ciencia)... (21). En la sociedad despolitizada el Derecho queda liberado de exigencias que exceden con mucho de sus posibilidades.

¿Es viable una actividad jurídica limitada a programación condicional? Si lo que Luhmann nos ofrece es un modelo explicativo de la realidad jurídica, convertiría en su centro al jurista técnico, que maneja el contenido de la dogmática normativa, manteniéndose neutral respecto a las implicaciones políticas. Pero la realidad nos muestra lo utópico de esta figura. El jurista es más bien hoy el primero en captar los límites de un tecnicismo absoluto. Sólo el dogmatismo político puede ocultar las brechas del dogmatismo jurídico, cerrándolas por adelantado (22). Sus limitaciones quedan especialmente de manifiesto en la vertiente judicial de la realidad jurídica, en la que la presunta dogmática se descoyunta bajo la inevitable presión de la subjetividad del juez (23). La consecuen-

(19) N. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 3), pág. 231; *Funktionale Methode...* (nota 4), pág. 4.

(20) N. LUHMANN, «Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie», en *Rechtstheorie als Grundlagewissenschaft der Rechtswissenschaft*, JRR, 1972 (2), pág. 269.

(21) N. LUHMANN, *Positivität des Rechts...* (nota 13), págs. 200-202.

(22) S. COTTA, *El desafío tecnológico*, Buenos Aires, 1970 (Bologna, 1968), páginas 139-157.

(23) N. LUHMANN propone una neutralización política de la jurisprudencia

cia decisiva de la consideración del Derecho en función del «sistema» social aparece como especialmente problemática.

6. Pero no es éste el problema radical que plantea esta sustitución del tema de la función del Derecho *en* la vida social por su consideración en función *del* «sistema» social. A lo largo de nuestra breve exposición han aparecido algunas de sus consecuencias: autolegitimación del Estado, democracia y procedimiento como aprendizajes de expectativas normativas, positividad como capacidad de variación, despersonalización y despoltización del derecho reducido a programación condicional... Difícilmente cabe dibujar con mayor minuciosidad toda una respuesta al tema de la función del derecho en la vida social. Y aquí la perplejidad ante el resultado del experimento se hace inevitable.

Se partió de un nuevo entramado metodológico para alumbrar nuevas posibilidades de explicación de viejos problemas, evitando la pretensión de verdad de las soluciones «ontológicas». Pero, a menos que se reduzca la *Systemtheorie* o a mero divertimento conceptual, no parece claro que quede libre de la relevancia práctica —y política— de toda reflexión sobre el Derecho. El modelo explicativo se convierte en propuesta normativa.

Las teorías tradicionales legitimaban sus consecuencias prácticas en base a su pretensión de verdad. La teoría sistémica parece renunciar a ella. Sin duda ofrece atisbos que llevan a sospechar que el entramado metodológico —seguido con ejemplar coherencia— encierra ciertos fundamentos «ontológicos» que le llevan a reificarse subrepticamente. Pero no por ello es menos cierto que sus soluciones no pretenden ser verdaderas, sino que hacen estribar su valía en su facilidad de sustitución. Será más bien *a posteriori*, en base a su eficacia funcional, como quedarán legitimadas. Con ello desembocamos en un círculo vicioso, ya que no cabe juzgar sobre la eficacia de una solución sin remitir a unos criterios determinadores de la misma (24).

Luhmann parece medir tal eficacia desde la perspectiva de una racionalidad técnica, pero no cabe dar paso a una teoría de la técnica sin plasmar a la vez en su reverso una teoría del hombre. Los mismos proble-

—*Funktionen der Rechtsprechung...* (nota 8), pág. 49—, pero su misma afirmación de que también el juez interviene en la positivación del derecho —*Positivität des Rechts...* (nota 13), pág. 184— ayuda a adivinar lo problemático del empeño. A ello nos hemos referido en *Derecho y sociedad...* (nota 3). Véase también nuestro estudio «Equity in Spanish Law?», en *Equity in the World's Legal Systems* (editado por R. A. Newman), Bruxelles (en prensa)..

(24) A ello hemos aludido en *Eficacia jurídica y participación social*, ACFS, 1967-68 (7-8), págs. 115-131.

más que a él preocupan llevan a otros autores a soluciones bien distintas: *en* las sociedades en desarrollo el Derecho tiene una clara función que cumplir: la realización de un humanismo jurídico; la planificación para el desarrollo está justificada, en última instancia, en la medida en que contribuye a la realización del Derecho natural, entendido como expresión de las exigencias de la persona humana en sociedad; el Estado de derecho implica una capacidad de riesgo personal en la búsqueda de un orden social mejor y distinto... (25). Es toda una antropología lo que late igualmente debajo de la erección de la complejidad social —creciente, pero reducida— en valor supremo de la teoría sistémica. Y encontrará su legitimación no en la «naturaleza», sino en discretas alusiones históricas. No es ninguna novedad constatar que la historia tiende a heredar hoy en planteamientos bien distintos el protagonismo «ontológico» de aquélla.

7. La relevancia práctica de la reflexión sobre el Derecho sigue siendo su más alta virtud, aunque acarree consigo la causa de injustificados desprestigios, al obligar a reconocer, consecuentemente, que hacer filosofía del Derecho implica asumir una responsabilidad política (26). Esto no debe empujar a un relativismo escéptico respecto a las posibilidades del saber jurídico como racionalizador de la praxis social, sino a exigir la apertura a la crítica como correctivo indispensable de su entraña práctica. Defender esta apertura contra todo dogmatismo ha de ser la tarea fundamental de sus planteamientos metodológicos. Despreocuparse de ellos, desconocer las fronteras entre las perspectivas filosóficas y científicas que el saber jurídico comporta, en vez de fomentar una adecuada interdisciplinariedad, reificar puntos de partida metodológicos ignorando que toda ciencia social encierra una dimensión hermenéutica y finalista, sólo lleva a dogmatizar soluciones y a convertir en tarea de «escuela» (27) lo que debe ser búsqueda intersubjetiva.

La paradoja del funcionalismo jurídico quedaría rota sometiendo a crítica su solución al viejo problema de la función del Derecho *en* la vida social.

ANDRÉS OLLERO
(Granada)

(25) L. LEGAZ LACAMBRA, «Derecho y desarrollo», en *Socialización, Administración y Desarrollo*, Madrid, 1971, págs. 114 y 128-130; N. M. LÓPEZ CALERA, ... *Estado de derecho* (nota 2), pág. 111. También la obra de S. COTTA citada (nota 22), pág. 198.

(26) A. KAUFMANN, *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Frankfurt, 1971, pág. 38.

(27) Muy interesante, al respecto, H. SCHELSKY, *Soziologiekritische Bemerkungen zu gewissen Tendenzen von Rechtssoziologen*, que denuncia el riesgo de «imperialismo sociológico» que amenaza el trabajo interdisciplinar de juristas y sociólogos —en *Zur Effektivität des Rechts*, JRR, 1972 (3), pág. 606.

LES FONCTIONS DU DROIT, POUVOIR ET JUSTICE

Tout le monde sait que les normes proprement juridiques ont été dégagées par abstraction des systèmes de coutumes morales et religieuses qui assurent la cohérence des sociétés archaïques et anciennes, sous l'influence de la pensée philosophique et des pratiques romaines.

Ce caractère abstrait du droit présente des inconvénients (moindre cohésion sociale, diminution du respect dû aux normes qui ont perdu leur origine divine), mais aussi des avantages : possibilité d'universaliser, de rationaliser et de codifier le Droit, distinction des différents niveaux de normes (on ne mêle plus les intérêts économiques, la morale sociale et l'amour de Dieu). Il pose de nombreux problèmes en particulier ceux des rapports du Droit avec les pouvoirs politiques d'une part, avec les normes de justice morales ou religieuses de l'autre. Nous ne considérerons ces problèmes que dans la mesure où ils intéressent les fonctions du Droit.

Du point de vue social, la principale fonction du Droit est d'assurer aux individus la possibilité de prévoir les conséquences de leurs actes, prévisibilité sans laquelle aucune société n'est possible : « les relations humaines sont mouvantes et fluctuantes. Or, dans ce monde mouvant, le droit intervient pour fixer, arrêter, stabiliser. Rien dans le corps social ne permet à l'homme d'établir des relations avec les autres, sans finalement se livrer à eux, rien, sauf le Droit. De même, rien dans le corps social ne permet de s'assurer un avenir fixe et prévisible ; rien, sauf le Droit. Sans cet artifice où l'homme peut prévoir les relations à venir et qui lui donne un sentiment de sécurité, la société est impossible. Le Droit est une réponse à l'incertitude du futur et c'est un facteur de sécurisation pour l'homme vivant dans un univers instable et menaçant. De même chaque Droit est aussi un facteur de sécurisation dans l'espace... Une des fonctions primordiales du Droit est de tracer un périmètre à l'intérieur duquel l'ordre imposé par l'homme, l'ordre juridique, règne et à l'extérieur duquel l'homme se trouve livré à d'autres forces, d'au-

tres nécessités». (Ellul: *Archives de philosophie du droit*, 1963, p. 26 et suivantes).

Il n'y a rien de pire pense Hobbes qu'une société sans loi: «Ils (les sujets) ne considèrent pas que la condition humaine n'est jamais sans quelques incommodités, et que la pire que puisse infliger un gouvernement, de quelque forme soit-il, est à peine sensible, au regard des misères et des calamités horribles qui accompagnent une guerre civile, et de la condition anarchique d'homme sans maîtres, affranchis de toutes lois, de tout pouvoir coercitif qui s'oppose à leurs rapines et à leurs vengeances.» (*Leviathan*, Ière édition de 1651, page 94). Après lui, Pascal fait remarquer, à propos de la règle de succession au trône, qu'il vaut mieux une règle irrationnelle (hérédité) qu'une règle parfaite mais inapplicable (le pouvoir au meilleur) car «la guerre civile est le plus grand des maux». Cette fonction du Droit n'est pas contestée, sauf par les doctrines anarchistes et l'espoir marxiste utopique du dépérissement du Droit dans une société où l'abondance des biens le rendrait inutile. L'échange, en effet, est constitutif des sociétés (cf. les analyses de G. Marcel sur l'être en situation et les travaux de Lévi-Strauss), car l'homme n'a d'être que par ce qu'il reçoit et par ce qu'il donne (au niveau de la vie de l'esprit comme à celui de la vie biologique). Or, les échanges ne peuvent se faire sans règles. Certes à l'intérieur d'une petite communauté, l'amour et l'habitude fruit d'une éducation analogue, peuvent rendre les règles inutiles. Mais dès qu'un groupe est important, dès qu'on est, faute de temps et de connaissances, obligé de traiter les autres comme des «lui» (et non comme des «toi»), on éprouve le besoin de règles qui organisent les relations humaines: les besoins et les intérêts ne se concilient pas spontanément, les tâches doivent être distribuées. C'est une banalité de rappeler que même les sociétés d'asociaux, si j'ose dire, ont des règles: le loi du milieu.

Cette nécessité entraîne celle d'un pouvoir politique et pose la question de la justice des règles.

Le pouvoir naît spontanément dans les petites sociétés comme en témoignent les études de psychologie sociale sur l'émergence des *leaders* dans les petits groupes ou les expériences d'éducation non autoritaires: dès que les élèves cessent de se regrouper autour de meneurs ou d'un maître contestataire qui les incite à la révolte contre le pouvoir établi et que ce pouvoir disparaît, une anarchie intolérable met fin à l'expérience. Dans toutes les sociétés ont émergé (Simone Weil y a insisté) des hommes qui ont utilisé leur supériorité physique, intellectuelle, magique, etc., pour s'emparer du pouvoir. C'est un fait que nous nous con-

tenterons de constater sans en chercher les racines psychologiques pour insister sur les rapports de ce pouvoir avec les règles de Droit et avec la justice.

En fait, un pouvoir peut s'exercer en se soumettant aux règles coutumières ou religieuses, il peut au contraire en édicter ou prétendre gouverner sans lois ou plus exactement en se plaçant au dessus des lois qu'il se réserve de violer quand cela lui convient. Ce dernier genre de pouvoir n'est pas nécessairement injuste, les lois pouvant être injustes en elles-mêmes ou simplement le devenir, du fait de leur généralité, dans des cas particuliers.

Mais il est bien évident que le pouvoir qui émet la prétention de se situer audessus des lois le fait rarement pour faire régner la justice. Il est bien évident que le pouvoir qui remplace les coutumes ancestrales n'édicte pas forcément, un Droit juste. Enfin il est bien évident qu'il est plus facile, pour le pouvoir, de transgresser les lois et de devenir arbitraire quand les lois sont récentes, nombreuses, mal connues et sans cesse changées. Dans tous les cas cependant le Droit reste un obstacle à l'arbitraire du pouvoir politique. Evident, quand le droit est coutumier ou institutionnel, ce rôle subsiste même quand le pouvoir politique se veut source juridique, car, il perd son autorité s'il transgresse trop souvent les lois qu'il a instaurées. Il crée en outre dans la société une instabilité génératrice d'angoisse et de révolte. Même une législation injuste constitue un frein à un pouvoir injuste.

La première fonction du Droit: fonder la cohésion sociale, est indiscutable; la seconde, limiter l'arbitraire du pouvoir politique l'est aussi. A-t-il une troisième fonction: faire régner la justice, ce qui paraît pour le moins souhaitable et lui assurerait en outre le fondement légitime que l'utilité ne peut lui fournir?

Reste à définir la Justice. Nous ne pouvons plus, hélas, conserver la définition platonicienne: l'ordre d'une société où chacun serait à sa place. Il est toujours possible de réaliser l'ordre platonicien en nous-mêmes et de subordonner les facultés d'enthousiasme et les besoins à la raison (*le nous*). Bien sûr, dans la cité, on pourrait encore définir la justice par la subordination des fonctions: fonction de connaissance (morale, religieuse, scientifique), fonction de défense, fonction économique. Peut-être même peut-on penser que le désordre qui règne dans les sociétés industrielles (capitalistes ou socialistes) résulte du renversement d'une juste subordination, l'économique étant passé du statut de moyen à celui de fin. Mais dans les sociétés pluralistes où nous vivons, l'absence d'une fin spirituelle commune exclut en pratique la possibilité d'une

telle subordination. En outre on peut se demander dans ces sociétés très étendues par rapport à la cité antique, comment l'on pourrait s'assurer que chacun est à sa place, que la contingence de la naissance ou tout autre hasard ne détermine pas l'exercice d'un métier. Enfin et surtout, dans le contexte de philosophie individualiste qui est le nôtre, qui accepterait l'idée que les hommes qui remplissent des fonctions hiérarchisées, soient eux aussi et du même coup hiérarchisés [même quand en est bien obligé de constater que c'est ce qui en fait se produit?].

On peut répondre que la diversité des fonctions est inévitable et qu'il suffit, pour la rendre juste d'égaliser les chances des individus en supprimant toutes les inégalités artificielles : classes sociales, famille, etc. La solution est utopique et inaplicable : les classes renaissent tant que les fonctions restent différentes et que certaines confèrent un pouvoir sur les autres hommes. Et si l'on arrachait les enfants à leurs parents, ce ne serait pas pour confier leur éducation à des anges mais à d'autres hommes, de sorte que les hasard de la naissance qui nous donnent des parents intelligents ou débiles, cultivés ou ignares, vertueux ou légers, des enfants faciles ou rétifs, seraient remplacés par ceux qui feraient rencontrer, à l'enfant, des éducateurs consciencieux ou non, intelligents ou non, à qui l'enfant serait ou non sympathique. On aura seulement enlevé à l'enfant l'amour naturel de ses parents qui compense bien des erreurs d'éducation et bien des inégalités.

Il est, en effet, aussi impossible de séparer en l'homme l'apport de l'hérédité et celui de la culture que de faire naître tout le monde dans des pays également riches et également tempérés.

Dans ces conditions le Droit ne peut avoir pour fonction d'établir la justice parfaite et doit se contenter de rechercher dans certaines conditions de fait un certain nombre de justices particulières : égalité devant la loi, égalité de salaire pour un même service, égalité de valeur des objets échangés, égalité de liberté dans les contrats, enfin, encore qu'il ne soit pas toujours facile de la définir et de l'assurer : rémunération proportionnelle aux services rendus. En effet le prix de certains services est incommensurable et par ailleurs, les économistes, malgré les efforts des marginalistes, ne sont pas d'accord pour déterminer la part qui, dans une entreprise, revient respectivement au travail manuel, au travail intellectuel, au travail administratif, aux inventeurs, au capital ou à la terre, à l'Etat qui assure la sécurité, etc. Les marxistes éludent la difficulté en prophétisant une société d'abondance où la question ne se posera plus, ce qui leur permet, en outre, de justifier comme provisoire et indispensable l'exploitation du prolétariat par le parti communiste

quand il est au pouvoir. Ajoutons que la réalisation parfaite de cette forme de justice : à chacun selon ses mérites, n'est pas souhaitable, car elle ne laisserait au faibles, au malades, aux inadaptés, aux victimes des catastrophes naturelles ou sociales que le droit de mourir.

Le lecteur a reconnu les trois formes de justice distinguées par Aristote : justice répressive, justice commutative, justice distributive. Cette limitation des ambitions du Droit est beaucoup plus impérative encore dans nos sociétés pluralistes qu'elle ne l'était au temps d'Aristote. Cependant elle n'interdit point au législateur de lutter pour les faire décroître sinon disparaître, contre toutes les formes d'injustice qui se manifestent, ni au politique de réformer l'état pour diminuer les souffrances des inégalités naturelles et assurer, quand il le peut à tout le monde, fût-ce au dépens de la justice distributive, les conditions minimales d'une vie digne d'un homme. Développer ce point nous entrainerait à poser le problème du Droit subjectif.

Concluons : Sans doute faut-il renoncer à poursuivre l'idéal d'une société parfaite et « au lieu de rêver l'utopie d'une société paradisiaque » se contenter, selon l'expression de M. Perelman de s'inspirer de ce que l'expérience séculaire « a enseigné aux hommes chargés d'organiser sur terre une société raisonnable ». (C. Perelman, *Justice et Raison*, Bruxelles, Presses universitaires. Page 255.)

Faculté Lettres-Philosophie

J. PARAIN VIAL

Dijon

LAS FUNCIONES DEL DERECHO

No se trata de inquirir sobre los más altos valores que deben ser realizados por el Derecho. Se trata de otra cosa: se trata de averiguar cuáles son los tipos generales de necesidades humanas sociales que todo Derecho intenta satisfacer, por el mero hecho de su existencia real, e independientemente de su mayor o menor justicia. A todo eso es a lo que llamo «funciones del Derecho» o «finalidades funcionales de lo jurídico».

Al incluir en la caracterización del Derecho el estudio de esas finalidades funcionales, no mutilo la universalidad del concepto general de lo jurídico. Si dentro de éste yo incluyese la referencia a fines concretos, entonces invalidaría la universalidad del concepto del Derecho, su pretendida esencialidad; pero en esta comunicación no incluyo ninguna idea de finalidades concretas o particulares, sino tan sólo unas ideas de finalidades funcionales, las cuales son por entero formalistas, plenamente universales. Lo que varía, en la historia y en las diversas doctrinas filosóficas y políticas, son los fines particulares que cada Derecho positivo se propone; pero, en cambio, son magnitudes constantes unas funciones que todo Derecho realiza por la mera circunstancia de existir como formalmente válido y como eficazmente vigente.

Esas funciones conciernen a la satisfacción de unos tipos constantes de necesidades humanas sociales.

Tales funciones o fines funcionales del Derecho son: *a)* Certeza y seguridad, a la vez que posibilidad de cambio; *b)* Resolución de los conflictos de intereses; y *c)* Organización, legitimación y restricción del poder político.

Es verdad que en el Derecho deben encarnar valores superiores, como el de la justicia, el reconocimiento de la dignidad personal de los individuos, las libertades básicas de éstos, el bienestar general o bien común, etc., y es verdad que un Derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva satisfactoriamente a dichos valores.

Pero es verdad también que el Derecho no surge primeramente como

un mero tributo a esos valores de superior rango, sino que es gestado bajo el estímulo de unas necesidades que se dan perentoriamente en la vida social, entre ellas: la urgencia de certeza y seguridad, y, al mismo tiempo, la necesidad de un cambio progresivo.

El Derecho es fabricado por los hombres sobre todo bajo el estímulo de una urgencia de certeza (saber a qué atenerse) y de seguridad (saber que eso a lo cual puede uno atenerse tendrá forzosamente que ser cumplido); o sea bajo el estímulo de una urgencia de orden en la vida social.

Se puede explicar esa función de certeza y seguridad, u orden, que en el Derecho encarna, por vía de comparación con la función social de seguridad que la técnica desempeña en otro campo de cosas. Pero el hombre experimenta no sólo el dolor de la inseguridad frente a la Naturaleza, sino que se plantea análogos problemas también respecto de los demás hombres, y siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación a los demás: de saber cómo se comportarán ellos con él, y de saber qué es lo que él debe y puede hacer frente a ellos. Y precisa no sólo saber a qué atenerse, sobre lo que deba suceder, sino también saber que esto sucederá forzosamente; es decir, precisa de certeza sobre las relaciones sociales, pero además de la seguridad de que la regla será cumplida, de que estará poderosamente garantizada.

El Derecho cumple una función de certeza y una función de seguridad. Pero, ¿seguridad de qué? Seguridad de aquello que a la sociedad de una época y de un lugar le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines. Por eso el contenido del Derecho varía según los pueblos y los tiempos en el proceso de la Historia. Pero en todo momento, sea cual sea su contenido, el Derecho representa una función de seguridad, de orden cierto y eficaz.

Los valores superiores que deben inspirar al Derecho se refieren a los fines que mediante él deben ser cumplidos. Y claro es que un ordenamiento jurídico no estará justificado sino en la medida en que cumpla satisfactoriamente los valores supremos que deben servirle de orientación. Pero lo jurídico del Derecho no radica en estos valores, sino en la forma de la realización de los mismos, precisamente mediante instrumentos jurídicos. Desde un ángulo de contemplación meramente formalista, lo jurídico *no es un fin*, sino que *es un especial medio* puesto al servicio de la realización de fines diversos. Hay fines sociales que, en principio, bien pudieran ser perseguidos por medios ajenos a los jurídicos: apostolado, propaganda, iniciativa individual, organización social espontánea y libre, etcétera. Ahora bien, cuando a una colectividad le interesa asegurar de

la manera más firme la realización de determinados fines, entonces, los recoge en normas jurídicas, esto es, impone su cumplimiento de manera inexorable, por ejecución forzosa. Así, siempre la función del Derecho es seguridad, aseguración; lo mismo en un régimen tradicionalista que en un régimen revolucionario, pues tanto en un caso como en otro se trata de asegurar la realización de determinados propósitos, bien que estos propósitos sean diversos en un caso y en otro caso.

Lo que acabo de manifestar no implica de ninguna manera una indiferencia respecto de los fines. En modo alguno. Desde el punto de vista de la valoración, de la estimativa jurídica, o, si se quiere, del Derecho natural, se debe distinguir entre fines malos y fines buenos, entre fines justos y fines injustos, y aun no todos los fines buenos y justos deberían ser perseguidos jurídicamente, porque hay muchos valores —por ejemplo, los religiosos y los morales puros— cuya realización no es lícito promover mediante el Derecho, ni tendría sentido que así se pretendiese, pues tales fines pueden ser cumplidos espontáneamente y de modo libre por los hombres.

Así, pues, lo jurídico visto desde un ángulo de contemplación puramente formalista, esto es, general, no es expresión de determinados fines, sino sólo de un especial medio o forma de realización de aquellos fines sociales que una determinada comunidad considera como de cumplimiento ineludible. Muchos de esos fines, en principio, podrían ser obtenidos por diversos medios, diferentes del Derecho; podrían ser dejados al libre y espontáneo cumplimiento por individuos y grupos. Ahora bien, cuando la sociedad quiere garantizar de modo cierto y seguro la realización de unos determinados fines, entonces emplea el medio jurídico, es decir, la normatividad de imperio inexorable.

Lo que es diferente y cambia en la historia y en las diversas doctrinas filosóficas y políticas son los fines asegurados.

Sin embargo, no debe entenderse estas funciones de certeza y seguridad en términos absolutos. Por el contrario, hay que pensarlas sólo con un alcance limitado y relativo. Es así por las siguientes razones:

1.º Aunque los hombres elaboran Derecho positivo movidos por el deseo de obtener alguna certeza y seguridad en determinadas relaciones sociales, lo que les importa no es cualquier certeza y seguridad, sino precisamente certeza y seguridad en lo que entienden como pautas de justicia, libertad y bienestar social.

2.º Aunque el deseo de seguridad es uno de los afanes fundamentales de la vida humana, no es el único de éstos, sino que coexiste con otros deseos de tipos contrarios, tales como el anhelo de cambio, la aspi-

ración de mejora y progreso. Sucede que si bien, por una parte, el Derecho sirve a un propósito de certeza y seguridad, por otra parte sirve también a las necesidades suscitadas por el cambio social y por los deseos de mejora y de progreso. Así, pues, el Derecho, por una parte, pretende ser estable, pero, por otra parte, no puede permanecer invariable, sino que, por el contrario, debe ir cambiando al compás de las nuevas circunstancias y necesidades sociales. La seguridad perfecta equivaldría a la absoluta inmovilidad de la vida social. Mejor dicho, equivaldría a la imposibilidad de la vida humana. Pero, por otra parte, a la inversa, el cambio constante, la carencia de un elemento permanente y la falta de toda forma estable harían imposible la vida social.

3.º A veces, la urgencia de seguridad choca con el deseo de una mejor justicia. Tales conflictos entre seguridad y justicia se resuelven según las características y condiciones del caso concreto, unas veces en favor de la seguridad y otras veces, heroicamente, sacrificando la seguridad en aras de la justicia.

4.º A pesar de esa función esencial, formal, de garantía, hay siempre un margen de incertidumbre y de inseguridad en el Derecho. Ese margen de incerteza y de inseguridad en el Derecho se manifiesta en lo que respecta al resultado del proceso judicial o administrativo en cada caso concreto.

5.º Hay también un margen de incertidumbre y de inseguridad en los hechos de que la producción de nuevas leyes y reglamentos nunca cesa, sino que, por el contrario, sigue desenvolviéndose, abrogando viejas reglas y sustituyéndolas por otras nuevas.

Otra de las dimensiones funcionales intrínsecas de todo Derecho tiene por esencia la resolución de los conflictos de intereses por medio de normas y decisiones de impositividad inexorable.

En principio no hay más que dos procedimientos para zanjar los conflictos de intereses: o bien la fuerza —triunfo de quien sea más fuerte, por su vigor muscular, o por las armas que tenga, o por su astucia—, o bien una regulación objetiva (es decir, que no derive de ninguna de las partes en conflicto, sino de una autoridad imparcial y que sea impuesta a aquellas partes por un igual), la cual sea obedecida por los antagonistas.

Para zanjar los conflictos de intereses entre los individuos o entre los grupos, el Derecho positivo realiza las siguientes operaciones:

A) Clasifica los intereses opuestos en dos categorías: primero, intereses que merecen protección, y segundo, intereses que no merecen protección, por ser ilícitos o por no caer dentro de las materias reguladas por el Derecho.

B) Establece una especie de tabla jerárquica en la que se determina, respecto de los intereses que merecen protección, cuáles intereses deben tener prioridad o preferencia sobre otros intereses, y además establece los esquemas de posible armonización o compromiso entre los intereses sólo parcialmente opuestos.

C) Define los límites dentro de los cuales esos intereses deben ser reconocidos y protegidos mediante normas jurídicas que sean individualizadas congruentemente e impuestas por la autoridad judicial o por la administrativa, en caso necesario, en caso de que tales normas no sean espontáneamente cumplidas por los sujetos obligados.

D) Establece y estructura unos órganos para desempeñar las siguientes tareas: declarar las normas que sirvan como criterio para resolver los conflictos de intereses; desenvolver y particularizar dichas normas; dictar normas individualizadas —sentencias y decisiones administrativas— en las que se concreten las reglas generales, y ejecutar estas normas individualizadas.

El Derecho trata de resolver los conflictos de intereses no de un modo teórico, sino de una manera práctica, eficaz, ejecutiva, es decir, de modo que la solución que él da a tales conflictos sea cumplida necesariamente, forzosamente, y llegado el caso, impone sus soluciones de un modo inexorable, sin admitir la posibilidad de rebeldía.

El Derecho, para zanjar los conflictos de intereses, necesita no solamente unos criterios valoradores adecuados, sino que además necesita también estar apoyado por el poder político, o sea por el Estado.

La tarea del Derecho de reconocer, delimitar y proteger eficazmente los intereses legítimos, nunca llega a terminarse definitivamente, sino que, por el contrario, está siempre en curso de reelaboración. Es así, porque los intereses no reconocidos siguen hoy ejerciendo constantemente una presión para obtener mañana el reconocimiento que ayer no consiguieron.

La variadísima multitud de intereses que demandan protección jurídica podría reducirse a dos tipos principales: intereses de libertad —estar libre de interferencias, de obstáculos, de ataques, de peligros, en una serie de aspectos de la vida espiritual, individual y social y de las posesiones o propiedades—; e intereses de cooperación —obtener la ayuda o asistencia de otras personas, individuales o colectivas, privadas o públicas para la realización de múltiples y variados fines humanos, que no pueden ser cumplidos, o que, al menos, no pueden ser cumplidos satisfactoria o suficientemente sin dicha cooperación.

Podría decirse que el Derecho actúa a veces como tapia o cerca, que defiende el ámbito de la libertad y de las posesiones contra cualquier indebida injerencia; y otras veces, como bisagra o engranaje, que articula en obra de colaboración las actividades de dos o más personas.

El Derecho satisface también la necesidad de organizar el poder político, esto es, el poder del Estado y de los demás entes públicos que lo integran. El Derecho precisamente organiza la serie de órganos competentes que hablan y actúan en su nombre. Sucede que, si bien por una parte, el Derecho positivo formalmente válido y además vigente es en realidad tal Derecho positivo de manera efectiva porque y en tanto lo apoya el poder del Estado; en cambio, por otra parte acontece también que el poder del Estado está organizado y ungido por el Derecho, o, dicho con otras palabras, el Derecho es uno de los ingredientes más importantes del poder del Estado. En efecto, por una lado, el poder del Estado se apoya sobre una serie de hechos sociales, y es poder estatal precisamente porque es el resultado de los poderes sociales más fuertes. Pero, a su vez, el Derecho da al poder del Estado su organización.

El Derecho no sólo organiza el poder político, sino que además lo legitima o intenta legitimarlo, en cuanto que lo organiza o se propone organizarlo según criterios de justicia, según valores de rango superior.

La organización del poder político por medio del Derecho representa una limitación de ese poder, no especificado en una serie de diversas competencias, sería un poder que llegaría tan lejos como llegase la influencia efectiva que ejerciera en cada momento sobre sus súbditos. El alcance de tal poder político no organizado no estaría restringido nada más que por los límites de su propia fuerza: llegaría en cada instante hasta donde llegase esa fuerza y, en ocasiones, sería tal vez abrumador y se convertiría en tiranía insoportable. Otras veces, cuando fallase total o parcialmente la influencia efectiva de ese poder político no organizado, o llegaría a no existir en aquel momento, o su alcance vendría a ser muy corto cuando fallara en parte.

LUIS RECASENS SICHES

«FUNKTION» ODER «AUFGABE» DES RECHTS IN DER GESELLSCHAFT?

In folgenden möchte ich auf die Frage eingehen, ob und inwieweit die funktionale Betrachtung dem Phänomen des Rechts überhaupt angemessen ist. Eine Frage, die sich gerade angesichts der Gesamthematik dieses der Absicht nach philosophischen Kongresses («Funktionen des Rechts») aufdrängt. Es geht um die Legitimität und Eigenständigkeit der Fragestellung von so etwas wie Rechtsphilosophie, oder besser: Philosophie des Politischen; denn die Rechtsphilosophie muß in diesem weiteren systematischen Rahmen gesehen werden, der die Politik im flüssigen und die in Recht und Staat kristallisierte, in den festen Zustand übergeführte Politik umfaßt.

Znächst sei der Begriff der Funktion in seinen heute gängigen zwei Bedeutungen beleuchtet (unten Ziff. 1). Daraus ergibt sich die begrenzte Tragweite dieses Begriffs, was den Übergang zum Begriff der Aufgabe fordert (Ziff. 2). Der Begriff der Aufgabe ist vor allem unerlässlich, wenn dem genuin Normativen, womit Recht, Staat und Politik stehen und fallen, Rechnung getragen werden soll. Wird dies nicht gesehen, so wird die funktionale Betrachtung ausschließlich, ja usurpatorisch, d.h. «funktionalistisch» (Ziff. 3). Bei dieser Sachlage ist der (einzelwissenschaftliche) Funktionsbegriff nur unter der Voraussetzung des (philosophischen) Aufgabebegriffs sinnvoll, was Konsequenzen hat, und zwar letztlich solche von praktischer Tragweite (Ziff. 4).

1. In einer sehr allgemeinen ersten Bedeutung kann man von Funktion sprechen, um die Abhängigkeit einer Größe (der abhängigen Variablen) von einer anderen (der unabhängigen Variablen) auszudrücken. Demgemäß erscheinen das Recht oder die Gesellschaft bzw. der eine oder andere einschlägige Faktor als abhängige oder unabhängige Variable. In einer zweiten, heute besonders geläufigen Bedeutung, die der Biologie entlehnt, dann aber formalisiert worden ist, meint Funktion die Leistung eines bestimmten Faktors oder einer Faktorengruppe im Rahmen eines Systems, z. B. die Leistung der Systemerhaltung. Dabei sei unter System

eine strukturierte Einheit von Elementen verstanden, die sich trotz des Wechsels der Umwelt erhält. In diesem Sinne kann man z.B. auch die Rechtsordnung als System, genauer als Teilsystem des gesellschaftlichen Systems, und zwar als einen koordinierten Inbegriff von wirklich-maßgeblichen generalisierten Handlungsmöglichkeiten nachkonstruieren.

Funktionen haben innerhalb eines Systems ihre Äquivalenzen; die Weiterentwicklung zum Äquivalenzfunktionalismus» ist folgerichtig. Doch macht gerade diese Konsequenz deutlich, wie fragwürdig der Funktionsbegriff im Rahmen sinnhafter und normativ ausgerichteter menschlicher Handlungswirklichkeit sein kann. Kommt es nämlich darauf an, ein soziales Gebilde als System aufrecht zu erhalten, können verschiedene Faktoren diese Funktion erfüllen. Eine an äquivalenten Funktionen orientierte Betrachtungsweise taugt jedoch nicht zur Erfassung menschlicher Daseinsgestaltung, weil sie diese entweder verfehlt oder gar verzerrt.

2. Rechtliche Bestimmungen, die grundlegende Dimensionen der menschlichen Daseinsgestaltung betreffen, entziehen sich einer funktionalen Perspektive von vornherein. Menschliches Dasein zieht seinen Sinn nicht primär aus seiner vermeintlichen Funktion für die Gesellschaft als System, weil es nicht auswechselbar ist. Alle menschlichen Grundbestimmungen, wie Religion, Kunst, Erkennen, Sittlichkeit und im besonderen auch Recht, können als bloße Funktionen im Ganzen der Gesellschaft nicht angemessen bestimmt werden. Ihnen kommt vielmehr ein in sich stehender Sinngehalt oder, wie wir auch sagen können, Substantialität zu. Der qualitative, sinnhafte Gehalt der Vorgänge und Tatbestände, die bestimmte «Funktionen» erfüllen, ist im Rahmen menschlicher Verhaltenswirklichkeit nicht gleichgültig. Die Ablösung des Substanzbegriffs durch den Funktionsbegriff ist in den Naturwissenschaften legitim, nicht aber in den Wissenschaften vom Menschen und der Gesellschaft.

Der Funktionsbegriff hat, wie ersichtlich, in seinen beiden Bedeutungen instrumentalen Charakter. Die funktionalen Beziehungen liefern mögliche Ursachen einer gegebenen Wirkung oder mögliche Wirkungen einer gegebenen Ursache. Instrumentale Erkenntnisse sind potentiell manipulativ. Da das Recht in die letzten Orientierungen des Daseins eingefügt ist, überschreitet es jedoch den Bereich bloßer Instrumentalität und schließt Manipulation aus.

Bei dieser Sachlage empfiehlt es sich keineswegs, wie mir scheint, den Funktionsbegriff zu verwenden, wenn die Stellung des Rechts im Gesamtgefüge der Gesellschaft bestimmt werden soll. Vielmehr ist, im Rückgang auf anthropologische Strukturen, nach der Aufgabe des Rechts im menschlichen Dasein zu fragen. Dies war schon immer die grundle-

gende Fragestellung der klassischen Philosophie der Politik, die als Fragestellung keineswegs überholt ist. Nur müssen die Antworten ihres dogmatischen Charakters entkleidet werden, weshalb bisherige metaphysische Letztdeutungen in kritische philosophisch-anthropologische Erwägungen überzuführen sind. Das Politische, das sich in entwickelten Gesellschaften in der rechtlich-staatlichen Ordnung, wie wir sie heute kennen, niederschlägt, ist eine Teilaufgabe im Ganzen der menschlichen Aufgabe.

Ob der Begriff der Aufgabe schon für frühe Gesellschaften gelte oder ob nicht zumindest da der Funktionsbegriff am Platze sei, bleibt offen. Es sei aber der Vermutung Ausdruck gegeben, daß auch der Mythos eine in Funktionen nicht auflösbare Substantialität darstellt. Jedenfalls erscheint das Recht seit dem Schritt der Menschheit vom Mythos in den Logos als Aufgabe.

3. Daß der Funktionsbegriff nicht ausreicht, erhellt vornehmlich daraus, daß das Recht genuine Normativität darstellt. Das Normative ist nicht nur in seiner Faktizität, d.h. als faktisches Inanspruchnehmen von Normativem aufzufassen, das bestimmte «Funktionen» hat, d.h. in jedem Fall bloße «Ideologie» wäre. Vielmehr ist das Normative etwas, das wesentlichweise gerechtfertigt und um dessen Rechtfertigung stetsfort gerungen wird.

Von faktischer Richtigkeit in Bezug auf menschliche Verhaltensmöglichkeiten, im besonderen gesollte generalisierte Verhaltensmöglichkeiten (wie Direktiven, Werte, Normen), sei die Rede, wenn bestimmte Verhaltensmöglichkeiten unter anderen an sich möglichen ausgewählt und entworfen und unter Abweisung von bloß beliebigen oder willkürlichen als solche fest- und durchgehalten werden. Meist geschieht dies naiv und unbewußt. Reflektiert man auf das jeweils in Anspruch genommene faktisch Richtige, so kann man sich jedoch der Notwendigkeit der Begründung, d.h. dem Übergang zum genuin Normativen, nicht entziehen. Andernfalls setzt man an die Stelle des Anspruchs auf Richtigkeit die bloß faktische Behauptung, d.h. man leugnet praktische Richtigkeit überhaupt, was den sinntragenden Phänomenen menschlicher Praxis zuwiderläuft. Die Vorzugswürdigkeit von gesollten Verhaltensmöglichkeiten (wie Direktiven, Werten, Normen) kann sinnvoll erörtert werden. Der Umstand, daß es ein inhaltlich erfülltes absolut Richtiges nicht gibt, ja einsichtigerweise nicht geben kann, verleitet freilich oft dazu, den Gedanken praktischer Richtigkeit überhaupt aufzugeben, das Richtige in bloße Relativitäten und letztlich in Belieben und Willkür aufzulösen. Die nähere Prüfung zeigt aber, daß das stets nur vorläufig Richtige, das uns allein zugänglich ist,

ein absolut Richtiges voraussetzt, das wir zwar nicht nur nie verwirklichen, sondern auch nicht ein für allemal denken können, das aber allein unseren Bemühungen um Richtiges Sinn zu verleihen mag (so wie wir absolute Wahrheit als Maßstab voraussetzen müssen). Es sei hinzugefügt, daß wir den materialen Gehalt von Richtigem in dieser kurzen Erörterung, die den strukturell-formalen Aspekten des Normativen gilt, offen lassen müssen. Auch auf den bedeutsamen Umstand, daß der materiale Gehalt von Richtigem in engster Verbindung mit dem Realprozeß der Menschheit zu explizieren ist, kann hier nicht eingegangen werden.

Nun wird gerade vom Standort funktionaler Betrachtung das genuin Normative beiseite geschoben, verkürzt und verzerrt oder geleugnet, d.h. die funktionale Betrachtung erhebt Ausschließlichkeitsanspruch, sie wird «funktionalistisch». Im Rechtsbereich tritt eine usurpatorische «soziologische» Rechtstheorie an die Stelle nicht nur bisheriger, sondern der Rechtsphilosophie und der Philosophie des Politischen überhaupt. Gerade die Orientierung an einem absolut Richtigen verbietet es aber, daß wir das Normative im gesellschaftlichen Funktionszusammenhang aufgehen lassen. Da Normen unerläßlich sind zur Festlegung und Gestaltung («Stabilisierung» und «Steuerung») menschlichen Verhaltens, kann man zwar sagen, darin bestehe deren «Funktion». Doch ist dies eine äußerliche, objektivistische, für sich allein nicht ausreichende Sicht, die den Sinngehalt nicht trifft.

Normen weisen über sich hinaus, ihnen liegen «Leitideen», fundamentale «Direktiven», oder wie immer man dies formulieren will, voraus, sie sind nur unvollkommene Konkretisierungen solcher «Ideen» und «Direktiven». Letztlich sind sie aber Konkretisierungen der absoluten Idee von Richtigem überhaupt. Denn im Umstand, daß Ideen nicht voll in Normen umgesetzt werden können, bekundet sich das Absolute, das sich einerseits der Verfügbarkeit durch den Menschen entzieht, von ihm abgelöst ist, und andererseits erlaubt und fordert, über das jeweilige Richtige und Unvollkommene zu einem Richtigeren und Vollkommeneren fortzugehen. Es sind dies die zwei wohlbekanntesten Züge des klassischen Absoluten. Nur darf dieses nicht als Vorgegebenes und gar ein für allemal inhaltlich Bestimmtes aufgefaßt, d.h. es darf nicht dogmatisiert werden, was ihm in der klassischen Tradition widerfahren ist, im Bereich des Politischen in der Gestalt des klassischen Naturrechts. Das Absolute ist unerfüllte und unerfüllbare Forderung, die gerade als solche in einer gegebenen endlichen Welt allein sinnvoll ist.

Bei dieser Sachlage erweisen sich Ideen als produktiv, was der Funktionalismus übersieht, weil er den dramatischen Charakter der menschli-

chen Wirklichkeit nivelliert, die entwerfende Potenz des Subjekts in das funktionierende System einebnet. In einer funktionalistischen Sicht erscheinen die Normen als Momente eines über die Subjekte hinwegreichenden Zusammenhangs, während sie in philosophisch-antropologischer Betrachtung spezifische, durch die praktische Richtigkeit bestimmte Sinngehalte sind, in denen der Mensch den unausschöpfbaren Ernst menschlichen Daseins lebt. In den Normen bekundet und spezifiziert sich die Aufgabe, die das Dasein des Menschen ausmacht und mit der der Mensch nicht nur die gegebene Welt, sondern auch sich selbst transzendiert.

4. Natürlich ist die funktionale (nicht: funktionalistische) Betrachtung in beiden Bedeutungen des Funktionsbegriffs an sich legitim, jedoch nur im Rahmen der übergreifenden Erörterung der Aufgabe, die das menschliche Dasein ausmacht und die fundierende Sicht von Gesellschaft und Recht allererst erschließt. In philosophisch-antropologischer Sicht ist die Gesellschaft die gemeinsame Lösung der Aufgabe des Menschen, in deren Dienst die Erforschung funktionaler Zusammenhänge zu stellen ist, während sie, funktionalistisch gesehen, als ein Netzwerk von Beziehungen erscheint, das wir unter verschiedene beliebige Gesichtspunkte rücken und beliebigen Zielsetzungen dienstbar machen können.

Alle funktionalen Untersuchungen im Rechtsbereich müssen deshalb auf die Aufgabe des Rechts, die ihrerseits keinesfalls in eine bloße Funktion aufgelöst werden kann, ausgerichtet sein, wenn sie überhaupt sinnvoll sein sollen. Soweit z.B. die Rechtssoziologie funktionale Zusammenhänge untersucht, handelt es sich um Zusammenhänge, die die Erfüllung der Aufgabe des Rechts ermöglichen oder ihr entgegenwirken. Die rechtssoziologischen Probleme werden durch die nichtfunktionalen Gesichtspunkte konstituiert, die die Aufgabe des Rechts in der Gesellschaft an die Hand gibt. Andernfalls sind wir kompaßlos, betreten die schiefe Bahn von Untersuchungen, die reflexionslos in den Dienst beliebiger Zielsetzungen treten oder bewußt und planmäßig, vielleicht zynisch in solchen Dienst genommen werden. Die funktionalen Beziehungen entfalten dann die ihnen im Ganzen des menschlichen Daseins nun einmal zuwachsenden instrumentalen und manipulativen Züge. In aller Regel wird solche Forschung den bestehenden Verhältnissen dienstbar sein; diese werden perfektioniert und befestigt, unabhängig davon, ob sie einer kristischen Prüfung im Lichte der Aufgabe standhalten oder nicht.

Es scheint, daß die modernen Bestrebungen im Rechtsbereich immer entschiedener zu einer funktionalistischen, d.h. instrumentalen und potentiell manipulativen Disziplin hinführen; der empirisch-analytische und systemtheoretische Charakter einschlägiger Untersuchungen, mit An-

spruch auf Ausschließlichkeit, tritt in den Vordergrund. Dies ist keineswegs ohne Folgen für die Rechtspraxis. «Tatsachwissenschaften machen Tatsachmenschen» (Edmund Husserl). So kann man z.B. ein Rechtsverfahren nicht im Hinblick auf seine mögliche humane Umgestaltung untersuchen, so lange man im Umkreis der funktionalen Betrachtungsweise verharret und es lediglich in Bezug auf seine funktionalen Komponenten analysiert.

Nur eine philosophische Betrachtungsweise, die am genuin Normativen orientiert ist, kann den Funktionalismus in seine Schranken verweisen. Sie rückt die sinnhafte Daseinsorientierung in den Mittelpunkt. Auf diese ist alle funktionale Betrachtung zu beziehen. Die Wissenschaften von Recht, Staat und Politik haben nur Bestand, wenn sie in jenen philosophischen Kontext eingestellt werden. Nur in der Bedachtnahme auf diesen philosophischen Kontext entfalten zudem diese Wissenschaften ihren legitimen Sinn für die menschliche Praxis, was obneihin ihre letzte Bestimmung ist. Die Ausschließlichkeit der funktionalen Betrachtung, d. h. die funktionalistische Sicht, verkürzt dagegen nicht nur die Wissenschaften, sondern zerstört die Praxis, indem sie deren Grundsinn zunächst ignoriert und schließlich auszutilgen sich anschickt.

HANS RYFFEL (*Speyer*)

LAS FUNCIONES DEL DERECHO

SUMARIO 1.—Conceptos preliminares. 2.—Problemas. 3.—Supuestos metódicos. 4.—Funciones de la Norma jurídica. 5.—Funciones de los derechos subjetivos. 6.—Derecho y Economía. 7.—Derecho y Cultura. 8.—Derecho y Estado. 9.—Derecho y Comunidad. 10.—Derecho y Moralidad.

1. El Derecho es la forma de la vida social en que se establecen proporciones de libertad y de coacción mediante la definición de ámbitos intersubjetivos de licitud y de ilicitud, contenida en un sistema de legalidad sancionado por la autoridad pública del Estado.

Ahora bien, puede observarse que las funciones atribuibles al Derecho en general no son de la misma trascendencia real, dado que unas son subordinadas a otras por su «sentido», mientras que las inferiores en la perspectiva de su trascendencia global son elementalmente requeridas en la perspectiva de su imprescindibilidad técnica. Hay, por tanto, que impedir que la perspectiva más estrictamente técnica cubra la visión de otras funciones, cuya objetivación es tal vez la que confiera sentido jurídico a la primera.

Para ello habrá que advertir el juego de las funciones jurídicas desde su perspectiva más general, pero haciendo referencia concreta a las perspectivas más particulares que se despliegan, concretando modalidades que, en comparación con otras funciones más generales, harían parecer a éstas como excesivamente abstractas.

Efectivamente, toda norma jurídica vigente y todo dato jurídicamente relevante puede ser considerado en perspectiva funcional, normativa en el primer caso y sociológica en el segundo. Pero una comprensión exacta de cada punto de la vida jurídica sólo tendrá un sentido propio si se le considera enclavado en un sistema global de funcionalidad. Así que cada precepto normativo habrá de ser conjugado en el seno del ordenamiento legal a que pertenece, y cada dato jurídicamente relevante habrá de ser integrado en el sistema de los hechos sociales en que aparece.

El Derecho contiene una plataforma genérica en que reside su más comprensiva perspectiva, en que se articulan, a su vez, los diferentes puntos de vista más concretos en su perspectiva práctica: es el ser «forma de la vida social» peculiar y poseer el sentido de determinar la libertad y la coacción imperantes en el vivir colectivo y en la vida singular de los seres humanos considerados en su coexistencia efectiva.

De ahí que, para acceder al examen de las funciones del Derecho, se haya de tener preliminarmente en cuenta que la realidad colectiva viene entendida como «vida social», y que la determinación entre la libertad y la coacción que se define en los conceptos jurídicos de «licitud» e «ilicitud» caracteriza al Derecho como una verdadera «forma» distinta de otras «formas sociales».

2. El problema de las funciones del Derecho habrá de instalarse, si ha de ser entendido con validez general, en la perspectiva definida en este ser «forma de vida social» que lo define en realidad.

En primer lugar, el Derecho es «vida social» vista en determinada forma y configurada como tal. Esa «vida social» es simultáneamente personal de los individuos y colectiva para todos y cualquiera de esos mismos individuos. De ahí que el modo de entender esa «vida social» oscile entre la consideración colectiva y la consideración singular de cada individuo. Así tenemos que la «vida social» a que se refiere el Derecho comprende:

La *Colectividad social*, o sea el conjunto de los individuos y los grupos comunicados entre sí, en diverso grado e intensidad, a través de todo el sistema de las comunicaciones sociales (lingüísticas, conceptuales, estéticas, productivas, monetarias, ideológicas, ecológicas, etc.) que determinan la índole de los diferentes vectores de agrupación o de similitud de conductas humanas.

La *Singularidad social*, o sea las distinciones de hecho que hay entre los diferentes individuos, entre los diversos grupos, entre las diversas cualidades, aspiraciones, pertenencias, objetivos prácticos y posibilidades fácticas de unos y otros sujetos de vida social.

La *Organización social*, que constituye los cuadros permanentes de finalidades, normas y controles de conducta en que se mueven los individuos dentro de los grupos, y los grupos dentro de otros grupos más amplios o más influyentes, cuya consideración simultánea establece la noción genérica del «orden social», en cuyo seno tiende a prevalecer alguna determinada influencia (estado, cultura, moralidad, economía, etc.).

Los *Sujetos sociales*, bien los que se refieren entre sí directamente

a través de recíprocas pretensiones sobre conductas e intereses mutuos o complementarios, bien los que se refieren entre sí de modo indirecto o difuso, mediatamente en unos casos, o sólo por alcance y repercusión de conductas ajenas en otros.

Si éste es el ámbito jurídico de la «vida social», el sentido que le confiere la «forma» del Derecho configurando la realidad jurídica puede considerarse en una doble tensión, cuyos polos extremos son la «libertad» subjetiva de los individuos y de los grupos, y la «coacción» organizada que los medios de control jurídico establecen al dar forma a la conducta concreta. El sentido de la «forma jurídica» resulta ser, mediante la hipotética uniformidad sancionada jurídicamente, el producir «conductas» acerca de las cuales se podría establecer un grado concreto de «libertad» (si son conductas determinadas en la línea de la conciencia y de la realización de los propios intereses de obrar) y de «coacción» (puesto que se trata de conductas que han de ser realizadas forzosamente dados determinados condicionamientos de situación subjetiva y de control organizado en la Colectividad).

El problema de las funciones del Derecho tenderá a concretarse en su nivel más general, en el tema de las funciones formalizadoras del Derecho, o sea en el establecimiento de las diversas maneras de conferir «forma jurídica» a la «vida social» humana.

3. Los supuestos metódicos que permitirán captar las funciones del Derecho, atendiendo de un lado a los fenómenos de la «vida social» a que se refiere el Derecho, y de otro lado, a la peculiar «forma» en que éste consiste, han de ser aquéllos que permitan también constituir una perspectiva general del funcionamiento del Derecho, eludiendo el riesgo de establecer perspectivas privilegiadas, o sea tomadas por la totalidad del Derecho o por su aspecto más importante conceptual o históricamente, sino articulando el conjunto de las perspectivas posibles, en un marco de perspectivas que sea una estructuración de las mismas y no un intento reduccionista de unas en otras, lo cual tendería a subrayar la importancia de algunos aspectos funcionales a expensas de otros. Esta importancia podrá ser tal vez subrayada razonablemente en algún momento histórico o en alguna modalidad histórica de configuración de ciertos ordenamientos jurídicos, pero no puede ser elevada a categoría prevalente en la perspectiva de la función del Derecho en general, en cualquier momento y en cualquier modalidad que históricamente se pueda constituir como tal.

Una perspectiva parcial sería la «normativista». Toda «forma jurí-

dica de la vida social» se manifiesta en una «norma jurídica», y ésta se expresa en una serie de imperativos que traducen la indicación y la sanción pertinentes dentro del conjunto de cada ordenamiento jurídico concreto. Pero la realidad del Derecho es también una serie de elementos que no se agotan en las normas: instituciones, sujetos, valores, convenciones, criterios de organización, expectativas individuales y colectivas, conflictos, etc., cuya proyección jurídica tendrá mucho que ver con las propias normas del Derecho, pero que no pueden identificarse con las mismas, dado que ni siquiera podrían las normas dar razón total acerca de la existencia y del sentido transjurídico de ellas.

Perspectivas parciales serían también otras en que se tomaran como elementos suficientes, por reducción o por primordialidad óptica frente a los demás, datos integradores de la realidad jurídica como son los derechos subjetivos, los intereses jurídicos, la sanción jurídica, el Estado, la Comunidad (nacional, internacional, grupal, etc.) o las finalidades trascendentes de la vida humana en general (moralidad, religión, por ejemplo).

De ahí que en cada una de éstas y otras perspectivas que se podrían añadir o distinguir ulteriormente aparecen con cierta nitidez ciertas funciones especiales del Derecho, las cuales constituyen aspectos o dimensiones correlativas dentro de un conjunto global de funciones que asume el Derecho en la vida humana. Ahora bien, estas funciones adquieren carácter jurídicamente universal en cuanto que vienen a constituir dimensiones del alcance general de ser «forma de la vida social», que es, por tanto, la función más universal y comprensiva del Derecho, ya se refiera a los individuos o a las colectividades y a las organizaciones colectivas; pero, a su vez, esta función universal del Derecho se configura y articula históricamente conforme al modo en que las diversas dimensiones de la realidad jurídica (sujetos, valores, libertades, instituciones, controles, Estado, etc.) van actualizando en cada sistema histórico del Derecho la función universal del mismo.

4. Atendiendo a los elementos integrados en la estructura de la norma jurídica, las funciones de la misma son, mencionadas en un orden lógico, las siguientes:

a) Determinar los datos de «vida social» jurídicamente relevantes, por jugarse en ellos alguna dimensión de libertad o de coacción para los sujetos implicados en la situación en que tales datos hayan surgido o puedan surgir generalmente hablando.

b) Determinación del «deber» correspondiente a cada uno de los

sujetos implicados en la situación de «vida social» referida al dato establecido como jurídicamente relevante en la misma.

c) Determinación del grado de cumplimiento generalmente establecido como suficiente en la situación considerada, hasta que se hayan satisfecho las condiciones de la libertad recíproca o de la coacción necesaria cuya consecución había determinado la declaración de cierto hecho como dato relevantemente jurídico (según se observa en a).

d) Conexión de este juicio general sobre el cumplimiento del deber a que se refiere el punto b), en el grado considerado como normal según se explica en el punto c), con la posterior acción de una autoridad pública que establezca o pueda establecer, alternativamente, la suficiencia en el cumplimiento del deber o los procedimientos coactivos para suplir su insuficiencia a expensas de la libertad o de los intereses —según los casos— del obligado a ello (o sea del deudor).

e) Determinación de las hipótesis de incumplimiento de los deberes jurídicos en general, así como de la especificación de los sujetos jurídicos de quienes se predica tal incumplimiento, constituyendo los «datos jurídicamente relevantes» de haberse producido algún incumplimiento de deber.

f) Especificación de la prestación del deber que habrá de producirse, a expensas del deudor definido en el punto b), subsidiariamente a la imposibilidad (temporal, auténtica, económica, etc.) del cumplimiento de aquél.

g) Determinación de la autoridad pública que se habrá de ocupar, tanto de garantizar la realización de la prestación subsidiaria, como de su previa definición y garantía de su contenido frente a los deudores y a los acreedores subsidiarios en el proceso de su realización forzosa.

En resumen: la *función normativa* del Derecho es asegurar (desde su definición hasta su realización) el cumplimiento de los deberes jurídicos surgidos en la «vida social» portando sentido de Derecho, haciéndolos lógicamente necesarios. La Norma jurídica expresa la necesidad lógica del Derecho.

5. El modo de referirse las normas jurídicas a conductas jurídicas indica que se presuponen ciertos sujetos de tales conductas, los cuales son los sujetos jurídicos. Ahora bien, éstos tienen, mediante su conducta, ciertas funciones que constituyen la vida social configurada jurídicamente. Si la norma jurídica es la «causa formal» del Derecho, los sujetos jurídicos son la «causa eficiente» del mismo.

Los sujetos jurídicos son desde luego individuales, pero también co-

lectivos. Unos actúan por motivos propios y otros por motivos estipulados o incluso impuestos por otros sujetos. Pero en todo caso la función jurídica de los sujetos de Derecho es actualizar la propia conducta en cierto sentido que puede valorarse en grados de realización de la propia autodeterminación: desde el cumplimiento del deber jurídico que el ordenamiento jurídico le atribuye en una determinada situación, hasta la realización original de los valores personales en variados ámbitos: comunicación social, creación estética, objetivación de muy diversos objetivos vitales, etc.

La función jurídica de los sujetos jurídicos es, por tanto, recibir la inspiración colectiva como orientación para la propia libertad, y establecer vías y procedimientos colectivamente garantizados para poder realizar las expectativas de la vida personal y de las relaciones colectivas en cada sujeto de Derecho.

6. Las normas jurídicas se refieren siempre a sujetos jurídicos, pero jamás se refieren a ellos como aislados, sino como relacionados entre sí. El Derecho considera a los sujetos jurídicos como sujetos de vida social, o sea intersubjetivamente. La relación jurídica es intersubjetiva y, por tanto, se define intersubjetivamente, considerando a los sujetos no en sí, sino referidos entre sí. De ahí la dimensión intersubjetiva, o sea, la vida social compartida intersubjetivamente. Desde el punto de vista humano, lo importante son los sujetos mismos, cuyo valor es el valor de su ser personal trascendente. Pero en cuanto que el Derecho se refiere a ellos tratando de dar cierta forma a su vida social y constituir-la de determinada manera, no puede olvidar que el modo de vivir socialmente depende de los contenidos vitales mismos, o sea, de la índole de los intereses a propósito de los cuales se establecen las conexiones intersubjetivas que han de ser reguladas, precisamente mirando a esa determinada modalidad de conexión. El Derecho actúa frente a los sujetos tratando de determinar el modo en que los posibles intereses subjetivos se implican entre sí a través de la conducta de sus sujetos. De ahí que la función jurídica de los intereses subjetivos se trasluce en la definición social de los valores, en su asignación para que sean manejados, poseídos, administrados, producidos, etc., por uno o algunos sujetos. Los intereses jurídicos constituyen, por tanto, la «causa material» de la realidad jurídica y constituyen el objeto inmediato de la regulación jurídica, sin que ello impida que la vigencia de las normas jurídicas llegue a definir, con referencia a los intereses contenidos en las situaciones jurídicas, y por ello indirectamente, a los sujetos jurídicos,

llegando a influir, en último término, a través de la libertad asignada a cada uno de los diferentes sujetos, en la estructura trascendental de la personalidad humana que reside en cada uno de los sujetos implicados en una relación jurídica cualquiera.

La función de los intereses jurídicos consiste en una determinación de las causas materiales de cuya consideración surgen las relaciones jurídicas y, por tanto, el Derecho en general.

7. Técnicamente los datos jurídicamente relevantes son definidos a través de la descripción normativa de la licitud y de la ilicitud de ciertas conductas previsibles, bien sea para estimularlas, bien para tratar de impedir las. A su vez, la definición del alcance de cada conducta puede ser concretada bien como lícita o como ilícita, por la intervención efectiva de alguna autoridad pública (según se ha insinuado en el punto 4, *d*) y *g*). Pero las razones por las cuales se afirma con probabilidades de asentimiento y de conformidad general, en el seno de la colectividad, la ilicitud o licitud de cada clase de conductas, tienen que ver fundamentalmente con las creencias, ideas, experiencias, expectativas y valoraciones que están establecidas en la conciencia colectiva, expresadas en ella de varias maneras posibles (desde la religiosidad hasta la ideología política, pasando por los usos corporativos de los juristas, comerciantes, productores, tráfico internacional, etc.).

La función jurídica de la cultura consiste, pues, en la radicalización colectiva de las razones determinantes de las calificaciones establecidas por el Derecho, en cuanto a la licitud e ilicitud, y ulteriormente en cuanto a la manera de tratar la libertad de los sujetos sometidos a la forzosa obediencia y servicio a las normas jurídicas que el ordenamiento colectivo establece como jurídicamente necesarias.

8. Los valores fundamentales de una sociedad, los cuales fundamentan a su vez y racionalizan los imperativos y prohibiciones jurídicos, se presentan históricamente dentro de una jerarquía en que prevalecen consideraciones estimadas como superiores a otras, y suelen responder a la prevalencia de los bienes de la Individualidad, de la Cultura o de la Organización. Pero esta jerarquía da lugar a una jerarquización unitaria de los diferentes valores sociales, y suele concretarse históricamente en una medida en que resulte compatible la coexistencia de los mismos, aunque sean muy diversos entre sí. En todo caso, la acción del Estado, que tiende a jerarquizar los valores tanto como las realidades existentes, haciéndolos compatibles entre sí en cuanto ello sea tarea históricamen-

te posible, y estableciendo de modo concreto preferencias y soluciones cuando esa compatibilidad no sea factible ni fácil, emplea el Derecho para establecer el orden social que le resulta conveniente. En tal caso el Derecho cumple una función política. De ahí que el Estado se sirva de las leyes (a las cuales produce o reforma parcialmente mediante los órganos «legislativos» de su poder). Pero también sirve al sistema jurídico, de modo aparentemente desinteresado, cuando constituye tribunales que apliquen las leyes o resuelvan conflictos de intereses mediante la analogía o la creación jurisprudencial; cuando mantiene un cuerpo de investigadores judiciales o inspectores fiscales que traten de conocer si las leyes son incumplidas; cuando subvenciona o construye edificios para internamiento de delincuentes, etc. El Estado actúa, pues, como «causa eficiente» del Derecho en cuanto que organiza el mecanismo de control y de sanción del ordenamiento jurídico, si bien esta cualidad subjetiva la posee subsidiariamente, frente al sujeto jurídico directo (constituido por los individuos y grupos responsables del cumplimiento del deber jurídico directamente definido en el ordenamiento del Derecho). Además, el Derecho, en cambio, desarrolla también funciones políticas por servir al Estado en su tarea de concretar pacíficamente ciertas jerarquías de valores y de aplicar tales determinaciones para estimular ciertas conductas o para prevenir o solventar conductas indeseables.

9. El Derecho se refiere a los sujetos aludiéndolos en general, sin hacer acepción de singularidades, sino de situaciones genéricas, cualquiera que sea el individuo sujeto de ellas. En esta dimensión normativa el Derecho establece la «igualdad» de los sujetos jurídicos. Pero no considera solamente a los sujetos relacionados centralmente, como protagonistas de una situación genérica, pues mantiene en su consideración a otros sujetos que sólo se relacionan indirectamente con aquéllos, a través de otras situaciones temporales o simultáneas cuyos intereses se implican o pueden cambiar o evolucionar según cuál sea la suerte corrida por los intereses de la primera. De ahí que el Derecho tenga también la función de incluir a los sujetos no considerados directamente como sujetos jurídicos de la situación x , teniéndolos en cuenta, aunque sea implícitamente, a través de figuras tales como «bien común», «terceros», «beneficiarios potenciales», «usos civiles», «usos comerciales», «necesidades del tráfico», «expectativas de derechos», etc. De este modo resulta que el Derecho tiene, además de la función de concretar las responsabilidades recíprocas de los sujetos interesados —en el ámbito de una situación jurídica determinada—, la de prevenir las incidencias que el cum-

plimiento o incumplimiento de aquéllas tendrán sobre otros sujetos y sobre todo el ámbito comunitario de la colectividad en que la situación jurídica se produce. En este sentido, el Derecho tiene función de creación y conservación de la solidaridad colectiva, o sea, de las dimensiones comunitarias de los grupos humanos (y no sólo de los intereses políticos o de las ventajas individuales).

10. Por último, aunque tal vez sea por su valor la primera, el Derecho tiene una función (tanto individual como colectiva) de inmediatizar e instar el cumplimiento de las vigencias de la Moralidad.

La lealtad como cimiento de las virtudes morales de la coexistencia constituye uno de los tres requisitos que la antigua *opini3n* de ULPIANO veía como previos para la existencia del orden jurídico: junto al Estado capaz de establecer y aplicar criterios de justicia (*suum cuique tribuere*), junto a la responsabilidad que permite iniciar relaciones intersubjetivas capaces de una creciente productividad social (*alterum non laedere*), está la afirmación de la índole humana y de la veracidad indubitable y fiable de las personas decentes (*honeste vivere*). Ahora bien, al constituir el Derecho sanciones favorables para quien actúa lícitamente, y por establecer garantías de seguridad para quien trabaja y ahorra, así como para quien tiene habilidad para desplegar su vocación personal en actividades valiosas capaces de atraer el reconocimiento —y la remuneración de sus servicios y de sus méritos— de los demás, el Derecho asienta condiciones estables para el desarrollo de la personalidad individual y para el progreso de las actividades colectivas. Sin crear la Moralidad, el Derecho consolida muchas de sus perfecciones, aunque en algunos aspectos argumenta contra pretensiones de la libertad interior de individuos o grupos. Moviéndose dentro de coordenadas prácticas que afectan a la libertad y a la coacción sociales juntamente, cuyos problemas no siempre suscita, pero siempre ha de procurar resolver de modo más o menos satisfactorio, indiscutiblemente el Derecho cumple una función complementaria de la Moralidad, estableciendo al menos las condiciones generales en que sea posible la búsqueda del bien común, y desde luego acogiendo en sus propias normas muchos de los dictados surgidos anteriormente en el sistema de valores y de normas propios de los sistemas históricos de Moralidad, sobre todo los que tienen mayor vigencia cultural sobre la colectividad a que se refieran.

Vemos, en resumen, que la función del Derecho se articula de este modo:

I. Expresa la forma potencialmente coactiva e igualitaria de la sociedad organizada («causa final» del Derecho).

II. Determina el ámbito colectivo de conducta cuyas normas no quedan discrecionalmente sometidas al albedrío individual en todos sus términos.

III. Racionaliza técnicamente las normas vigentes para constituir la «forma jurídica» de la «realidad colectiva».

IV. Reconoce la cualidad subjetiva de los protagonistas de la realidad social (individuos y grupos) («Causa eficiente» del Derecho).

V. Busca apoyo racional para sus determinaciones regulativas en las creencias y valores insertos en la conciencia colectiva, cuya «vida social» trata de configurar técnicamente como Derecho.

VI. Identifica, valora y compara entre sí los intereses jurídicamente atendibles a través de las relaciones sociales de cualquier orden, de donde puedan resultar posiciones creadoras o definidoras de libertad intersubjetiva («Causa material» del Derecho).

VII. Establece los criterios de valor o desvalor existentes en la conciencia colectiva, en una dimensión sancionadora de la validez o invalidez de las conductas jurídicas concretas, legitimando de este modo la vigencia no coactiva del ordenamiento jurídico en cuanto que tales validaciones o invalidaciones se funden en juicios previos de valor o de desvalor espontáneamente aceptados en la conciencia colectiva libremente compartida y evolucionada.

VIII. Crea condiciones estables de enriquecimiento de la vida al asegurar la no-exclusión de ningún individuo o grupo, al no contener «acepción discriminatoria» respecto a los mismos, dada la generalidad con que se refiere a los sujetos jurídicos, considerándolos exclusivamente por la índole de sus responsabilidades recíprocas genéricamente establecidas para cualquiera.

IX. Orienta, instruye, apoya, corrige a los individuos y a los grupos, contribuyendo a racionalizar sus estímulos y sus normas de acción, y haciendo posible la asimilación por los individuos de los valores colectivos, así como la inserción de nuevas valoraciones singulares y de creaciones individuales o colectivas de valor, en el seno del proceso histórico de la sociedad.

X. Legitima la autoridad pública, disciplina la acción política, permite la participación ciudadana en la actividad del Estado y establece límites irrebasables para la supremacía social que siempre conlleva la posesión del poder político, mediante la fijación de procedimientos pa-

cíficos para establecer cambios en las normas constitucionales, así como sucesión en el manejo de los recursos del poder.

En conclusión, la función del Derecho es ser forma de la vida social, y su límite teórico coincide con la implantación estable de los mejores condicionamientos históricamente posibles para el despliegue de la libertad personal y del desarrollo colectivo («Causa ejemplar» del Derecho). Este sentido último de la función jurídica se expresaría del siguiente modo: el Derecho es el orden de la Libertad.

ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE

ÜBER EINIGE FRAGEN DER POLITISCHEN UND REGULATIVEN FUNKTION DES RECHTS

Im allgemeinsten Sinne versteht man unter der Funktion des Rechts die soziale Bestimmung, d.h. den Dienst des Rechts für die Gesellschaft, die in der Befestigung und Änderung auch in dem Schutz der gesellschaftlichen Verhältnissen besteth. In der sozialistischen Rechtstheorie standen die *politischen* und *regulativen* Funktionen des Rechts im Vordergrund des juristischen Denkens. Die vorige Funktion bedeutet die Leistung des Rechts in der Befestigung und der Entwicklung auch dem Schutz der vorhandenen politischen Kraftverhältnissen/Machtverhältnissen/ einer Gesellschaft. Die letztere äussert sich in der bewussten Vorher-Regulierung der gesellschaftlichen Verhältnissen. Wie die regulative Funktion ohne die Unterstützung einer politischen Macht /Staat/ nicht bewirken kann, für die das Recht ein unentberliches Instrument ist, so umgekehrt: die politische Macht kann ohne Schaffung /relativ/ allgemein verbindlicher Normen nicht funktionieren.

Die sozialistische Literatur spricht betriffs der regulativen Funktion des Rechts ausdrücklich über die Vorher-Regulierung des Verhaltens der Einzelnen /Normadressaten/ und der gesellschaftlichen Beziehungen. Sie fasst die vorherregulierende Rolle des Rechtes in erster Reihe aus dem Gesichtspunkt der Gestaltung und Entwicklung der gesellschaftlichen Beziehungen, andererseits: in einzelnen Fällen, in Bezug des konkreten Verhaltens des Einzelnen /Individuums/. Diese letztere kennzeichnet das Recht seit seiner Entstehung. Der konkret-einzelnen Fällen betreffend bezieht sich die Rechtsnorm auf das zukünftigen Verhaltens des Adressaten, obgleich in gesellschaftlichen Dimension von einer «post festum» Anerkennung, von einer «Regulierung» schon allgemein ausgebildeter Verhältnissen die Rede ist. Immer grössere Zahl von Rechtstheoretikern und Rechtssoziologen fasst die vorher-regulierende Funktion des Rechtes im Sinne auf, dass die Bedeutung dieser in der *Gestaltung* und *Schaffung neuerer sozialen Beziehungen* besteht, die noch gar nicht, oder nur in ihrer Partikularität vorhanden sind.

In Bezug des sozialistischen Rechts sind die sozialistische Autoren der Meinung, dass dort, —wo das Recht dauerhafte Änderung in dem Bewusstsein der Adressaten zustandebringen kann— sprechen wir über die *erzieherische Funktion* des Rechts, also: indem das Recht von den Adressaten nicht nur eine äussere Anpassung, sondern eine innere Identifikation mit den rechtlichen Forderungen real beanspruchen kann (1).

Die gesellschaftliche Rolle, die Bestimmung d.h. die Funktion des Rechtes ist *einerseits*: der Klassenkampf bezweckt auf Grund der gesellschaftlichen Gegensätze, die Aufrechterhaltung und Weiterbildung der Macht der herrschenden Klasse; in diesem Sinne ist das Recht *das Instrument des Klassenkampfes*, dementsprechend können wir *von politischen Funktion* des Rechtes sprechen. *Andererseits*: ist es auch ein Instrument zur Entschärfung und Beschränkung der Gegensätze, insofern richtet es sich inmitten des Klassenkampfes auf die Aufrechterhaltung irgendeiner *Ordnung*, nennt man *regulative Funktion*. Von diesem Standpunkt können wir sagen, dass bei gegebenen geschichtlichen Bedingungen /die Existenz der gesellschaftlichen Klassen mit entgegengesetzten Interessen/ im allgemeinen das Funktionieren des Rechtes im Interesse der Gesellschaft ist.

Diese Feststellung bedeutet nicht unbedingt, dass an der Aufrechterhaltung des Rechtes mit gegebenem Typus alle Klassen der Gesellschaft gleichermassen interessiert wären. Dementsprechend kann man bei der Bewertung des Rechts und seiner gesellschaftlichen Funktion /in dem geschichtlichen Zeitalter, wenn die Existenz und Funktionierung des Rechtes von den Produktionsverhältnissen und den dadurch entstandenen Klassenteilung überhaupt und objektiv vorgeschrieben ist/ von zwei Gesichtspunkten ausgehen.

1. *Die politische Funktion des Rechtes*. Die politische Gebundenheit der gesellschaftlichen Funktion des Rechts ist von den bürgerlichen Autoren /mit gewisser Ausnahme/ nicht anerkannt. Die rechtshistorischen Beispiele, Rechtssysteme und Rechtsinstitutionen, die die Klassenantagonismen offen ausgedrückt haben, werden als «unregelmässige Fälle» der Rechtsentwicklung betrachtet. Auch solche Ansichten sind bekannt, wonach die Politik und die klassenmässige Anschauung in das Recht durch die marxistische Rechtstheorie eingetragen wurde (2).

(1) Vgl. hierzu KULCSÁR, Kálmán: «A jog nevelő szerepe a szocialista társadalomban», *Die erzieherische Rolle des Rechtes in der sozialistischen Gesellschaft*, Budapest, 1961.

(2) Siehe, BILINSKY, A.: *Die Entwicklung des Rechtsbegriffes in der Sowjet-*

Man soll hier bemerken, dass den Klassencharakter und die politische Eigenartigkeit in das Recht nicht durch die sozialistische Rechtstheorie «eingetragen wurde». Diese hat das Politikum im Recht /und Rechtsordnung/ nur erkennt und bewusst gemacht, was sonst im Recht objektiv gegeben ist, weil das Wesen des Rechtes im Grunde von politischer Natur ist.

Wenn die Gesellschaft —in der die Rechtsnormen mit bestimmten konkreten Zwecken bewirken— nach Klassen —und Schichten— und Gruppeninteressen gegliedert ist, so wird diese Gesellschaft von entgegengesetzten oder nur unterschiedlichen, sogar einstimmenden Interessenstrebungen der Schaffung, der Anwendung, auch der Auffassung der Rechtsfunktion betreffend gekennzeichnet. Auch die Funktion der «Ausgleichung» und der «Versöhnung» der vorhandenen sozialen Interessen /die in der Lehre der «social control» begriffen ist/, kann sich in der Tat nicht parteilos, sondern in erster Reihe der herrschenden Interessen entsprechend verwirklichen. Allein die ökonomisch und politisch stärkste /deshalb herrschende/ Klasse ist faktisch in der Lage, ihre Lebensbedingungen auf die Gesellschaft zu zwingen. An welcher Ebene und mit welcher Schärfe diese Funktion des Rechts sich äussern wird, hängt der historisch gegebenen wirtschaftlichen, politischen und ideologischen Situation der Gesellschaft ab.

Die Erfüllung der politischen Funktion des Rechtes bedeutet nicht die vollständige Auflösung der verschiedenen sozialen Konflikte. Diese Konflikte der Klassen, Schichten und Gruppen kann das Recht /und Staat/ meistens nur «stumpfen» oder binnen der «Ordnung» behalten, um das Vernichten der ganzen Gesellschaft abzuweisen. Diese Rolle der Rechtsordnung begreifen einige Autoren in der Integrativ-Funktion des Rechts /W.Maihofer, H.Schelsky/.

2. *Die regulative Funktion* ist es aus dem Gesichtspunkte der Gesellschaft und der Produktivkräfte und Produktionsverhältnisse, sowie der gesellschaftlichen Teilung der Arbeit zu untersuchen: in diesem Sinne, also im Vergleich zur Anarchie, steht die Existenz der staatlich-organisierten Gesellschaft /auch die in rechtlichen Formen regulierte Ordnung des Verhaltens des Individuums/ nicht nur im Interesse der herrschenden Klasse, sondern auch der ganzen Gesellschaft, obgleich das Recht

union. Jahrbuch für Ostrecht. Bd. III. Halbjahresheft, 1972, S. 69; FETSCHER, I., «Recht und Gerechtigkeit im Sowjet-Marxismus», *Zur Frage nach dem richtigen Recht. Bericht über die Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission am 2. u. 3. Dez. 1961.* Würzburg. S. 6.

die Regulierung nach herrschenden Klasseninteressen der menschlichen Verhalten grundlegend bedeutet. Die Interessiertheit der menschlichen Gesellschaft am Dasein des Rechts, am legalisierten /rechtlich geregelten/ Zusammenlebens stellt sich wieder von zwei Richtungen dar und zwar: einerseits von der Seite der Produktion der materiellen Gütern, von der Seite der allgemeinen gesellschaftlichen Interessiertheit an der Kontinuität der Produktion von Selbsterhaltungsgüter, die für das Bestehen der Gesellschaft nötig sind, andererseits: von der Seite der Reguliertheit des Klassenkampfes. Unsere bezügliche Meinungen fassen wir im Folgenden zusammen.

a. /Das gesellschaftliche Zusammenleben fördert das Dasein von Regeln, mit deren Hilfe die Menschen ihre Handlungen koordinieren, auf Grund deren sie ihre Handlungen bewerten und mit den Konsequenzen eigener Verhaltungen kalkulieren können. Diese Gesetzmässigkeit des gesellschaftlichen Zusammenlebens ist eine auf allen Entwicklungsstufen der Gesellschaft gültige Eigenschaft. Regel und Ordnung ist selbst ein unentbehrliches Moment jeder Produktionsweise, die gesellschaftliche Festigkeit und Unabhängigkeit von blosser Zufall oder Willkür sichern soll. Sie ist eben die Form ihrer gesellschaftlichen Befestigung und daher ihrer relativen Emanzipation von blosser Willkür und blosser Zufall. Sie erreicht diese Form bei statischen Zuständen sowohl des Produktionsprozesses wie der ihm entsprechenden gesellschaftlichen Verhältnisse, durch die blosse wiederholte Reproduktion ihrer selbst. Hat diese eine Zeitlang gedauert, so befestigt sie sich als Brauch und Tradition und wird endlich geheiligt als ausdrückliches Gesetz.

In der Gesellschaft stellt sich also das Bedürfnis immer ein, die täglich wiederkehrenden Akte der Produktion, der Verteilung und des Austausches der Produkte unter eine gemeinsame Regel zu fassen, dafür zu sorgen, dass der einzelne sich den gemeinsamen Bedingungen der Produktion und des Austausches unterwirft. Diese unterstreichen eine der Gesetzmässigkeiten des gesellschaftlichen Zusammenlebens, unabhängig von verschiedenen gesellschaftlichen Systemen. Es ist die Gesellschaft selbst, die in allen Erscheinungen des gesellschaftlichen Lebens und besonders in der Produktion der materiellen Güter nach *Wiederholung* und *Ordnung* strebt, und dadurch in gewissem Masse *Stätigkeit* und *Stabilität* der geschichtlich-gegebenen Ordnung der Produktion und des Tausches verleiht (3).

(3) Pgl. MARX, K., *Das Kapital*. Bd. III. Budapest, 1956. S. 761. In weiterem siehe, ENGELS, FR., *Zur Wohnungsfrage*.

Die Ordnung und die Kontinuität in der Produktion und der Verteilung der Güter Anfangs auch die nicht in rechtlichem Sine genommene Gewohnheit /die Konvention/ zu sichern vermag, weil es in der Urgesellschaft keine Klassen mit entgegengesetzten Interessen gab. Diese Ordnung des gesellschaftlichen Lebens beruht doch auf der Übereinstimmung der menschlichen Interessen. In der späteren Epoche der gesellschaftlichen Entwicklung /mit der Entstehung des Privateigentums und der gesellschaftlichen Klassen/, konnte die bisher bestehende Ordnung der Produktion und Verteilung der Güter nicht mehr die Zustimmung aller Mitglieder und Klassen der Gesellschaft finden, denn es fehlte der Einklang der Interessen. Die herrschende Klasse der Gesellschaft hatte eine neue Ordnung der Produktion und der Verteilung der produzierten Güter eingeführt, die in der nachfolgenden Geschichte der Gesellschaft —also doch die Klassen existieren werden—, immer eine klassenmässige, von den Interessen einer herrschenden Klasse bestimmte Ordnung wird. Demzufolge, in der hier behandelten Periode der gesellschaftlichen Produktion bilden die das Zusammenwirken und die Verbindungen der Menschen regulierende Normen nicht nur einfach einen klassencharakteristischen Inbegriff von Normen, sondern in gewissem Teile von dem Machtapparat der herrschenden Klasse /Staat/ auch mit Zwang angewandt werden.

Da die Gesellschaft durch längere Zeit die Anarchie, als chaotischen Zustand der Produktion und der Verteilung auch den Mangel der Führung in der Gesellschaft vertragen nicht vermag, wird aus dem Kampfe der Klassen —früher oder später— eine neue, klassencharakteristische Ordnung des Verhaltens und der menschlichen Verbindungen zustandekommen.

b/. Untersuchen wir diese Frage auch von der Seite des —im rechtlichen Rahmen sich bewegenden— Klassenkampfes. Im Vergleich mit dem anarchischen Zustand des Kampfes von gesellschaftlichen Klassen ist die —nach den Interessen der herrschenden Klasse, in rechtlicher Form— geregelte Ordnung viel günstiger, oder nur weniger nachteilig, sowohl für die Gesellschaft, als auch die einzelnen Klassen, da in dem rechtlich regulierten, oder legalisiertem Zusammenleben die Möglichkeit der individuellen Willkür von der Seite der einzelnen Mitglieder der herrschenden Klasse begrenzt, oder ausgeschlossen oder nur gemässigt ist. Richtig hatte Antiphon der Griechen im Altertum gesagt: «Nichts Schlimmeres gibt es für die Menschen als Anarchie!» (4). An gleicher Weise äusserte sich

(4) Siehe, CAPELLE, W.: *Die Vorsokratiker*. Berlin, 1958. Akademie-Verlag. S. 376.

Aristoteles: «... vielleicht ist schon im Leben allein ein Teil des Guten zu finden —und erhalten die staatliche Gemeinschaft schon um des blossen Daseins willen aufrecht—, wenn ... das Ungemach des Lebens nicht gar zu sehr überwiegt» (5). Das Recht festsetzt nämlich den allgemeinen und «durchschnittlichen Masstab der Unterdrückung» für den Unterworfenen, strebt doch zugleich auch danach, die Möglichkeit der zur Anarchie führenden individuellen Willkür und Übertreiben auszuschliessen (6). Der rationale Sinn der Hypothese des «Gesellschaftlichen Vertrages» in Hobbes-s Leviathan liegt darin, dass er —neben dem konkret— politischen Ziel und Wirkung, die Macht der absoluten Monarchie zu legitimieren —gegenüber dem unregulierten Klassenkampf, dem Zustand des «bellum omnium contra omnes» /ständische Anarchie in England/ den rechtlich-staatlich regulierten Klassenkampf bevorzugt (7).

Die zweiseitige Annäherung der politischen Funktion des Rechts ist im faktischen Existenz des Rechts objektiv gegründet. Eine weitere Annäherungsmöglichkeit einerseits auf das «Obrigkeits-Recht», andererseits auf das Persons-Recht /Rechtssubjekte/ orientierte Betrachtungsweise ist. Die erste Betrachtung sieht im Recht das Inbegriffen /von der Staatsmacht gegebenen/ Befehlen, Weisungen und Entscheidungen, wogegen die Person nur gehorchen soll. Die zweite —auf Person orientierte Annäherung untersucht die Funktion des Rechts, was für einen Schutz das Recht den Personen /als Rechtssubjekten/ gegenüber dem Staat und anderen Rechtssubjekten leisten kann. In diesem Sinne spricht man über eine «Rechtsschutz-Funktion» des Rechts für Individuum. Unserer Meinung nach, diese Funktion soll nicht nur das Recht, sondern auch der Staat erfüllen, sowohl in Bezug der Herrschaftsunterworfenen auch unter den Herrschenden. Diese Rechtsschutz-Funktion kann eher vom Staate garantiert werden und weniger vom Recht. Das Recht kann eher den Schutz des Persons oder der Persönlichkeit dienen. Eine solche Betrachtung, die in der Verbreitung der Personenrechte in sich «die Auflösung von der Macht im Recht» sieht, ist kaum überzeugend. Nämlich die Ausgestaltung und Verwirgung der subjektiven Rechte /die Rechte der Personen/ sind von denselben konkreten wirtschaftlichen—, politischen und ideologischen Faktoren einer bestimmten Gesellschaft beeinflusst, wie das Recht selbst im objektivem Sinne. Die Projektion des objektiven Rechts, was wir hier als die subjektive Rechte der Person

(5) Vgl. hierzu, ARISTOTELES, *Politika*. 1278/b.

(6) Siehe, MARX, K., *Die deutsche Ideologie*.

(7) Siehe, HOBRES, Th., *Leviathan*. Kp. 14; SPINOZA, B., *Tractatus Politicus*, II.15; HEGEL, *Esztétika*. /ung./ Budapest, 1952. S. 186-188.

behandeln, erfüllt dieselbe politische Funktion, die in der Rechtsnorm festgesetzt ist. Zuzolge der Verwirklichung der subjektiven Rechte wird das Recht /die Rechtsordnung/ seinen Machtcharakter nicht verlieren, eher in den vorgeschriebenen Formen diese Eigenartigkeit in funktionaler Einheit verwirklicht.

Univ.—Prof.

DR. MIHÁLY SZOTÁCKI

Pécs—Ungarn.

PERVERSIONS OF FUNCTIONS

«And, in general, for all things that have a function or activity, the good and the excellent is thought to reside in the function, so it would seem to be for man, if he has a function. Have the carpenter, then, and the tanner certain functions or activities, and has man none?... What then can this be?... we are seeking what is peculiar to man.»

ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, 1097^b 26 ff.

In what circumstances do questions about the function of a thing arise? Here is one possibility: someone notices that a valve is allowing oil to flow over a wheel; he asks, «Is that its function?» The question is prompted by the thought that something may be amiss. Is the valve working as it should, or is it malfunctioning? Our questioner does not know what the valve is for; he is ignorant of its role in the operation of the machine. A knowledge of the valve's function would enable him to judge whether the device is doing what it is supposed to do. He could then assess it as satisfactory or defective and, if necessary, sound an alarm.

Something like this must be behind Aristotle's concern about the function of man. For he raises that question in the course of inquiring what is good and excellent in the way of human lives: if he can determine what the proper work of man is, he will be able to say whether a given man's activities are in accord with what a man is supposed to be doing. He will be able to specify what is defective in this or that man's life, and what is proper in some other man's.

Some thinkers find it natural to ask a parallel question about the function of laws. Their question is surely prompted by concerns similar to Aristotle's. One is tempted to think like this: if only we could determine what the purpose of law is, what a law is supposed to do, we would be in a position to say whether the law is in fact performing its function, doing what it was meant to do, and then we should be able to say whether its operation is correct or perverted.

Something is wrong with this line of reasoning. One obvious confusion is evident in confounding questions about the function of a *particular* law or about particular legal devices with questions about the function of Law —not this or that statute, ordinance, or procedure, but Law *überhaupt*. Law *qua* law. From the fact that we understand what question is being asked when we discuss the function of a particular law or procedure, it does not follow that we understand the more general question, nor does it follow that its meaning is analogous. Aristotle jumps too quickly from the observation that a carpenter and a tanner have a special job to do to the conclusion that something similar can be said about man *qua* man. He seems to assume that because we can understand and answer the questions, «What is the proper work of a carpenter?» and «What is the proper function of an eye or a foot?» the same must be true of the question. «What is the proper function of man?» But if this question is to mean something like «What is man *for*?» then it is by no means clear that we do understand it. Similarly, even if we understand what someone asking for the function of a particular law is after, we may not understand what a similarly phrased question concerning law *as such* is meant to elicit.

But we *can* understand the question. «What is the function of this particular law?» so let us focus our attention on it (1). Someone hearing that the city of Eugene, Oregon, has enacted an ordinance prohibiting certain public displays of affection («obscene touching») may ask, «What is the function of that law?» One could respond by pointing out to him the city council's concern to protect people from indecent and offensive sights, the local merchants' eagerness to discourage disreputable young people from lewd behavior that might embarrass respectable shoppers, the concern of some city council members to placate these merchants, the community's desire to express its opposition to Bohemian life-styles. The functions of the law will thus become clear to him. What had seemed to be an arbitrary piece of legislation or a gratuitous bit of public moralizing becomes an intelligible (though not necessarily wise) interdiction. In the same way, someone might be puzzled about the function of certain provisions in the U. S. tax laws. «What is the function of oil depletion allowances?» he might ask. Or «What is the function of tax write-offs, tax credits for certain investments, dividend exclusions?» Or again, someone —someone naïve or hopelessly ignorant— may be

(1) The question of what sense we are to attach to a demand for the function of law in general deserves a much fuller discussion than I can offer here, though I hope that some of my observations are relevant to it.

in doubt about the function of South Africa's *Apartheid* laws and ask what it might be. These questions would arise quite naturally, as would the questions concerning the oil valve and the touching ordinance. There is first the suspicion that something is not working as it should, then the thought that this suspicion could be allayed by discovering the function of the particular laws in question. «The function of oil depletion allowances is to encourage investment in oil exploration.» «The function of tax credits is to stimulate industrial expansion and economic growth.» That is the kind of answer that seems appropriate to such questions.

The word «function» (or *ergon*, in Aristotle) is used in a rather special way here. We sometimes speak of the functions of a thing in explaining what it can do. For example, the functions of a tape recorder (often listed in the instruction manual under the heading, «Functions») are: play, record, erase, rewind, fast forward, sound-on-sound, etc. In this sense of the word, we could easily investigate the functions of man and the functions of laws. We could see what sorts of things a law does: e.g., that it enjoins and penalizes various kinds of conduct or misconduct, regulates and facilitates commercial transactions, confers public benefits, arrests, interrogates, tries and imprisons people, protects or represses their freedoms, etc. (2). And we could see what sorts of things human beings do: breathe, ingest, digest, grow, reproduce, wear clothes, make war, reason, et. But if these are 'functions' of law and man, respectively, this use of the word «function» does not correspond to Aristotle's *ergon*, and it is not, I think, the sense in which, in our examples, someone sought a knowledge of functions in order to be able to make valid assessments of a law. For, in the first place, it is not just *anything* a thing does that is its *ergon*, not just any work that is the proper work of a carpenter, a tanner, or (on Aristotle's view) a human being. A carpenter may take a job as a cook, a tanner may write articles for a music magazine, yet these would not be the functions of a carpenter or a tanner, respectively. The functions of a thing must be «peculiar» to it, Aristotle holds. So Aristotle is not going to allow all the things a man does as part of man's function; indeed, he specifically rejects perceiving, growth, eating, and whatever else goes into «nutritive living» as not the *ergon* of man, on the grounds that other creatures do these things as well.

Similarly, it is not just *any* function or work that the law performs that constitutes its *peculiar* function. If it is the latter that someone is

(2) SEE R. S. SUMMERS, «The Technique Element in Law», 59. *California Law Review*, 733, ff., for a fuller list of functions discharged by legal techniques.

seeking when he asks for the functions of law, then a description of what actually happens in legislatures, courts, prisons, police stations, election campaigns, and society generally, is not enough. For even if such descriptions should tell someone what the law does, they would not indicate what it is that *only* the law can do. It is conceivable, for instance, that the control of misconduct, the adjudication of disputes, the regulations of commerce, etc., might be managed by private arrangements, religious institutions, or other devices, rather than by the machinery of laws. What laws do then is not necessarily their unique function.

The question of the uniqueness of law's function in the sense of its ability to achieve this or that effect is not, however, the only doubtful element here. Even if only laws could bring about certain ends, it would be an open question whether those ends were desirable. Again there is a strong analogy with Aristotle's defective argument: from the fact that something has a peculiar ability, nothing follows as to whether that ability should be exercised. A certain poison, say, has the ability to kill a victim without leaving any trace of itself. Human beings have the unique ability to make the planet uninhabitable. No sane person would conclude from this that these potentialities should be actualized (3). Similarly, if we were to discover that laws have a special or unique ability to function as instruments for legitimizing certain kinds of repression or for casting an aura of holiness over the status quo, or as a means of expressing the public's desire for vengeance and retribution, we could not conclude, without begging important questions, that these functions were *proper* functions of law.

One obvious feature of the «logic» of claims about functions, in the sense of «what something is for,» is that the truth of such expressions implicitly depends upon the purposes of those beings who create, design, or employ those things. What laws do, we have noticed, even what they alone do, is not necessarily their function in this sense. To discover their functions, in the examples mentioned, we had to refer to the purposes for which they were enacted, the reasons why and the ends for the sake of which they became laws. The functions of laws, in this sense, depend on the purposes of their authors. Since those purposes may be wise or foolish, beneficent or nefarious, enlightened or benighted, the success of the laws is doing what they were meant to do may be a

(3) Unfortunately not all human beings are sane: something like the kind of reasoning illustrated here is tragically evident in the fields of weapons research, military planning, and other technologically oriented thinking guided by the maxim, «If it is technically possible, it ought to be done.»

cause for celebration or lamentation. There is no guarantee that the fulfilling of function is a good thing. Nevertheless, we often speak of a thing's function being *perverted*, or of a thing being misused, and these expressions carry with them the idea that some things at least have *proper* functions, distortion of which is an evil. Are these opinions based on unwarranted assumptions?

A skeptic who thought so might argue as follows: «The idea of «proper» and «perverted» functions are empty rhetoric. Whose purposes are we to take as guidance in determining the «proper» functions of law? The legislator? The man who benefits from it? Or the man who is its victim? Even in the case of common artifacts —an automobile, e. g.—, it isn't possible to say what their proper function is. Cars are used for transportation. But they also function to keep the economy going, to provide jobs for workers, excuses for more highway construction, demands for various resources. Not least important for the sociology of American mores, they function as status symbols, power surrogates, and places for sexual liaisons. To a commuter, their proper function is transportation. To the industrialist and labor union leader, their proper functions is to produce jobs and profits. To a couple in Lovers' Lane, those functions may be unimportant. If you call a given use a misuse, you are only saying it doesn't conform to your purposes or to the purposes of the people whose interests you take as authoritative. One man's perversion of function is another's recreation or profit. The «proper» function of anything is simply the function a given speaker intends the thing to serve.

«Similarly (our skeptic continues) with laws: if you like what a law does, you call that its «proper» function. Some laws function to enhance the economic power of those who already have wealth —that is what the legislators who enact those laws intend them to do, it is what the laws are *for*. You will call it «proper» or «perverted» depending on your economic philosophy. Some laws function to protect basic liberties, others to perpetuate injustice, still others to reinforce the traditional institution of family structure. If you think the law has no business doing these things, you will say they are inconsistent with the proper function of law, misuses of law. A misuse is simply a use of which you disapprove. There is no objective way of determining proper and improper functions.»

The grain of truth in the skeptic's argument seems to me to be this: the claim that a given purpose or result represents the proper function of a thing may be, in a given case, only a disguised way of expressing one's interest in or approval of that function (4). This may be seen most

(4) To illustrate, I recently heard the President of the Southern Baptists claim,

clearly where there are many functions performed, many purposes realized, and perhaps many different purposes motivating those who participate in bringing into being the thing that is assessed. There so many different functions served, e. g., by criminal proceedings —the «bringing the malfasant to justice», the ceremonial function of public, institutionalized condemnation of certain conduct, the social prophylaxis, to name but a few— that any simple pronouncement as to its «proper» function is likely to be arbitrary and one-sided. The skeptic's case is correct also in regard to controversial laws, laws that benefit some while harming others, where the decision to call a given function a perversion of the «proper» function of the law depends on whom we ask. Is it a perversion of tax evasion laws to use them in order to convict and punish racketeers whom one would like to convict of murder or extortion but can't? The racketeer's attorney might say so, but those whose interest is in stopping the racketeer will call it an adaptation rather than a misuse of the law. Was it a misuse of the Interstate Commerce clause to employ it as a device for ending racial discrimination in restaurants? We do not regard a thing as having its function perverted just because it is used for a purpose other than that for which it was created. It does not pervert the function of a screwdriver to use it as a can opener, nor is it a misuse of a fine painting to hang it so as to cover a plaster crack. A misuse or perversion must be not only contrary to the original purpose of a thing; it must be viewed as a bad thing to do, or as an act that has undesirable consequence.

What the skeptic's argument ignores, however, is that there are clear cases where this is so, where a law is put to an evil use, where its function is indeed perverted (5). It is not false, arbitrary, or one-sided to point out the perversion of the institution of the Grand Jury into a political device or its misuse when it is made to function as an arm of the prosecutor's office. There is no mistake in citing the attempted use of anti-riot laws to throttle political opposition and the free expression of ideas as instances of the law's perversion. What we must avoid is begging the questions (1) whether the functions of a law, in the sense of the purposes it was meant to serve, are themselves laudable, and (2) whether, when the function of a law is at least reasonable, a utilization of that

«The *true function* of religion is not education or social welfare but to represent God on Earth.»

(5) Analogously, there *are* uses of automobiles —e. g., in destruction derbies, or as instruments of homicide— that no one would be inclined to call their proper function.

law for some other ends is pernicious. But not begging these questions need not mean avoiding them. What is needed is a case by case inquiry to determine wheter what a given law or legal device accomplishes is worthy and just. That will tell us whether a given job done by the law is its proper work rather than dirty work.

ARNULF ZWEIG
University of Oregon



II

La función del Derecho y el sentido de la normatividad.

La fonction du Droit et le sens de la normativité.

The function of law and the meaning of normativity.

Die Funktion des Rechts und der Sinn der Normativität.

AXIOLOGIA Y JURISPRUDENCIA

El tratar estos dos puntos, que quizá aparentemente y a primera vista puedan parecer algo inconexos y separados, sobre todo si se les considera como conceptos totalmente independientes y aislados, puede tener una quiebra en el sentido de que serán eslabones de una cadena en cuyo centro cabe situar a la filosofía jurídica.

De lo que no existe la menor duda es que todos estos puntos tienen un lugar común, en el sentido de que pueden verse en unos casos como integrantes y en otros como final perseguido el ideal de la justicia.

Así como acabamos de esbozar la justicia en cuanto cabe relacionarla con la axiología, cabe decirse que es un valor moral especial, en la terminología de Nicolai Hartmann (1), esto es, que se encuentra comprendida de lleno dentro de los diversos mundos de los valores.

Pero mientras que la justicia, como acabamos de señalar, en el campo axiológico es un paso o un escalón más, en el campo de la jurisprudencia, así como en el de la filosofía del Derecho, es el fin perseguido y anhelado. No solamente es esto de la contemplación del punto justicia en dos planos totalmente distintos, sino la propia estimación es la que varía, puesto que mientras en el plano axiológico entre los valores de virtud cabe considerársele como el más bajo y elemental, en su relación con todo lo que hace a la jurisprudencia, ocupa, en cambio, el lugar más cimero.

Pero al pretender el alcanzar la jurisprudencia, o al menos deber pretenderlo, el idea de justicia, ya es cosa manifiesta la íntima relación que debe darse entre ésta y el estudio filosófico del fenómeno del Derecho, es una consecuencia lógica, por no decir que casi un corolario, que la jurisprudencia debe tener un enfoque notablemente filosófico, en el sentido de la antigua jurisprudencia romana.

Por todo lo antes dicho nos parece impropio, y en cierto modo condenable, que la aplicación de las leyes en el plano jurisprudencial se

(1) Nicolai HARTMANN, *Etica*. Guida Editori. Napoli, 1970. 3 tomos. Cita al II, páginas 215 y ss.

realice simplemente por medio de la aplicación de tal o cual artículo, prescindiendo totalmente del deseo de alcanzar ese fin superior y abstracto que es la justicia.

Es claro que todo el entramado y argumentación que hemos realizado podría ser tachado de visión totalmente parcial, pero es que en realidad creemos que puede aplicarse, por lo general, en el ámbito europeo continental, si bien tiene notables quiebras en el mundo anglosajón y algunos seguidores de las teorías elaboradas por los autores de esta zona.

Así, mientras al comenzar el presente estudio hablábamos de la separación y distanciamiento de los conceptos de axiología y jurisprudencia, cuando entramos a contemplar, aunque sea superficialmente, las principales construcciones de autores ingleses y norteamericanos, vemos cuan diverso es el enfoque.

Pensadores característicos que han realizado una casi digamos identificación entre axiología y jurisprudencia podemos señalar a Kneale (2) y Toulmin (3), destacando en especial toda la ideología del segundo, pues mientras el primero la equiparación la hace primordialmente con la ley, ley moral naturalmente, el segundo la hace con la jurisprudencia en concreto. Esta equiparación llevada a cabo por Toulmin es principalmente un pensamiento de contraposición a toda la ideología de Wittgenstein al anteponer a todas las matemáticas y la lógica en su equiparación a la axiología el concepto de jurisprudencia.

Pero, a pesar de esta anteposición que realiza de la jurisprudencia a los demás sectores que podrían situarse en una línea de paralelismo con la axiología, cabe decirse que es una realización que lleva adelante desesperadamente en el sentido de que es lo único que ve posible, si bien reconoce abiertamente su deficiencia pragmática (4).

No obstante lo que acabamos de decir no tiene, o tiene bastante poca, aplicación al ámbito en que nos movemos, tanto por el sentido de la jurisprudencia anglosajona, con «equity» e independencia judicial total, como por el carácter totalmente pragmático de toda la filosofía de la zona que estamos tratando, y por ello acuden a este concepto en el sentido puramente utilitario del mismo.

En el plano jurisprudencial continental en el que faltan esos aditamentos que hemos referido como peculiares y característicos del ámbito británico, es necesario, pues, tanto por temperamento psicológico como por su configuración, pasar por el concepto filosófico del Derecho y el de

(2) KNEALE: «Objectivity and Morals». En *Philosophy*, 25 (1950).

(3) TOULMIN, *The Uses of Argument*. Cambridge University Press. 1958.

(4) TOULMIN, «The Work of Justice». En *Time*, 5 de mayo de 1958.

jurisprudencia en el sentido romano clásico, para poder realizar la conexión que desde el principio estamos intentando llevar a cabo entre axiología y jurisprudencia.

Pero hay que considerar también en último, pero asimismo destacado lugar, algunos puntos que a su vez se encuentran íntimamente conectados.

Es claro que en el plano de relaciones y puntos de contacto que estamos llevando a cabo entre la jurisprudencia y la axiología, la primera debe, o al menos debería, establecer unos valores de carácter filosófico y universal, aunque sean de carácter moral especial, como decíamos al principio recordando a Hartmann, y no simplemente llevar adelante la aplicación totalmente técnica y sin espíritu de éste o aquél precepto, sin buscar ni conseguir el logro de ese fin superior, al que por lógica debería aspirar.

Bien es verdad que la jurisprudencia es, o al menos debiera ser, según la construcción de Toulmin, consciente de su deficiencia pragmática, puesto que incluso situándonos en el plano de la realidad más cruda y palpable, es claro que ha de actuar en la aplicación y uso de normas jurídicas, que según la definición de mi maestro Elías de Tejada son «normas políticas de contenido ético» (5); pero la terrible tragedia, aún casi mayor que la falta de un horizonte y un fin superior, la justicia, es que llegue algún día el momento en que se antepongan las categorías políticas a las categorías éticas.

PABLO J. BADILLO O'FARRELL
Universidad de Sevilla
Facultad de Derecho

(5) ELÍAS DE TEJADA, *Introducción al estudio de la ontología jurídica*. Ed. Suárez. Madrid, 1943.

EL DERECHO COMO NO-DISCRIMINACION Y NO-VIOLENCIA

Una de las acusaciones más graves que en nuestro tiempo se han dirigido contra el Derecho estriba en la afirmación de que éste no sólo es impotente para contener la violencia, sino que él mismo la perpetúa y mantiene. Se pretende así desvirtuar la teoría clásica que veía en el Derecho un medio al servicio de la paz.

Para tratar de medir el valor de estas acusaciones conviene que analicemos algunas de las causas de la violencia, y veamos hasta qué punto el Derecho puede contribuir a desarraigarlas. Para ello resulta necesario previamente indicar algunos elementos que contribuyan, aunque sólo sea en esbozo, a perfilar esa realidad multiforme de la violencia. A tal efecto creemos acertada la posición de aquellos autores que comienza por emparentar la violencia con el empleo de la fuerza actual o potencial, que trata de imponer al otro lo que éste no haría por su voluntad. En este sentido, la violencia aparece «prima facie» como una restricción de la libertad humana. Sin embargo, no cabe identificar fuerza y violencia. Para que el empleo de la fuerza sea calificado como violento parece necesario, en primer lugar, que cause daño a otra persona, que le cause realmente un perjuicio. El daño causado a la víctima de la violencia es por antonomasia una lesión física o la muerte. Sin embargo, no parece razonable negar que exista también violencia en los atentados contra la integridad psíquica de las personas, contra su libertad, como es el caso de los lavados de cerebro, de la reclusión en sanatorios psiquiátricos de los desafectos al régimen político, etc. En segundo lugar, para que el empleo de la fuerza dé lugar a la violencia hace falta, además, que el daño causado sea injustificado. No es violencia la fuerza que se ejercita para defender la propia persona de las agresiones ajenas, siempre que se mantenga dentro de los límites de lo necesario, sino la que constituye un atropello del otro. La apelación a la finalidad ética del acto para distinguir fuerza y violencia puede conectar con la más moderna psicología, que diferencia una forma de agresividad positiva, caracterizada por el

empuje del hombre para afirmarse en la vida, y una agresividad, hostilidad o violencia, que no tendría otra finalidad que la de dañar a otro. Es más, los psicólogos actuales insisten de tal modo en la distinción que llegan a afirmar que en buena parte una y otra se encuentran en razón inversa en el individuo. Cuando mayor es la energía creadora del individuo, tanto menos surge en él la frustración, que le conducirá a la violencia, bien dirigida contra sí mismo en forma de depresión —cuya relación con la acidia de los clásicos sería interesante estudiar—, bien contra los otros. (Sobre las dos formas de agresividad véase recientemente Hacker, *Agresión*, trad. Barcelona, 1973).

Esbozado el concepto de violencia, tratemos de señalar algunas de sus causas. Estas podrían ser ordenadas en dos grandes grupos: las que hacen referencia a la situación en la que se desenvuelve el individuo, y las que se refieren a su talante moral. Respecto a las primeras cabe hacer una ulterior distinción, según afecten al contorno interpersonal o al social. Fromm ha resumido las condiciones óptimas en ambos casos para la no existencia de la violencia. Recogemos sus palabras, porque nos parecen responder a una cierta «communis opinio» de la doctrina: «Entre las condiciones específicas necesarias para el desarrollo de amor a la vida (en el plano interpersonal), mencionaré las siguientes: cariño, relaciones afectuosas con otros durante la infancia; libertad y ausencia de amenazas; enseñanza —por el ejemplo, más que por la palabra—, de los principios conducentes a la armonía y la fuerza interiores; guía en el arte de vivir; influencia estimulante de otros y respuesta a la misma; un modo de vida que sea verdaderamente interesante.» (*El corazón del hombre*, trad. Méjico, 1966, pág. 54). En cuanto a las condiciones óptimas en el terreno de lo social, Fromm destaca las tres siguientes: «seguridad, en el sentido de que no estén amenazadas las condiciones materiales básicas para una vida digna; justicia, en el sentido de que nadie puede ser un medio para los propósitos de otro, y libertad, en el sentido de que todo individuo tiene la posibilidad de ser un miembro activo y responsable de la sociedad» (ob. cit., pág. 55).

Ahora bien, sería erróneo considerar que en el caso de ausencia de tales condiciones, el hombre queda determinado a elegir el camino de la violencia. Se trata más bien de elementos condicionantes. La renuncia a la violencia será, por tanto, más difícil en estos casos, pero no imposible. Por ello es necesario dar un paso más e indagar cuáles son los móviles subjetivos, el talante moral, que da origen a la violencia. En este caso, psicólogos y moralistas coinciden en que las actitudes propicias para el comportamiento violento son fundamentalmente las siguientes: el deseo

de venganza, la ira, la envidia, el resentimiento, el miedo y la desesperación ante la falta de perspectivas, la soberbia y el narcisismo.

Precisamente en conexión con el narcisismo colectivo aparece un fenómeno en el que insisten con rara unanimidad los representantes de las más variadas tendencias y de diversas disciplinas, considerándolo como la causa primordial de la violencia en nuestro tiempo. Me refiero a la personificación del mal en un determinado grupo social, étnico, político o religioso, frente al cual resulta lícito actuar del modo más violento. La importancia de este fenómeno —en cuyo origen ha visto Gabriel Marcel, seguido por E. Mounier y J. Lacroix, el espíritu de abstracción, el deseo de estereotipar al otro, de encasillarlo en determinado grupo, para poder condenarlo, sin tomarse las molestias de conocerlo, aunque sea superficialmente— estriba en que afecta a los diversos ámbitos señalados: es decir, tanto al de contorno interpersonal, como a la situación social, o al talante ético. Ello ha sido puesto de relieve por Rof Carballo, profundizando agudamente en las consideraciones del gran etólogo Konrad Lorenz. En el ámbito de lo interpersonal puede hacer surgir determinadas amistades o mantener la solidaridad de la familia, a costa de alguno de sus miembros. «Lo mismo ocurre en los grandes grupos colectivos —continúa diciendo Rof (*Violencia y ternura*, Madrid, 1967, pág. 149)— donde considerar un sector o varias personas como culpables y responsables de todo mal con el nombre de «comunistas», «negros», «rojos» o apelativos semejantes representa el aglutinante más fácil y barato, pero a la vez el más eficaz para mantener momentáneamente la solidaridad del grupo.» En cuanto actitud interior del sujeto, constituye un claro fenómeno de proyección, gracias al cual el individuo pretende liberarse de todas sus culpas, transmitiéndolas al grupo en cuestión, que aparece así como una nueva especie de «chivo expiatorio».

¿De qué modo puede el Derecho desarraigar las distintas causas que producen la violencia? El Derecho, en cuanto forma de la vida social, no debe pretender modificar directamente el contorno de lo interpersonal, ni el talante moral del sujeto, dado que no le es lícito inmiscuirse en la intimidad de las personas, mientras que el comportamiento exterior de éstas sea correcto. Otra cosa es la influencia indirecta, que el Derecho puede causar en ambos ámbitos, contribuyendo a eliminar así a un nivel más profundo las causas de la violencia; influencia indirecta, cuya importancia ha sido destacada recientemente por L. Muñoz Sabaté en su libro *Enfermedad y Justicia. El papel del Derecho en la psicoterapia individual y social*. (Barcelona 1972).

La competencia del Derecho se centra, por tanto, en la lucha contra

la presencia de las causas socio-políticas de la violencia. Este tema ha sido abordado por Mariano Hurtado Bautista en su reciente trabajo, *Sobre Derecho y violencia* (Murcia, 1972.) Aquí nos limitaremos tan sólo a exponer de qué modo el Derecho combate el fenómeno de la personificación del mal, dada su importancia en la gestación de la violencia. Es más, nos parece que su análisis puede aportar cierta luz al tema de los caracteres diferenciales de lo jurídico frente a las otras formas de la vida social. Por de pronto nos encontramos con el principio comúnmente admitido en Derecho de la presunción de inocencia de *todo* individuo, mientras no haya sido probada su culpabilidad en un juicio dotado de las condiciones mínimas de objetividad, y en el cual el inculpado disponga de los medios adecuados para su defensa. En este principio veía Capograssi, con fundamento, la diferencia entre la civilización y la barbarie, entre el Derecho y la violencia. (*Il quid ius e il quid iuris in una recente sentenza*, en *Opere*, Milán, 1959, t. V., págs. 21-26.)

Junto a este principio existe otro que ha sido considerado desde Roma como expresión de lo jurídico. Me refiero al principio del respeto universal al otro, expresado en el famoso principio de Ulpiano: «*neminem laedere*». Lo esencial de este principio está no en su formulación negativa —que ha podido llevar a algunos autores, como al propio Schopenhauer— a ver en el Derecho una actividad simplemente limitativa o restrictiva de las libertades humanas, con vistas a evitar el daño al otro, sino en la dimensión de la universalidad del respeto que él mismo impone.

Cabe, por último, señalar un tercer elemento que contribuye decisivamente a combatir este intento de personificación del mal. Este otro elemento es el descubrimiento de que la idea del Derecho va unida al reconocimiento del otro, de cualquier otro, como igual a mí. Este aspecto ha sido puesto de relieve por Petrone, al destacar como la actividad del «pater-familias» en Roma alcanza verdadero carácter jurídico cuando entra en contacto con otros «pater-familias», y no cuando se relaciona con los *alieni iuris* (la expresión es significativa). («I caratteri differenziali», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1898, p. 84). Por eso se ha dicho, con razón, que la institución de la esclavitud quedaba fuera de lo jurídico en cuanto suponía admitir que determinadas personas carecían de derechos (COING, *El sentido del Derecho*, trad. Méjico, 1959, página 13). La experiencia jurídica puede y debe ser considerada como la experiencia que establece el respeto universal al otro indeterminado y que, en consecuencia, exige una igualdad mínima entre todos los hombres. Esta igualdad mínima no implica un igualitarismo amorfo en el que todo mérito y toda distinción quede negada, sino tan sólo la necesidad

de reconocer por igual en todos los hombres una serie de derechos mínimos, los que ha venido en llamarse, por eso mismo, derechos humanos, como indispensables a todo individuo. En consecuencia, las normas que violen tal igualdad de derechos fundamentales serán no sólo injustas, sino que no serán jurídicas, ya que —como ha dicho Martin Luther King—, la discriminación supone la relegación de la persona a la condición de cosa, y por tanto es absolutamente incompatible con la idea de lo jurídico.

Esta exigencia implícita en lo jurídico de respeto universal al otro requiere, para ser efectiva, que el Derecho aparezca como un valor de mayor rango en relación con la política y no caiga en la tentación de convertirse en un puro instrumento al servicio de ésta. En tal caso sus dimensiones de universalidad quedarían limitadas, ya que la política, en cuanto aparece como actividad autónoma superior al Derecho y a la moral, propende siempre a organizar la convivencia según el esquema amigo-enemigo. Lo ha subrayado espléndidamente Cotta, apelando a la historia del pensamiento político desde Maquiavelo a K. Schmitt, pasando por Rousseau. («Sul rapporto tra diritto e politica», en *Itinerari esistenziali del Diritto*, Nápoles, 1972, pp. 75-103.)

Ocurre, sin embargo, que históricamente el Derecho ha sucumbido a esta grave tentación de ponerse al servicio de la política, perdiendo así su propia dignidad y su consistencia propia. La misma reducción de lo jurídico al ordenamiento positivo impuesto por el Estado —propia del positivismo jurídico— implica ya —como ha advertido el ilustre Catedrático de Roma— una limitación de la universalidad de lo jurídico a la estrechez de la política. Por ello, igualmente, se oponía ya Del Vecchio a la nota de politicidad como esencial al Derecho, y Villet ha afirmado recientemente que es tarea de éste domar la política, y que, por tanto, que nada hay más lógico que *tender* hacia un Estado de Derecho.

En todos los casos en que, por una razón u otra, el Derecho olvida su dimensión de universalidad, de respeto a todos los hombres sin discriminación alguna, pierde su dignidad y resulta difícil distinguirlo de los ordenamientos que se dan a sí mismas las sociedades de ladrones, ya que éstas —como es bien sabido— respetan la justicia entre sus miembros como condición indispensable para realizar la injusticia frente a los que no pertenecen a la misma. Esto ya fue claramente visto en la antigüedad por San Agustín, cuando en su célebre pasaje del *De Civitate Dei* afirma que, desterrada a justicia, los reinos no son sino grandes latrocinios. Y a esta misma exigencia de universalidad en el respeto al otro aludía sin duda Pascal al ironizar acerca de las normas que permiten matar a

otra persona simplemente porque vive más allá del río. En esta misma línea hay que situar a Capograssi al destacar que la superioridad del Derecho del Estado frente al de las sociedades intermedias es paralela al reconocimiento de su inferioridad frente al Derecho internacional, que encarna el bien común universal.

Quizá nos hemos detenido en exceso en poner de relieve la antítesis que el Derecho supone en cuanto tal, respecto de aquella actitud abstractiva y estereotipada que diversos autores consideran como causa primordial de la violencia en nuestro tiempo. Ahora bien, creemos que era importante subrayarlo, ya que la acusación, a que aludíamos en principio, contra el Derecho quizá quede así desvirtuada. En efecto, los que han acusado al Derecho de consolidar la violencia lo que han hecho en muchos casos es confundirlo con la política, entendida como actividad autónoma y superior a la moral o al mismo Derecho. Esto es lo que ocurre en la obra de Sartre. Para éste el Derecho no es sino el medio que sirve para consolidar la unidad interna del grupo, una vez que la amenaza exterior del enemigo se ha hecho más débil. Al terror externo, que antes actuaba como factor aglutinante, sucede ahora el terror interno, impuesto por el juramento que da origen al Derecho.

¿Qué queda, por tanto, de la acusación inicial según la cual el Derecho se confundiría con la violencia? Naturalmente que aquellos autores propugnadores de un carácter ilimitado y absoluto de la libertad del hombre deben optar por la validez de la acusación. Aquí cabe citar nuevamente a Sartre, cuyos presupuestos filosóficos conducen necesariamente a una desvalorización del Derecho (véase, sobre ello, Bruno Romano, «Sui fondamenti della fenomenologia giuridico-sociale di Sartre», *RIFD*, 1970, páginas 26-41). Ahora bien, aún considerando inadmisibles tales presupuestos, hay que reconocer que en casos en que el Derecho defiende situaciones de privilegio, impone discriminaciones o, en general, niega las condiciones de vida mínimas exigidas por el respeto a la dignidad humana, a determinadas personas o grupos, se convierte en instrumento al servicio de la «violencia establecida». Idea ésta que no cabe considerar del todo extraña al mismo pensamiento de Santo Tomás de Aquino, que no dudó en calificar de violencia las leyes injustas (l. 2, q. 96, a. 4), ni en juzgar más sedicioso al tirano que a los que contra él se sublevaban (2. 2., q. 42, a. 2). Sino que en estos casos no estamos ante el Derecho —como es obvio—, sino ante su negación.

Es claro, por tanto, que pertenece a la esencia del Derecho el denunciar la violencia y el intentar desarraigarla. Sin embargo, debemos tener bien presente que el Derecho no puede eliminar íntegramente la presen-

cia de ésta. Es tarea suya evitar reprimir la acción violenta, pero no la intención de agredir. En consecuencia, bajo la apariencia de orden, las causas de la violencia subsisten en el corazón del hombre, prontas a estallar en cualquier momento. Así, por ejemplo, la total eliminación de la personificación del mal en un determinado grupo, la discriminación, no podrá lograrse por el simple reconocimiento jurídico de iguales derechos a todos los hombres, sino únicamente mediante la existencia de contactos personales verdaderamente afectivos entre los miembros de los diferentes grupos sociales.

Aparece aquí de manifiesto una de las insuficiencias de lo jurídico como norma reguladora de la vida humana, insuficiencia que reclama la presencia de la experiencia moral. Ahora bien, el reconocimiento de sus propios límites constituye también para el Derecho la clave de su prestigio y de su dignidad. Si pretendiese superarlos, intentando con todos sus medios hacer completamente virtuosos a los hombres, habría que dar la razón a los que identifican el Derecho con el terror.

JESÚS BALLESTEROS

Valencia

NORMATIVITE ET PSYCHOLOGIE DANS L'ACTE DE JUGER

La crise de la conscience contemporaine s'accompagne d'une crise de l'acte de juger que nous étudierons à travers les décisions correctionnelles du tribunal de Paris des six dernières années. Des conclusions en ressortent sur l'élaboration des jugements, qui ajoutent un chapitre à l'incertitude des références tirées du normativisme juridique et moral.

I

Présentement la normativité inhérente à la structure des délits s'est effritée dans le désarroi de la logique, des valeurs, la politique pénale et les lois. Le relèvement des délinquants place le juge devant les intérêts contradictoires de l'ordre public et des prévenus; juger constitue un test sur l'époque où interfèrent doctrines, milieu, mentalités.

Traditionnellement le juge répressif utilise la méthode analytique, il note les caractères distinctifs des procédures, des qualifications, des témoignages, il attache la normativité à une conceptualisation différentielle. Or la pratique actuelle met cette logique en contradiction avec elle-même, pour des raisons de technique pénale :

1. La *correctionnalisation* viole la hiérarchie des infractions pour soustraire à la cour d'assise des infractions que le code qualifie crimes: viol disqualifié en violences avec préméditation; tentative de meurtre disqualifiée en violences avec arme, cambriolage avec effraction, la nuit, en réunion disqualifié en vol. Si la victime d'un vol, qui a subi des violences, se constitue partie civile, l'entorse faite à la normativité conduit à l'impasse: on dira, pour éviter l'incompétence, et après avoir demandé au prévenu de comparaître volontairement pour coups et blessures, que vol et violence ont été indépendants, on indemniserà alors pour violences, mais on a violé une norme juridique. Aussi, à côté de la logique classique de la

déduction, s'élabore un «anti-droit» qui retire au débat correctionnel la configuration qu'il possédait après le réquisitoire.

2. La jurisprudence récente a modifié l'esprit des peines :

a) Les statistiques révèlent *l'adoucissement progressif* des peines dans la plupart des secteurs de l'ordre public. A la mentalité de violence de ce temps correspondent des sanctions relativement douces, par l'effet de la correctionnalisation, du sursis simple ou avec mise à l'épreuve. Violence avec arme (véritables tentatives de meurtre) gros cambriolages, délits de circulation (conduite en état d'ivresse cause d'homicide involontaire) illustrent avec éclat la dégradation des peines.

Les accidents de la route? - Conduite en état d'ivresse 2g10 d'alcool: 2 mois sursis et 300 F.; 2g40: 3 mois sursis; 2g95: 2 mois sursis; 2g40 et blessures par imprudence: 6 mois sursis et 300 F.; 3g25 et homicide involontaire: 6 mois sursis; 2g95, homicide involontaire sur un trottoir avec un véhicule «fou»: 10 mois sursis; 3g45, conducteur de camion déjà condamné pour ivresse au volant à 4 mois ferme: 1 an sursis et 500 F.! Quant au défaut de permis, il est sanctionné par une simple amende.

Le proxénétisme que le législateur a voulu frapper systématiquement, est souvent sanctionné de peines de prison avec sursis simple et même avec sursis et mise à l'épreuve, même lorsque le délit a été exercé sur l'épouse, que le prévenu a mis la fille à la rue et lui prend tous ses gains: les condamnations sont du type 13 mois sursis et une amende ou des peines «mixtes»: 13 mois dont 9 avec sursis... Il y a dix ans le proxénète était condamné à la prison ferme.

b) Les inventaires montrent la *disparité* des peines.

Les infractions à la propriété —vols, émissions de chèques sans provision—, sont plus sévèrement réprimées que les délits de mœurs —adultère, entretien de concubine, outrage public à la pudeur, homosexualité— Là les peines d'amende sont d'usage.

Disparité entre prévenus en flagrants délits et prévenus libres, les premiers étant sanctionnés plus rigoureusement. Disparité tenant à la personnalité des partenaires d'un outrage public à la pudeur: la prostituée condamnée à une peine avec sursis, l'homme à une forte amende, à cause de sa raison sociale.

Disparité tenant au respect de la loi du 17 juillet 1970 sur les libertés et aux dispositions sur la mise à l'épreuve: pour un vol de II voitures on n'a pas dépassé les 2 mois ferme fatidiques, mais à la même audience le vol d'une voiture avec délit de fuite est sanctionné plus sévèrement...

Disparité tenant à l'identité de peine pour des délits de nature différente : outrage à agent, rébellion et vol de voiture. Disparité tenant à la profession : le vol commis par un préposé des chèques postaux est puni moins lourdement... ; on tient compte du niveau culturel, du voleur pour ne prononcer qu'une amende...

Disparité résultant du taux décroissant des peines sur les casiers des récidivistes.

Disparité frisant l'incohérence lorsque les condamnations à la prison ferme sont les plus anciennes et les plus récentes sont assorties du sursis, ou lorsqu'il arrive que le vagabondage est puni de prison ferme et le vol flagrant de prison avec sursis...

3. Disparité et incohérence sont l'effet de la mise à l'écart des normes juridiques :

a) *La récidive n'est pas respectée.* Pour ne pas remettre le récidiviste en prison, on prononce le sursis simple ou avec mise à l'épreuve, ou encore une peine «mitigée» couvrant la prévention. On condamne aussi à des amendes pour éviter une peine ferme par défaut ou ne pas interrompre une expérience de rééducation.

b) *La qualification juridique est faussée.* On qualifiera vol des faits qui se sont accompagnés d'une agression avec arme ; on poursuit pour vagabondage «qualifié» le vagabond porteur d'un couteau, alors qu'il s'agit de port d'arme. On disqualifie en bris de clôture une tentative de vol avec effraction ; on disqualifie en mendicité simple la mendicité «qualifiée» avec menaces. Les disqualifications soulèvent des difficultés lorsque les infractions s'excluent : le vagabondage qualifié et le recel, le vagabondage et la prostitution masculine sont-ils incompatibles ?

c) *L'audiencement* des affaires découpe des poursuites dont le juge devrait connaître en bloc, mais la séparation des situations change la physionomie d'un comportement. D'où une amende pour défaut de permis de conduire dans un dossier qui, originellement, est un vol de voitures.

d) *Les peines mitigées* faussent la signification d'une décision : couvrir par ce biais la détention fait apparaître le prévenu à la fois comme «condamné» et «libéré» (1).

e) *Le sursis* manié sans esprit critique nuit à l'exemplarité sans apporter aux récidivistes l'amendement escompté. D'où des anomalies :

1) Sursis en chaîne ; sursis après de lourdes peines de prison, qui traduisent l'incertitude ou l'échec du juge.

2) Répugnance généralisée à révoquer le sursis qui tourne l'institution et fausse l'appréciation du dernier délit. Pour éviter la révocation on ira à de lourdes peines avec sursis, qui —l'expérience le montre— ne sont jamais révoquées lorsqu'elles atteignent 13, 15, 18, 30, 40 mois. Solutions : nouveau sursis, amende, peine symbolique de 2 mois avec amende qui ne révoquera pas, ou mise à l'épreuve, subterfuge inopérant si le domicile est incertain et les juges contrôleurs débordés. Le sursis équivaut donc à une assurance d'impunité ; des multi-récidivistes sont en sursis perpétuel et si une peine ferme leur est appliquée elle sera sans proportion avec l'importance du délit, à cause des sursis qui «tomberaient».

Relevons que le sursis est accordé en flagrant délit, en l'absence de casiers, que les confusions et remises de peines réduisent l'incarcération au point que des criminels condamnés à mort, puis aux travaux forcés à perpétuité n'ont fait que quelques mois de prison.

Les peines ont perdu leur signification.

II

Le deuxième enseignement des relevés est de montrer combien la psychologie conditionne le jugement correctionnel. En effet, le déclin des normes et la difficulté de juger reflètent le bouleversement des mentalités ; elles intéressent la psycho-sociologie et une ontologie juridique.

La psychologie du juge est caractérisée par :

1. *La peur de condamner*, effet des critiques dans la presse, des débats télévisés, de la littérature, des plaidoiries. Certes le droit de punir n'est pas une vengeance, certes la prison est corruptrice et la délinquance est développée par le milieu social ; loterie génétique et société sont responsables — D'où le complexe de culpabilité du juge dans une civilisation qui s'accuse. Il veut remettre en cause : les expertises sur les carences éducatives conseillent la pitié ; les rapports trop nuancés accroissent la difficulté de juger ; la mise en liberté qui est la règle depuis la réforme pénale dissuade le juge de réincarcérer après jugement. Il parie pour la liberté et la réinsertion sociale.

2. Par une «*communication*» *ambigüe*. Pour s'affirmer objectif le président déclare «je n'ai pas de morale à vous faire» — «je prends la

responsabilité» (de ne pas récidiver) répond le prévenu; le président achoppant sur le normativisme moral réplique: «le tribunal ne s'intéresse pas à la responsabilité morale, mais à la responsabilité pénale» — Mal-entendu!

Les motivations du délinquant jettent le doute sur le droit de punir: le prévenu invoquera l'entraînement des co-détenus, la passion, l'intolérance aux contraintes, la volonté d'autopunition, le désir de «parler au tribunal», l'absence de cause — «comme ça», l'ennui... Ces réponses fortifient le juge dans l'idée que le hasard, la «déréliction», des forces obscures déclanchent l'acte. L'irrationnel accélère la dégradation des normes.

3. Par l'influence du *symbolisme*. Le juge est tributaire des thèmes symboliques du temps; celui de la prostituée exploitée l'incline à la mansuétude, surtout si elle est étudiante... Interprète des moeurs, il ressent la coloration particulière d'une prévention pour vol entre invertis: difficulté de juger au niveau du «trop humain». La parole de Saint Paul: «j'irai prendre des membres du Christ pour en faire des membres de prostituée» se situe ailleurs.

Au niveau le plus élevé, la difficulté de la fonction pénale se décuple: le juge repense la liberté: il en scrute les masques à travers les dossiers: «pari», «jeu», réaction contre la société, «être méchant» pour réaliser sa névrose, «être abusé»: «on m'a dit: un bon voleur est heureux». Où commence, où finit la liberté morale? Le juge interprète explications, justifications, acceptation de la peine, révolte, crise des sorties de prison: «on me reprochera toute ma vie ma condamnation». Ecartelé entre normativité et réinsertion sociale le tribunal sait que la sentence n'est pas parole ontologique.

* * *

Des décisions rassemblées concluons que si le juge obéit à une politique pénale, il manque d'une doctrine supprimant les «erreurs dans la mesure des peines» (Beccaria), et de certitudes intellectuelles pour juger.

1. Une *crise éthique* est au fond du malaise des juges; ils ont besoin de savoir en vue de quoi ils tranchent, qu'elle image ils donnent de la société à elle-même. Bonne intention, faiblesse, rigueur, révèlent une connaissance non critique du conditionnement des moeurs et de l'ordre public.

2. S'agissant des rapports interpersonels, la *méthode* doit dépasser la logique hypothético-déductive, la contradiction, les chiffres, pour pra-

tiquer la dialectique de la différence et de l'ensemble, de la personnalité et des intérêts sociaux.

3. L'élaboration des décisions contribuerait au progrès du raisonnement si elle construisait une *épistémologie adéquate*, au progrès de la connaissance si elle pénétrait dans la zone du fondamental où le juge engage consciemment sa responsabilité.

J. BELIN-MILLERON

*Prof. à l'Ecole des Htes. Etudes sociales
et à l'Ecole d'Anthropologie*

LA NORMA, ¿MANDATO O PREDICCIÓN?

Hay una aparente incompatibilidad entre la tesis según la cual una norma es un mandato, y la según la cual una norma es una predicción. En general, el pensamiento de derecho civil siempre ha mantenido, casi indiscutida, la primera de las tesis aludidas, mientras que en derecho común ha sido muy defendida la segunda. Diríase que los esfuerzos por revisar esta cuestión han de estar encaminados a arrojar luz acerca de la función del derecho, estimulante o frenante.

LA INFLUENCIA RECÍPROCA ENTRE SABER DE NORMAS Y SABER DE CONDUCTAS

En orden a terciar en la discusión, empecemos observando que hay una secuencia en cuanto al saber de regularidades en la conducta, y otra en cuanto al saber que hay ciertas normas (sea que manden, sea que predigan); ambos saberes, cada uno en la secuencia que le es propia, y a la manera de respuesta (con un sentido u otro), llevan a la elaboración ulterior de su objeto, o sea, respectivamente, de la conducta y de las normas.

Observemos también que estas secuencias tienen lugar en una conexión de influencia recíproca; nuestro saber de normas nos lleva a reparar en que hay regularidades en cuanto a la conducta, esto es, que a ciertas actividades o conductas suelen seguir ciertas consecuencias a la manera de otras conductas que suponen reacciones de los interesados, de la misma manera que el saber que hay regularidades nos lleva a saber que hay normas. Esta influencia es compleja, pues a través de nuestro reparar en que hay regularidades, nuestro saber de normas influye en la elaboración ulterior de normas; de la misma manera que a través de nuestro saber que hay normas, nuestro saber que hay regularidades influye en las regularidades mismas. Como, en rigor, tanto lo enunciativo como lo normativo pueden ser a discreción desglosados en planos, con lo que tanto la secuencia en lo normativo como en lo enunciativo quedan como cortadas

longitudinalmente para dar lugar a tantas secuencias como planos elaborados, en cada uno de los cuales queda circunscrita una versión de la secuencia, termina por haber muchas secuencias, en diferentes planos de profundidad, entre las cuales subsiste tanto el paralelismo como la influencia recíproca. Ambas secuencias tienden a reforzarse mutuamente. Como ya las regularidades en cuanto a las consecuencias implican un consenso en cuanto a que se sigan tales consecuencias, el saber acerca de regularidades lleva a saber también que hay tal consenso, y, con ello, a consolidar el consenso en cuanto a que resulten tales consecuencias. Análogamente, la presencia de normas implica un consenso en cuanto a ellas, de tal manera que el saber en cuanto a ellas lleva a saber también que hay tal consenso, y, con ello, a consolidar este consenso en cuanto a las normas.

Para salir de la apariencia de círculo vicioso que resulta de la conexión que nos ocupa (pues no basta con decir que el saber de regularidades nos lleva al saber de normas, y viceversa), hemos de investigar qué se encuentra en el comienzo lógico de la conexión. Para ello hemos de tener ahora en cuenta, no el saber acerca de normas y conductas, sino las normas y las conductas.

LAS SECUENCIAS ENTRE CONDUCTA Y NORMA

También entre una norma y la conducta a que se refiere y, sobre todo, entre la secuencia de las normas y la secuencia de las conductas, hay una conexión de influencia recíproca. Como siempre que nos encontramos ante una conexión de influencia recíproca, hemos de preguntarnos si una de las dos secuencias indicadas tiene alguna prioridad sobre la otra.

Que tal pregunta ha de ser planteada resulta clara y específicamente para nosotros de la vigencia de la norma del *stare decisis*, proclamada fundamental sobre todo en derecho común. Pues necesitamos escapar del círculo vicioso de decir que las sentencias constituyen precedentes porque hemos de tener en cuenta el criterio establecido en una sentencia anterior, y que hemos de tenerle en cuenta porque la sentencia constituye un precedente; o escapamos de este círculo vicioso o no podremos explicar la vigencia del *stare decisis*. Análogamente, también en cuanto a las normas no emanadas de los tribunales, teniendo en cuenta no una norma o varias, sino el ordenamiento entero, y para explicar su vigencia necesitamos escapar del círculo vicioso de decir que el ordenamiento ha de ser tenido en cuenta porque está establecido por el legitimado para

ello, y que éste está legitimado para ello porque actúa dentro del ordenamiento.

Las consideraciones anteriores sugieren ya que tiene que haber alguna prioridad en favor de alguna de las secuencias; pues si no la hubiera, la imposibilidad de explicar la vigencia del *stare decisis*, o la de cualquier ordenamiento, sería definitiva. En cuanto al *stare decisis*, evidentemente, no basta con decir que un tribunal tiene en cuenta un precedente porque anteriormente otro tribunal ha emitido cierta sentencia.

En orden a la contestación, la vigencia del *stare decisis*, sobre todo, sugiere que hay un paso de lo fáctico, de lo que viene siendo hecho, a una norma que recoge tal regularidad, la cual, por tanto, ha de ser el resultado de una elaboración que tiene en cuenta tal regularidad. También sugiere que hay el aludido paso la circunstancia de que, para defender una conducta ajustada a una norma anterior, el argumento esgrimido con mayor convicción interna suele ser la regularidad anterior en cuanto a las conductas; algo es repetido «porque así se ha hecho siempre». Sin duda, quien así habla está reproduciendo con su actividad pensante y sin advertirlo una secuencia muy radical.

Parece, por tanto, que hay por lo menos una prioridad que vamos a llamar «lógica» en favor de la secuencia de las conductas, de tal suerte que es la repetición de las conductas lo que desencadena lo demás. La repetición de una conducta lleva al establecimiento de una norma según la cual tal conducta pasa a ser esperada en las circunstancias en que de hecho viene teniendo lugar tal conducta; esta norma tiende a reforzar la regularidad, la cual tiende a reforzar la norma, etc. Lo cual no contradice el antiguo *ubi societas ibi ius*, pensamiento elaborado tras un hablar de normas con referencia a momentos históricos en que nadie sabe nada todavía de normas.

Así va siendo deliberadamente sancionado lo espontáneo y, con ello, el derecho consuetudinario; así resulta la fuerza mayor o menor de la costumbre. Claro que, al elaborar la norma, podemos no seguir el sentido de lo que viene ocurriendo; o sea, que no hay necesidad lógica alguna de que a cierto pensamiento enunciativo siga cierto otro pensamiento normativo. Por ello, que lo extravagante se convierta en normal es tan sólo posible (más o menos probable), y lo mismo que lo normal se convierta en lo normativo.

LA SECUENCIA EN CUANTO AL SABER DE MOMENTOS

Continuando nuestra investigación de la prioridad en cuanto a saberes, hemos de desglosar el saber de que hay normas en un saber de pre-



dicciones y un saber de mandatos; con lo cual vamos llegando a la cuestión misma objeto de este trabajo.

En efecto, el saber de regularidades suscita no sólo una inclinación a predecir, sino también una inclinación a mandar. En el mismo grado y al mismo tiempo: por un lado, quien sabe de regularidades en cuanto a la conducta no sólo resulta capaz de predecir, sino que termina por mandar (quien sabe de predicciones, sabe mandar con eficacia), por elaborar los mandatos que a ellas respondan; al abrigar la actividad pensante el pensamiento según el cual una consecuencia de hecho va a tener lugar, queda encaminada a pensar que la consecuencia debe tener lugar, y a elaborar el pensamiento prescribiendo tal conducta, mandando que así se conduzcan los individuos. Por otro lado, quien sabe de regularidades en cuanto a la conducta, no sólo resulta capaz de mandar, sino que termina prediciendo, elaborando las predicciones congruentes con las regularidades; al abrigar la actividad pensante el pensamiento según el cual una consecuencia de hecho debe tener lugar, queda encaminada a elaborar una predicción en tal sentido, anticipando una futura conducta.

En este punto, por tanto, dos conclusiones pueden ser establecidas: a) La secuencia no se detiene en la predicción ni en el mandato; puede que ciertas mentes, por circunstancias a ellas contingentes, se detengan en la predicción, pero la mayoría no se detiene, de suerte que, en grandes números, resulta legítimo decir que el paso al momento de mandato es un paso necesario, en función del grado de la repetición y del grado del saber de la repetición; por otro, puede que ciertas mentes se detengan en el mandato, pero el paso al momento de predicción es un paso necesario como antes.

Sin embargo, hay una prioridad en cuanto a tal saber de momentos. A la luz de lo anterior, empezamos a explicarnos la circunstancia de que la caracterización de las normas como mandatos sea de lejos la prevalente y la más venerada por la tradición. Es sencillo: esta caracterización es la prevalente y más venerada porque el primer saber es saber del momento de mandato; de lo contrario sería imposible explicar por qué es tal caracterización la más prevalente y venerada; la preocupación por regular la conducta, preocupación que desencadena las secuencias que nos ocupan, no puede sino dar lugar a que reparemos primero en el momento de mandato; dado que lo que más influye en la conducta es el momento del mandato, resulta inevitable que aquella preocupación lleve a saber ante todo del momento de mandato; por su espectacularidad, es encaminado a ser el primero en el saber de momentos, llevando a una acepción de la expresión «norma» como mandato. Corroborando esto, de «dere-

cho», de «ley» y de «norma», siempre hemos empezado a hablar a propósito del momento de mandato precisamente.

Una vez que queda más o menos elaborado el concepto «norma» en torno al momento de mandato, es inevitable que terminemos advirtiendo el momento de predicción, al advertir que si hay un mandato podemos hacer predicciones tomándolo como base, y que terminemos afirmando que en toda norma queda anticipada la conducta futura de individuos y tribunales, y que toda norma implica una predicción.

Así, tras un momento por lo pronto lógico de completo no saber de mandato ni de predicciones, y tras un momento inicial por lo pronto lógico, empieza un saber de mandatos y de predicciones que va gradualmente aumentando, hasta que llega a ser visible para el sujeto que sabe, en unos sujetos antes que en otros. Primero, de ciertos mandatos, y después, de ciertas predicciones, dando lugar a dos secuencias; como tan sólo la secuencia de predicciones subraya la presencia de repeticiones y regularidades, el saber del momento de mandato resulta previo a todo otro saber de momentos en cuanto a la conducta. Desencadenadas ambas secuencias, subsiste siempre una diferencia de fase en favor de la secuencia de los momentos de mandato.

Ahora podemos precisar que la norma tiende a reforzar la regularidad, tanto desde su momento de predicción como desde su momento de mandato. También el pensamiento normativo ya incipientemente elaborado, en sus dos momentos, tiende a lograr un consenso a su favor. Fijémonos en los momentos de mandato: si, en efecto, llega a haber un consenso suficiente en cuanto a cierto mandato que se limite a recoger el sentido de lo que viene ocurriendo, los momentos subsiguientes tienden a fortalecer indefinidamente todos los momentos anteriores, consolidando la conducta que durante cierto tiempo haya venido siendo observada. Pues un pensamiento compartido, por incipiente que le queramos, prescribiendo una consecuencia, no puede sino dar lugar a una tendencia a que la consecuencia sobrevenga con mayor seguridad, y a que aumente el consenso correspondiente; lo cual no puede sino aumentar la fuerza del mandato, y el consenso en cuanto a este mandato: lo cual no puede sino llevar a que la consecuencia se siga con mayor seguridad, etc. Lo mismo en cuanto a los momentos de predicción.

LA NORMA COMO PREDICCIÓN: PREDICAMENTO

Pero como la repercusión de todo saber de momentos tiende a aumentar, no es extraño que ciertos juristas, con la mirada puesta en el momento de predicción, lleguen a desconocer el momento de mandato, y has-

ta a negarlo, por desconocer o por negar que la llegada al mismo es tan necesaria como la llegada al momento de predicción, y a afirmar que una norma es una predicción. También por reaccionar contra la tesis que ve mandatos en las normas caen tales juristas en la unilateralidad de sólo extraer predicciones de la secuencia de repeticiones y regularidades de la conducta, y a concluir, en función de las veces en que tengan lugar tales consecuencias, que lo único posible es predecir que a tales conductas van a seguir las mismas consecuencias en el futuro con mayor o menor probabilidad; de tal manera que por más que resulte usado un lenguaje de mando, no hay más que predicciones. Este negar que haya un momento de mandato lleva a afirmar, como última conclusión, que lo que hacen los órganos decisorios es la ley misma.

Ciertos casos apoyan la anterior actitud, los casos en que una norma resulta establecer algo diferente a lo establecido en una norma anterior, lo cual implica cierto apartarse de una práctica anterior. En efecto, el énfasis en el momento de predicción resulta preparado cada vez que la actitud de los tribunales o del legislador resulta apartarse de lo establecido en la norma. Pues en cuanto a este caso hemos de concluir que la norma anterior ha intervenido tan sólo como un ingrediente no del todo decisivo para llegar a la norma sustitutiva, y que lo que fue pensado con fuerza vinculante ha resultado tan sólo una consideración más frente a otras consideraciones. La norma ha ayudado a decidir, ha servido para la decisión, pero no ha impuesto la decisión. Esto permite la elaboración del pensamiento según el cual es tan sólo probable que ocurra lo que señala la norma.

Era el derecho común, a consecuencia de la índole de sus normas, el encaminado a dar gran predicamento a la tesis que se fija en el momento de predicción, y, correlativamente, al uso de la expresión «norma» en su acepción de predicción, pues lo establecido para dos interesados no lleva directamente la intención del mandar para otros, y mandar no lo puede pretender el pensamiento jurídico no oficial que generaliza partiendo de las sentencias de los tribunales. Por su parte, el derecho civil está encaminado a suscitar el predicamento de la tesis que ve mandatos en las normas, pues en derecho civil la intención de mandar es inmediata siempre.

LA NORMA COMO MANDATO: SU SUPERIORIDAD

Sin embargo, el saber acerca del momento de predicción lleva a volver a saber del momento de mandato (o a un primer saber acerca de este momento, en el caso de individuos que por circunstancias individuales se han topado primero con el momento de predicción), por las mismas

razones que desde las proposiciones enunciativas acerca de la conducta la actividad pensante pasa a elaborar el modo mandatorio del mismo pensamiento. La secuencia es interminable; pues la consideración de la norma como mandato da lugar en el tiempo a la reaparición de la norma como predicción, etc. De tal manera que el hablar de «norma», entendiéndolo por ella un mandato o una predicción, implica tan sólo un escoger un momento de dicha secuencia. Toda norma implica, por tanto, una predicción y un mandato.

Ahora vemos que lo que lleva a ver predicciones en las normas puede ciertamente ser el no ver el desembocar estadísticamente necesario en el momento de mandato, o a una falta de capacidad o de inclinación para mandar. Pero lo que a ello lleva ha de ser normalmente la negativa a tal paso; lo cual equivale a ver el paso, a haberle dado, y a un retroceder deliberado al momento de predicción; de aquí la superioridad de la consideración de la norma como mandato, por más completa.

No es la única circunstancia de la cual derivar tal superioridad. Hay algo que explica ulteriormente que el énfasis recaiga con preferencia en el momento de mandato, a saber, la circunstancia de que la acepción de la palabra «norma» como mandato tiene mayor alcance que su acepción como predicción. Pues mientras el énfasis en el momento de mandato no ignora el momento de predicción, sino que lo implica, dado que es claro que una vez que pensamos que hay un mandato, de él podemos extraer con mayor garantía una anticipación en cuanto a la conducta de tribunales e interesados, y, eventualmente, del legislador, la consideración de la norma como predicción no incluye necesariamente su consideración como mandato. Por ello la sola consideración de la norma como predicción es defectuosa por insuficiente, más insuficiente que su consideración como mandato, pues lo jurídico no se ha detenido nunca en el momento de la predicción. Que la consideración de la norma como mandato es superior, resulta también de que el saber del momento de mandato es previo al saber del momento de predicción.

Lo anterior explica: 1. Que hoy parezca que no usaríamos la palabra «norma» si no pensáramos que un mandato resultara mentado, pues esto quiere decir vulgarmente tal expresión; lo cual resulta corroborado también por lo que mientan las demás expresiones similares. 2. Que concluyamos que ningún ordenamiento puede dejar de manejar el concepto «norma», dando a esta expresión la acepción que hace referencia al momento de mandato, de tal manera que las normas por antonomasia resultan mandatos.

RESUMEN

Para terciar en la discusión acerca de si las normas son mandatos o predicciones, es estudiada la influencia recíproca entre saber de normas y saber de conductas. La búsqueda del comienzo lógico en cuanto a ella lleva a investigar la influencia recíproca entre conducta y norma, y a la conclusión de que la prioridad lógica corresponde a la conducta. Para dar nuevos pasos, el saber de normas es desglosado en saber del momento de predicción y saber del momento del mandato, llegando a la conclusión de que el saber de los momentos de mandato es previo a todo otro saber en cuanto a la conducta. Así quedan descubiertas secuencias de norma, conducta, norma, etc., y de momento (de predicción, de mandato, etc.), de tal manera que una y otra tesis resultan de detener la mirada en uno u otro momento. Toda norma implica, por tanto, una predicción y un mandato. Si queremos, sin embargo, preferir una a la otra, la consideración de la norma como mandato es superior a su consideración como predicción (por más completa), a consecuencia de la prioridad del saber del momento de mandato, y porque este momento implica el de predicción y no al revés.

ALEJO DE CERVERA
Universidad de Puerto Rico

EL SABER FILOSOFICO EN LA APLICACION DEL DERECHO

- I. PROPUESTA
- II. PRESENTACION DE HECHOS
- III. ARGUMENTOS DE DERECHO

I. Mis contactos recientes con la Administración de Justicia fuérganme a traer a este Congreso, como parte importantísima de la función del Derecho el planteamiento científico de la cuestión del saber filosófico de jueces y magistrados.

Puesto que nadie puede dudar a términos legales, y por supuesto el que firma jamás pondría en tela de juicio la rectitud ni la honorabilidad de los jueces ni de los magistrados, el tema se reduce a observar los medios educativos más convenientes para que tan respetabilísimo estamento de nuestra vida social llegue a poseer los conocimientos filosóficos adecuados al cumplimiento de su excelsa tarea. Por lo cual propongo:

a) Que en la labor de aplicación del Derecho los integrados en el cuerpo judicial usen criterios filosóficos, sin los cuales la misión de ajustar los hechos a las normas con atención a la equidad es algo sencillamente imposible.

b) Que aquella parte del estamento judicial que de hecho ha tomado sobre sí la elaboración de una jurisprudencia, más allá de la doctrina legal, esté integrada por especialistas legalmente reconocidos en Filosofía del Derecho o en Derecho Natural, puesto que el sabor filosófico-jurídico es la exclusiva palanca para la renovación de las ideas y de las instituciones jurídicas.

Lo argumentaré por dos lados: del lado de mi experiencia y del lado de los saberes jurídicos.

II. Del proceso a que recientemente he estado sometido por espacio de un año y cinco días, he deducido algunas observaciones. Por ejemplo:

a) He visto estimar injuria la definición del milenario conocidísimo principio de que «autoridad que se aparta de la ley no merece consideración de autoridad». Con menosprecio de mi condición de catedrático de Filosofía del Derecho, que tiene el deber de enseñarlo a sus alumnos como clave del llamado Estado de Derecho; obligación que he cumplido por espacio de treinta y dos años y que pienso seguir cumpliendo en el futuro.

b) Afirmaciones, nada menos que por parte de un excelentísimo señor Magistrado del Tribunal Supremo, además autoproclamado Doctor por Oxford (Inglaterra), de que hay trámites previos de admisión en los recursos administrativos y de que son idénticos los principios generales del Derecho de cuño positivista con las normas del Derecho Natural, siendo así que las últimas provienen de la consideración de la naturaleza humana y nunca del espíritu que informa un cuerpo legal determinado o un sistema jurídico concreto.

c) Un auto de una Sala de Audiencia en el que, pese a lo taxativo del contenido del artículo 2.º del Código Civil vigente, alegando ignorancia del Derecho, puede un catedrático de una Facultad de Derecho no ser reo de dos falsedades consignadas por él en documentos públicos; falsedades por él efectiva y legalmente admitidas.

Bien sé son hechos aislados, excepcionales, frutos de mi torcida mala fortuna; pero aun así estimo dan base para plantear la cuestión del saber filosófico de jueces y magistrados, pues con el empleo de ese saber filosófico estoy seguro no habrían tenido efecto.

III. Los argumentos de doctrina jurídica son:

a) La necesidad de jerarquizar los saberes jurídicos, pues de otra suerte el caos destruiría el valor eficaz de los sistemas del Derecho. No pueden colocarse todos a idéntico nivel, antes han de ser escalonados por el siguiente orden:

1. Saber vulgar, directo e inmediato, de lo justo en la convivencia. Para un escolástico es el conocimiento de la ley natural, como entender limitado, pero objetivo, del contenido de la ley eterna puesta por Dios para reglar el universo; para un kantiano será la objetivación de la ley moral en el fondo de la conciencia; para un positivista, la reacción contra la injusticia que rompe el orden. Pero siempre saber que no requiere estudios más hondos, saber connatural al ser humano por el simple hecho de ser hombre racional y libre.

2. El saber técnico del Derecho, el que poseen jueces, abogados, notarios, registradores. Consiste en conocer las normas del Derecho positi-

vo, junto con el arte de alegarlas o aplicarlas. Es saber de artesanía jurídica, detenido en el instante de la técnica; antes de que la técnica, después de ser racionalizada, cobre superior categoría de ciencia. Es el saber del *qué*.

3. Saber científico del Derecho, propio de los especialistas de las diversas ramas jurídicas. Igual que todas las ciencias desde los tiempos de la Grecia clásica, nace a través de la depuración de las rutinas técnicas, mediante la revisión racional de los procedimientos y la construcción racional de saberes ciertos, seguros y universales sobre los temas de cada disciplina. Es saber del *por qué* y del *para qué* dentro de un ámbito cultural delimitado.

4. Saber filosófico del Derecho, atañente a los filósofos del Derecho. Lo mismo que todo otro conocimiento filosófico proviene de la racionalización de mitos, leyendas o creencias religiosas. De ahí que hereden la pretensión de explicación total de lo jurídico, que procuren entender al «ser» jurídico en su ultimidad ontológica, cimiento de los aspectos que las ciencias analizan en sus terrenos respectivos. Es también saber del *por qué* y del *para qué*, pero referido a la universalidad del Derecho. Los romanos lo llamaron Jurisprudencia, hasta Hegel se le denominó Derecho Natural, desde Hegel para acá predomina el apelativo de Filosofía del Derecho.

Dejando a un lado el saber inmediato o vulgar, los tres últimos están subordinados desde abajo hacia arriba. Sin que sea dado alterar el orden. Un técnico del Derecho, por muy cabal que sea su competencia en cuanto técnico, no está capacitado ni para calificar doctrinas científicas, ni mucho menos para opinar sobre materias de Filosofía jurídica. De no jerarquizarse estos saberes, el ordenamiento jurídico degeneraría en la anarquía que siempre trae consigo la rebelión de los enanos.

b) Constituye gravísimo error confundir la doctrina legal, saber técnico, con la Jurisprudencia, saber filosófico del Derecho. Ya en Roma la Jurisprudencia era saber filosófico, cual lo muestra la definición sacada de Ulpiano, constante en el *Digesto* I, 1, 1, 10, 2: «Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia». No fue en Roma la Jurisprudencia reiteración de sentencias judiciales de pretores, antes el conocimiento universal de lo jurídico en sus conexiones con la filosofía y con la teología. Ni es saber de leyes ni de aplicación de leyes, como sucede con la doctrina legal, deducida de la coincidencia de dos o más sentencias concordes de nuestro Tribunal Supremo; empero saber superior de lo justo y de lo injusto, saber ontológico y no saber de las manifestaciones del Derecho. O sea, saber filosófico del Dere-

cho Natural, nunca saber técnico del perito aplicador del Derecho positivo. Entre la Jurisprudencia y la doctrina legal media la abismática diferencia que separa al superior Derecho natural del inferior Derecho positivo, a la objetivación filosófica de lo justo del criterio subjetivo de una decena de hombres, por muy respetables técnicos que sean.

En efecto, la definición dada por el estoico Ulpiano de la Jurisprudencia, recibida en el texto citado del *Digesto* y en la *Instituta* I, 1, 1, 2, está tomada de una escuela filosófica, de los estoicos. Así lo dan a entender Plutarco, Aecio y Sexto Empírico. Plutarco, en el *De placitis philosophorum* I, proemio, 2, igual que Aecio en sus *Placita*, I, prólogo, 2, cuando memoran la definición estoica de la filosofía como δείαν τέ και ανδραπίουον έπιντήμη; o Sexto Empírico en su προς τοϋς μαθηματικούς IX, 13, al referirla την δέ σογίαν επιστημην δείων τέ και αυδιοπινων (πραγματων). Es un saber filosófico por encima de las leyes, es el saber que los romanos calificaron de Derecho natural, propio de los filósofos y no de los jurisperitos, del que solamente pueden usar los jurisperitos en la medida en que se eleven a la superior condición de filósofos del Derecho.

Siendo, por ende, la Jurisprudencia, saber creador, y la doctrina legal, saber técnico. Sin que jamás pueda pretender rebelarse la técnica contra la Jurisprudencia, pues ello acarrearía la muerte lógica del ordenamiento jurídico.

c) El problema no alcanza rigores graves cuando viene aplicada estrictamente la doctrina de la división de los poderes al modo en que la teorizó el barón de Montesquieu. Tal sucede, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, donde el Tribunal Supremo puso siempre exquisito cuidado en no entrometerse ni usurpar ámbitos de acción del legislativo o del ejecutivo. En USA, el Tribunal Supremo rehusó siempre opinar acerca de cuestiones generales, insistiendo en que su función se reduce a decidir casos concretos en litigio. Cuando el Presidente Monroe les sometió a consulta cierto informe sobre un programa de reformas legislativas interiores, los Magistrados del Supremo agradecieron cumplidamente el gesto, pero rehuyeron emitir opinión ninguna, mientras que sí se pronunciaron acerca del mismo programa consultado cuando, transformado en leyes, se trató de aplicarlo en relación con determinados intereses de un Banco; es el caso conocido por *Mc Culloch vs. Maryland*. Del mismo modo, a fin de mantener estricto el significado de la separación de poderes, nunca quiso el Supremo asumir tareas administrativas o legislativas, tal cual en el caso citado como *United States vs. Todd*, rechazó hacerse cargo de resolver en torno a la concesión de pensiones, función que le venía encomendada por la ley federal del 23 de marzo de 1792, o, en

tiempos más recientes, en el caso *Kelley vs. Potomac Electric Power Company* eludió hacerse cargo de la competencia que el Congreso le otorgara para fijar el importe de las tarifas en los servicios públicos.

En cambio sí se plantea en España, por haberse cambiado de hecho el supuesto de los términos taxativos precisados en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de octubre de 1870, artículos 2.º, 3.º y 4.º, según los cuales el poder judicial no puede ejercer más funciones que la de «aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales» (art. 2.º), prohibiéndosele expresamente en el artículo 4.º fijar criterios generales «acerca de la aplicación e interpretación de las leyes». El establecer que solamente pueden ser admitidas las alegaciones filosóficas o científicas cuando se hallen inscritas en dos o más sentencias concordes, no solamente contraviene dicho precepto legal, sino que supone, desde el punto de vista científico, intolerable asunción por meros técnicos del Derecho de a tarea de calificar saberes superiores, cuales lo son el científico, el filosófico y hasta el Derecho natural, que, según la doctrina católica, se apoya nada menos que en Dios.

Mas es la autoridad del Tribunal Supremo suprema en este asunto, sin que quepa discutirla en terreno legal sin rozar el desacato, toda vez que es el propio Tribunal Supremo juez y parte en cuanto a determinar los límites de su propia competencia. Por lo cual únicamente cabe tratar científicamente este problema, cual lo hago en la comunicación presente, presentando los dos cuernos del dilema. A saber: O el Tribunal Supremo limita sus decisiones a casos particulares en los términos precisados en el artículo 4.º de la Ley del 15 de octubre de 1870, aplicando sin más las leyes, pero sin pretender crear Jurisprudencia; o, si crea Jurisprudencia, debe estar integrado por catedráticos de Filosofía del Derecho, los únicos competentes para crearla a términos de la competencia que les otorga la legislación vigente tras previas oposiciones. Lo que no parece lógico es que unos técnicos del Derecho, o solamente estimados por las leyes como tales, con independencia de sus posibles conocimientos privados, suban a filósofos del Derecho. Iría contra la jerarquía de los saberes mantenida por la tradición jurídica milenariamente en Occidente, y más allá de la cual apenas si resta otra cosa que la anarquía jurídica.

d) No cabe alegar en contra de lo dicho la justificación de la doctrina legal por motivos de seguridad jurídica; porque se trata de una seguridad jurídica formal, carente de fundamentos objetivos; y el Derecho no lo es por la existencia de unas reglas formales, aunque impuestas posiblemente por el gobernante, sino porque es el «*obiectum iustitiae*», la encarnación de la Justicia. Que sin Justicia no hay Derecho, sino violen-

cia, abuso y tiranía, sean cualesquiera las maneras en que las normas formalmente se presenten. Este es el saber de los clásicos juristas de las Españas, que hago mío.

FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA
*Catedrático en la Universidad
de Sevilla (España)*

DIE ETHISCHE DIMENSION DES RECHTS

Das Problem der Möglichkeit, Rechtsnormen an sogenannten absoluten sittlichen Normen zu orientieren, ist in Geschichte und Gegenwart wohl das zentrale Problem der Rechtspolitik wie auch der Rechtsanwendung. Das Thema hat zwei Aspekte: 1. die Frage nach objektiv und somit allgemein gültigen und jede individuelle sittliche Entscheidung bindenden Normen, handle es sich nun um Entscheidungen, die das Individuum für sich selbst oder für das Zusammenleben mit anderen in der Gemeinschaft trifft, 2. die Frage nach der Qualität der sittlichen Normen, die in das Recht aufgenommen werden können. Wie die Literatur zum Thema 'Recht und Moral' beweist, reduziert sich der gesamte Fragenkomplex eigentlich auf die erste Frage. Die Ideologiekritik ist in diesem Komplex angesiedelt. Für den Rechtspolitiker ist die Erkenntnis vordringlich, in welcher Weise, d. h. mit welcher Wirkkraft diese Forderungen sich stellen. Gehört nämlich die Formulierung von absoluten Normen zur Substanz menschlicher Existenz, dann wird der Rechtspolitiker bei der Aufstellung gesellschaftlich gültiger Normen die Normen der Ethik nicht umgehen können.

Der Weg zur Definition des Sittlichen

Das Sittliche lässt sich formal und inhaltlich bestimmen. Die KANT'sche transzendente Methode hat den unbestreitbaren Vorzug, dass man mit ihr das Sittliche eindeutig formal definieren kann. Als kategorischer Imperativ ist hierbei jedoch das Sittliche vom Sein getrennt. Verbindet man das Sittliche wesentlich mit dem Sein, d. h. ist man der Ansicht, dass das Sittliche nur anhand von konkreten sittlichen Werturteilen untersucht werden könne, dann muss man zumindest eine formale Definition des Sittlichen voraussetzen, sonst wüsste man nicht, was man eigentlich sucht. Allerdings wird dieser Satz von den Analytikern bestritten. Doch stellt man in ihren Analysen eine implizierte Annahme

der formalen Bedingungen fest, wie sie KANT für das Sittliche angegeben hat.

Wenn man das Sittliche im Sein sucht und nur von hier aus definieren will, hat man grundsätzlich die Wahl zwischen zwei Methoden. Die eine ist die von den Ideologiekritikern 'essentialistisch' genannte, die auf dem Wege der Abstraktion zu einer Wesenserkenntnis vordringen will. Die andere ist rein empirischer Natur. Mit ihrer Hilfe werden sittliche Urteile, wie sie sich in der Erfahrung der Vergangenheit und Gegenwart und besonders in der wissenschaftlichen Explikation der verschiedenen Moraltheorien darbieten, untersucht und gegeneinander abgewogen. Unter den rein empirischen Orientierungen dürfte die analytische Ethik wohl die gründlichste Untersuchung realer sittlicher Normen sein. Im Hinblick auf den schmal bemessenen Raum, der meinen Ausführungen zur Verfügung steht (1), sei hier nur erwähnt, dass gemäss der analytischen Ethik alle konkreten sittlichen Normen eine Verallgemeinerung nicht zulassen, dass es sich darum dort, wo allgemeine Normen aufgestellt worden sind, im Grunde um Tautologien oder Leerformeln handelt (2). Die Absage an jede Verallgemeinerung geht sogar so weit, dass auch eine formale Definition des Sittlichen als unmöglich bezeichnet wird. An sich ist dies nur konsequent, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass nur des empirisch Erfassbare in die Bedeutung unserer Begriffe eingehen kann. In der Erfahrung lassen sich Inhalt und Form nicht trennen. Das heisst, die 'Normativität' ist verwirklicht im Inhalt der Norm. Ist der Inhalt allgemein ausgedrückt, dann handelt es sich um eine Leerformel. Ist er konkret, dann besagt er einen Seinszustand (Wunsch, Lebensauffassung etc.); gehört also in den meta-ethischen Raum.

Der begrenzte Wert der empirischen Analyse von sittlichen Werturteilen

So interessant und lehrreich die rein empirische Analyse auch sein

(1) Die hier nur kurz angedeuteten Gedanken werden in einem umfangreicheren Artikel 'Normative Ethik und Recht' dargelegt, der demnächst erscheinen soll.

(2) Vgl. hierzu Michael SCHMID, *Leerformeln und Ideologiekritik*, Tübingen, 1972. Ernst TOPITSCH, *Vom Ursprung und Ende der Metaphysik*, Wien, 1958; *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, Neuwied, 1961; *Mythos - Philosophie - Politik*, 2. Aufl., Freiburg i. Br., 1969. Paul BOCKELMANN... «Is die Rechtswissenschaft wirklich eine Wissenschaft?» In: *Das Rechtswesen - Lenker oder Spiegel der Gesellschaft?* Das Heidelberger Studio 49, München, 1971, 11-29. DAGEGEN: «Johannes MESSNER, Sind die Naturrechtsprinzipien Leerformeln?» In: *Moral zwischen Anspruch und Verantwortung, Festschrift für Werner Schöllgen*, Düsseldorf, 1964, 318-336. René MARCIC, *Rechtsphilosophie*, Freiburg i. Br., 1969, 264.

mag, im Grunde bietet sie keine Anweisung, wo die sittliche Verantwortung verankert werden soll. Als Ausflucht böte sich der rein formale Aufbau eines Normenparadigmas an, wie es H. KELSEN für die Rechtsnormen erstellt hat. Allerdings müsste man dann die transzendente Methode KANTS übernehmen. Die erste sittliche Norm, die als absolut zu gelten hat, ist in diesem Denken ein Postulat, weil ohne sie die Einzelnormen nicht denkbar sind. Der Regress in infinitum, der in der Kausalordnung zugänglich ist, würde das Hinadeln nach einer sittlichen Norm, die immer unbedingte Geltung haben muss, unmöglich machen. Auf dem Gebiet des Rechts mag das Unvermögen, die oberste Norm apriorisch inhaltlich zu bestimmen, als nicht so schwerwiegend empfunden werden. Es kommt dort weniger darauf an, ob die erste Norm meta-juristische oder juristischer Natur (im Sinne eines inhaltlich bestimmten juristischen Apriori) ist, solange die Rechtsgenossen die erste Norm nach ihren Überzeugungen in Freiheit bestimmen können. Sie mögen dann aus ihrer Lebenserfahrung festlegen, wieviel Freiheit und wieviel Zwang sie wollen. Allerdings ist aber eben diese Bedingung ein juristischer Normenapriori im Verständnis der Gegner H. KELSENS. Auf sittlichem Gebiete wäre es dagegen ein Verlust an Substanz, wenn es keine apriorisch gültigen sittlichen Werturteile gäbe. Die Ausflucht in den rein formalen Imperativ wäre gleichbedeutend mit einer Bankrotterklärung vor der Aufgabe, das Leben sittlich zu meistern. Selbst KANT hat seinem kategorischen Imperativ eine Orientierung an der Wirklichkeit gegeben, wie seine Versuche, inhaltliche Handlungsprinzipien (z.B. bzgl. der Unverbrüchlichkeit des Versprechens, des Gebotes der Wahrhaftigkeit etc.) (3) zu erstellen, zeigen.

Die Ethiker, die von ihrer rein empirischen Einstellung aus jede Formulierung von Moralprinzipien kritisieren, können sich dennoch mit dieser reinen Negation nicht zufriedengeben. Das beweist schon die Tatsache, dass man anstelle von Prinzipien nach Verhaltensmustern greift (4). Auch M. OSSOWSKA, die mit bemerkenswerter Kritik verschiedene Tautologien und Leerformeln und eine Reihe von scheinbar echten Moraltheorien als meta-ethische Erklärungen entlarvt hat, kommt doch zu dem Schluss, dass man die Wirklichkeit von einwandfrei sittlichen Normen nicht klar abstreiten könne, obwohl sie eine befriedi-

(3) Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Kant's Gesammelte Schriften, Herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Band IV, Berlin, 1911, 4021403; Die Metaphysik der Sitten, Ebda, Band VI, Berlin, 1907, 429.

(4) Z. B. Manfred HÄTTICH, *Lehrbuch der Politikwissenschaft*, III: *Theorie der politischen Prozesse*, Mainz, 1972, 166.

gende Lösung nicht vorschlagen könne. Sie sucht immerhin nach einer konstruktiven Lösung, die sie im Begriff der 'menschlichen Würde' gefunden zu haben glaubt (5). Wir müssten, so sagt sie, unsere menschliche Würde verteidigen und der Unterdrückung widerstehen, wenn wir unsere Würde nur durch Ungehorsam bewahren können (6). Sie sieht offenbar in der menschlichen Würde einen inhaltlich bestimmten Grundwert, der sich durch sich selbst rechtfertigt, der also nicht auf die Überzeugung der Allgemeinheit angewiesen ist; denn nach ihr kann «eine Allgemeinheit der Überzeugungen weder ein Merkmal für die Wahrheit unserer Werturteile noch für die Objektivität von Werten als den Dingen und Sachverhalten anhaftenden Qualitäten» darstellen (7).

Die Annahme der Menschenwürde als des jedem Individuum nächstliegenden Gutes und damit als für es vorrangig gültigen sittlichen Wertes (so OSSOWSKA) würde allerdings den Ethiker zurückführen auf eine Norm, die sehr ähnlich dem Glück ist, das man vom Standpunkt des 'ethischen Egoismus' wie ihn FRANKENA (8) charakterisiert hat, vertreten mag.

Wenn wir die sittliche Verfassung des Menschen nicht grundsätzlich leugnen wollen, können wir bei der Kritik, es handle sich bei den sittlichen Prinzipien einzig um in Imperative verkleidete Wünsche nicht stehen bleiben. Der sittliche Mensch muss sittlich handeln. Er braucht Normen, die echt sittlich und nicht nur meta-ethisch sind. Die Annahme der Empiriker, dass das Prinzip 'Das Gute ist zu tun, das Böse zu meiden' eine rein logische Formel sei, kann nicht der Weisheit letzter Schluss sein. Müssen Prinzipien unbedingt leer sein wenn sie nach ihrem sprachlichen Ausdruck unter Umständen auf konträre Sachverhalte anwendbar sind? Die sittliche Verpflichtung, in der Gesellschaft eine Friedensordnung zu schaffen, von der aus die allgemeine Wohlfahrt in zunehmendem Masse verwirklicht wird, konnte vielleicht in einer Zeit, da viele Menschen ihr Leben noch nicht selbst zu organisieren vermochten, die Abschaffung der Leibeigenschaft noch nicht als die vordringlichste Aufgabe der Gesellschaftspolitik fordern, während man heute im Zuge der allgemeinen Demokratisierung im Interesse des gleichen Anliegens jedes Verhältnis von Unterworfenheit ablehnt. Es zeichnet sich aber bereits eine Zukunft ab, in der die persönliche Freiheit, wie wir sie bislang aufgefasst haben, um der Erhaltung des Lebensraumes willen empfindlich

(5) Maria OSSOWSKA, *Gesellschaft und Moral*, Düsseldorf, 1972, 226.

(6) A. a. O., 229.

(7) A. a. O., 158. f.

(8) William K. FRANKENA, *Analytische Ethik*, München, 1972, 37 ff.

eingeschränkt wird. In allen Fällen handelt es sich um die gleiche sittliche Forderung, die so verschiedene Formulierungen erfahren kann. Unser Leben wird haltlos, wenn wir es nicht nach allgemeinen Wertorientierungen einrichten können, so vielfältig die konkreten Formulierungen dieser Werte auch sein mögen. Wir können den Realtwert dieser Prinzipien nicht abstreiten. Reine Empiriker, die jede abstraktive Erkenntnis von Prinzipien ablehnen, machen oft gegen einen falsch verstandenen Begriff von Abstraktion Front. Die Prinzipien sind nicht univok, sondern analog universal. Sie lassen die Möglichkeit einer Bereicherung durch die Erfahrung offen, ohne von ihrer Allgemeingültigkeit etwas einzubüssen. In dieser Überzeugung wird die Menschenwürde in die Grundrechte aufgenommen, wenngleich der Gesetzgeber noch nicht voraussehen kann, in welcher Form das Problem der Wahrung der Menschenwürde etwa auftauchen könnte. Die Behandlung von Einzelfällen nach Analogie setzt stillschweigend die analog-universale Erkenntnis voraus, denn ein Vergleich zwischen zwei Konkreta basiert auf einem übergeordneten Masstab, durch den die Gemeinsamkeiten und Verschiedenheiten der Einzelfälle überhaupt erst in den Griff zu bekommen sind (9).

Die Anwendung sittlicher Normen auf das Recht

Wer der Ansicht ist, dass alle Formulierungen von sittlichen Normen aus dem meta-ethischen Bereich heimlich in den ethischen hereingeholt worden sind, kann im Recht nur den Spiegel der in der Gesellschaft mehrheitlich existierenden Wertüberzeugungen sehen (10). Man könnte sich vorstellen, dass der Rechtspolitiker das ihm aufgetragene gesellschaftliche Problem vom Methodenstandpunkt K. R. POPPERS aus lösen könnte, ohne auf allgemein gültige Normen angewiesen zu sein (11). Damit wären die vielen irrationalen Wertentscheidungen der Gesellschaftsglieder methodisch rationalisiert im Sinne des gesellschaftlichen Prozesses. Doch könnte das Ergebnis, sofern die Informationen nur aus den Wertvorstellungen der Gesellschaftsglieder stammen, sehr irrational ausfallen. Um diese rational nicht zu rechtfertigende Normenpolitik zu korrigieren, müsste man den Begriff der Empirie nicht nur auf die Wertüberzeugungen einstellen, sondern auch ausserhalb von Wertvorstellungen bestehende Sachzusammenhänge in Betracht ziehen in der Über-

(9) Vgl. hierzu Arthur F. UTZ, *Sozialethik, II: Rechtsphilosophie*, Heidelberg Löwen, 1963, 84-87.

(10) Vgl. hierzu: «*Das Rechtswesen-Lenker oder Spiegel der Gesellschaft?*» Das Heidelberger Studio, 49, München, 1971.

zeugung, dass verschiedene Wertempfindungen der Gesellschaftsglieder unsachlich und darum falsch sind. In dieser Weise wird das Konsumstreben der modernen Menschen vielfach als unsachlich beschrieben, sei es, dass die Volksgesundheit darunter leidet (Drogen—, Alkohol— und Tabakkonsum), oder dass die wirtschaftlichen Ressourcen erschöpft werden (Umweltprobleme), oder dass die Stabilität der Wirtschaft gefährdet wird (Problem des Sparens) usw. Der Gesetzgeber müsste dann über die Überzeugung der Gesellschaftsglieder hinweg Zwang anwenden, sofern er sich davon einen Erfolg versprechen kann. Die Beispiele zeigen, dass der Rechtspolitiker das Recht nicht nur als Spiegel der gesellschaftlich vorgegebenen Wertmassstäbe verstehen kann, sofern ihm daran liegt, die Gesellschaft auf einen 'guten' Weg zu führen. Der erzieherische Charakter kann daher nicht grundsätzlich abgestritten werden, so sehr jedes Gesetz mit den Reaktionen der Gesetzesunterworfenen rechnen muss. Diese Reaktionen sind umso mächtiger, je stärker die Rechtspolitik an die Entscheidungen der Gesellschaftsglieder gebunden ist, so vor allem in der plebiszitären Demokratie.

Der Gesetzgeber, der der Auffassung beipflichtet, dass man, ohne in Tautologien abzurufen, allgemeine in sich evidente sittliche Werturteile formulieren kann, vermag analog zu den meta-ethischen Sachurteilen sittliche Urteile rechtlich zu formulieren, ohne dem Verdikt zu verfallen, er sei ein Ideologe oder Diktator. Natürlich auch hier wiederum mit der Reserve, dass gemäss seiner Erwartung seine Wertformulierungen mehrheitlich nicht umgangen werden. Diese Reserve gilt für die sittliche Materie noch strenger, weil die Möglichkeit des geheimen Ausweichens grösser und ganz allgemein die Resistenz der auf ihre Gewissensfreiheit pochenden Gesellschaftsglieder stärker sei können als auf anderen Gebieten. Vielleicht kann die Beachtung dieser Reserve vonseiten des Gesetzgebers den Anschein erwecken, als ob er sich für die These vom Recht als Spiegel der Gesellschaft ausspreche. Tatsächlich aber vollzieht sich der logische Prozess umgekehrt. Die Vorrangigkeit der sittlichen Normen vor der faktischen allgemeinen Überzeugung wird besonders dort akut, wo eine rein meta-ethische Lösung den letzten Rest sittlicher Verfassung der Gemeinschaft verkennen würde, z.B. in den Fragen, die die persönliche Würde, die Achtung vor dem Leben, auch dem unproduktiven Leben, die Würdigung religiöser Bekenntnisse, die sittliche Beeinflussung Jugendlicher usw. betreffen. Sollte das Recht grundsätzlich in den meta-ethischen Bereich abgedrängt werden, dann wären die sittliche Verfas-

(11) Dieter ALDRUP, *Das Rationalitätsproblem in der politischen Ökonomie*, Tübingen, 1971.

heit der Gesellschaft und auch die letzte reale Begründung der Freiheit in Frage gestellt. Es bliebe der Polizeistaat, der diktiert, was die Experten für richtig halten. Ohne eigentlich sittliche Normen wird das Leben unmenschlich. Zu dieser Erkenntnis bedarf es nicht einmal sittlicher Kategorien, es genügt die Meta-Ethik, wie aus FRANKENA (12) hervorgeht. Wenn aber das Leben, um menschlich zu sein, sittliche Normen postuliert, dann dürfte wohl das Recht, selbst wenn es nur der Spiegel der Gesellschaft sein will, auf die Meta-Ethik überragende, echte sittliche Normen nicht verzichten.

BRIGITTA GRÄFIN VON GALEN

Fribourg

(12) William K. FRANKENA, *Analytische Ethik*, München, 1972, 138 ff.

DIE FUNKTIONEN DES RECHTS IN DER WIRTSCHAFT

1. *Wirtschaft und Gesetz*

Nach herrschender Meinung von Theoretikern und Praktiken der Wirtschaft sei *ethos* und *Moral* Sache der *Moralisten*. Das Recht habe im Wirtschaftsverkehr nur die Bedeutung einer bloßen Formalität und sei als solche Sache der Juristen. *Moral*, Ethik und Gesetz müsse aus Gründen der Objektivität und Wissenschaftlichkeit der Untersuchungsmethode aus der Betrachtung aller Wirtschaftsprozesse ausgeklammert werden, um ohne moralisches Vorurteil, d.h. unter Anwendung der Wertfreiheit des Denkens in den Sozialwissenschaften die Eigengesetzlichkeit der Wirtschaft zu analysieren (1).

Die Forderung den Wirtschaftsverkehr dem Recht zu unterwerfen und durch Markt- und Preisverordnungen Preisgerechtigkeit zu schaffen, entspringe einem veralteten Wirtschaftssystem der Ständeordnung des Mittelalters, eines heute abzulehnenden feudalistischen Gesellschaftssystems (2). In einer freien Gesellschaft mit einer freien Wirtschaft könne der Subjektivität des Ermessens durch die Gesetzgebungsorgane bei der Fixierung der Preisgerechtigkeit kein Raum gewährt werden. Hier müssten andere Gesetze herrschen als die des Rechts.

Das Verhalten des Menschen als rational handelndes Wirtschaftssubjekt sei an der fundamentalen Eigengesetzlichkeit des sog. Rationalprinzips der Wirtschaft auszurichten, mit gegebenen Mitteln ein maximales Ergebnis zu erwirtschaften. Dieses Rationalprinzip werde als Grundsatz aller Wirtschaftlichkeit in einem über das Geld abgewickelten Wirtschaftsverkehr in der Realisierung des Gesetzes der Gewinnmaximie-

(1) Vgl. z. B. Joan ROBINSON, «Doktrinen der Wirtschaftswissenschaften, eine Auseinandersetzung mit ihren Grundgedanken und Ideologien», München, 1965, S. 175. *Das Moralproblem ist ein Konflikt, für den es nie eine Lösung geben wird.*

(2) Als unwissenschaftlich klassifiziert daher auch die Nationalökonomie Thomas v. Aquin, der in der Ethik die Probleme des Kaufens und Verkaufens abhandelt; vgl. *Summa Theologiae*, II, II, 77. Ähnliches gilt für Molina.

rung erreicht, das der Mensch als rational handelndes Wirtschaftssubjekt —homo oeconomicus— mit naturgesetzlicher Notwendigkeit zum Grundprinzip seines Verhaltens mache.

Mit geradezu logischer Zwangsläufigkeit werde der Egoismus des Einzelnen, der sein Verhalten nach dem Gesetz der Gewinnmaximierung ausrichtet, dadurch paralysiert, daß sich die Mitmenschen ebenso nach dem Gesetz der Gewinnmaximierung ausrichten und damit der Gesamtgewinn unter die Zahl der hinzutrenden Mitbewerber aufgeteilt werden müsse. Die Konkurrenz der Wirtschaftssubjekte in der Realisierung der ökonomischen Eigengesetzlichkeit der Gewinnmaximierung führe daher zu dem wohl wichtigsten aller Wirtschaftsgesetze, daß nicht Recht und Gesetz, sondern Angebot und Nachfrage im freien Spiel der Kräfte den Preis bestimmen müsse.

Diesen Gedanken hat Karl Marx, gestützt auf David Ricardo (3) konsequent zu Ende gedacht. Das Prinzip des Konkurrenzkampfes auf den Warenmärkten, in dem der Mensch Wirtschaftssubjekt sei, wandte er auf die Gesellschaft an, die damit in Klassenkampf auf dem Arbeitsmarkt Objekt der Wirtschaft wird, das nach dem Gesetz der Reproduktion der Arbeitskraft —in konsequenter Ausbeutung— in dem Existenzminimum entlohnt wird.

Ebenso wie die postulierte Eigengesetzlichkeit für Angebot und Nachfrage auf den Warenmärkten mit naturgesetzlichen Notwendigkeit im Konkurrenzkampf zu dem Idealzustand des vollkommenen Marktes, dem sog. Polypol führen müsse, in dem die Wirtschaft kostendeckend arbeite, so führt nach Ansicht von Karl Marx die Notwendigkeit der Entwicklungsgesetze in der Gesellschaft (4) zur Vereinigung der Proletarier aller Länder im Klassenkampf auf dem Arbeitsmarkt —nach der Expropriation der Expropriateure— letztlich zu dem Idealzustand der klassenlosen Gesellschaft.

In der sog. Dogmengeschichte der nationalökonomischen Lehrmeinungen wird der Marxismus als Antithese zum Manchesterliberalismus hingestellt, dessen Auswüchse Marx durch seine Darstellungen treffend nachgezeichnet habe, die aber heute freilich als überwunden angesehen werden können. Unerkannt ist dabei allerdings geblieben, daß der Marxismus als eine glänzende *reductio ad absurdum* der prinzipiellen Eigengesetzlichkeit des Wirtschaftslebens gegenüber Recht und Gesetz verstanden werden muss. Die strikte Außerachtlassung des Geltungsanspruchs

(3) Vgl. Werner BLUMENBERG, Karl MARX, in *Selbstzeugnissen und Bilddokumenten*. Hamburg, 1962, S. 98, 131, 150.

(4) Kritisch dazu Werner BLUMENBERG, a. a. O., S. 152.

der sozialen Gerechtigkeit in den Bereichen des Wirtschaftslebens führt logischerweise vom Konkurrenzkampf in den Klassenkampf, d.h. in der Kampf aller gegen alle und wie die Geschichte zeigt, über die Revolution in die Diktatur.

Wenn der Mensch im Prinzip der Ethik unterliegt und das Wirtschaftssubjekt als Mensch zu werten ist, dann ist das Wirtschaftsleben als ganzes ein Problem der Ethik und damit ein Gegenstand der Verhaltensnormen von Recht und Gesetz. Das Wirtschaftsleben ist so gesehen als ein sozialer Werttatbestand des menschlichen Zusammenlebens einzustufen, der nach kategorien des Rechts als *ars equi et boni* nach seinem Wertgehalt zu beurteilen ist.

2. Arbeitsteilung und Sozialnatur des Menschen

Nirgends wird die Sozialnatur des Menschen deutlicher als im Bereich der Wirtschaft. Mit der Geburt ist er an die Versorgung durch die Gemeinschaft der Familie ausgeliefert. Seinem Wesen nach bleibt er darüberhinaus zeitlebens auf das Zusammenleben in der Gemeinschaft mit seinen Mitmenschen angewiesen.

Die Sozialnatur des Menschen wird um so evidenter, je mehr die wachsende Menschheit ihre wirtschaftlichen Möglichkeiten bei der gemeinsamen Erstellung des Sozialproduktes in ständig steigender Differenzierung der Arbeitsteilung durch fortschreitende Spezialisierung entfaltet. Der enorme Spezialisierungsgrad einer hochtechnisierten Zivilisation wäre undenkbar ohne die Garantie der sozialen Gerechtigkeit, die bei der Erstellung und Verteilung des Sozialproduktes Rechte und Pflichten des einzelnen und der Gesamtheit regeln und gegeneinander abgrenzen würde.

Von dem Niveau der sozialen Gerechtigkeit hängt das erreichbare Ausmaß der Spezialisierung und die Höhe der wirtschaftlichen Entfaltung der Arbeitsteilung ab. In der Zeiten des Niedergangs der sozialen Bindungen etwa nach dem 2. Weltkrieg in Deutschland ist deswegen ein sinkendes Niveau der Spezialisierung und der Arbeitsteilung mit einer Tendenz zur Wirtschaftsform der Selbstversorger unvermeidbar (5).

(5) Der Begriff «Selbstversorger» stammt aus der Zeit der Lebensmittelrationierung in der deutschen Nachkriegszeit. Damit wurden vor allem Landwirte bezeichnet. Als Einzelperson kann der Mensch im strikten Sinn des Wortes den Status eines vollständigen Selbstversorgers niemals erreichen. Der Begriff signalisiert aber die soziale Desintegrationstendenz.

3. *Sozialbindung und Selbstbestimmungsrecht*

Der Mensch lebt nicht alleine. Vollständig alleine gelassen würde er verkümmern und wäre streng genommen garnicht existenzfähig (6). In einer Welt, in der der Mensch für sich alleine stünde, wären alle rechtlichen Verhaltensnormen überflüssig. Da er aber von Natur aus nur als Gemeinschaftswesen zu seiner vollen Entfaltung kommen kann, muß der Mensch in seinem Verhalten auf den Mitmenschen Rücksicht nehmen.

Gerade im Bereich der Wirtschaft wird durch das nahezu blinde Vertrauen des Einzelnen bei seiner beruflichen Spezialisierung, das er in den zu leistenden Beitrag der Mitmenschen bei der Erstellung des gesamten Sozialproduktes setzt, die Sozialnatur des Menschen besonders evident. Als Ergebnis von Konvention oder Vereinbarung —etwa eines *contrat social*— wäre dies undenkbar. Die Sozialnatur des Menschen ist vielmehr ein Wesenszug, den er als Grundtatbestand seiner Daseinsverfassung vorfindet und sich ihm deswegen anvertraut. Der Wesenssachverhalt der menschlichen Natur, in der wirtschaftlichen Versorgung gegenseitig aufeinander angewiesen zu sein, ja sogar aneinander ausgeliefert zu sein, wird zur Anspruchsgrundlage gegenseitiger Rechte und Pflichten bei der Erstellung und Verteilung des Sozialproduktes. Jedes Recht ist auch Pflicht. Deswegen kann die Sozialnatur grundsätzlich nicht ohne die Sozialbindung gedacht werden.

Wenn auch die wesensmässige Beziehung zu den Mitmenschen die Sozialnatur des Menschen ausmacht, so kann diese Beziehung alleine das Personsein des Menschen nicht schlechthin konstituieren. Der Mensch hat als Person Eigenständigkeit gegenüber seinen Beziehungen zu seinen Mitmenschen. Diese Eigenständigkeit der Person begründet das elementare Recht auf Selbstbestimmung des Einzelnen in der Gemeinschaft, das seinen Ausdruck in den anerkannten Grund —und Menschenrechten z.B. der Meinungsfreiheit, Glaubens— und Gewissensfreiheit, Berufsfreiheit, Versammlungs— und Koalitionsfreiheit, Freizügigkeit und last not least

(6) Wie sehr der Mensch auf seine Mitmenschen angewiesen ist, zeigt auch ein Experiment des Staufer Friedrich II, der auf der Suche nach der Ursprache des Menschen eine Anzahl von Säuglingen von jedem Kontakt zur Mutter, Amme und sonstigen Personen isolieren liess, um so zu ermitteln, welche Sprache sie sprechen würden, wenn man sie abgesehen von der Ernährung sich vollkommen selbst überliesse. Das Experiment endete damit, dass alle Kinder starben. Es ist in der heutigen Psychologie unbestritten wie schädlich die Kontaktarmut für ein Kleinkind sein kann. Ein vollkommener Kontaktentzug kann im Extremfall auch zu Verkümmierungen mit Todesfolge führen.

Dispositionsfreiheit über persönliches Eigentum (7) usw, usf, gefunden hat.

Zwischen Sozialbindung und Selbstbestimmungsrecht besteht keineswegs eine unüberbrückbare Antinomie, wenngleich das Hauptproblem der sozialen Gerechtigkeit darin liegt, beide in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen, und den jeweils sich ändernden Bedingungen der Realität anzupassen. In den Sozialwissenschaften darf dabei weder das eine noch das andere für sich alleine gesehen und absolut gesetzt werden, wenn die Bindungslosigkeit des Individualismus und die Unterdrückung des Kollektivismus in der Gesellschaft vermieden werden soll.

Auf der einen Seite würde es eine Vergewaltigung des Selbstbestimmungsrechtes sein, wenn die Gemeinschaft ihre Mitglieder vollständig und uneingeschränkt —totalitär— für sich in Anspruch nimmt. In einer solchen Lebensgemeinschaft kann die Erstellung des Sozialproduktes nur durch Zwang zur Arbeit aufrechterhalten werden. Der Einsatz von Zwangsarbeit führt immer zu einer Mangelwirtschaft, weil dabei die Menschenwürde brüskiert wird.

Auf der anderen Seite wäre es als Vergewaltigung der Sozialnatur des Menschen zu werten, wenn dem Einzelnen die Freiheit gewährt werden sollte, alles tun zu können, einzig und alleine dadurch eingeschränkt, daß den übrigen Mitgliedern der Gesellschaft der Genuss der gleichen Freiheit zugesichert wird (8). Diese Auffassung führt unabweisbar in das Recht des Stärkeren und damit in die Ausbeutung des sozial Schwächeren.

Die Verhaltensweise des Menschen in der Wirtschaft ist vielmehr dem in die Sozialbindung integrierten Recht auf Selbstbestimmung zu überantworten. Aus dem sozialgebundenen Selbstbestimmungsrecht lässt sich auch

(7) In der Auseinandersetzung wird zu wenig betont, dass die Verfassung der UDSSR von 1936 in Art. 10 feststellt: «Das persönliche Eigentumsrecht der Bürger an ihren Arbeitseinkünften und Ersparnissen, am Wohnhaus und an der häuslichen Nebengewirtschaft, an den Hauswirtschafts— und an den Haushaltsgegenständen, an den Gegenständen des persönlichen Eigentum der Bürger werden durch das Gesetz geschützt.» In Art. 4 der Verfassung wird nur «die Aufhebung des Privateigentums an Produktiv —instrumenten und— mitteln» verfügt.

(8) Art. 4 der französischen Erklärung der Menschenrechte vom 27-8-1789 ist weitgehend von dem Gedanken beherrscht, dass «die Ausübung der natürlichen Rechte jedes Menschen keine Grenzen habe als diejenige, welche den übrigen Mitgliedern der Gesellschaft den Genuss der selben Rechte sichern». Ein rein formal gefasstes Selbstbestimmungsrecht ohne jede inhaltliche Sozialbindung muss im Endeffekt in die vollständige Rechtlosigkeit führen, da man letztlich alles damit rechtfertigen kann, wenn es nur darauf ankommt, dem Mitmenschen das gleiche Recht einzuräumen.

der Aktionsparameter der sozialen Gruppen und schließlich des Staates gegenüber untergeordneten Gruppen und letztlich dem einzelnen definieren. Soweit die Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit durch die Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes des einzelnen oder einer untergeordneten Gruppe erreicht werden kann, ist es Sache der übergeordneten Gruppe, sie passiv zu gewähren bzw. soweit erforderlich aktiv zu gewährleisten, d.h. die erforderlichen Bedingungen zu schaffen um die Integration in die Sozialbindung zu vollziehen. Der Aktionsparameter übergeordneter sozialer Gruppen und schließlich des Staates wird damit durch des Prinzip der sozialgebundenen Selbstbestimmungskompetenz der untergeordneten Gruppe bzw. letztlich des Einzelnen nach Inhalt und Umfang festgelegt.

4. *Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung.*

Nach der auf Max Weber zurückgehenden Methodenlehre der Sozialwissenschaften müsse sich diese jenseits aller wissenschaftlich nicht mehr verifizierbaren Werturteil entfalten. Daher sei der Bereich des wissenschaftlichen Denkens der reinen Theorie zuzuweisen, während der Bereich des praktischen Handelns, das immer auf wissenschaftlich nicht mehr relevanten Prämissen beruhe, in der Lehre von der Politik abgehandelt werden müsse, wo nur die Konsequenzen der vorausgesetzten Prämissen untersucht werde. Diese vom Agnostizismus (9) in der Wertethik diktierte Spaltung der Sozialwissenschaften in reine Theorie und formalisierte Politik führt zum totalen Widerspruch von Wirtschaftswissenschaften und Recht, ja sogar zum Widerspruch von einzel — und gesamtwirtschaftlicher Betrachtungsweise. Mit der Entstehung einer duplex ve-

(9) Vgl. Max Weber, Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik, 19. Band, 1904; und Sinn der «Wertfreiheit» der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, Logos, Band 7, 1917-18; beide in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre v. Max Weber; Hersg. J. Winkelmann, 2. Aufl. Tübingen, 1951. Im Grunde steht hinter der These von der Wertfreiheit des Denkens die Wahrheitsfrage. Max Weber verneint die Möglichkeit der Übereinstimmung von Denken und Sein im Bereich des Sollens; «Ohne jede Frage sind jene Wertideen subjektiv.» (S. 183). «Die «Die Geltung solcher Werte zu beurteilen ist Sache des Glauben... sicher aber nicht Gegenstand einer Erfahrungswissenschaft.» (S. 152). Noch deutlicher «Die Objektivität sozialwissenschaftlicher Erkenntnis hängt davon ab, dass das empirisch Gegebene... niemals zum Piedestal für den empirisch unmöglichen Nachweis ihrer Geltung gemacht wird.» (S. 213). Seine Erkenntnistheorie fusst auf dem Zweifel Dekartes «Der radikale Zweifel ist der Vater der Erkenntnis.» (S. 482). Delikat wird diese Auffassung in der Rechtslehre: «Der Jurist hat nicht die Aufgabe den Wert jener Kulturgüter, deren Bestand an die Existenz von «Recht» gebunden ist zu beweisen... er ist mit seinen Mitteln dazu garnicht imstande.» (S. 482).

ritas ist die Entstehung einer doppelten Moral mit dem Ausweichen zur Grenzmoral unvermeidbar mitgegeben (10). So wäre z.B. die Steuerhinterziehung rechtlich als Delikt, wirtschaftlich aber als Geschäft zu beurteilen (11). Die Wirtschaft kann nicht Niemandlands des Rechts sein. Sie ist vielmehr —ähnlich wie der Strassendverkehr— Materie, Gegenstand des Rechts, während das Recht die Form der Wirtschaft bestimmt. Wirtschaftspolitik ist damit Rechtsanwendung — wie schon Aristoteles Politik und Recht identifiziert hat (12). Unter dem Druck der Erfordernisse der Wirklichkeit ist die Gesetzgebungspraxis über den Formalismus der reinen Theorie hinweggegangen, wenn man etwa daran denkt wie fundamental das Handels —und Gesellschaftsrecht, das Banken— und Kreditrecht und vieles mehr die Wirtschaft zum Gegenstand des Rechts machen, ja sogar das Recht des Staates zum Lohn — und Preisstopp nicht mehr undiskutiert bleibt. Die Funktion des Rechts in der Wirtschaft kann unter Berufung auf die These der Eigengesetzlichkeit des Bereichs ernsthaft nicht bestritten werden.

Das Recht ist vielmehr ein wesentlicher Faktor für die Kooperation des Menschen in der wirtschaftlichen Arbeitsteilung. Eine prinzipielle Antinomie zwischen Fragen der Wirtschaft und Fragen des Rechts ist unhaltbar (13). Jede wirtschaftliche Frage ist zugleich auch immer eine Frage sozialer Gerechtigkeit und damit des Rechts. Die Wirtschaft kann daher nicht beanspruchen, eigener autonomer Sachbereich außerhalb des Rechts zu sein. Das Niveau der wirtschaftlichen Kooperation in der Arbeitsteilung verhält sich wie jede Erfahrung lehrt, direkt proportional zu dem Niveau der sozialen Gerechtigkeit, und wird damit zu einem wesentlichen Bestimmungsfaktor wirtschaftlicher Effizienz.

Unter Ausklammerung der sozialen Gerechtigkeit aus der ökonomischen Betrachtungsweise ließen sich de lege ferenda auch die drängendsten sozialen Fragen der Gegenwart wissenschaftlich nicht erfassen und

(10) Vgl. A. F. Utz, *Ethik und Politik*, Stuttgart, 1970, S. 140 f. zu dem Problem der duplex veritas zwischen Wirtschafts- und Sozialpolitik, die in der Theorie des Neoliberalismus aufklafft.

(11) Höchst interessant hierzu die Untersuchungen von Günther Schmolders, Fragen der internationalen Steuerflucht, in: Wirtschaftsdienst, Hamburgisches Weltwirtschafts-Archiv Hamburg 50, 1970, 11.

(12) Ähnlich in der Interpretation von Aristoteles das Katholische Soziallexikon, Innsbruck, 1964, S. 905 ff. (912). Vgl. such Aristoteles, *Politeia* (Ausgabe von I. Bekker, Berlin, 1831-1870), 1.282 b 14 ff.

(13) Ebenso Wilfried M. BOLEWSKI, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 30-6-73, Politische Fragen sind immer Rechtsfragen, «Eine Antinomie zwischen Rechtsfragen und politischen Fragen ist unhaltbar».

für eine politische Entscheidung über legislative Massnahmen aufbereiten. Hierzu zählt vor allem das Problem der weltweiten Teuerung und Geldentwertung, die unter der Perspektive einer völligen Eigengesetzlichkeit der Preis — und der Tarifautonomie sowie der Autonomie der Staatsaktivität in der Wirtschaft sich jeder Lösungsmöglichkeit in Wissenschaft und Gesetzgebung zwangsläufig entziehen muss.

Die Forderung nach sozialer Gerechtigkeit der Preisbildung kann daher nicht als wirtschaftswissenschaftlich irrelevant und abwegig aus der Betrachtung ausgeklammert werden, nur weil es in der Tat schwierig ist angesichts eines konkreten Produktes zu sagen, was dessen gerechter Preis sei. Wenn im Gütertausch nicht «jedem das Seine» zuteil wird, ist die Desintegrierung der Arbeitsgemeinschaft bei der arbeitsteiligen Erstellung des Sozialproduktes eine unvermeidbare Folge. Die Forderung nach sozial angemessenen Preisen, d.h. nach größtmöglicher Preisgerechtigkeit ist ein zweifelsohne schwieriges Rechtsproblem, wenngleich die Maxime der Gewährleistung des Leistungswettbewerbs und der größtmöglichen Vertragsfreiheit bei der Preisbildung durch den Einsatz wettbewerbskonformer Mittel von Seiten des Staates als im Grundsatz weitgehend abgesichert angesehen werden kann.

Darüberhinaus hat sich in den meisten Staaten die uneingeschränkte Tarifautonomie der Verbände als ein überwiegend ungelöstes Rechtsgebiet erwiesen, Während die Sozialbindung des Eigentums meist verfassungsmässig abgesichert und grundsätzlich anerkannt ist, wird die Forderung nach Sozialbindung der Verbände nur vereinzelt erhoben (14) und hat nur eine geringe rechtliche Absicherung gefunden. Die uneingeschränkte Autonomie der Tarifvertragsparteien ist ein typischer Fall dafür, das höhere Gesamtinteresse, die Sozialbindung des Selbstbestimmungsrechtes der Verbände durch ein zu errichtendes Mitbestimmungsrecht der übergeordneten sozialen Gruppe — etwa durch Volksabstimmung in dem Tarifgebiet zu gewährleisten.

Zunehmende Bedeutung gewinnt ferner das Problem der wachsenden Staatsaufgaben. Der steigende Anteil des öffentlichen Sektors am Sozialprodukt von mehr als 40 % gewährt dem Staat eine Monopolstellung, die dem Bereich der Eigeninitiative und die Reichweite des Selbstbestimmungsrechtes immer mehr einschränkt. Hier ist wohl eines der offensten Rechtsprobleme der Gegenwart gegeben.

(14) Vgl. Kurt H. BIEDENKOPF, *Grenzen der Tarifautonomie*, Karlsruhe, 1964.

5. *Zusammenfassung: Funktionen des Rechts in der Wirtschaft.*

1) Das Recht ist für das Wirtschaftsleben keine rein äußerliche Formalität, sondern wesentliches formgebendes Prinzip (15).

2) Ähnlich wie der Strassenverkehr ist auch das Wirtschaftsleben Gegenstand des Rechts. Das Recht bestimmt die Form des Wirtschaftslebens.

3) Die arbeitsteilige Erstellung des Sozialproduktes macht die Sozialnatur des Menschen evident, die nicht ohne die Sozialbindung an die Mitmenschen gedacht werden kann.

4) Die Sozialnatur, das Bezogensein auf den Mitmenschen, kann nicht schlechthin das Personsein des Menschen konstituieren. Es weist gegenüber den sozialen Beziehungen Eigenständigkeit auf, wodurch das Grund — und Menschenrecht auf Selbstbestimmung begründet wird.

5) Sozialbindung und Selbstbestimmungsrecht stehen nicht in einer unlösbaren Antinomie zu einander, sondern wie Inhalt und Form. In Wissenschaft und Legislative darf weder das eine noch das andere verabsolutiert werden. Abgrenzung der Reichweite von beiden Prinzipien ist Sache der Rechtsfindung.

6) Das Niveau der wirtschaftlichen Zusammenarbeit in der Arbeitsteilung verhält sich direkt proportional zu dem Niveau der sozialen Gerechtigkeit bei der Erstellung und Verteilung des Sozialproduktes.

7) Die drängenden Fragen der Gegenwart insbesondere die weltweite Geldentwertung ist als ein sozialer Werttatbestand zum Gegenstand des Rechts zu machen.

8) Alle Wirtschaftspolitik findet ihre verbindliche Form in Gesetzen. Wie schon Aristoteles Recht und Politik identifiziert hat, besteht Wirtschaftspolitik in wertgebender Rechtsfindung und-anwendung. Wenn hierbei auch höchste Sachgerechtigkeit gefordert ist, so kann eine wertfreie wirtschaftliche Eigengesetzlichkeit keine konkurrierende Geltung beanspruchen.

9) Insbesondere die rechtliche Durchsetzung der Preisgerechtigkeit wird immer mehr zu einer Existenzfrage der Wirtschaft.

10) Neben die Sozialbindung des Eigentums muss die Sozialbindung der Verbände gesetzt werden.

(15) Kurt BIEDENKOPF, *Wirtschaftsordnung ist Rechtsordnung!*, Bonn, 1969.

11) Dem Anwachsen der Staatsaufgaben ist die Selbstbeschränkung durch Förderung der Eigeninitiative vorzuziehen.

12) Alles in allem bestimmt die sachliche Angemessenheit und die rechtliche Durchsetzbarkeit des sozialgebundenen Selbstbestimmungsrechtes die Lebensqualität der Wirtschaft.

DR. MANFRED C. HETTLAGE
Gundelfingen, Deutschland

LA FUNCION MORALIZADORA DEL DERECHO

Son múltiples los vínculos y es entrañable el entrelazamiento entre Derecho y Moral. Al mismo tiempo, los distinguen varios contrastes significativos e ineliminables. De la complejidad de esta interrelación brotan dos grupos opuestos de errores clásicos: por un lado, varias formas del *legalismo moral*, y por otro —disparate más pernicioso aún— los tipos de ética *antilegalista* e incluso *antinomista*. Propóngome trazar un esbozo sumario de ese vasto esquema de trampas del pensamiento, y luego pasar al tema más especialmente escogido: ¿De qué manera contribuye el Derecho a mantener el nivel moral de la convivencia entre personas y a realzar, dentro de unos límites bastante estrechos por cierto, la calidad moral de la vida humana?

Quien habla de Derecho habla de legislación y de la ejecución (o no ejecución) de las leyes. Ahora bien, en la órbita de la moralidad asimismo ocupa un lugar central el concepto de la ley y de las normas. Si no empleamos aquí, como sucede en las ciencias naturales, la palabra de «ley» en su sentido metafórico de regularidad fáctica o modelo de determinación causal, sino en su sentido primero y literal de *mandamiento* (siempre en algún modo universal), de un imperativo que pesa sobre la realidad fáctica pero no la necesita, o sea determina, ni mucho menos expresa una descripción condensada de ella tal como es; en otros términos, el «deber» entraña un conjunto de «órdenes» a las que se puede *obedecer* o *desobedecer*. Pese a sus diferencias ulteriores, hasta tal punto la ley legal y la ley moral se identifican en su forma. Además, coinciden en alta medida en sus contenidos más importantes y tangibles. No precisa dar ejemplos de los varios deberes morales que también prescribe la ley jurídica; con mayor evidencia todavía, las sobresalientes prohibiciones legales constituyen severas condenaciones morales.

En cambio, Derecho y Moral, si bien derivan del manantial básico de la necesidad y del provecho inexcusables de la Convivencia, difieren entre sí desde varios puntos de vista no menos fundamentales. El Derecho

posee una fuerza neta y precisamente coercitiva, la cual conceptualmente se contrapone a la Conciencia, «regla próxima» de la conducta personal, «aplicación» del «sentido moral» a los temas morales particulares y los casos singulares. Por su parte, la moralidad está investida de cierta «autonomía»: el individuo como ser moral no se enfrenta simplemente con un andamiaje de reglas positivas, estipuladas por otros hombres legisladores, refrendadas por un poder inconmensurable con el suyo, que circunscriben su libertad de acción externa, sino que se subordina al empuje interno de valoraciones y sentimientos que él no por eso «crea» o «elige a su antojo», pero sí descubre, impulsa, pule y fragua. Aun cuando el deber legal «obligue en conciencia», tal obligación estriba en la sumisión a las normas morales. El derecho privado, cívico y comercial, en particular, abarca un sinnúmero de reglamentos en los que apenas o solamente de modo marginal entran evidencias morales, mientras que, al inverso, los acentos morales atraviesan, impregnan y conmueven su vida interna, volitiva y hasta emocional. Todo un ámbito por entero sustraído al imperio de la compulsión y las definiciones legales. Claro está que no hay dos personas entre nosotros cuyas opiniones y preferencias morales —sin tocar siquiera a los rasgos de caracteres— sean exactamente idénticas, pero sí podemos decir que las normatividades morales no conocen fronteras nacionales o deslindes administrativos, mientras que el Derecho no es sino el Derecho español, británico, suizo, brasileño, etc., siendo aun el «Derecho internacional» un suplemento secundario y más endeble de ellos, aun fundado sobre actos estatales positivos.

Es el carácter más macizo y concejaramente «dado» de las leyes jurídicas, junto a la innegable consonancia entre lo legal y lo moral, la causa generadora de la tentación a los «legalismos». La forma más primitiva y grosera de éstos consiste en la creencia que de vez en vez podemos encontrar: «Lo que es legal, por supuesto, es moral; lo que no es ilegal, no puede ser inmoral». Huelga comentar torpeza de tal índole. Forma más sutil del legalismo, que tal vez pueda ser designada «farisaica» (en cuanto connota la ilusión de una posibilidad de cumplimiento «total», sin residuo): el deontologismo estricto. «Sí hay deberes, externos e incluso internos, inaccesibles a la coacción legal e incluso a las categorías jurídicas o siquiera propiamente institucionales; empero no hay valideces morales que no estén calcadas sobre el modelo o paradigma legal, la justicia y la honestidad, extendiéndose al modo de pensar mismo, *agotan* el contenido de la moralidad. Así, pues, la bondad, la castidad, la misericordia, la reverencia debida a las preocupaciones espirituales o a la dignidad, etcétera, o cuando menos algunas de ellas, se hallarían relegadas a la es-

fera bien de lo meramente práctico, bien a la de lo meramente estético (1). Otra forma más del legalismo, sofisticada y ya teñida de un matiz de antilegalismo, se manifiesta en la ética kantiana. Para Kant, toda moralidad se reduce a la voluntad de cumplir la «ley» moral como tal, sin añadidura de cualquier otro motivo: el que hace lo objetivamente bueno con motivos (en parte, por lo menos) utilitarios o por simple compasión, ya no actúa de modo «moral», sino «tan sólo» de modo «legal». Mas la «ley moral» se define en términos de lo que el agente «puede representarse» como principio de una «legislación universal» o, más extrañamente aún, como una «ley universal de la naturaleza». Es una ética bañada en cierta atmósfera rigorista y legalista, si bien con un vislumbre subjetivista y romántico en su trasfondo.

Los excesos del mismo legalismo, tanto como las imperfecciones, las variabilidades, el externalismo y la arbitrariedad esencialmente inevitables de todo derecho positivo provocan los consabidos excesos del antilegalismo, que llamo «más perniciosos» porque el espíritu de anarquía utopista es palmariamente más destructivo que la estrechez y la aridez espirituales. El Derecho, dedicado primeramente a garantizar (en los límites de lo posible) «la Paz del Rey», la convivencia ordenada con arreglo a unos principios aceptables y consensuales, no se enfoca en la región central de nuestra sensibilidad moral, ni mucho menos alcanzan a sus honduras. De ahí que se inclinarán los tipos más tiernos y afinados de conciencia a infraestimar o descuidar los lazos que coligan el Derecho y la Moral; y algunas veces, reaccionando contra las pretensiones legalistas a derivar la Moral del Derecho, vendrán sus representantes a erguirse resentidos contra el Derecho como *obstáculo* al desarrollo de una moralidad más genuina, más autónoma, más comprensiva, en suma, más perfecta. Olvidan que el propio concepto del arreglo jurídico ya está radicalmente imbricado con normatividades morales. Y surgirán ilusos cuya aversión a la «mera legalidad» tomará la forma de rebelarse contra las capas más auténticas de la moralidad misma, asonantes a lo jurídico: las vivencias del deber, de la normatividad y de la «sanción», las cuales —por muy lejos que estén de llenar o amueblar la totalidad del paisaje ético— sí que forman la médula de la actitud moral. Bastará con mentar a Nietzsche y a Guyau, a los místicos antinomistas por el estilo de Miguel de Molinos o de William Blake, y por descontado la mayoría de los existencialistas y utopistas, enemigos de la «objetivación» y la «alienación».

(1) Trátase aquí del cuasi-legalismo moral, según el cual, el único principio moral sea el respeto sincero e íntegro que debemos a los derechos de los demás, aun cuando el obrar con infracción de esos derechos no entrañe sanciones jurídicas.

productores de malsanos ensueños que nos invitan a sustituir la bondad espontánea por la espontaneidad como tal, o el bien elegido por el libre albedrío por el huero fantasma de la «elección» sin más.

A mi parecer, la Moral es cosa más preciosa, encarnación aún más elevada y valiosa del ser humano, que el Derecho. (Huelga repetir que sin un «minimum» de moralidad subyacente, ni podría existir la legalidad.) Volvamos, pues, a la cuestión del servicio preeminente que rinda el Derecho a la Moral. Hay quienes, aun cuando limpios de los prejuicios antilegalistas, piensan que un sistema legal con acento más reformativo que deterrente y acordemente más preventivo que retributivo, surtiría el mayor efecto moral. Yo opino que semejante traslación de énfasis arriesga un falseamiento del Derecho que en cuenta cabal aportaría mayor daño que beneficio a la moralidad. Respecto ya a las teleologías legales, ya a las educativas, o aun al trato interpersonal cotidiano, tanto el rigor severo como la benévola tolerancia pueden engendrar maravillosas enmiendas en ciertas condiciones y funestas agravaciones en otras. Dicho de modo diferente, transformar el Derecho en un procedimiento directo de educación moral no me parece prestar la verdadera solución del problema, si bien admito que se podría efectuar una muchedumbre de saludables reformas en los sistemas jurídicos existentes. Pero menos me interesa aquí la tarea de moralizar el Derecho que la cuestión referente a la función moralizadora del Derecho: problema muy distinto de aquél, que cabe examinar bajo otro sesgo. (Por lo que mira a la efectividad objetiva de auténticos esfuerzos morales, cabe recordar el hecho de que incluso motivos indudablemente morales pueden, a veces, resultar en acciones inmorales y efectos calamitosos: piénsese, por ejemplo, en la mentalidad de los revolucionarios utópicos innegablemente idealistas, altruistas e iluminados, pero carentes de cordura).

Hagamos al modo de pensar utópico la exorbitante concesión que, durante un período por lo menos, podría existir la Moral sin que existiera el Derecho, mientras que lo inverso nunca sería posible. Aun así, sería una moral que peligraría letalmente en todo momento. Toda resurgencia de inmoralidad agresiva la amenazaría de colapso instantáneo. Por más formidable que pueda mostrarse la fuerza apremiante de la conciencia moral, siempre conserva un rasgo de incorporeidad, de tenuidad enfrente a la facticidad sólida, de tentación de duda respecto a su validez plena e invulnerable. Incluso los más virtuosos (sobre todo en las épocas poco religiosas) se preguntarán de tarde en tarde, en algunas ocasiones: «Bueno..., y si no hago el bien que me repugna, sino el mal que me atrae en este momento, si rehuso o renuncio a obrar moralmente, ¿qué pasa-

rá?» (2). En cambio, la presencia del Derecho nos advierte de modo constante e inexorable que no podemos por menos de *tomar en serio los mandamientos morales*. Les da a ellos cuerpo y carne para así decirlo; los impide caer en la mera idealidad; sin ser él mismo «pura facticidad», ni mucho menos, mantiene el arraigo de la idealidad normativa en la facticidad del ser humano, y por tanto provee armazón para la propia *tensión* entre valores y hechos, entre lo normativo y lo fáctico. Se sitúa más cerca al polo de la facticidad, y por eso confiere plena realidad a la tensión susomentada y a su polo más cercano a la normatividad ideal, cristalizado en la Moral y sus imperativos. No se objeta que el Derecho prescribe muchas reglas totalmente o casi vacías de significado moral, ni tampoco que hay muchas e importantes dimensiones morales a las que no alcanza, ni puede o debe alcanzar, la mano de la injerencia legislativa o judicial. Con toda su multiplicidad por ambos lados, la Moral también constituye una unidad en algún modo inconsútil, y el Derecho un «cuerpo» en algún modo coordinado y coherente; y al concurso, ya actual y directo, ya discreto y distante, del Derecho se debe el peso que en nuestra vida terrenal compite a la Moralidad.

AURELIO KOLNAI
Bedford College
Universidad de Londres

(2) Ahora bien, ¿qué pasará? Por lo normal, quizás no pasará más que un pecado episódico, cometido por una persona habitual y característicamente buena: cosa no desconocida ni siquiera en la historia de los santos. Al contrario, en un mundo sin Derecho, tales gestos tenderían a multiplicarse y a prohiar una atrofia progresiva de los *hábitos* morales, y al final, un desmoronamiento epidémico de toda *lealtad* a lo moral, para no decir de las intuiciones éticas fundamentales, hasta que las mismas necesidades de la vida compeliesen a los hombres a descubrir de nuevo los imperativos básicos, con su cargo jurídico tanto como sus aspectos e interiorizaciones morales.

SOBRE LA FUNCION DE LAS CIENCIAS JURIDICAS

Hablar de la función —o lo que es decir lo mismo, de la finalidad de una actividad intelectual ofrece una dificultad inicial: al fin y al cabo la finalidad de un estudio es cosa a decidir libremente por el estudioso que lo lleva a cabo. La única manera de poder llegar a hablar en términos generales (y a más razón, pretender dar normas) es introducir el siguiente postulado: un estudio —científico-jurídico en nuestros días es tal cuando responde a la *demanda social* de ciencia jurídica; y su estudio es tanto más perfecto cuanto más plenamente satisface a dicha demanda.

Intentaremos extraer de ello algunas consecuencias, dejando aparte, sin embargo, la problemática de las ciencias jurídicas «sociológicas» (sociología jurídica, psicología jurídica, etc.), por un lado, y de la teoría del derecho (o afines, teoría general, *Jurisprudencia*, etc.), por otra. Nos limitaremos así a las ciencias jurídicas «normativas», o «dogmáticas», el derecho civil, mercantil, penal, etc., cuyo conjunto convendremos en designar como «ciencia jurídica», o «doctrina».

Su «usuario» es el jurista práctico (abogado, funcionario, legislador, juez, etc.). El profano sólo llega a serlo en cuanto pretende actuar como jurista, o se prepare para la profesión jurídica (caso del estudiante de derecho); tales casos se reducen, pues, al anterior.

El jurista práctico desea, por de pronto, que la ciencia jurídica suministre información sobre las reglas de derecho (legales, reglamentarias, jurisprudenciales, etc.) existentes. A esta finalidad corresponden, aparte del científico, las tareas de recopilación y ordenación de dichas reglas. La ordenación se logra mediante la elaboración de «conceptos» abstractos, con arreglo a los cuales se «sistematiza» el material existente. El fin de esta operación es lograr un orden sistemático, conociendo cuya «clave» pueda el usuario encontrar inequívocamente la disposición que le interesa.

Pero además, el usuario exige de la doctrina la «interpretación» de las reglas existentes. En puridad, se trata de una tarea que le compete exclusivamente a él: es la operación que lógicamente antecede a la aplicación de una (u otra) regla. Pero hay casos en que el jurista práctico

agradece que le den este trabajo ya hecho: sea para confrontar su propio criterio con el de una autoridad reconocida, sea para no darlo en nombre propio, sino reforzándolo con un argumento de autoridad. Es práctica muy corriente que a los científicos del derecho se les cite en alegaciones y sentencias, se les pidan dictámenes o pareceres, o incluso que se les invite directamente, en cuanto que científicos, a participar en tareas legislativas. De ahí que también entre en el cometido de la ciencia jurídica elaborar —naturalmente, en abstracto y para casos hipotéticos— propuestas «de sententia ferenda» e incluso «de lege ferenda». Y de hecho, así se hace en la práctica: todo buen manual de derecho procesal, administrativo, mercantil, etc., las contiene, y no se concibe bien que las deje de contener.

Toda propuesta de este tipo entraña una *valoración*. Por hipótesis, hay más de una solución (legislativa o jurisprudencial) posible al caso considerado. Luego, hay que *decidir* entre ellas. Esta decisión se toma, de hecho, previo conocimiento de las consecuencias previsibles de una u otra opción (lo cual requiere, según los casos, diversas tareas de información y estudio), en función de un *valor*: entre las diversas posibilidades previstas, se decide cuál es *mejor*.

Ciertamente, esto no convierte a la ciencia jurídica en «ciencia normativa», en el sentido de que tenga que contener instrucciones directas para la acción. Como señala G. Kalinowski (1), estas propuestas interpretativas o «de lege ferenda» siguen siendo, a pesar de todo, proposiciones *acerca de* las «normas» existentes, y no son ellas mismas «normas», sino más bien «consejos» al legislador o al juez. Pero, en cambio, la ciencia jurídica sí se convierte por ello en una ciencia «valorativa», en el sentido de que en ella intervienen, *irreductiblemente*, valoraciones.

Este hecho choca con el postulado, ampliamente aceptado aun entre teóricos, del Derecho, de la «pureza de la ciencia», o sea de la ciencia como cosa totalmente neutra a todo valor. De este postulado, sin embargo, se extraen consecuencias difícilmente compatibles con lo expuesto hasta aquí.

La más radical es la extraída por Kelsen o por Bobbio (2): si esta actividad interpretativa que hemos descrito es valorativa, hay que erradicarla del campo de la ciencia jurídica: «Il fine della ricerca del giurista è quello di elaborare concetti generali, di stabilire nessi tra concetti gene-

(1) *Querelle de la science normative*, L. G. D. J., París, 1969, p. 108.

(2) En la época de su *Teoria della scienza giuridica*. Posteriormente ha matizado su posición.

rali a di costruire un completo sistema coerente di concetti giuridici» (3). Ante lo cual, nos preguntamos: esta construcción, ¿para qué sirve? Todo lo más, para el primero de los cometidos que hemos señalado a la ciencia jurídica: a efectos informativos. Luego no da suficientemente cuenta de la totalidad de la misma.

No todos los autores extraen del postulado de la «pureza científica» consecuencias tan drásticas. Por ejemplo, Alf Ross concede al científico del derecho la facultad de tomar decisiones valorativas (aunque subrayando que al hacerlo «no actúa en cuanto que científico») (4). Lo concibe como una actividad «política», y a la vez «técnica», cuya exigencia, por «pureza científica», es partir, no de las valoraciones *propias* del jurista, sino de las que se estima compartirá el destinatario del consejo (juez, legislador, partido en el poder, clase dominante, etc.) (5).

Ciertamente puede haber ocasiones en que consideraciones pragmáticas impongan a un jurista el actuar precisamente así. Pensamos muy especialmente en los juristas de países totalitarios, para los cuales el confesar abiertamente su propio sistema de valores equivale a condenarse, en el mejor de los casos, a la ineficacia. Pero es muy dudoso que este proceder pueda ser aceptado como norma general para el jurista en una sociedad sana.

En efecto, ocurre a menudo que el destinatario del «consejo» doctrinal ya estime como «valor» el aval de la doctrina. En otros términos, que alguna medida legislativa o judicial se tome por el motivo fundamental de estar recomendada por la doctrina. En tales supuestos, el aceptar la tesis de Ross podría llevar a unos círculos viciosos de elegantísimo trazado. Pero aun prescindiendo de ello, los valores son algo objetivo o no lo son.

Si lo son, como piensa el que esto escribe, los valores profesados por los legisladores, jueces, etc., sólo son dignos de respeto por parte de los juristas en la medida en que coinciden con lo que *de verdad* es justo o bueno.

Si no lo son, como cree Alf Ross, y sólo son la expresión de emociones o prejuicios subjetivos, no veo ninguna razón para privilegiar, entre ellos, a los que profesa quien tenga el poder. Tan dignas de respeto son las emociones del propio jurista como las de cualquier otra persona, y no hay razón alguna para que, por ejemplo, yo tenga que soportar un

(3) Norberto BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950, página 201.

(4) Alf Ross, *Diritto e giustizia*, trad. G. Gavazzi, Einaudi, Torino, 1965, p. 305.

(5) *Ibid.*, pp. 315-316.

sistema jurídico derivado de los prejuicios o de las emociones de *otro*. Para eso, que sean los *míos*.

Luego, en uno u otro caso, el ser consecuentes con el postulado de la «pureza científica» lleva a graves dificultades de orden ético. Por consiguiente, la única solución es declarar que el principio de la neutralidad de la ciencia no es aplicable a las ciencias jurídicas.

¿Siguen siendo «ciencias» en tal caso?

En buena medida, es cuestión de palabras («ciencia es lo susceptible de ser predicado desde lo alto de la torre de Pisa, el Derecho mercantil es susceptible de ser predicado desde lo alto de la torre de Pisa, ergo»). Se podría solucionar, en última instancia, simplemente con que se llamara, fría y deliberadamente, «ciencia jurídica» a los estudios jurídicos tal como de hecho vienen llevándose a cabo, y dejar a los teóricos de la ciencia el cuidado de dar una definición de «ciencia» en que encuentren cabida.

Y si no, que no se llamen «ciencia», sino «*jurisprudencia*». No hay ninguna tragedia en ello.

Lo que sí tiene importancia es que las valoraciones se hagan a sabiendas y de modo consciente. Que las disciplinas jurídicas sean una búsqueda —todo lo incierta, provisional y factible que se quiera— de la *justicia* en el caso concreto, que sean —como son ya sin saberlo— un instrumento para el hallazgo del «*ius suum*», según la pauta del «*droit naturel classique*» teorizado por M. Villey (6).

VLADIMIRO LAMSDORFF-GALAGANE

(6) Cfr. la excelente exposición de sus ideas por Guy AUGÉ, en el vol. *El derecho natural hispánico. Actas de las "Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural"*, Escelicer, Madrid, 1973, pp. 251-262.

LA FUNCION DE GARANTIA DEL DERECHO PENAL MODERNO

1. El Derecho penal, por ser Derecho, esto es, parte del Ordenamiento Jurídico, tiene por función permanente y principal —y en esto pienso como L. Recaséns Siches (1)— la realización de la seguridad en la vida social. Y más evidente es esta finalidad del Orden Jurídico en el plan del Derecho penal, puesto que él es no apenas «il vindice dei più alti valori etici della collettività», como quiere G. Bettiol (2), pero, aún, de los valores vitales fundantes de la existencia humana y de la vida social. No es por otra razón que, sea cual fuere el modo de entender el fundamento y los fines de la sanción penal, todos están de acuerdo de que ellas visan la seguridad individual y social. Tanto la pena, clásica forma de sanción penal, como las modernas medidas de seguridad, en todas sus modalidades, pretenden, al combatir la delincuencia, realizar esos propósitos. La pena, considerada como un castigo, visa a retribuir el mal del crimen para restablecer el equilibrio social y restaurar la seguridad, violentada por el delito. La pena, entendida como modo de prevención general o individual de nuevas infracciones criminales, objetiva y enfatiza la defensa social. Las medidas de seguridad, por su vez, tanto siendo medidas terapéuticas, como ocurre con las medidas de seguridad restrictivas de la libertad, como preventivas, pretenden evitar la práctica de nuevas infracciones, a fin de cohibir nuevos daños a la vida social.

Esta línea del Derecho penal como instrumento de seguridad social, como el resto de todo el Ordenamiento Jurídico, está, obviamente, presente como su valor teleológico obligatorio y básico, desde sus orígenes y en todo el curso de su acontecer histórico. Es en rigor, más que una constante histórica, un auténtico postulado ontológico.

Sin embargo, en los tiempos modernos, notoriamente después del can-

(1) L. RECASÉNS SICHES, en *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, 1970, pág. 11 y sigs., y en *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, 3.ª ed., pág. 220 e sigs.

(2) G. BETTIOL, en *Diritto Penale*, 5.ª ed., pág. 59

dente pregonar del «Dei Delitti e delle Pene», el Derecho penal pasó a ejercer una función: La de garantía de los derechos humanos fundamentales. Esto, conforme se pretende mostrar, es producto más de las concepciones iluministas que inmediatamente la inspiraron, de un proceso de auténtica valorización de la plenitud de lo humano, que aún está en desenvolvimiento, pero que necesita completarse, actualizando efectivamente los principios que lo motivaron.

2. La nueva función de garantía de los derechos humanos atribuida al Derecho penal en los tiempos modernos tiene base fundamental, no obstante, no exclusivamente en el postulado, actualmente incorporado al Derecho penal positivo de prácticamente todos los pueblos civilizados, de legalidad de los delitos y las penas (3).

Algunos autores pretenden que el mencionado principio haya sido conocido en el mundo romano (4). Muchos lo vislumbran en la CARTA MAGNA INGLESA, impuesta por los nobles al rey Juan Sin Tierra, en 1215 (5). Y autores eminentes hay que afirman, de cierto modo, la existencia del mencionado postulado en la Carta Magna otorgada por Don Alfonso, rey de León y Galicia, en 1188 (6).

(3) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Tratado de Derecho penal*, tomo II, pág. 396, escribe: «Es hoy más urgente que nunca defender la libertad y su principal garantía, que en el ámbito político y penal se halla en el mantenimiento del apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*».

(4) V. MANZINI afirma que el principio de la Reserva Legal tuvo origen en el Derecho Romano, por entenderlo expreso en el Digesto, del siguiente modo: «Poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel que alio jure specialiter huic delicto imposita est» (en «Tratatto di D. Penale Italiano», vol. I, pág. 55, ed. U. T. E. T., (1950). Diverso es el entendimiento de L. Jiménez de Asúa cuando, endosando la opinión de Schottlander, escribe que, «a pesar de su formulación en latín, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no tiene origen romano» (in ob. cit., tomo II, pág. 383).

(5) La gran mayoría de los autores entienden, y entre ellos el penalista brasileño Nelson Hungria (en *Comentarios al Código Penal*, vol. I, tomo I, 5.ª ed., pág. 24), que el principio de la legalidad se encuentra consagrado en la cláusula 39 de la Magna Carta Inglesa de 1215, al disponer que ningún hombre puede ser preso o privado de su propiedad, a no ser por el juzgamento de sus pares o por la ley de la tierra («Nullus liber homo expiatur vel imprisoned, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae». L. Jiménez de Asúa, citando a Max Radin y Jenks, diverge, en cierto modo, de este entendimiento, y refiriéndose expresamente al primero de los estudiosos citados, informa que los autores modernos vienen sometiendo este «mito» a una revisión crítica (en ob. cit., tomo II, pág. 384 y sigs.).

(6) L. Jiménez de Asúa divisa el origen del principio de la legalidad en las instituciones medievales del Derecho Ibérico a partir de la Carta Magna otorgada por Don Alfonso, en las Cortes de León, en 1188 (en ob. cit., tomo II, pág. 386). Del mismo entendimiento participa J. Federico Marqués (en *Curso del Derecho Penal*, vol. I, pág. 131).

Sin embargo, la lectura de los textos romanos, así como de la Carta Magna Inglesa y de la Ordenación de Don Alfonso, no fornecen elementos para poder afirmar que en tales documentos estuviese consagrado plenamente el postulado de la Reserva Legal. La verdad es que solamente después de la obra de Cesare Beccaria (7), y por su derecha inspiración, en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, es que aparece el principio en causa, de forma incontrahecha, adquiriendo forma de garantía de los derechos humanos. No obstante, no se puede olvidar que, de cierta forma, el postulado de la legalidad de los delitos y de las penas ya estuviese contenido en las Constituciones Americanas de Filadelfia, de 1784; de Virginia, de 1786, y de Maryland, del mismo año, y también en la legislación de Pedro Leopoldo de Toscana, de 1786.

Además, fue a partir de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que el principio de la Reserva Legal pasó a universalizarse, figurando, obligatoriamente, en todos los Códigos penales del siglo XIX, asumiendo, asimismo, en muchos países, jerarquía de norma constitucional. Tornóse, como bien señaló R. Frank, una parte «integrante de nuestra conciencia de justicia penal, reconocida universalmente en las relaciones internacionales».

Pero, en el presente siglo, el postulado de la Reserva Legal sufrió restricciones, tanto en el campo de la doctrina como en ciertas legislaciones. Son conocidas las lecciones de R. Garofallo y, más recientemente, las de G. F. Falchi y F. Carnelutti (8). En el campo de las legislaciones, el principio de la Reserva Legal sufrió conocidas derogaciones. La legislación penal soviética, inmediatamente posterior a la revolución bolchevique, insertó el postulado como norma vigente, al contrario, consagró la posibilidad de analogía en el campo de las normas penales incriminatorias. En Alemania, en 1935, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas consagrado en el viejo Código germánico de 1870, fue

(7) Cesare BECCARIA, en su famosísimo *Dei Delitti e Delle Pene*, escribe, en el § III: «Sólo las leyes pueden decretar las penas correspondientes a los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador». Pero, anteriormente al noble lombardo, pero sin la repercusión de su obra, ya diversos pensadores, entre los cuales F. BACON y S. PUFFENDORF, postularon la necesidad de eliminar el albedrío judicial en materia penal» (en V. MANZINI, ob. cit., vol. I, pág. 198, ed. U.T.E.T., 1950).

(8) G. F. FALCHI escribió que «la analogía penal, sabiamente establecida, es enteramente lègítima» (en *Filosofia del Diritto Penale*, pág. 110). En el mismo sentido, F. CARNELUTTI, pero restrictivamente a la legalidad de las penas, «La equità nel Diritto Penale» (en *Revista di Diritto Processuale Civile*, vol. 12, 1, pág. 105 y sigs.).

derogado y abierta la posibilidad de aplicación analógica de la Ley Penal, asimismo en lo que se refiere a los dispositivos que previenen las especies delictuosas y la aplicación de las penas (9).

Sin embargo, el panorama actual muestra la presencia prácticamente universal del postulado en las legislaciones vigentes. La legislación penal soviética, como proseguimiento de un evidente proceso de liberalización, abolió la posibilidad de aplicación por vía analógica de dispositivos penales incriminatorios, y consagró en texto de Derecho positivo el postulado de la Reserva Legal. En Alemania, tan luego fue derrotado el nazismo, volvió a ser norma de Derecho positivo el principio en causa, restaurándose su vigencia en la forma en que era prevista en el Código de 1870. De acuerdo con lo que se sabe, solamente el Código penal dinamarqués y el de Groenlandia (10) no consagraron la legalidad de los delitos y de las penas.

Fenómeno, por lo tanto, altamente interesante es, pues, la constatación de la vigencia del postulado de la Reserva Legal, dentro de países de estructura social y política antagónica. El principio de la legalidad de los crímenes y de las penas está simultáneamente presente en el Derecho penal de países de estructura económico-social comunista, tales como Yugoslavia (art. 20), Checoslovaquia (§ 2), Polonia (art. 10) y otros. Está también presente en países de estructura social y política de cuño acentuadamente nacionalista derechista, tales como en los Códigos de España (arts. 1.º, 2.º y 23) y Portugal (arts. 1.º y 5.º), así como en las legislaciones penales de naciones de organización política liberal, tales como Francia (art. 4.º), Holanda (art. 1.º), Suiza (art. 1.º) y Chile (art. 18), entre muchas otras.

Este cuadro, a nuestro entender, al revelar que el principio de la Re-

(9) El art. 16 del Código Penal ruso, posterior a la revolución comunista, tenía la siguiente redacción: «Cuando algún acto socialmente peligroso no estuviese expresamente previsto en el presente Código, el fundamento y la extensión de su responsabilidad se determinarán con arreglo a los artículos del mismo relativos a los delitos de índole análoga». Sin embargo, pese a la aceptación de la mayoría, el mencionado artículo de la legislación penal bolchevique representó un progreso, puesto que, anteriormente, el albedrío judicial en materia penal era absoluto. En Alemania, por una ley del 28 de junio de 1935, que entró en vigor el 1.º de septiembre del mismo año, el nazismo modificó el § 2.º del viejo Código Penal alemán de 1870, que pasó a tener la siguiente redacción: «Será castigado quien cometa un hecho que la ley declara punible o que merezca castigo según el concepto básico de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo. Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al hecho, éste será castigado conforme a la ley cuyo concepto básico corresponda mejor a él.»

(10) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., segundo tomo, pág. 339.

serva Legal pasó a constituir en el Derecho penal moderno no un elemento exclusivo del Ordenamiento Jurídico de los países de estructura política liberal, pero un elemento común de toda legislación penal, es un proseguimiento de una fundamentación cada vez más auténticamente humanista de la organización de la vida social y parte del Derecho.

3. En sus modernas manifestaciones, en términos de Derecho positivo, el principio de la Reserva Legal fue, más inmediatamente, una consecuencia de los postulados y de las motivaciones sociales y políticas inspiradoras del iluminismo. Toda doctrina es, indiscutiblemente, producto de un determinado cuadro histórico. Y el enciclopedista nació, como reacción al absolutismo, con la preocupación de dar al hombre ante el Estado una situación evidentemente prioritaria. De ahí la formulación de una concepción de la sociedad que se funda en el reconocimiento de la autonomía del individuo humano, esto es, en la concepción del ser humano, como fin en sí, para usar la conocida e inmortal enunciación de Emmanuel Kant. El hombre es anterior al Estado, no, como puede parecer, en términos históricos, pero en términos de valor, y éste debe ser organizado de modo a preservar y garantizar los derechos de la persona humana, por ella transaccionados, cuando se integra en el Estado, en el entendimiento de J. Locke, o que, sin embargo, por el entregados y renunciados para la Constitución de la fantástica voluntad general como prerrogativas fácticas, le deben ser devueltas cuando, ya integrado en el Estado como derechos, en la concepción del contractualismo social de J. J. Rousseau. Variaciones y diversidades que, en el fondo, no disfrazan la razón común, generadora de las doctrinas iluministas, que es la necesidad de limitación de las atribuciones del Estado, de modo a garantizar a los individuos un largo campo de acción, donde pueden realizarse con libertad, sin impedimentos restrictivos o por lo menos arbitrarios. Dentro de esta directiva de contención de los poderes del Estado y de la afirmación del hombre como fin en sí mismo, se inserta el principio de la Reserva Legal. Se trata de eliminar el albedrío del juez penal, confinando sus actividades a limitaciones puestas previamente por la ley. Para la aplicación de las penas, el Estado se autolimita, posibilitando a los Magistrados la aplicación de sanciones, tan solamente aquellos que realizan conductas descritas como crímenes por leyes anteriores a su cometido y en los límites cuantitativos y cualitativos, también fijado por una ley previa. Como consecuencia, se garantiza a los ciudadanos contra el albedrío y la prepotencia judicial y se da a los participantes del Estado la seguridad en torno de las cuales son las conductas sancionadas así como la prerrogativa de no ser eliminados o restringidos ciertos derechos —y la pena

consiste en la eliminación o restricción de derechos— que, por las condiciones del contrato social, fundante de la sociedad política, no pueden ser violados, pero sí deben ser protegidos y asegurados por el Estado.

Sin embargo, el principio de la Reserva Legal restringe apenas el albedrío de uno de los poderes del Estado, el poder legislativo, como bien lo observó G. D. Romagnosi (11), el Estado, respetada la legalidad de los delitos y de las penas, puede macerar la dignidad humana, creando figuras delitivas, violentadoras de la esencia de la persona humana, e instituir penas vergonzosas a la dignidad del hombre. El poder de legislar del Estado, en materia penal, a la luz del postulado de la Reserva Legal, no sufre cualquier restricción y puede dictar normas incriminadoras que expresan un tratamiento desigual de los seres humanos y prevén penas que ofenden la dignidad de la persona. Ejemplo de esta primera situación puede encontrarse en el Código Criminal Brasileño, de 16 de diciembre de 1830. Elaborado con admirable perfección técnica e incorporado a los postulados penales consagrados por el liberalismo, sin embargo, en varias de sus disposiciones que describen los tipos penales están presentes, en forma de ley, las injunciones oriundas de una estructura social y económica desigual y, por tanto, injusta. Basta, a título ilustrativo, recordar la norma de los artículos 113 y 114 del mencionado Código Brasileño, que prevé el delito de insurrección. Es un crimen que solamente puede tener como sujeto activo primario el esclavo, pero puede tener como coautor el hombre libre. Pero la pena del esclavo es la de muerte, y la pena para el hombre libre es más blanda, o sea de tres a doce años de prisión con trabajo (12). Ejemplo de la segunda de las situaciones es lo

(11) Giandomenico ROMAGNONI fue quien primero advirtió la insuficiencia del principio de la legalidad de los delitos y de las penas, cuando escribió: «Pero si las leyes civiles señalaran, por ventura, como delito una acción que en el santo y eterno código de la naturaleza no estuviese considerada como tal; si las leyes criminales de un pueblo turbaran realmente la libertad de que podía gozar por derecho de naturaleza; si cuando él siguiese los deseos legítimos de la inocencia, y aun las dulces emociones de la virtud, incurriera en la prohibición de un legislador ignorante o tirano, de qué serviría para la conservación de su libertad y para la integridad del conjunto de sus derechos que se viera rodeado de cadenas, arrojado en el ergástulo de los reos y sometido a la espada del verdugo, sólo cuando realmente hubiese cometido los actos que el legislador prohibió de manera injusta» (en *Génesis del Derecho Penal*. trad. esp., ed. Temis, Bogotá, 1956, pág. 247).

(12) Zahidé M. MACHADO NETTO, en tesis presentada en la Universidad de Bahía, Brasil, bajo el título «Derecho Penal y estructura social», que constituye un comentario al Código Criminal brasileño de 1830, señaló la presencia de las injunciones de corrientes de comprometimientos sociales y económicos del legislador que «abrazado de fe liberal» vivía en una «sociedad esclavagista, paracolonia, eminentemente agrícola y rural, tradicional, patriarcal y privatística».

dispuesto en el art. 120 del Código Penal de Etiopía, de 23 de julio de 1957. En esta regla penal se previene como pena accesoria la llamada fustigación. Pena corporal, resquicio de los tiempos de la barbarie punitiva, que ofende y violenta al hombre en su dignidad esencial.

En ambas situaciones está consagrado en el texto legal —tanto en el Código Criminal Brasileño de 1830 como en el Código Penal Abisinio de 1957— el principio de la Reserva Legal. El albedrío judicial está contenido en los límites del Ordenamiento Jurídico. Pero el legislador, al elaborar la norma jurídica, no sufrió las mismas restricciones. Hizo ley, condicionado por los intereses de las clases dominantes, olvidándose que el hombre, como tal, mientras vive y convive, tiene derechos derivados de la circunstancia de ser, en la totalidad de los seres del cosmos, la única persona y, por tanto, fuente primera y fin del Derecho, que existe para la garantía y realización de los valores por él puestos y que hacen la historia de la cultura, de su mundo, por él permanente y continuamente creado.

4. El problema, pues, que se pone es el de la ampliación del principio limitativo del poder estatal en materia jurídico-penal, en el sentido de restringir, si no eliminar, el albedrío del legislador penal. Y, salvo mejor juicio, el punto de partida para el correcto enfrentamiento y adecuada solución del problema puede ser buscado en las mismas razones y condiciones profundas, donde se enraiza el principio de la Reserva Legal. Condicionantes y razones éstas que pueden ser encontradas y constituyen su vértice inspirador en la obra penal de Cesare Beccaria, según ya tuvimos ocasión de exponer en otra oportunidad (13). En verdad, bajo las vestimentas de un confesado utilitarismo, la penalística del marqués de Milano se encuentra básicamente enervada por un humanismo radical, a veces implícito, pero en la mayoría de las partes claro y explícito en muchos textos de su apasionado y elocuente «Pequeño Gran Libro.» No existe libertad cuando las leyes permiten que en determinada circunstancia «el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa», escribe el iluminista milanés, en el capítulo XXVII de su «*Dei Delitti e Delle Pene.*» Esto implica afirmar, en el fondo, que la persona humana es la fuente y el fin del Derecho. Y, por tanto, que la Orden Jurídica, en general, y muy especialmente el Derecho penal, no puede nunca olvidar, desde su elaboración normativa hasta su aplicación y ejecución, que el hombre no puede ser considerado y tratado como cosa —res—, pero permanentemente,

(13) Luiz LUISI, «Sobre Cesare Beccaria» (en *Revista de la Facultad de Derecho de Sao Paulo*, vol. LX, ff. 236 y sigs.)).

visto en su condición de persona, que todavía, en la escala más baja de la degradación, el hombre conserva, por serle inherente.

5. Como bien acentuó L. Legaz y Lacambra, «la persona es el verdadero ser del hombre» (14), o, como dice X. Zubiri, «el hombre es la única esencia que es persona» (15). Y por ser así, el hombre se distingue en el cosmos y, aun integrando la naturaleza, le es superior por el hecho de ser pensante, esto es, «centro de pensamientos, de estimación y de libre albedrío» (16). Y siendo así, el hombre tiene, en vista de la naturaleza, esto es, entre las demás especies, una indiscutible prioridad axiológica, constituyéndose en un valor diferente y más relevante cualitativamente.

Pero la persona humana, sin embargo, tiene naturaleza constitutivamente social. La persona humana es, ontológicamente, conviviente (17). Ella vive con las cosas y con los otros hombres. Pero, sin embargo, integrada en la naturaleza, y en cuanto convive en el cuadro social, no pierde a su esencia más íntima, no deja de ser un final en sí misma, un autofin. Todavía, puesta ante los otros seres, esto es, en cuanto convive, en la naturaleza, con los otros seres humanos, toma conciencia de su superioridad relativamente a los seres naturales, pero reconoce su igualdad esencial con relación a los otros hombres. Pero el acto de convivir con el «otro», y por la circunstancia de reconocerlo, no implica que abdique de su condición esencial de persona. Vive en sociedad, pero es titular de una libertad y autonomía dentro del contexto social en que está integrado. Y esta su condición es prioritaria relativamente a todo el orden social y, por tanto, a toda Orden Jurídica. De ahí porqué tiene razón L. Recaséns Siches al escribir: «Adviértase que la dignidad de la persona individual precede a toda orden social y está por encima de todo orden social y político. La persona humana, por virtud de su dignidad, posee derechos primarios, no sólo frente a los otros hombres, sino también frente a la reunión global de todos los hombres. El valor supremo en el Derecho consiste en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana individual, de la cual fue el principio de libertad por cuya virtud se limita la acción del gobierno y del Orden Jurídico. La autonomía ética de la persona es lo único que puede asegurar un contenido valorativo al Derecho. Esa autonomía debe ser respetada como principio fundamental,

(14) L. LEGAZ Y LACAMBRA, en *Filosofía del Derecho*, 3.^a ed., pág. 265.

(15) X. ZUBIRI, en *Sobre la esencia*, pág. 504.

(16) L. RECASÉNS SICHES, en *Introducción al estudio del Derecho*, pág. 336.

(17) L. LEGAZ Y LACAMBRA escribe magistralmente lo siguiente: «La persona tiene naturaleza constitutivamente "social". La idea de persona implica la de relación. No es sólo que la persona se abra constitutivamente al "otro", sino que la persona no existe más que siendo con los demás.» (En ob. cit., 3.^a ed., págs. 269-270.)

pues es lo que transforma al individuo en persona, y es el hombre, en tanto que persona, a quien el Derecho se dirige, en tanto que un fin en sí, un fin de carácter ético» (18). O, como quiere M. Reale, «La idea de persona humana, la idea de que cada hombre tiene una individualidad racional que, como tal, debe ser respetada, está ahí el valor esencial, aquel que podemos llamar valor fuente», y en ese valor, esto es, en la persona humana que se encuentra, «el fundamento, tanto del Derecho como de la moral» (19).

Todo el Orden Jurídico, por lo tanto, debe descansar en el reconocimiento de una igualdad esencial entre los hombres, por ser el hombre, ontológicamente, «persona», esto es, ser racional, capaz de estimativas y libre en sus decisiones. El Derecho, en siendo, pues, una forma de disciplina de vida de personas, esto es, de seres constitutivamente convivientes, o mejor, regulación de las conductas de seres racionales y libres, tiene como su presupuesto y su límite a la naturaleza íntima y peculiar de los seres, cuya actividad es por él ordenada. No puede desconocerla. No puede ignorarla y mucho menos violentarla.

6. Bien vistas las cosas, el principio de la Reserva Legal expresa y se constituye en consectario de esta raíz ontológica del Derecho. Es un instrumento de defensa de los derechos primarios del ser humano. Pero necesita, como ya se dijo, de complementación. Es necesario no sólo cohibir el albedrío judicial. Es menester limitar el albedrío legislativo. Principalmente en el campo penal, donde el Estado atiende de forma contundente los valores fundamentales del hombre y los valores instrumentales indispensables al hombre mientras ser conviviente. Y la forma suplementaria necesaria para garantía real de los derechos de la persona parece poder sintetizarse en los siguientes términos: «Sólo hay crimen cuando se lesionan o se ponen en peligro bienes inherentes y fundamentales del hombre y bienes instrumentales indispensables a su realización social. Sólo es legítima la pena cuando en su ejecución se resguarde la dignidad esencial de la persona humana, esto es, su condición de ser racional» (20). Este postulado debe ser insertado entre las normas funda-

(18) En ob. cit., pág. 334.

(19) M. REALE, en «Fundamentos del Derecho», 2.^a ed., pág. 305. El ilustre filósofo brasileño escribió: «La comprensión del espíritu como capacidad de síntesis y el concomitante reconocimiento de que quien dice síntesis dice libertad, constituye el presupuesto irremovible que condiciona cualquier meditación sobre el problema del hombre y aquello que el hombre construyó y continúa construyendo a través de los tiempos, esto es, su experiencia social e histórica y la experiencia ético jurídica en particular.» (En *Teoría tridimensional del Derecho*, pág. 100.)

(20) Carlos Cossío ve el principio de la legalidad de las penas como una exi-

mentales de cualquier Ordenamiento Jurídico que pretenda, de forma auténtica, realizar los legítimos fines del Derecho...

7. De este modo, la orden jurídico-penal contemporánea realiza también, además de sus finalidades específicas inicialmente recordadas, una función de garantía de los derechos fundamentales del hombre. Consagrando universalmente el principio de la Reserva Legal, las actuales legislaciones penales derogan el albedrío judicial, limitando la esfera del ilícito penal, y de lo sancionable, a lo dispuesto en letra de ley previa al hecho *sub iudice*. De ahí, así, una función nueva del Derecho penal, haciéndolo un instrumento de garantía de los derechos individuales (21).

Pero es preciso ir además, para que esa función de garantía de los derechos humanos se realice con plenitud. Es necesario condicionar al legislador penal, tanto en el estatuir los tipos delictuosos, como en la fijación de las modalidades de pena, poniéndole como misión y límite infranqueable la defensa de los derechos inherentes a la persona humana y de los derechos instrumentales, absolutamente necesarios para la realización de la convivencia social. Este, al lado de la función de defensa de la convivencia social, es el desafío de los tiempos que corren a los penalistas que, si no quisieran hacer involuir al Orden Jurídico, no pueden olvidar la necesidad de completar la función de garantía de los derechos humanos que incumbe al Derecho penal de nuestros días, como exigencia derivada de la incontestable prioridad axiológica del humano.

LUIZ LUISI

gencia intrínseca de la justicia. Entiende que la justicia es sustancialmente igualdad. Y entre el crimen y la pena inexiste esta relación de igualdad. O en la expresión del propio pensador argentino: «No hay criterio racional alguno para determinar por qué la pena dura tanto para este delito y cuánto para aquel otro. En conclusión: no hay relación racional entre entuerto y sanción, ni tampoco en las penas entre sí.» Pretende extender el irracional de esta relación ontológica de incomparables que son el crimen y la pena, también hay situaciones no previstas previamente en ley, conflictiva con las exigencias de justicia. O en el propio lenguaje del maestro de la Teoría Ecológica: «No es racional extender lo irracional, y por eso la razón tiene que oponerse a toda derogación del principio "nulla poena sine lege". Atacar este principio axiológico es atacar a la razón misma en una de sus más importantes expresiones estimativas.

La naturaleza genéricamente irracional de las sanciones penales fundamenta la racionalidad en sí de la máxima "nulla poena sine lege". Y así, por su intrínseca justicia, es como la defiende la Teoría Ecológica.» (En «El principio "nulla poena sine lege" en La Axiología Ecológica», en anexo al libro *Teoría de la verdad jurídica*. págs. 295 y sigs.)

(21) Carlos FONTÁN BALESTRA, en *Misión de garantía del Derecho penal*, páginas 9 y sigs.

NOTA SOBRE FRANÇOIS GÉNY

El interés por una nueva profundización de lo jurídico se manifiesta particularmente fecundo cuando, a lo largo del siglo XIX, el positivismo racionalista francés se ve confrontado radicalmente por el historicismo alemán. La laicización del ámbito científico, la separación de los conceptos de moral y derecho, así como la búsqueda de la ontologización del Derecho positivo (1), son los presupuestos del cambio metodológico que apuntará en las dos direcciones.

Empieza a reconocerse que las fuentes del Derecho participan de la misma versatilidad que cualquier otro fenómeno social. El Derecho, además de texto legal, es costumbre, realización de una mentalidad común y permanente, es incluso sentimiento y emoción. Por ello también, su análisis precisa del concurso de otras materias como la Filosofía, la Teología, la Psicología, la Sociología, y sólo en la armonía de todas ellas se hallará la naturaleza del Derecho. Esa necesidad de organizar (2) y de basar la organización en elementos propios y permanentes será el motor de la escuela histórica. El Derecho no es sólo razón, sino historia: globalización de las propias experiencias históricas de un pueblo que, como los demás —sobre todo como la Francia postrevolucionaria— pretende tomar conciencia de sí mismo.

Desde esta perspectiva, el encuentro de las dos direcciones sería el encuentro entre dos nacionalismos o dos estadios diferentes del nacionalismo. De un lado, el nacionalismo desarrollado francés, en una fase de expansión, pretendiendo generalizar su propia experiencia; es la dinámica propia de los dos últimos siglos. De otro, el nacionalismo alemán, que quiere consolidarse en su propia historia y extraer de ella los elementos de su identificación. Es la afirmación de lo singular frente a lo genérico.

(1) L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, ed. Bosch. Barcelona, 1972, página 95.

(2) Georges GUSDORF, *Introduction aux Sciences Humaines*. Publications de la Faculté des Lettres de l'Université de Strasbourg. Fas. 140, ed. Les Belles Lettres. París, 1960, págs. 440-441.

Hallar un punto común en ambas posiciones supondría remontarse a una fuente ya lejana, la de la «bondad natural del hombre», *uti homo* en Rousseau y *uti populus* en el romanticismo alemán.

François Gény se apercibe de los frutos de la confrontación al situar su obra en el rechazo de la identidad Derecho-Ley escrita, por una parte, y, por otra, en la búsqueda de una razón natural, universal, más próxima al espíritu organicista germano que a la parcelación academicista de Francia (3). Su reflexión parte de afirmar la cualidad social de lo jurídico para preguntarse por la naturaleza del Derecho: «¿Cuál es la naturaleza propia del Derecho objetivo considerado, de hecho, como elemento integrante de la realidad social? ¿Es objeto de conocimiento o simple materia práctica, o, más bien, incluso, ambas cosas a la vez? En tanto que se ofrece al conocimiento, ¿por qué medios lo podemos alcanzar? ¿Qué sesgos o qué combinaciones nos permitirían adaptarle los instrumentos eficaces de la investigación científica? Configurado como susceptible de práctica, ¿de qué manera le haremos penetrar en el tejido complejo y cerrado de la vida social? ¿Debemos por esto abandonarnos al empirismo puro, o no tendremos, aquí mismo, como guías, algunos "pro-cédés-types", que la razón pueda analizar o, al menos, reconocer y estimar, a fin de apreciar el valor o asegurar la eficacia? Pero, sobre todo, ¿cuáles serán, en nuestro dominio, las relaciones del conocimiento con la acción? ¿Finalmente, se adelantará ésta al primero? ¿O se podrá poner a cada uno en su lugar, delimitando con precisión sus respectivas esferas de influencia?» (4). De esta manera, Gény llega a un punto ineludible de conflicto ya clásico: conocimiento o acción, teoría o práctica, ciencia o técnica. Estos límites así planteados son también los de su obra y constituirán los cimientos de su metodología.

La preocupación constante del Decano de Nancy parece centrarse en la necesidad de salvar esa contradicción que desde siempre ha marcado a los diversos planteamientos metodológicos del Derecho y cuya expresión más clara ha sido la lucha de escuelas. Gény no pretende sacrificar elementos necesarios; acepta como necesarios, a la hora de descubrir los elementos de su metodología, los frutos de una práctica, considerada, en su plano elevado, como «práctica iluminada» (*pratique éclairée*) frente a la práctica ciega, a un practicismo vulgar que no puede alcanzar la realidad viviente del Derecho, y asimismo esa práctica iluminada induce a pensar en una conjunción de elementos teóricos y prácticos o quizá en

(3) Georges GUSDORF, ob. cit., págs. 439-440.

(4) F. GÉNY, *Science et Technique en Droit Privé Positif*. París, tomo I, páginas 11-12.

afirmaciones generales confirmadas por la experiencia de la vida en alguna rama concreta del Derecho (5). La búsqueda de un guía en los procesos de investigación del jurista no hará otra cosa que acrecentar la eficacia de éstos a través de planteamientos críticos. Así se manifestaría el contenido de un cambio metodológico general que se opera en la ciencia jurídica durante el siglo XIX: el método jurídico, al dejar de ser formal y pasivo para convertirse en crítico y activo, trastocará la investigación científica, y de una investigación de fuentes pasará a ser una interpretación del Derecho mismo. El cambio es fundamental, se busca más allá de la envoltura formal con que la letra de la Ley recubre al Derecho. Para GénY, la nueva orientación consistirá en plasmar la naturaleza del Derecho, «cet inconnue» (6), en principios, es decir, en razones universales, y este sentido contendrá para muchos autores la superación de la dialéctica del XIX.

GénY afirma (7) que las leyes escritas en diversos momentos no son más que modos contingentes de expresión de una realidad permanente. Si tomamos como fuente la ley escrita y declaramos su contingencia frente al carácter permanente de la realidad del Derecho, considerado en su forma más amplia y general, es claro que aquéllas deberán estar subordinadas a éste, así una investigación adecuada de las bases del Derecho situará la jurisprudencia, la costumbre y la ley misma en dependencia de la entidad fundamental de las que éstas no son más que irradiaciones parciales. Una vez aceptada esta afirmación, el paso siguiente será situar al Derecho positivo en el lugar que le corresponde como fenómeno social, emanando de la autoridad social y susceptible de recibir o tender a una sanción exterior; hallar su naturaleza y, por lo tanto, iniciar la construcción de una metodología supone descubrir, en primer lugar, el fin último de toda organización jurídica: la idea de lo justo, y, después, penetrar en el Derecho positivo hasta alcanzar esas potencias intelectuales del hombre en su actividad social, resortes últimos para discernir normas y preceptos. Es decir, de un lado se nos presenta un principio absoluto, inmutable, fin último de toda construcción jurídica en cualquier época; de otro, la realización mental de este principio y su trascendencia social, sometido a la conciencia histórica.

Con arreglo a esto, GénY define el Derecho como «el conjunto de re-

(5) «... no se trata de sacrificar la práctica a la teoría ni tampoco de constatar la superioridad pragmática de la primera sobre la segunda...» F. GÉNY, ob. cit., página 14.

(6) F. GÉNY, ob. cit., págs. 38-39.

(7) F. GÉNY, ob. cit., pág. 41.

glas, a las que está sometida la conducta exterior del hombre en sus relaciones con sus semejantes, y que, bajo la inspiración de la idea natural de justicia, en un estado dado de la conciencia colectiva de la humanidad, apareciendo susceptibles de una sanción social, coercitiva si es necesario, son o tienden a ser provistas de semejante sanción y desde ese momento se constituyen bajo la forma de imperativos categóricos dominando las voluntades particulares para asegurar el orden en la sociedad» (8). Para analizar esta definición exhaustiva de Derecho cabría hacer una explicación comparativa con otras definiciones, según el esquema elaborado por Sánchez de la Torre (9).

Si los conceptos «ordinatio rationis» y «praeceptum», en Santo Tomás y Suárez, respectivamente, tienen una correspondencia directa, pero más amplia en Legaz y en Sánchez de la Torre al quedar acentuada su dimensión sociológica («forma de la vida social» y «forma de la libertad de la vida social»), en Gény el elemento sociológico está presente, pero se diluye en otros niveles no considerables ontológicamente («para asegurar el orden en la sociedad») (10); sin embargo, los elementos ético y ético-jurídico de las definiciones de los autores citados en Gény aparecen como más cercanos a Kant que al iusnaturalismo tradicional («injuctions catégoriques dominant les volontés particulières...»).

Santo Tomás y Suárez conciben al individuo como ente comunitario, por lo tanto, desde una perspectiva política, sin embargo, en los autores modernos la idea de comunidad aparece con un sentido plenamente jurídico, interesan las relaciones interindividuales en el seno de una colectividad: el Derecho sería, como afirma Sánchez de la Torre (11), «racionalización de la conducta intersubjetiva», y aquí Gény se manifiesta en el mismo sentido («... a la que está sometida la conducta exterior en sus relaciones con sus semejantes»).

El reconocimiento de los dos niveles de constitución en la norma, el histórico, denominado de desarrollo colectivo en la definición de S. de la Torre y el que corresponde a una consideración de la personalidad humana, son, sin duda, reflejos desarrollados del «bonum» de Santo Tomás y del «iustum» de Suárez y podrían verse expresados también cuan-

(8) F. GÉNY, ob. cit., pág. 51.

(9) Angel SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Principios de Filosofía del Derecho*. Deusto, 1972; págs. 154 y sigs.

(10) Lo que sorprende, si se cuenta con el carácter sociológico que aparece en otros lugares de su obra. Cf. GÉNY, ob. cit., pág. 11.

(11) A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, ob. cit., pág. 156.

do Gény dice «bajo la inspiración de la idea natural de justicia, en un estado dado de la conciencia colectiva de la humanidad».

En cuanto a los aspectos de institucionalización de la norma y en lo referente a la coercibilidad, en Gény aparece claramente la necesidad para el Derecho positivo de un medio muy cualificado a la hora de trascender aquélla a la realidad social. Este agente necesario es, sin duda, el Estado, y más concretamente el Estado moderno. «El Derecho positivo no se establece más que gracias a una sociedad fuertemente organizada y conteniendo en ella misma un poder capaz de precisar e imponer, por medios adecuados, las reglas que forman el contenido necesario. Tal sociedad tiene un tipo acabado en el Estado moderno, aunque sea posible encontrar otros ejemplos» (12).

Para Gény, el momento de constitución de norma es aquél en que empieza a ser susceptible de sanción social: «Sin duda, para que una regla de conducta pertenezca al orden jurídico, no es absolutamente indispensable que comporte actualmente la sanción efectiva del poder social...; no la tendremos por regla de Derecho más que a partir del momento en que la norma tenderá a ser provista de semejante coerción, sea autoritaria, sea libremente consentida» (13).

«... La actividad del jurisconsulto (en el sentido más elevado del término) oscila entre dos polos distintos, que yo propondría denominar el "dato" y el "construido"» (14). Observar e interpretar la naturaleza de lo social para perfeccionar las reglas de acción, en primer lugar, sería la consecución de datos naturales; más tarde, elaborar los datos naturales adquiridos con vistas a las necesidades del Ordenamiento Jurídico; de esta manera, el dato formula la regla de Derecho tal cual surge de la naturaleza de las cosas, y el construido es el resultado del trabajo realizado sobre el dato para el perfeccionamiento de las reglas de conducta.

La actividad realizada sobre el dato, actividad, sin duda, de carácter objetivo, deberá interpretar la naturaleza social de las cosas desde ellas mismas, desde su naturalidad y siguiendo las inspiraciones de ideales superiores (idea de lo justo), por lo tanto, eludiendo cualquier forma de artificio.

La actividad subjetiva sobre el construido consistirá en una segunda etapa artificial de elaboración de los datos obtenidos a la manera que se ha hecho referencia, a fin de transformar las cosas de acuerdo con las potencias naturales del hombre, determinadas en última instancia por el

(12) F. GÉNY, ob. cit., págs. 55-56.

(13) F. GÉNY, ob. cit., pág. 48.

(14) F. GÉNY, ob. cit., págs. 96-97.

entorno histórico. Dato y construido se mezclan para transformar progresivamente la vida de lo jurídico sin poder evitar que el construido, más identificado con la actividad personal del jurista, o sea, con el artificio, modifique al dato.

Imagínese, a modo de esquema, que el mundo superior de las ideas y los principios absolutos se manifiesta para el hombre en emociones y sentimientos y que éstos, a su vez, se traducen en deseos e intereses plenamente presentes en el mundo sensible, y por lo tanto, en la realidad social, en la que quedan proyectados a través de imágenes e ideas perfectamente identificables y susceptibles de la observación científica. Estas imágenes polarizadas por la inteligencia y la conciencia, conservadas por la memoria, ordenadas y jerarquizadas, constituyen el contenido de las primeras operaciones intelectuales encaminadas a la elaboración del Derecho, «cuyo centro parece encontrarse en ideas de intereses que se separan de las realidades psicológicas y que es necesario equilibrar» (15), noción que se nos presenta ya dentro de lo estrictamente jurídico.

Este equilibrio de intereses, como la representación más genuina de la dinámica de lo jurídico, se realizará a través de un juicio del espíritu que hará prevalecer uno u otro de los intereses puestos en causa. «... mais toujours suivant la direction normale du processus intellectuel» (16).

La afirmación de preponderancia en la relación de intereses vendrá representada por una regla de Derecho que en conjunto, con otros supuestos diferentes, pero necesitados también de esa afirmación de preponderancia en sus relaciones, tenderá a una elaboración compleja, a una sistematización de nociones y reglas jurídicas «... esforzándose en emplear todos sus recursos para desprender las fórmulas que entrañan, lo más objetivamente posible, las ideas y sus relaciones y para armonizar estas fórmulas en un conjunto coherente, capaz de hacer un todo bien unido siguiendo las exigencias más profundas de nuestra naturaleza» (17).

Ya en el terreno de los conceptos, al margen de las ideas y de los intereses, habría que encontrar una elaboración propia y en relación con otras de la misma especie para alcanzar la pura construcción jurídica. De tal manera que «la marcha del espíritu jurídico», tal como la denomina Gény, recordándonos una vez más algo del idealismo alemán, vendría marcada por las cuatro etapas que a continuación se resumen: I.—Representación en imágenes de intereses y deseos (noción jurídica). II.—Juicio sobre la preponderancia en el equilibrio de intereses (regla

(15) F. GÉNY, ob. cit., pág. 111.

(16) F. GÉNY, ob. cit., págs. 111-112.

(17) F. GÉNY, ob. cit., págs. 112-113.

de Derecho). III.—Conjunto coherente de las representaciones, formuladas en conceptos, que equilibran los intereses (sistema de Derecho). IV.—Construcción abstracta y lógica de los conceptos (construcción de Derecho).

Mediante esta actuación de la lógica formal excluyente de cualquier otra determinación, es decir, mediante la única acción de categorías abstractas procedentes del espíritu —pero siguiendo las reglas inmutables de lo natural— se logra el acuerdo del espíritu consigo mismo y, por lo tanto, una elaboración jurídica pura, válida para una generalidad de situaciones de la vida práctica, y más cercana a la realización de la idea de lo justo, puesto que en el terreno del espíritu los conceptos tienden a alcanzar la esencia lógica de las cosas, penetrando en las cosas mismas y averiguando su verdadera naturaleza a través de un proceso lógico-comparativo con ideas preadquiridas (¿arquetípicas?) y familiares a nuestro espíritu (18).

Gény, desde el principio de su carrera, se sitúa entre los juristas críticos, que rechazan el legalismo positivista de la escuela de la Exégesis e intenta elaborar un método de conocimiento de lo jurídico a partir de lo que de razonable ofrece la naturaleza y de lo que históricamente le ofrece la época en la que vive. Según M. Villey (19), el verdadero mérito de la obra de François Gény ha sido pretender crear una filosofía del Derecho en una época de antifilósofos. El decano de Nancy no puede sustraerse al momento en que la supremacía de la ley escrita determina toda reflexión sobre lo jurídico: por ello busca las raíces de su método también en la práctica, en lo que está «puesto» delante de él como investigador: por ello también cabe preguntarse hasta qué punto el método de Gény no es más que una mera yuxtaposición de dos concepciones antitéticas: iusnaturalismo y positivismo. El Derecho natural no puede ofrecer un conjunto de reglas (datos) que tras una elaboración objetiva queden en situación de ser convertidas en reglas de conducta, sobre todo si entre esos datos se encuentran, como afirma Villey (20), construcciones constitucionales de la época. Por otra parte, una radicalización excesiva que distinga ciencia y técnica al modo que lo plantea Gény llevaría a identificar la primera con la Filosofía del Derecho y el Derecho natural y la segunda con el aspecto meramente artificial y práctico de la vida del Derecho.

Como afirma Legaz, el dato como ciencia y el construido como téc-

(18) F. GÉNY, ob. cit., págs. 148-149.

(19) Michel VILLEY, *Le centenaire du Doyen F. Gény*. Dalloz, Paris, 1963.

(20) M. VILLEY, ob. cit., pág. 53.

nica no pueden aparecer como dos realidades distintas desarrolladas en campos diferentes, sino que ambas constituyen dos momentos dialécticos de una misma cosa, la ciencia jurídica. Para cuyo desarrollo, la obra de Gény es decisiva cuando fija la realidad jurídica dentro de la realidad social, señalando la insuficiencia de la ley escrita por sí misma y penetrando el concepto de práctica hasta hallar la distinción sutil entre una práctica superior de lo jurídico y el practicismo vulgar del leguleyo.

R. MEDINA
Bilbao

«DOING THINGS WITH WORDS» AND THE LAW

1. In considerations on the functions of law sociological, psychological, and social-philosophical problems prevail. Attention should be paid, however, also to peculiarities of the normative discourse legal in particular, composed of linguistic expressions functioning as acts of influencing behaviour, and belonging to a larger group of verbal acts of «doing things». The most important contribution to the theory of such acts seems to be that of J. L. Austin. In this paper we shall examine the possibilities offered by Austin's work to the study of functions of legal discourse, while attempting at making the said theory more precise and at supplementing it by the findings of the theory of law (and of the theory of norms in general). This seems worth trying the more so as so far the subject of pragmatic functions of legal expressions has remained almost untouched upon.

2. Our task is restricted in comparison with problems usually considered by the critics (and defenders) of the Austinian theory of «speech acts» (philosophical connections with phenomenology, or even existentialism (1); difficulties in interpretation, superfluous terminological invention, sometimes leading up to «philosophical inflation» (2); redundance of classifications of this «Linnaeus of speech acts» (3); dubious distinctions: apparent «phonetic, phatic and rhetic acts» are in fact not kinds, but some aspects —or parts— of «locutionary acts» (4), the latter being also «at best a dubious abstraction» of the «illocutionary acts» (5); objections against the distinction of «performative»-«constative» (6), etc.).

(1) W. CERF, «Critical review of How to do things with words», in «Symposium on J. L. Austin», ed. K. T. Fann. London, 1969, pág. 370. f., 379. Comp. Austin's qualification of his own work as «linguistic phenomenology», «Plea of excuses» in *Philosophical papers*. Oxford, 1961, pág. 130.

(2) L. J. COHEN, «Do illocutionary forces exist?», *Symposium...*, pág. 439.

(3) W. CERF, ob. cit., pág. 366, f.

(4) L. J. COHEN, ob. cit., pág. 420; M. BLACK, «Austin on performatives», *Symposium...*, pág. 409, f.

(5) M. BLACK, ob. cit., pág. 410.

(6) L. W. FERGUSON, «In pursuit of performatives», *Symposium...*, pág. 419.

The main issue discussion, however, are two stages of Austin's theory: that of the doctrine of performatives, and that of the general theory of speech acts (locutionary, illocutionary, and perlocutionary acts). This issue is of vital interest also for the present considerations.

The doctrine of performatives was elaborated in the late thirties and expounded in 1946, in the paper «Other Minds» (7), exerting considerable influence, in the study of law among others (8). Austin, however, formulated some objections against his doctrine in 1955 (9), and in 1956 declared himself against the distinction: performative-constative (10).

In the work of 1955, which seems justly to have been later called, «In pursuit of a vanishing distinction» (11), Austin states as follows:

«When we originally contrasted the performative with the constative utterance we said that

(1) the performative should be doing something as opposed to just saying something; and

(2) the performative is happy or unhappy as opposed to true or false.

Were these distinctions really sound? Our subsequent discussion of doing and saying certainly seems to point to the conclusion that whenever I «say» anything (except perhaps a mere exclamation like «damn» or «ouch») I shall be performing both locutionary and illocutionary acts, and these two kinds of acts seem to be the very thing which we tried to use as a means of distinguishing, under the names of «doing» and «saying», performatives from constatives. If we are in general always doing both things, how can our distinction survive?» (12).

Nevertheless, Austin thought still that the doctrine can be maintained within the framework of his new, wider theory:

«The doctrine of the performative/constative distinction stands to the doctrine of locutionary acts in the total speech as the *special* theory to the *general* theory» (13).

In 1956 his opinion sounded more pessimistic:

«We see (...) that stating something is performing an act just as

(7) Published in *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supl. Vol. XX, páginas 148-187.

(8) Comp., e.g., K. OLIVECRONA, «Legal language and reality», *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*. Cambridge Mass, 1962, esp. pág. 174, ff.

(9) In his Harvard lectures (posthumous ed. by J. O. Urmson, *How to do things with words*. Oxford, 1962).

(10) «Performative utterances», in *Philosophical papers*, cit., above.

(11) M. BLACK, ob. cit., pág. 401.

(12) *How to do things with words*, pág. 132.

(13) *Ibid.*, pág. 147.

much as is giving an order or giving a warning; and we see, on the other hand, that, when we give an order, a warning or a piece of advice, there is a question about how this is related to fact which is not perhaps so very different from the kind of question that arises when we discuss how a statement is related to fact. Well, this seems to mean that in its original form our distinction between the performative and the statement is considerably weakened, and indeed breaks down» (14).

This evolution of Austin's views sometimes is leading up to their total negation, sometimes to accepting either their former or their latter version, and to recurrent attempts at developing and making precise the sound and relevant elements of Austin's work (15), this being also —on a restricted are— of our concern.

3. In Austin's views the strong, but also the weak aspects of descriptionism, as opposed to reconstructionism in philosophy of language, are visible. Descriptionism has stressed «the multiplicity of the tools in language», paying attention to «countless» kinds of sentences and of their use (16). At the same time descriptionism is erring in its exploration of delusive suggestions of the intuitions of the ordinary language. One must agree with the remark made by M. Black, «(...) that the outcome of Austin's patient work illustrates the limitations of trying to 'screw out of ordinary language' (...) all that one can without trying to elaborate a plausible theoretical framework» (17).

Austin's initial point of departure consisted in some striking instances of utterances, constituting acts of doing something, and differing from instances of «just saying something», either true or false (the quality of «acts» being not ascribed to them at this stage of considerations). Afterwards, however, it became evident that beside «classical» instances of «doing by saying something» one comes across, in the ordinary language, many dubious cases (e. g., there are many ways of betting without using a set formula, there are mixed cases of making a truth-claim, and «doing something more», as in giving a warning); and finally that all kinds of utterances are «acts».

In order to overcome the first difficulty Austin has introduced the

(14) *Performative utterances*, pág. 238.

(15) Comp. papers by W. CERF, L. J. COHEN, M. BLACK, and L. W. FERGUSON, cit. above, and —in the same volumen— those by M. FURBERG, *Meaning and illocutionary force*, págs. 445-468; P. F. STRAWSON, *Intention and convention in speech acts*, págs. 380-400, and K. M. CHISHOLM, *Austin's philosophical papers*, páginas 101-126.

(16) L. WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations*. Oxford, 1953, Section 23.

(17) M. BLACK, ob. cit., pág. 411.

criterion of «conventionality» of utterances-acts called «performatives». However, defining «conventionality» in a way which would permit to discern «performatives proper» is not an easy matter. Firstly, any correct use of words is in some sense «conventional», but this sense of the term does not serve the given purpose. Secondly, by «conventionality» it can be understood that in order to perform a given act one has to use fixed formula. This was also not satisfactory because quite a number of «unquestionable» performatives (e. g., promise) can be accomplished by using various alternative linguistic forms; Austin himself even remarked that: «In very many cases it is possible to perform an act of exactly the same kind *not* by uttering words, whether written or spoken, but in some other way» (18). That is why Austin has introduced still another concept of conventionality: a speech act» (...) may be said to be conventional in the sense that at least it *could* be made explicit by the performative formula (19). As it was observed, the concept of conventionality as «being *capable* of being conventional» is hard to accept (20) but there is a sound element in this idea, as it will be shown below.

As to the second problem, Austin, when taking into account his initial purpose, possibly *contre cœur* was confronted with the necessity of dealing with the total area of speech acts. Utterances of all kinds ought to have the dimension of «doing by saying something», when treated as illocutionary acts, containing formes performatives along with many other categories. The criterion of divisions in this vast field are «illocutionary forces», enabling to discern among illocutionary acts (1) *Verdictives*, «(...) giving a finding as to something —fact, or value— which is for different reasons hard to be certain about»; (2) *Exercitives*, consisting in «(...) exercising of powers, rights, or influence»; (3) *Commissives*, which «(...) commit you to doing something, but include also declarations or announcements of intention»; (4) *Behabitives*, which «(...) have to do with attitudes and social behaviour»; (5) *Expositives*, which «(...) make plain how our utterances fit into the course of an argument or conversation, how we are using words, or, in general, are expository» (21). In accordance with his concept of conventionality Austin presents, under these five headings, a comprehensive list of verbs, apt to express explicitly what now is called the «illocutionary force» of the utterance.

(18) *How to do things with words*, pág. 8.

(19) *Ibidem*, pág. 103.

(20) P. F. STRAWSON, *ob. cit.*, pág. 386.

(21) *How to do things with words*, págs. 150-162.

This part of Austin's work seems to be somewhat not definite, just a first outline which had to remain undeveloped. Not clear seems to be the concept of «illocutionary forces» when related to that of meaning, or pragmatic functions of utterances. L. J. Cohen, while stressing Austin's merits in detecting the wealth and variety of performative meaning, observes that «his introduction of the concept of illocutionary force achieves nothing but to obscure the nature of this insight» (22). On the other hand, A. Ross claims that verbal expressions examined by Austin are simply «function-indicating verbs and phrases», normally unnecessary for the purposes of communications as far as the informative use of language is concerned, but playing an important role in other uses. Hence Austin was initially under a mistaken suggestion of a peculiar character of the so-called performatives, but later on he realized that they were by no means an exception, since the verbal expressions in question can be «added» to any speech act. In A. Ross's opinion, the idea that these expressions point to the «illocutionary force» of the utterances-acts, obscures the problem of the pragmatic functions of utterances (23).

The groups of illocutionary acts, distinguished by Austin, are marked —apart from their unusual terminology— by unclear lines of division, this being additionally testified to by examining the «illocutionary» verbs, ascribed to these groups. And so, to *verdictives* are said to belong, e. g., *describe, analyse, and understand*; in *exercitives* and *commissives* we deal with verbs which could be very well classed in an opposite way. Austin himself writes about the fourth (*behabitives*) and fifth (*expositives*) groups that they are perplexing, unclear, and not definite, and adds question-marks to some verbs of the fifth group (*conjecture, doubt, know, mention, neglect*) (24). Here the weak sides —pointed out above— of descriptionism become evident.

4. In our opinion, the theory of performatives and the general theory of speech-acts should be treated separately, and there are grounds to account for both. The former ought to be made more precise, while the latter is in need of developing —with some corrections.

In case of the theory of performatives it is advisable to return to

(22) L. J. COHEN, *ob. cit.*, pág. 441.

(23) A. ROSS, «The rise and fall of the doctrine of performatives», *Contemporary philosophy in Scandinavia*, ed. by K. E. Olson and A. M. Paul, Baltimore and London, 1972, pág. 205 f., 208 f.

(24) *How to do things with words*, pág. 151. 161 f., and on this subject D. HOLCROFT, *Meaning and illocutionary acts, The theory of meaning*, ed. by G. H. K. Parkinson. Oxford, 1970, pág. 178 f.

Austin's initial suggestions, and to restrict its range accordingly. Speaking about performatives, Austin had in mind the formulas of ritual, or «ceremonial» acts (legal among others). Such acts have, as a rule, not only verbal, but also non-verbal components (as the frequently repeated example of the «christening» of a ship —uttering proper words when smashing the bottle against the stern). All actions which are components of the act are «conventional» in the sense that (i) the way of performing them is prescribed by certain rules (as regards the form, circumstances, agents etc.), (ii) the performing of these actions in the prescribed way is decisive for the «validity» of the act, (iii) a «non-natural» (conventional) sense is ascribed to the act, this being connected with some determined social consequences of the act (25). This «conventionality» is not linguistic, but one governed by other, extralinguistic rules which only in an auxiliary and subordinate way can make use of linguistic rules. The extra-linguistic conventions in question can be in extreme cases rigid, making it impossible to adopt any alternative ways of performing actions which form part of the act «with equal validity». In quite a number of instances, however, the rules determining conventions can make some allowance as to the way of performing (and even as to the necessity of performing) determined components of the act, verbal one among other. There is an analogy with the linguistic conventionality which treats some alternative formulations as equally admissible from the point of view of the linguistic correctness («linguistic validity»).

Performative acts, as defined above, are essentially non-linguistic (governed by non-linguistic conventions), and so differ from Austinian «illocutionary acts» which are governed by linguistic conventions (as speech-acts) (26).

With respect to performatives so narrowly conceived Austin's doctrine of *infelicities* can be maintained, but cannot serve the purpose of a general division of utterances into happy/unhappy and true/false ones. Performatives can be (a) happy, and so either in the case of fulfilling the strictly fixed requirements (one way of performing), or that of fulfilling one of the alternative ways of performing. In the first instance the performative is happy as being in accordance with a strict prescrip-

(25) Similarly M. BLACK, ob. cit., pág. 407, but it is hard to accept, as a property of conventional acts in the sense discussed here that «The mere doing of the act in accordance with the standard conditions makes the actor liable to certain social consequences» (this would typically pertain only to the so-called *commisives*). This property has been called further by M. BLACK «claim-generating» (who, however, adds the remark, «an inadequate label»).

(26) Comp. M. FURBERG, ob. cit., pág. 454.

tion, while in the second the performative is happy as not transcending «the limits of tolerance» provided for by some given rules. Performatives can be (b) defective (Austin speaks here about *abuses*), or (c) void (Austin speaks here about *misfires*). Austin's definitions of defectiveness and voidness of performatives are by no means clear and complete. As to (b) Austin states that in such cases the act «is achieved», not explaining, however, if there are possibilities of its «sanation», of making it happy. The term «abuses» already makes it evident that Austin's conception of defectiveness is too narrow, this being corroborated by the fact that the only filled rubric of *abuses* is that of *insincerities* (in other rubrics are but questionmarks). As to (c) —the «classical» unhappiness— it remains undecided, if in such instances we deal with a performative, or not. Austin's words, «the act is not achieved» would suggest the latter being the case, but, when we have mind Austin's views in this stage of his investigations that unhappy is a strict counterpart of false, we should adopt the opinion that also in such instances the performative exists (just as a false statement is nonetheless a statement) (27).

5. The theory of performatives, so restricted, is relevant for the theory of normative, esp. legal discourse, in its functional aspect. Performatives are conventional acts determined by various normative orders, such as system of law (but also norms of different social organizations, rules of customs, games, etc.) (28).

The question of the bearing of Austin's views on the problem of pragmatic functions of the legal discourse was examined lastly by A. Ross, who has elaborated a general concept of the «normative act» on the basis of an analysis of the legal act (he made there recourse to some of his earlier works) (29). In A. Ross's opinion, however, the normative acts are to be classed among the illocutionary acts. He claims that the normative acts cover (in some approximation) the first three categories of these acts (*verdictives*, *exercitives*, and *commissives*) On the other hand, the normative acts are described by this author as «conventional» in the sense of their agents, procedures, and «creative» consequences being determined by certain sets of rules (norms). This corresponds to our concept of the «strict» performative as a conventional act determined by some (no-linguistic) rules, but does not correspond to the

(27) Comp. *How to do things with words*, pág. 14 ff.

(28) Comp. L. NOWAK, S. WRONKOWSKA, M. ZIELINSKI, Z. ZIEMBINSKI, «Czynności konwencjonalne w prawie» («Conventional acts in law»), *Studia prawnicze*, 33, 1972, págs. 73-99.

(29) A. Ross, ob. cit., pág. 209 ff. Comp. his *On law and justice*. London, 1958. Ch. IX.

concept of illocutionary act. The latter is not submitted to such rigorous requirements, being only linguistically conventional and apt to be expressed in quite a number of «loose» linguistic forms (with the possibility of making explicit their «kinds of illocutionality» by introducing suitable illocutionary verbs). In our opinion, performatives are in fact «normative acts», being always determined by non-linguistic rules (norms), while illocutionary acts, and even the first three groups of them, constitute a larger category: the normative acts constitute but some part of them, the part which additionally fulfills the requirements of performatives as determined above.

Norms prescribing conditions under which the normative act comes into existence are, in A. Ross's opinion, «the norms of competence» (of creating other norms). One can hardly agree, however, with the view that any normative act is a norm-creating one. This is dubitable already within the range of legal acts to which, e. g., beside statutes —judicial decisions, administrative resolutions, wills, and contracts are said to belong. It seems more plausible to discern, among legal acts, those of norm-creation, and those of norm-application (30). But the doubts are still greater when one considers other kinds of normative acts, which the author has called «conventional acts» (based, e. g., on customary rules, or rules of games) (3). Making a move in a game of chess is certainly a normative (conventional) act, but can the quality of norm-creating act be ascribed to it?

Nevertheless, Austin's doctrine can be essentially improved by following the suggestions of A. Ross. The narrower theory of performatives is evidently in need of introducing the concept of «normative conventionality», and that of normative act. In particular, this theory can profit from the findings of the study of law as to the characteristics of legal act. The wider theory of illocutionary acts, on the other hand, did not take into due consideration the important place of «normatives» among these acts (32). One has to admit that Austin partly realized the possibilities offered by the study of law when he said that «(...) writers on jurisprudence have constantly shown themselves aware of the varieties of infelicity and even at times of the peculiarities of the performative

(30) Comp. A. Ross, *The rise and fall...*, pág. 210; Z. ZIEMBINSKI, «Kompetencja i norma kompetencyjna» («Competence and norm of competence»), *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 4, 1969, esp., pág. 29 f.; K. OPALEK-J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii prawa* («Problems of legal theory»). Warszawa, 1969. Ch. VI & VII.

(31) Comp. A. Ross, *The rise and fall...*, pág. 212.

(32) *Ibidem*, pág. 212.

utterance» (33), but his doctrine does not show any marks of the influence of the study of law, and of the legal theory in particular. Nor are there any traces of attention being paid to findings of a more general nature, —those of the theory (or philosophy) of norms. One has to stress that the outcome of considerations of «writers on jurisprudence» on problems of infelicity is surely of greater importance than Austin's results. The study of law dealt successfully with various kinds of invalidity and defectiveness of legal acts, with the sources and consequences of different infelicities, with the ways of «sanating» some of them, etc.

On the other hand, as Austin justly pointed out, «writers on jurisprudence» lacked (and many lack still) proper insight into the nature of the utterances used in «acts in the law» as utterances being something different or something more than «just saying something», utterances being —to put it shortly— «deeds». The general idea was (or still is) that what one deals in legal discourse with are linguistic expressions simply (though not necessarily statements true or false) (34). Austin's doctrine in both its versions demonstrates the peculiarities of the utterances in question —their «performative» character, or their «force» This doctrine gives valuable insights into the pragmatic functions of legal discourse— this differing only in terminology from Austin's ways of expressing it.

6. Now we have to reconsider Austin's general theory of speech-acts its main points being the notions of the illocutionary act and force. This theory is concluded by the thesis that in uttering words we always do something, perform an act. This thesis is fundamental for a general theory of speech-acts, but at the same time despressing in our search for utterances-acts in a qualified sense of doing with words something «specific», different from stating something.

In the restricted theory of performatives we have already isolated a narrow group of such utterances-acts (or parts of acts), governed by some extra-linguistic rules (norms). The question arises if it can be possible to discern among the illocutionary acts a larger group of utterances which do not fulfill strict conditions of performatives, but nevertheless constitute instances of some specific «doing things with words».

This question will be answered in the affirmative by resorting to our views concerning directive (normative) meaning, and in comparison with

(33) *How to do things with words*, pág. 19.

(34) The use of the terms «utterance» and «statement» by *Austin* presents some complications but this will not be entered into here.

it —optative and evaluative meaning (35). In our opinion, one has to distinguish, on the one hand, utterances (statements) referring to extralinguistic states of affairs (in a wide sense; reports on actual psychological experience, or about the utterances of the speaker, also belong here). On the other hand one has to distinguish «self-referring» utterances, the meaning of which constitutes (and exhausts) acts created by the very formulations of these utterances. While the utterances of the first group are secondary in relation to states of affairs they refer to, those of the second group are themselves primarily facts —states of affairs— bearing the character of acts performed by the speaker.

We do not attempt at formulating, at this not much advanced stage of investigations, a full theory of utterances-acts in the sense formulated above. An important group of them will certainly constitute volitional acts (*volitives*) by analogy to Austin's terms). One subspecies of volitives are *directives* as acts of influencing behaviour. Directives are addressed to determined persons. Among directives, norms as categoric in character, are acts of decision as to the way of conduct of the addressee (36). Of great interest will be another subspecies of volitives —verbal acts of decision, as to the speaker's own conduct (e. g., promise, resignation, voting). Acts of the latter category, still in need of elaboration, do not have addressees but have as a rule «destinataries» —persons affected by the said decisional acts. Beside *volitives* one must mention *optatives* and *evaluatives*, having neither addressees, nor destinataries, but being only «audience-directed», prevailingly with the intention to influence it some way, this way being not explicitly determined, however.

This certainly does not exhaust all relevant groups of the said acts, and does not amount to a complete characterization of the groups mentioned above. It should be stressed only that this conception is based on some theoretical framework, neglected in the doctrine of illocutionary acts. Anyway, this theory makes it possible to delimit a large field of utterances in which by saying words we do something different (or something more) than stating something. Also performatives belong to this

(35) K. OPALEK, The problem of 'directive meaning', «Festkrift til Professor, Dr. Juris et Phil. Alf Ross», Kobenhavn, 1969; «On the logical semantic structure of directives», *Logique et Analyse*, págs. 49-50, 1970; «Directives, optatives, and value statements», *Etudes de Logique juridique*, v. V, 1973.

(36) «Categoric» in contradistinction to «hypothetical» (= dependent in its fulfillment on the will of the addressee, as directives other than norms are). This division ought to be distinguished from «conditional» - «unconditional». Comp. M. MORITZ, «Uber konditionale Imperative», *Festkrift till Professor, Dr. Juris et Phil. A. Ross*, pág. 352 f.

larger group of utterances-acts—in case when the given utterances fulfill additionally conditions which were made precise above. In this sense one can treat, in accordance with Austin's words, the (reformulated) theory of performatives as a «special theory» in relation to the «general» one, here outlined. And so Austin's doctrine makes it in fact possible to develop two theories on «doing things with words»: a narrower one, the subject of which are performatives, and a wider one, on utterances «self-referring» to acts created by their formulation. The latter utterances can be provisionally called «performatives *sensu largo*», and the former «performatives *sensu stricto*».

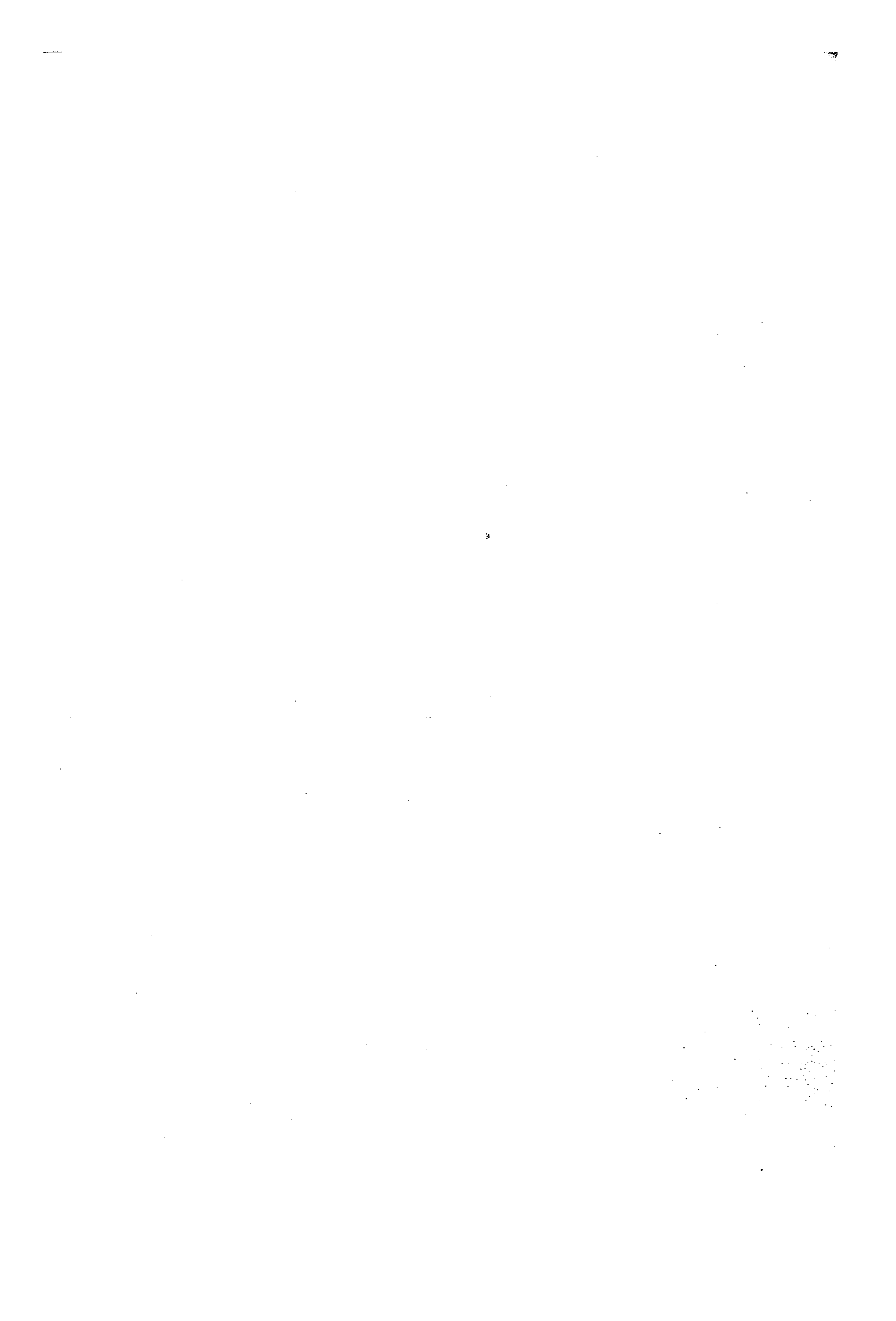
The links between the theory of directives and norms, and that of performatives *sensu largo* are indubitable, and so are mutual profits to be drawn out from their achievements. The theory of performatives *sensu largo* includes the theory of directives and norms into a wider framework, shedding light on properties common to directives and norms on the one hand, and to other types of utterances belonging here, on the other, as well as on peculiarities of directives and norms within the range of performatives *sensu largo*. Studies on directives and norms—legal ones in particular—are more advanced, and so they can effectively serve the investigations on other kinds, special attention has to be paid—as Austin himself has pointed out—to value-statements (38).

Finally it should be stressed that norms, and so also decision as acts as to one's own conduct, are utterances-acts of doing things with words in a pragmatically particularly relevant sense, as volitive acts in which the intended effect is made explicit (by naming the agent and his deed). From this point of view optatives and evaluatives are of lesser importance, as the intended effect of these utterances-acts is much more vague. Law is surely doing things not with words only, but it is very important to pay proper attention also to the functions performed by its language as that of norms, addressee-directed acts of influencing conduct.

KAZIMIERZ OPALEK

(37) Comp. on this point P. F. STRAWSON, ob. cit., pág. 398 ff.

(38) While paying no attention to norms, Austin (*How to do things with words*, página 162) stressed the importance of his theory for the analyses of the basic evaluative term «good», comp. D. HOLDCROFT, ob. cit., pág. 166 f.



LA FUNCION DEL USO COMO FUENTE DEL DERECHO PROCESAL

Los profesionales del Derecho que diariamente ejercemos la profesión en Juzgados y Tribunales, percibimos con mayor claridad, sin duda, que los estudiosos y teóricos de la Justicia y la Ley, la presencia del Uso, con mayúscula, como fuente creadora del Derecho procesal. Los usos en la práctica jurídica son múltiples y diferentes, y cada uno de ellos afecta a una parcela del procedimiento. Así hay usos de contenido económico muy importante —(los bastanteos, los aceptos, las gratificaciones a título gratuito, etc.)—, usos que se imponen a la Ley por imposibilidad material de que la Ley se observe, en razón a la complejidad y variedad de Tribunales, y distantes localizaciones de los mismos en una gran ciudad —(así pruebas que no se practican a la presencia del Juez, diligencias a las que asiste el oficial del Procurador en lugar de éste)—, usos que se imponen en razón a los progresos técnicos (utilización de fotocopias en lugar de copias, escritos y demandas reproducidas por máquinas con cintas perforadas, etc.).

El uso, además, afecta a parcelas del Derecho procesal propiamente dicho, en cuanto que el 70 por 100, aproximadamente, de los procedimientos son ejecutivos con base a letras de cambio, lo que significa la enorme difusión y utilización de la letra de cambio; el uso, en una palabra de la letra.

Todos recordamos, porque es frecuente comentarlo, la importancia que hace cien años, por ejemplo, se le daba al protesto de una letra de cambio, y que llevaba a veces al suicidio del comerciante al que se le protestaba la letra. Hoy en día el denominado «Rai», o control bancario de protesto, ha quedado relegado a un segundo término, y lo que los bancos y financieras buscan es el tener conocimiento de los demandados por ejecutivos. También aquí se ha impuesto el uso, y hay incluso «prácticos jurídicos» que aconsejan la creación de un registro público de ejecutivos para saneamiento del comercio y la industria, similar al Registro de Penados y Rebeldes.

Otro uso importante es el de la aparición de un auténtico «Cuerpo Profesional», constituido en asociación, el de los Peritos Tasadores Judiciales, precisamente para valorar los bienes que se sacan a subasta, en los apremios de los procedimientos ejecutivos.

También el uso ha creado el denominado gremio de «subasteros», que se dedica a concurrir a las subastas judiciales a rematar los bienes por el menor precio posible, y que antes de entrar a la presencia judicial, realizan una «subastilla» particular entre ellos, repartiéndose la diferencia de lo que el adjudicatario ofrece al Juzgado y el verdadero precio que paga por ello.

También los usos afectan al fondo de los procedimientos; así durante años ha habido sentencias contradictorias y puede que en algunas Audiencias todavía las haya (en Madrid se ha regularizado hace unos meses por una circular del Decanato de los Jueces de Primera Instancia), debido a que unos Juzgados despachaban ejecución si faltaba la palabra acepto, y otros no la despachaban, y los que sí la despachaban tenían que afrontar a veces oposiciones que eran falladas contradictoriamente por el Juzgado y confirmadas o revocadas, también contradictoriamente, por las Audiencias Territoriales.

Que el uso tiene una enorme importancia como fuente del Derecho, en la práctica judicial, lo confirman las recientes circulares de instrucciones del Decanato de los Jueces de Primera Instancia de Madrid, donde se indica a los oficiales cómo deben realizar los embargos, se prohíben las remociones de bienes embargados, salvo en casos excepcionales, etcétera.

El uso hace funcionar a los Juzgados y Tribunales y a los profesionales que intervienen en los mismos, y es cosa curiosa cómo en esta parcela del Derecho se percibe claramente la influencia de la personalidad individual de los que «usan» la Ley. El Juez rígido, detallista, que no admite impresos ni diligencias o providencias que no se ajusten formulariamente a la Ley. El Juez que sólo se preocupa del «fondo» de los asuntos y firma sin preocuparse del contenido de toda providencia de trámite o formularia. El Secretario que controla en exceso a los funcionarios a sus órdenes y se despreocupa del contenido económico de los procedimientos, y aquel otro que sólo está pendiente de la recaudación de tasas y delega en los oficiales todo lo demás. El Procurador que tiene múltiples asuntos y paga a los agentes para que éstos «busquen» a los deudores y los embargos puedan realizarse en Secretaría, evitándose así los desplazamientos por la gran ciudad, y ese otro Procurador que lo es casi ocasionalmente y que cuida los pocos asuntos que

se le encomiendan con celo, pero sin la pericia de ese otro Procurador más profesional que él; que por su acometividad consigue hacerse con un gran despacho.

Los que «pateamos el Derecho de cada día», y perdónesenos la licencia de la expresión, percibimos el gran juego que en el uso tiene la intuición psicológica. Saber Derecho es muy importante, qué duda cabe, y quien sabe Derecho, por lo general, es quien triunfa profesionalmente por su influjo y por su fama, así como por la obtención de títulos por oposiciones o por concursos, pero conocer psicológicamente a las personas que «mueven» el derecho con minúscula, en los pleitos, y saber de qué pie cojea cada uno, e incluso contar con su colaboración o benevolencia y, por qué no decirlo, con la simpatía, humanamente hablando, es muy importante, en definitiva, para el buen resultado de los intereses en juego.

No estoy descubriendo nada nuevo, pero sí estoy hablando de algo que se sigila, que se habla de modo confidencial y un poco esotéricamente entre iniciados. El Procurador es quien sabe de ese adoptarse los usos judiciales por la idiosincrasia de las personas; no me refiero, por ejemplo, a que haya Audiencias donde obliguen al Procurador a estar presente en las Vistas, mientras que en otras, más comprensivas, sabiendo que a veces a un Procurador le coinciden varios señalamientos a la vez, le eximan de ello, me refiero a conocer que un Juzgado no admite por sistema, poniendo un caso, a trámite las Suspensiones de pagos, y va a «cargárselas», como se dice en el argot judicial, mientras que otro las admite «vayan como vayan».

En el Procurador ha volcado el «uso judicial» actual, la función que en la Medicina asume el cirujano. Cuando las «discusiones o contiendas» judiciales eran complejas y las pruebas laboriosas, y los intereses de las partes se hallaban muy entretreídos y su desmadejamiento planteaba múltiples cuestiones que daban lugar a que los Abogados tuvieran mucho que estudiar y que escribir —y esto no significa que actualmente no ocurra (por ejemplo, los pleitos civiles del asunto Matesa), sino que hay un gran porcentaje de asuntos que no precisan estudio, sino acción y resolución, como son los ejecutivos—, el Procurador tenía como misión fundamental la de saber qué Abogados eran más competentes en una u otra clase de asuntos, y asesorar a sus clientes (como ocurre con los «solicitors» ingleses en la actualidad), a fin de que requirieran los servicios de este o aquel Abogado, ocupándose del contenido económico del asunto (nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, arcaicamente, obliga a los Procuradores a responder de las minutas de los Letrados, cuando en la ac-

tualidad suelen ser ellos los que tratan con los clientes y mandan los asuntos a los Procuradores), pero cambiaron los tiempos, y los Abogados, asesores de Empresas, en campos como el laboral, el financiero, el fiscal, etc., relegaron el campo procesal, y sobre todo el ejecutivo, y lo delegaron para que, en su nombre, se ocupara de él, al Procurador. Así este profesional fue convirtiéndose en el cirujano del Derecho, y percatándose, al afrontar una ejecución de un patrimonio, si ese patrimonio era real o virtual, si existía o no, si cabía conceder una espera para que por sus propios recursos se recuperara y sanase, o si había que introducir el bisturí e instar la vía de apremio, trabando embargos de inmuebles, nombrando administradores judiciales, colocando al deudor de mala fe y de malas artes ante una posible quiebra o una posible querrela por alzamiento de bienes o estafa.

Que el uso ha variado las funciones en la aplicación de las leyes, insisto, es algo claro y palpable, y ya concretando que el Procurador de los Tribunales se encuentra en el uso y modifica su función, por él y en él, convirtiéndose cada vez más en el cirujano del Derecho, también es cada día más exacto.

DR. D. JOSÉ LUIS ORTIZ CAÑAVATE

PODER, ESTADO Y FUNCIONES DEL DERECHO

Una perspectiva desde la que se puede captar la función del Derecho como factor de conservación y de modificaciones sociales es la histórico-política, propia de una búsqueda filosófica de la política, que implica el análisis de la relación entre el poder político y el Estado, por un lado, y el ordenamiento jurídico, por otro. Con más exactitud es la búsqueda histórico-filosófica orientada a captar las correlaciones existentes no sólo entre las diversas formas históricas del poder político y del Estado, sino también con respecto a las diversas formas del ordenamiento jurídico —o sea sus peculiaridades en relación a la función prevalentemente conservadora e innovadora del Derecho. En efecto, el Derecho, en cuanto «realidad histórico-social normativamente valorada, y por tanto protegida» (v. D. PASINI, *Vida y forma en la realidad del Derecho*, Milán, 1964, p. 89), en su momento nomogenético, que es el presupuesto de la interpretación y de la actuación posterior, es la expresión de una valoración opcional de la realidad histórico-social operada por quien tiene el ejercicio del poder político y, por tanto, el poder decisivo y decisivo. Esta decisión opcional, y por consiguiente la objetivación normativa, pueden ser expresión de un órgano legislativo o jurisdiccional o de voliciones anónimas de la sociedad, por las que a cada mutación histórica de la forma del poder político corresponde una mutación de las objetivaciones expresas del poder y de los órganos normativos.

En consecuencia, a las tres formas históricas típicas, fundamentales del poder político —poder coercitivo como fuerza, poder como fuerza normativizada o legal y poder legítimo o como autoridad, fundado en el libre consentimiento de los consociados—, no sólo corresponden las tres formas históricas típicas, fundamentales del Estado —Estado monocrático-autocrático, Estado de derecho o legal y Estado social o legítimo o de justicia—, sino que también corresponden, respectivamente, tres funciones históricas típicas, fundamentales de la técnica de control social que es el Derecho. En efecto, al poder coercitivo, al cual corresponde el

Estado monocrático, está correlacionado el Derecho como factor prevalente de conservación-represión, fundado en las voliciones normativas de quien, siendo el titular del poder soberano, es el sujeto del Estado, la fuente del Derecho. El Derecho, en cuanto expresión de la volición normativa imperativa del poder coercitivo del «Príncipe», es un conjunto de imperativos de órdenes que tienen por objeto imponer a los consociados determinados comportamientos, queridos e impuestos por quien tiene el monopolio ejercicio del poder político a los súbditos. De esta forma el ordenamiento jurídico, como conjunto de prescripciones normativas imperativas, implica que los destinatarios estén vinculados al rígido, predeterminado esquema o modelo de conducta social, querido e impuesto por los gobernantes. Así el Derecho, además que factor de conservación social, tiene como carácter específico preeminente la función de dominio, de imposición de las opciones normativas queridas e impuestas por el poder político a los súbditos. De aquí no sólo la relación necesaria indisoluble, sino también la reducción, aún mejor la identificación del Derecho con la coacción. Es decir, el Derecho está concebido como ordenamiento represivo y aparato coercitivo, como sistema de normas negativas y organización de sanciones negativas. De manera que la organización política de los súbditos tiene como fundamento la fuerza, es decir, la imposición, las órdenes y las prohibiciones del «Príncipe», y la obligación jurídica está fundada, a su vez, en la voluntad normativa imperativa del «Príncipe», a quien no puede corresponder, por parte de los súbditos, alguna forma de libre consentimiento, de libre participación, sino una actitud de subordinación, de obediencia pasiva a la vida político-social y al ordenamiento jurídico. De aquí, precisamente, el concepto de derecho como obligación jurídica y su explicación en términos de coacción o de sanción y por tanto la ausencia de toda forma de legitimidad del poder político, del Estado, del Derecho.

* * *

El salto cualitativo correspondiente a la revolución política liberal-individualística y a la profunda transformación del relativo carácter ideológico se opera con la transformación del poder político de poder «absolutus» a «alligatus», es decir, a poder controlado, limitado, legal, y la correspondiente transformación del Estado de «absolutus» a Estado de derecho, o legal, o constitucional, en el que las libertades fundamentales, los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos están garantizados por la igualdad de frente a la ley. Este salto cualitativo implica una

análoga, radical transformación de la función fundamental del Derecho. En efecto, existe ahora un progresivo proceso histórico que implica un desplazamiento radical del sujeto del Estado del «Príncipe» a la sociedad, o mejor aún, a una parte o clase dominante de la sociedad (burguesía), y el Derecho testimonia una orientación valorativa diversa que corresponde a la elección de una orientación política operada por el poder legislativo. El Derecho, en lugar de tener como característica peculiar la función prevalentemente conservadora-represiva, asume, por el contrario, la de «garantía», de «tutela» y, por tanto, de conservación de determinadas conquistas político-social-económicas, es decir, las libertades políticas fundamentales, la igualdad frente a la ley, los derechos inviolables del hombre. Con la transformación del Estado monocrático en liberal, de derecho, operada por la transformación del ideal político, la función del Derecho es la de realizar y mantener el orden público y de garantizar a los ciudadanos las libertades recíprocas.

De esta manera, con la conquista por parte de los consociados de la libertad política como libertad «negativa», «con respecto al Estado», el derecho de instrumento operativo del «Príncipe» en función de dominio, de prescripciones normativas, rígidas, cerradas en la sociedad y por tanto en función prevalentemente conservadora-represiva de la realidad social, se convierte en un instrumento operativo, un conjunto de prescripciones prevalentemente dispositivas, elásticas, abiertas, queridas e impuestas por las clases dominantes en función prevalentemente conservadora que garantice la nueva realidad social y las nuevas estructuras. El momento nomogenético se convierte así en expresión de una determinada valoración opcional de la realidad histórica llevada a cabo por quien tiene el ejercicio, en vez de «absolutus», «alligatus», del poder político. Por tanto, los gobernantes, en su actividad legislativa, en vez de estar «desvinculados» de toda influencia, de todo control y límite de la sociedad y antes que prescindir de los valores, de los intereses sociales, están, por el contrario, influidos por éstos, limitados. La discrecionalidad del legislador está, por tanto, restringida dentro de determinados límites, y los actos legislativos están sometidos al control de la legitimidad.

De esta forma el momento decisional de la formación normativa está precisamente en relación y condicionada no sólo por la necesidad de considerar, sino también de respetar y garantizar los valores, los intereses preeminentes y emergentes de la sociedad. De esta manera el Derecho, si no expresa los fines y las estructuras de la sociedad, al menos refleja los fines y las estructuras de la clase dominante. Inicia así un lento, difícil proceso de progresiva adecuación entre las funciones y las

estructuras jurídicas, que de rígidas y estáticas, es decir, conservadoras, tienden a convertirse en elásticas y dinámicas, es decir, transformadoras de la sociedad. Se lleva a cabo de esta manera un profundo proceso dialéctico cada vez más estrecho, de implicación y de polaridad recíprocas, y por tanto de recíproca adecuación entre la sociedad y el Derecho, entre estructuras y funciones inmanentes a la vida del Derecho. Con este proceso el Derecho se socializa y la sociedad se normativiza. El Derecho, de expresión heterónoma de la voluntad normativa imperativa de los gobernantes sobre los gobernados, tiende de esta manera a convertirse en expresión autónoma de la sociedad, es decir, objetivación de soluciones normativas que, más bien que ser impuestas a los súbditos en modo exclusivo, rígido, coercitivo, por el poder político monocrático, el poder político, difuso y articulado, de la sociedad realiza de modo espontáneo, elástico, consensual.

* * *

Otro salto cualitativo, todavía más importante y decisivo, es decir, una ulterior y diversa transformación del Derecho, de su función preeminente, correspondiente a una transformación radical de los valores, del ideal político, de las costumbres de la sociedad, se realiza con la transformación histórica del poder político que pasa de poder legal a poder político consensual o legítimo, como «autoridad», fundado en el libre consentimiento de los consociados y, por tanto, con la correspondiente transformación histórica del Estado de derecho en Estado social. En esta nueva fase histórica, el sujeto del Estado, más bien que ser el «Príncipe» —como en el Estado absoluto— o una parte de la clase dominante de la sociedad —como en el Estado de derecho—, es ahora toda la sociedad, el pueblo. Esta es la razón del auténtico significado del Estado social: con la «revolución copernicana» que se verificó en la historia política, el Estado se identifica con la sociedad, y el pueblo es el titular del poder soberano. De esta manera la sociedad de objeto del poder político y de simple destinatario de las normas del ordenamiento jurídico, se convierte en sujeto activo del Estado, el titular de la soberanía, la fuente primaria del ordenamiento jurídico en cuanto es la realidad histórico-social «in fieri», en su proceso de desarrollo y de transformaciones continuas. Por tanto, el Derecho, que primero era instrumento operativo de la voluntad normativa del Príncipe, tendía a conservar, domi-nándola, la sociedad, simple objeto pasivo del poder político coercitivo y simple destinataria pasiva del ordenamiento jurídico mediante la téc-

nica del desaliento, con un control social pasivo, por medio de medidas represivas negativas, autoritarias y coercitivas, de normas sancionatorias; luego pasa a ser instrumento de la voluntad normativa de una clase dominante sobre la sociedad, para conservar, garantizar las libertades políticas fundamentales, los derechos inviolables de los individuos de la intromisión del poder político, hasta que, finalmente, se convierte en instrumento operativo de la sociedad, que realiza la realidad «positiva», la libertad del pueblo «en el Estado», es decir, el autogobierno.

El principio legalitario de la igualdad del ciudadano libre de frente a la ley se resuelve ahora en el principio contenedor de la igual dignidad social de cada ciudadano respecto a otros ciudadanos. De esto se deriva la función promocional de activa incidencia del Estado-gobierno en las relaciones económico-sociales con el fin de remover los obstáculos que de hecho impiden la actuación de la igual dignidad social de los individuos que constituyen el Estado-sociedad. Por esta razón existe la necesidad de librar al ciudadano de los límites que impone la necesidad. De aquí la función dinámica y promocional del Derecho, es decir, su función no sólo de coordinador dinámico de las transformaciones, sino también de estímulo y de desarrollo de la realidad social, función muy diversa, ya sea de la simple organización estática de las situaciones y de las diferencias entre las diversas clases sociales, ya sea de garantía neutral en los conflictos económico-sociales, ya sea, en fin, de prescripción sancionatoria del comportamiento de los consociados. En consecuencia, el Derecho tiene ahora como función prevalente la de promover, mediante un control social positivo, mediante medidas de incentivación, de estímulo, de aliento de los actos jurídicos conformes, de los comportamientos socialmente queridos medidas orientadas a la vida, al desarrollo del Estado social. Es, por tanto, significativo que las leyes-incentivo o de promoción sean cada vez más numerosas y que adquiera cada vez más importancia la técnica de estímulos con el fin de promover los comportamientos socialmente queridos y la función de modificar e innovar la sociedad. (Sobre la diferencia entre ordenamiento represivo y promocional, v. N. BOBBIO, «Sobre la función promocional del Derecho», en *Rev. Trim. de D. Proc. Civ.*, 1969, pp. 1327 ss.)

En el Estado social, el momento nomogenético es expresión de las valoraciones opcionales de la realidad histórico-social operadas por el Estado-gobierno, que ejerce el poder decisional en nombre y por cuenta del Estado-sociedad y que, por tanto, además de considerar y valorar —usando las técnicas de las medidas negativas— los valores, las exigencias del Estado-sociedad, sobre todo está obligado, mediante las téc-

nicas de las medidas positivas, a promover, favorecer, facilitar, desarrollar y transformar normativamente la sociedad. De aquí el empleo, cada vez más amplio y variado, por parte del Estado social, de las nuevas técnicas de promoción en sustitución o en apoyo de las tradicionales técnicas de desaliento, decididas e impuestas por el Estado monocrático y en menor grado por el Estado de derecho. Pero, precisamente porque al poder como «autoridad» corresponde una sociedad política abierta, dinámica, pluralística, que posee valores y fines múltiples y variados con estructuras y funciones tan variadas y múltiples como los anteriores, el momento nomogenético del Derecho, además de ser expresión de las valoraciones opcionales de la realidad histórico-social operadas por el Estado-gobierno, resulta ser expresión de la pluralidad de las soluciones normativas operadas en el ámbito de la sociedad en rápida transformación, correspondientes a la variedad de las fuentes sociales del Derecho, o sea a la pluralidad de los centros generadores de Derecho. Este proceso nomogenético está caracterizado, por un lado, por el progresivo ampliarse de los deberes, de las funciones del Estado-gobierno en sectores de la vida social nuevos, cada vez más vastos, en iniciativas cada vez más intensas, sobre todo a causa de la intervención progresiva y maciza del Estado en la esfera de los intereses económicos y, por tanto, por el prevalecer de los actos normativos como actos decisionales del poder político que dicta las reglas del Derecho a la sociedad en rápida transformación, con el fin de garantizar el funcionamiento y la solución de frecuentes y a menudo dramáticos conflictos sociales, creados por la sociedad pluralística. Y en el Estado social, además de las cada vez más variadas y numerosas normas y sanciones positivas, con las que el Estado-gobierno obliga a la acción a la sociedad, desarrolla su actividad con un número creciente, vertiginoso, de normas de organización o normas secundarias, con las que regula la acción de los propios órganos (v. N. BOBBIO, cit., p. 1321). Por otra parte, este proceso nomogenético está caracterizado por la formación de numerosos organismos e instituciones de Derecho privado, expresiones variadas y múltiples de centros autónomos de poder, respecto al Estado-gobierno, de estructuras y funciones jurídicas, decididas e impuestas por iniciativas autónomas de individuos y grupos sociales.

DINO PASINI

*Titolare della cattedra di Filosofia della politica
Università di Bari (Italia)*

LA NATURE CONTRADICTOIRE DU DROIT

On peut étudier la fonction du Droit à partir de positions différentes de là le pluralisme méthodologique. Il est plus particulièrement important de déterminer la fonction du Droit du point de vue politique, car le Droit est un moyen politique important.

L'étude de la fonction du Droit de ce dernier point de vue se fait sur deux plans-sujetif et objectif. La recherche de l'influence subjective du Droit sur la société se ramène à l'examen des buts que les hommes politiques en général assignent au Droit et qu'ils réalisent. Une telle recherche représente une tâche ardue. Les buts désignés peuvent être étudiés du point de vue juridique et sociologique. Partant du point de vue juridique formel, les personnes officielles de l'Etat (avant tout les hommes politiques) établissent les fins que le Droit doit réaliser. On arrive à d'autres résultats en partant du point de vue sociologique; ce sont alors d'autres sujets qui assignent les buts que le Droit doit réaliser. Les buts forment une partie importante de l'idéologie politique et ce sont les partis politiques qui la formulent dans les sociétés contemporaines. L'idéologie elle-même est conditionnée par la position objective de la classe dirigeante dans la société, et avant tout par sa position dans la production matérielle. La classe dirigeante a son intérêt particulier, comme la classe opprimée a le sien. Les créateurs de l'idéologie de la classe dirigeante présentent son intérêt comme l'intérêt général de la société, ce que font les fonctionnaires de l'Etat et sous le prétexte de défendre les intérêts généraux, ils défendent leurs intérêts particuliers, utilisant la brume idéologique qui enveloppe la société. Mais, comme les intérêts généraux, compris dans le sens des intérêts communs de la société, ne peuvent être réalisés dans la société de classes, le droit apparaît alors comme un droit illusoire, comme un remplacement du véritable instrument social.

L'examen de l'influence objective du droit dans la société est plus important: il s'agit du rôle réel du droit dans la société. Ce rôle peut être plus ou moins différent des buts que les fonctionnaires de l'Etat veulent assigner et faire réaliser au droit.

A propos du rôle réel du droit dans la société, on rencontre deux groupes d'opinions. Pour le premier, le droit exerce une fonction d'intérêt général pour la société. C'est ainsi que le droit réalise dans la société la justice (F. Gény), la liberté (R. Stammler), le bien commun (J. Dabin), l'intérêt général (R. Jhering) ou assure un minimum de morale (G. Ripert), contribue au développement de la culture (W. Sauer) ou au maintien et au développement du groupe et de la solidarité sociale (L. Duguit), etc. Le trait caractéristique de ce point de vue est l'omission du fait que le droit est un instrument de classe pour gouverner la société et qu'il n'est pas seulement l'expression de l'intérêt général de la société.

Pour le second groupe, le droit est le moyen d'une partie de la société pour la protection de ses intérêts. Ce point de vue se subdivise selon l'objet à protéger, qui peut être la nation, une couche sociale, un parti politique, la famille et même une seule personne. Toutefois, l'opinion la plus importante est que le droit est l'instrument de la classe dirigeante.

Il existe des différences visibles sur la fonction du droit en tant que instrument de classe. Certains auteurs comprennent cette fonction de classe d'une façon simplifiée. Ils voient dans le droit un instrument docile de la classe dirigeante. La fonction du droit consiste «à tenir les rênes de la majorité exploitée» (J. V. Staline); le droit soutient la classe soumise «dans la mesure où la corde soutient le pendu» (A. J. Denissov); c'est par le droit que sont exploitées les masses populaires dans tous les domaines de leur vie, économique, politique et autres» (Strogovitch-Golunski).

Il faut distinguer deux espèces de normes pour bien déterminer la fonction du droit. L'une est formée par les normes juridiques qui protègent directement les intérêts de la classe dirigeante alors que l'autre protège l'intérêt de la société toute entière.

Le droit est né au moment où la société «s'est empêtrée dans des contradictions insolubles avec elle-même» au moment où il fallait limiter les contradictions des classes pour que la société ne s'épuise pas dans une «lutte stérile» et qu'elle ne périsse pas (F. Engels). Le droit est apparu comme l'instrument de la classe économiquement dirigeante. Il fut le moyen d'assurer conditions générales du pouvoir de cette classe. Le lien entre le droit et la classe régnante était visible dans l'esclavage et le féodalisme. Les droits politiques étaient reconnus aux citoyens d'après leur patrimoine. Mais dans les sociétés capitalistes développées, on ne veut pas se rendre à cette évidence, ni reconnaître le fait officiellement; les détenteurs privés des richesses y utilisent leur pouvoir sur les autres d'une façon indirecte. En fonction du développement de la production

et du niveau politique et culturel général de la classe soumise, le moyen d'exploitation a changé ainsi que les types de droits, mais l'essence est restée la même — l'exploitation d'une classe par une autre.

Les normes juridiques dans lesquelles se reflète le caractère de classe ont une autre face — la contradiction. Par ces normes, le droit apparaît non seulement comme un instrument de classe pour gouverner, mais aussi comme un représentant formel de la société. Les normes juridiques qui protègent les intérêts de classe, à côté des autres instruments à la disposition de la classe dirigeante, contribuent à la protéger et à faire fonctionner normalement l'ordre social donné et avant tout la production matérielle. Mais comme le mode de production matérielle ne peut être plus progressif que le précédent à un moment donné et à un certain stade de développement, la protection et le développement sans entrave de ce mode de production matérielle se réalisent dans l'intérêt de la société toute entière. C'est pourquoi les moyens qui contribuent à la protection et au fonctionnement d'une telle production matérielle exercent un rôle formellement social à côté du rôle des classes. Par le terme «formellement social» nous voulons désigner qu'il est destiné avant tout à la protection du pouvoir de la classe dirigeante et seulement indirectement à la protection du reste de la société. Pour préciser le rôle du droit en tant que représentant formel et officiel de la société, il est nécessaire de considérer l'Etat dans la période où la classe dirigeante est progressive et dans la période où elle est décadente. La classe dirigeante est progressive surtout pendant la période où elle constitue son organisation sociale. A cette époque, son intérêt est lié «aux intérêts communs de toutes les classes non régnantes» (Marx-Engels). C'est pourquoi, la classe révolutionnaire se manifeste comme «la classe représentante de toute la société» menant les autres masses de la société contre la classe dirigeante. Pendant la période suivante, lorsque la classe révolutionnaire affirme son pouvoir et, utilisant le droit, assure la nouvelle organisation de la société, le nouvel ordre social, son intérêt ne correspond plus aux intérêts de la classe opprimée. Mais même pendant cette période où le droit protège le mode de production matérielle progressif, alors que le nouveau n'était pas encore réellement réalisable, il apparaît comme un facteur progressif. Dans le sens des lois objectives de développement de la société humaine, le droit apparaît comme le représentant de la société toute entière, maintenant l'unité de la société et protégeant le mode de production qui est le seul possible au stade donné de développement. Cependant, pendant la période de décadence, lorsque le mode de production que le droit protège devient réactionnaire, le droit assure de moins en moins la représenta-

tion formelle de la société. Mais, même dans une telle situation, il est de l'intérêt de la classe opprimée que la classe dirigeante donnée reste au pouvoir, et pas une autre. L'intérêt des prolétaires, par exemple, est que la bourgeoisie reste au pouvoir et pas la classe féodale, etc.

A côté des normes juridiques qui protègent directement les intérêts de classe (indirectement socio-formels) il existe des normes juridiques qui protègent directement les intérêts sociaux généraux. Ce côté socio-général du droit est présent dans chaque droit et il augmente à mesure qu'on passe des types de droit inférieur aux types de droit supérieur. Pendant la période de transition de la communauté primaire à la civilisation, il fallut exercer certaines activités de caractère social général. Il était nécessaire de protéger certaines de ces activités (par ex. la solution des litiges), de construire et de maintenir le système d'irrigation, d'exercer les fonctions religieuses (Engels). Le droit est né en tant que régulateur commode de la vie sociale qui protège d'un côté les intérêts communs et de l'autre combat les intérêts en conflit, imposant les intérêts d'un groupe (la classe dirigeante) à un autre groupe (la classe opprimée). Ces deux phénomènes sociaux —exercice des activités dans l'intérêt de toute la société et protection des intérêts économiques de la classe dirigeante— coulent ensemble, s'enchevêtrent et il est difficile de les séparer. Ces deux phénomènes ont lieu en fonction de la protection de l'organisation sociale donnée (l'ordre social donné) de classes. Il est vrai que, sans le conflit des classes dans la production matérielle, le droit n'aurait pas été nécessaire car seules les activités d'intérêt commun auraient été exercées. Cependant, dans la société divisée en classes, l'exercice des activités socio-générales n'aurait pas été possible sans le rôle régulateur et médiateur du droit. Avec le développement de la société, le nombre des activités socio-générales augmentent. La division du travail et la complication de la vie sociale y contribuent également. A côté du facteur de classe, le facteur socio-technique joue aussi un rôle important. Certaines activités qui au début étaient de caractère privé sont devenues de plus en plus la condition du fonctionnement normal de l'organisation sociale donnée (de l'ordre social donné) de classes. Tel est le cas des activités et des tâches suivantes: la production, l'investissement, l'imposition progressive, la reproduction, la protection de l'indépendance et de l'intégrité de la communauté, les assurances sociales, la limitation de la durée du travail, l'instruction publique, la scolarité, la protection de la santé, l'organisation de la société dans la lutte contre les fléaux naturels, la protection de la société contre la criminalité, etc. Le droit règle toutes sortes d'activités dans les différents secteurs de la vie moderne parce que celle-ci exige de plus en

plus une régulation rationnelle et planifiée au lieu de la régulation spontanée, sans plan ni méthode. En réglant ces activités le droit se présente dans son rôle du représentant général de la société.

Mais les normes juridiques qui possèdent un caractère socio-général sont elles-aussi contradictoires; vu les buts et les motifs pour lesquels elles sont créées, elles sont aussi déterminées par l'existence des classes. Elles font certaines concessions à la classe opprimée pour apaiser la lutte des classes, qui représente une sorte d'anesthésie nécessaire pour le fonctionnement normal de l'organisation donnée de la société des classes.

La réalisation des deux sortes de normes juridiques — les normes d'intérêt direct de classe et les normes d'intérêt socio-formel — est rendue possible par la sanction, l'oppression. Mais la nature de l'oppression n'est pas identique. L'oppression pour la première espèce de normes a un caractère de classe, alors que la deuxième espèce impose une oppression de caractère social. Ce dernier se rapporte plus spécialement aux normes juridiques dont le rapport avec les intérêts de la classe est lointain. A cette sorte de normes appartiennent celles qui protègent la santé des citoyens par exemple. En général, l'oppression ne s'applique pas dans la réalisation de cette sorte de normes. Lorsqu'elle l'est, elle est dirigée contre les particuliers, plus rarement contre les petits groupes. Mais vues de plus près, ces normes sont en rapport, elles aussi, avec l'intérêt de la classe. Prenons par exemple la norme qui oblige à la vaccination contre une maladie pour empêcher une épidémie. Laissons de côté le fait que certaines personnes ne sont pas conscientes de leurs intérêts (objectifs) en raison de leur niveau de culture; nous voulons démontrer que ces normes purement techniques (médicales) reçoivent la sanction de l'oppression étatique et deviennent des normes juridiques parce qu'elles lient l'intérêt social général (la santé publique) avec l'intérêt de classe dans le sens strict du mot. La norme juridique impose la vaccination obligatoire des citoyens pour empêcher l'épidémie qui aurait des conséquences néfastes sur la production matérielle en diminuant la productivité du travail en diminuant le nombre des touristes étrangers (si le pays est touristique) en diminuant les forces de défense du pays, etc.

Nous pouvons conclure de cet exposé que les normes juridiques qui protègent directement les intérêts de classes sont aussi des normes qui indirectement protègent l'intérêt commun (socio-formel), alors que les normes juridiques par lesquelles sont protégés directement les intérêts communs ont indirectement un caractère de classe et c'est la raison

pour laquelle le droit représente d'une façon typique l'unité dialectique des contradictions d'un ordre social de classe, c'est-à-dire d'une organisation donnée de classe (dans les sociétés de classes) ce qui veut dire d'inégalité (dans la période transitoire du capitalisme au communisme).

Si l'on considère le droit dans sa perspective historique depuis ses débuts jusqu'au socialisme, nous pouvons apercevoir un pôle positif de contradictions qui y est contenu (le droit comme représentant de la société) qui s'affirme de plus au cours de l'histoire, et un pôle négatif et conservateur (le droit en tant qu'instrument du pouvoir de classe) qui perd en importance. C'est surtout dans le capitalisme que cette contradiction intérieure du droit atteint son apogée et cherche sa solution définitive. Marx, Engels et Lénine ont montré la voie de la solution de cette nature contradictoire du droit par une argumentation scientifique convaincante. C'est par le perfectionnement de la production matérielle et la disparition des classes c'est-à-dire par la disparition de la structure antinomique de la société que la contradiction du droit trouvera sa solution. Dans la période transitoire du capitalisme au communisme (la période du socialisme) le droit existe bien que la structure sociale de classes disparaisse. La fonction du droit dans le socialisme consiste dans la protection de l'ordre d'inégalité qui est un reste spécial de la structure sociale de classes. Alors que dans les «remplacements» de communauté jusqu'à présent la liberté n'existait que pour les membres de la classe au pouvoir, dans la société nouvelle «le libre développement de chacun sera la condition du libre développement de tous» (Marx-Engels). Dans le long processus de dépérissement du droit quand le pôle négatif du droit (en tant qu'instrument de gouvernement de classe) sera nul, pour parler arithmétiquement, le droit disparaîtra en tant que produit spécial de la société de classe. Parallèlement à ce processus, il se créera un système de règles adéquat pour la conduite de la communauté communiste qui n'aura pas besoin de contrainte organisés pour être appliqué.

DR. MILIJAN POPOVIC

*Docent à la Faculté des Droit de
Novi Sad (Yougoslavie)*

DIE ROLLE DER NORMATIVEN SYSTEME IM ALLGEMEINEN UND DER RECHTLICHEN IM BESONDEREN UNTER DEN BEDINGUNGEN DER HEUTIGEN WELT

Es unterliegt keinem Zweifel, dass Normen und normative Systeme stets durch zwei bestimmende Faktoren determiniert sind:

a/ primär: durch die ökonomischen Gegebenheiten einer gesellschaftlichen Entwicklungsetappe.

b/ sekundär: durch die zur Zeit erreichte Stufe der Entwicklung des menschlichen Geistes.

aa./ Es bedarf keiner tieferen Analyse um zu beweisen, dass bei der Entstehung von Normen überhaupt und von Rechtsnormen im besonderen die wirtschaftlichen Grundlagen des gesellschaftlichen Lebens die entscheidenden und wesentlichsten Determinanten sind. Hierzu genügt die bloße Gegenüberstellung verschiedener historischer Rechtssysteme, der Rechtsordnungen vom sklavenhaltenden, feudalen, bürgerlichen, sozialistischen usw. Typ. Beim einfachen Vergleich solcher geschichtlichen Rechtssystemen kann man feststellen, dass diese wesensverschieden sind und zwar sind sie dies in dem selben Masse, in welchem sich die wirtschaftlichen Grundlagen der betreffenden ökonomisch-sozialen Formationen voneinander unterscheiden. Man braucht ja nur ganz oberflächlich die Rechtsordnung der bürgerlichen Gesellschaft in der Periode des liberalen Kapitalismus mit dem Recht dieser Gesellschaft, wie es heute besteht, zu vergleichen um sich davon zu überzeugen, wie weit die Umwälzungen der gesellschaftlichen Beziehungen im materiellen Bereich auch eine Umgestaltung des Rechts herbeiführen müssen.

bb./ Der zweite Faktor ist zwar insoferne sekundär, als er durch den ersten determiniert ist, doch wäre es willkürlich und wissenschaftlich ungenau, eine bestimmte Selbständigkeit des menschlichen Geistes als Faktors in der Entwicklung der Gesellschaft im allgemeinen und der Normen im besonderen bestreiten zu wollen. Dies gilt nicht nur deshalb, weil

es eine geschichtliche Tatsache ist, dass der Mensch seine Gesellschaftsordnung und deren Normen seinen Vorstellungen und Ideen über die besten Organisationsformen seines Daseins entsprechend gestaltet, vielmehr auch deswegen, weil es dem Menschen, als einem denkenden Wesen, manchmal gelingt und manchmal auch nicht gelingt, die Gesetzmässigkeiten des Verlaufs des Gesellschaftslebens in den Normen in adäquater Weise zum Ausdruck zu bringen. Im einen wie im andren Falle wirkt jedoch der Mensch, als denkendes Wesen, an der Formierung der Voraussetzungen zur gesellschaftlichen Entwicklung mit. Im ersteren Fall, nämlich dann, wenn es dem Menschen gelingt, diese Gesetzmässigkeiten im Recht richtig darzustellen, wirkt der Mensch mit, indem er damit die optimalen Vorbedingungen zur gesellschaftlichen Entwicklung erschafft. Das Verhältnis der gesellschaftlichen Grundlagen zum menschlichen Bewusstsein ist nämlich keine mechanische Beziehung, sondern ein solches Verhältnis, dass es dem Menschen als denkenden und praktisch schaffenden Wesen die Möglichkeit gibt, die Weiterentwicklung der Gesellschaft zu bestimmen, wenn dazu die objektiven Voraussetzungen gegeben sind. Im zweiten Falle wirkt der Mensch auch mit, wenn auch im negativen Sinne, indem er Hindernisse dem möglichen gesellschaftlichen Fortschritt errichtet.

Aus diesen Prämissen ausgehend versteht es sich von selbst, dass die Position von Normen überhaupt und von Recht im besonderen in der heutigen Welt, gleichviel ob es sich dabei um die kapitalistische oder die sozialistische Sphäre handelt, nur so gedanklich erfasst und begrifflich bestimmt werden kann, dass man als Ausgangspunkt einerseits die Entwicklungsstufe der materiellen Grundlagen der gegenwärtigen Gesellschaft, andererseits aber die Stufe der geistigen Entwicklung dieser Gesellschaft heranzieht. Im engen Rahmen dieser kurzen Beitrags ist es natürlich nicht möglich, alle Vorgänge in beiden Sphären einer Analyse zu unterziehen, wir müssen daher uns darauf beschränken, einige allgemeinbekannte Konstatationen als gegeben anzusehen und aus diesen unsere Schlüsse über die Position des Rechts in der heutigen Welt abzuziehen.

Die erste der erwähnten Konstatationen, welche wir hier anführen möchten, ist generellen Charakters. Normen bestehen im Gesellschaftsleben seit jeher, seitdem es überhaupt eine menschliche Gesellschaft gibt. Dies aus dem Grunde, weil ein gemeinschaftliches Leben, ein organisiertes Gesellschaftsleben, nicht ohne das Bestehen von Normen möglich ist, auf welchen sie begründet ist. Schon die primitivsten Formen der gegenseitig Verbundenheit und der Gemeinschaftsbildung erforderte vom Menschen die Schaffung von Normen, welche die gegenseitigen Rechte und

Pflichten in ihren Beziehungen zueinander regeln sollten. In welchem Masse sodann dieses Gesellschaftsleben differenzierter und komplexer wurde, umso mehr und umso kompliziertere Normen wurden nötig, um es zu regeln.

Eine solche Tendenz ist auch für die Gegenwart charakteristisch und wird sicher auch in der Zukunft bestehen. Daraus folgt, dass das Leben und die gegenseitigen Beziehungen auch in der zukünftigen kommunistischen Gesellschaft den Gegenstand einer bestimmten Regelung durch ein normatives System bilden werden. Normsysteme und Gesellschaftsordnungen sind folglich sowohl die Voraussetzungen wie auch die Konsequenzen des gesellschaftlichen Lebens der Menschen. Die Rechtsordnung, welche nur ein charakteristisches Requisite der auf Klassenherrschaft begründeten Gesellschaftsordnungen ist, stellt folglich ebenfalls eine Vorbedingung und eine Konsequenz des Bestehens von solchen Gesellschaftsordnungen dar.

Die heutige Welt hat, dank der ungeheueren Entwicklung der Produktivkräfte und der Produktivität der Arbeit, sowie dem wissenschaftlichen und technischen Fortschritt, ein solches Ausmass der Kompliziertheit der gesellschaftlichen Beziehungen und Institutionen erreicht, dass dies unmittelbare Rückwirkungen auf die Normsysteme, insbesondere aber auf die Rechtsordnung zeitigt, welche die wesenswichtigsten Bereiche der gesellschaftlichen Beziehungen in der gegenwärtigen Welt zu regeln haben. Folglich haben die verwickelten Lebensformen der Gegenwart und die Notwendigkeit, der stets noch weiter fortschreitenden Komplexität derselben genüge zu leisten, eine enorme Steigerung der Rolle des Rechts nach sich gezogen. Dies gilt mehr oder weniger für alle Länder der Welt. Alle Erscheinungsformen der rechtlichen Normierung stehen heute unter dem Zeichen der gewaltigen Expansion, wobei aber auch der Umstand beobachtet werden kann, dass gewisse abgeleitete Formen der Normierung, insbesondere jene der verordnungsweisen Regelungen, quantitativ an Gewicht gewinnen und mehr und mehr sich in den Vordergrund drängen.

Die fortschreitende Differenzierung und Komplexheit des Gesellschaftslebens erfordern folglich zweifellos eine wachsende Bedeutung der Rolle des Rechts in der Bestimmung der Vorgänge in der modernen Gesellschaft. Ist dies jedoch der einzige und der wichtigste Grund zu einer solchen Entwicklung der Bedeutung des Rechts in der modernen Gesellschaft? Eine derartige Erklärung der Expansion des Rechts kann aber nur dann angenommen werden, wenn man von dem Grundsatz ausgeht, wonach das Recht als solches ein immanenter Komponent der Gesellschaft

überhaupt sei, wonach also Recht und gesellschaftliche Normen überhaupt als ein und dasselbe angesehen werden. Eine solche Auffassung ist besonders für die Rechtslehre der Bourgeoisie charakteristisch, welche sich auf den Standpunkt stellt, dass im Brennpunkt der erwähnten Erscheinung das organische Wachstum und Entwicklung der modernen kapitalistischen Gesellschaftsordnung steht.

Wie es aus dem Vorangehenden zutagegetreten mag, bestreiten wir nicht, dass an dieser Auffassung etwas Wahres sein mag, doch ist es nur ein Teil der ganzen Wahrheit und keine vollständige Antwort auf die Frage: woher eine derart überwältigende Bedeutung des Rechts in der gegenwärtigen Gesellschaft. Diese ist jedoch das Resultat der selben verursachenden Faktoren, welche auch zur überdimensionierten Rolle des Staates von heute geführt haben. Die bürgerliche Rechtstheorie erklärt zwar in der gleichen Weise auch die derartige Rolle des Staates, doch ist dies als Erklärung ebenso einseitig und unzureichend, wie es in bezug auf die Rolle des Rechts ist. Die derartige Erklärung verfehlt nicht nur, den wesentlichsten Grund der Expansion der Rolle des Rechts und des Staates auszuweisen, sondern sie verhindert, indem nur ein Teil und nur der sekundär wirksame Teil der Verursachung aufgeführt wird, die Ermittlung der richtigen und vollen Wahrheit über das in Frage stehende Phänomen.

Worin besteht also die richtige und restlose Beantwortung der aufgeworfenen Frage? Was den bürgerlichen Staat anbelangt, so befindet sich dieser mitten in der Krise der kapitalistischen Produktionsweise. Über den sozialistischen Staat sprechen wir etwas später. Um dies alles zu beweisen, genügt auch eine oberflächliche Analyse und der Vergleich des Ausmasses der Ingerenz seitens des Rechts und des Staates auf das Gesellschaftsleben während der Entwicklungsetappen der kapitalistischen Gesellschaft. Eine solche Analyse zeigt schon, dass die Ingerenz des Staates und des Rechts auf das Gesellschaftsleben auf ein Minimum begrenzt waren, solange noch die Gesetzmässigkeiten der kapitalistischen Gesellschaft genügten, um die Erhaltung dieser Gesellschaft auf denselben Grundlagen — d. h. auf Grundlage der bestehenden Beziehungen des Kapitals zur Arbeit — zu gewährleisten. Sobald jedoch diese nicht mehr hinreichend dazu waren, und dazu kam es allmählich während der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts und besonders in unserem, sogleich erscheinen auf der Bühne das Recht und der Staat als Werkzeuge der herrschenden Klasse und versuchen für diese einen Ausweg aus der Krise zu finden. In der Zeit nach der grossen Wirtschaftskrise im 1929 erweist sich unsere These als besonders plastisch erwiesen, da sich gerade zu

dieser Zeit die Ingerenz des Staates und der Rechts in alle Sphären des Gesellschaftsleben erheblich gesteigert hat.

Die staatliche Intervention verlieh ohne Zweifel bedeutende neue Kräfte der bürgerlichen Produktionsweise, sie ist jedoch zugleich auch ein schlagender Beweis für die Unfähigkeit des Kapitalismus, einerseits, sich aufgrund der ihm eigenen Gesetzmässigkeiten aufrechtzuerhalten und andererseits, gerade die Nötigung zu solchen Massnahmen stellt an sich schon den Übergang zur Negation des Kapitalismus als solchen dar.

Die abgeleitete normsetzende Tötigkeit, insbesondere jene im Verordnungswege, dient auch als ein Beweis dieser Thesen. Dieser Bereich der normativen Tötigkeit ist nämlich mengenmässig bis zu einem solchen Ausmasse angewachsen, dass sie beginnt, die Normsetzung in Gesetzgebungswege einigermaßen zu verdrängen. Was ist der Grund zu dieser Tatsache? Die bürgerliche Rechtslehre sucht die Erklärung auch hier in der organischen Weiterentwicklung der kapitalistischen Gesellschaft zu finden, sowohl, wie sekundär in der unzulänglichen Beschaffenheit der Parlamente angesichts der von der Gegenwart an sie gestellten Anforderungen. Man nimmt nämlich an, dass die Parlamente, mit ihren seit dem vorigen Jahrhundert im wesentlichen unverändert beibehaltenen Methoden und Verfahrensweisen, nicht mehr fähig sind, den Anforderungen der Dynamik des Fortlaufs der Begebenheiten rechtzeitig genüge zu leisten. Wenn es dem so ist, warum werden dann die Organisation und die Arbeitsmethoden der Parlamente nicht entsprechend abgeändert, warum werden diese nicht den Anforderungen der neuen Zeiten angepasst, anstatt das klare Verfassungsbestimmungen und die Grundsätze der demokratischen Leitung der Gesellschaft und des Staates verletzt werden.

Die richtige und restlose Beantwortung der Frage besteht auch hier im Hinweis auf die Krise der Lebensweise der bürgerlichen Gesellschaft und deren Institutionen. Als Folge dieser Krise hat sich die innere Struktur der Parlamente in den kapitalistischen Ländern wesentlich verändert, und damit auch ihr Charakter. Die Zusammensetzung der Mitglieder des Parlaments in Italien und Frankreich, zum Beispiel, ist heute ganz und gar verschieden von jener vor ein paar Jahrzehnten. In diesen Parlamenten —und nicht nur in diesen, auch in anderen Ländern— bestehen jetzt starke Fraktionen, welche die Arbeiter und andere ausgebeutete Gesellschaftsschichten vertreten und demgemäss auch alles daran setzen, die Annahme von Massnahmen zu vereiteln, welche ausschliesslich den Interessen der Bourgeoisie dienen würden. Die Parlamente wurden demnach, aus den ehemals ausschliesslich der Bourgeoisie dienenden Instrumenten, zu etwas grundverschiedenes, daher musste auch die Macht in die Hände

von solchen Staatsorganen übertragen werden, welche noch fester unter der Herrschaft der Bourgeoisie stehen, und das sind: die Regierung und die Gerichte. Daher kommt es auch zur Aufstellung der These, wonach nur das als geltendes Recht angesehen werden kann, was durch die Gerichte ausgesprochen wurde, oder die Behauptung von René David, wonach die Gesetze nur als Ausgangspunkte für die Rechtssprechung anzusehen sind, doch ist der Ausleger der Gesetze praktisch die oberste Instanz in der Interpretierung des Rechts.

Warum ist aber dann in den sozialistischen Ländern die Bedeutung der Rolle des Rechts und des Staates in der Regelung der gesellschaftlichen Beziehungen ebenfalls mit Nachdruck hervorgehoben? Zweifellos aus dem Grunde, dass auch in solchen Ländern die Intention besteht, innere Widersprüche der Gesellschaft mittels des Staates und des Rechts zu eliminieren. Worin bestehen aber diese Widersprüche, und was ist die wirkliche Ursache der so bedeutenden Rolle des Rechts und des Staates in den sozialistischen Ländern? Um hierauf antworten zu können, muss folgendes hervorgehoben werden: Der sozialistische Staat, sowie das Recht als sein Bestandteil, ist kein «Staat» mehr im ursprünglichen Sinne des Terminus, und dasselbe gilt für das Recht. Das sozialistische Recht, und gerade weil es ein sozialistisches Recht ist, stellt von allem Anfang an eine Negation des Rechtes als solchem dar, weil es von vornherein darauf ausgerichtet ist, die Interessen und die Werte der überwiegenden Mehrheit der Gesellschaft zu hüten und zu fördern. Es ist also augenfällig, dass Normen welche einseitigen Klasseninteressen dienen und solche Normen, welche schon anzuhören beginnen, dies zu tun, nicht als Gleiches angesehen werden können, und die Ingerenz des Rechts und des Staates sind auf divergente Ziele gerichtet im einen und im anderen Falle.

Weiters: die sozialistische Revolution siegte überall in unterentwickelten Ländern. Ferner siegten die sozialistischen Revolutionen zumeist nach Beendigung von verheerenden Kriegen. Unter solchen Umständen, also bei spärlichen materiellen und menschlichen Hilfsquellen, war die Zusammenfassung und Verteilung der Mittel und der Kader aus einem Zentrum zwecks Koordination der Kräfte unvermeidlich. Mit einem Wort, die Situation erforderte einen kraftvollen Einsatz des Rechtes und des Staates, doch darf eins nicht vergessen werden: dass dies nicht «Staat» und «Recht» im ursprünglichen Sinn dieser Worte darstellen.

Die Unzulänglichkeiten der materiellen und kulturellen Grundlage als Resultat des vorangegangenen geschichtlichen Geschehens stellen ein Erbe dar, welches auch heute noch die übergrosse Bedeutung der Rolle des Staates und des Rechts in den sozialistischen Ländern determiniert. Dies

durch subjektive Motive allein zu erklären, auf eine bestimmte Art von Politik und Ideologie zurückzuführen, wäre ein Herantreten ans Problem von idealistischer Einstellung aus und ist es sicher, dass in diesem Wege die wichtigsten sozialen Determinanten des Phänomens niemals erfasst werden könnten. Wir wollen damit nicht die Bedeutung von subjektiven Faktoren überhaupt beim Ablauf dieses Phänomens abstreiten, die richtige Beantwortung aller dieser Fragen ist jedoch nur aus dem Gesichtspunkt einer Analyse der objektiv gegebenen gesellschaftlichen Beziehungen möglich, d. h. nur durch die Unzulänglichkeit der materiellen und kulturellen Grundlagen der sozialistischen Länder.

In dieser kurzen Abhandlung ist es natürlich kaum möglich, auch nur auf eine einigermaßen umfassende Analyse der der konkreten sozialen Situationen einzugehen und ein Urteil darüber auszusprechen, bis zu welchem Zeitpunkt die vorangehend besprochene Rolle des Rechts historisch gerechtfertigt war. Alle diese Betrachtungen müssen in den Rahmen der marxistisch-leninistischen Lehre vom Staat in der Diktatur des Proletariats eingliedert sein, also des Staates welcher im Absterben begriffen ist, und somit auch des Rechts im Stadium des Absterbens.

In Jugoslawien besteht bekanntlich schon seit mehr als zwei Dezenen in der Praxis eine institutionelle Selbstbestimmung, welche auch auf dem Gebiete der Normsetzung, somit also auch des Rechts, eine weitere Phase der Vergesellschaftung der Leitung der gesellschaftlichen Vorgänge darstellt, und hierdurch gleichzeitig auch einen weiteren Schritt in Richtung auf die Negation des Rechts und des Staates hin. Die Verfassungsreform von 1971, sowie deren zweite, gerade im jetzigen Moment seiner Beendigung zuschreitende Phase, eröffnet neue und bedeutsame Perspektiven in dieser Richtung. Wir denken hierbei vor allem an die Amendements XXI bis XXIII zur Verfassung. Die beiden ersten, d. h. Amendements XXI und XXII, erschaffen die normativen Grundlagen zur Konstituierung von derartigen Beziehungen in der Produktion und Verteilung der Güter, wie dies nötig ist um den unmittelbar in der Gütererzeugung betätigten Werktätigen eine dominante Position in allen entscheidenden Belangen des gesellschaftlichen Lebens zu gewährleisten. Es versteht sich von selbst, dass wer die Herrschaft in diesen Bereichen in den Händen hält, auch der bestimmende Faktor in der Leitung der Staatsgeschäfte überhaupt werden muss.

Im Amendment XXIII sind die Bestimmungen über die selbstbestimmenden Absprechungen und die gesellschaftlichen Verabredungen, als normativen Akten aus dem Bereiche der Selbstbestimmung, enthalten, vermittels welcher die unmittelbaren Produzenten ihre gegenseitigen Be-

ziehungen mit den Repräsentanten der sozialen Gemeinschaften regeln. Die wichtigste Charakteristik solcher normative Akte liegt in deren Autonomie, wie dies aus dem Wesen der Selbstbestimmung resultiert. Gemäss dem projekt zur Verfassung Jugoslawiens sollten sie nur für jene Subjekte eine verpflichtende Geltung besitzen, die dazu ihre Zustimmung gaben. Wenn man bedenkt, dass die in solchen Akten gesetzten Normen gerade die relevantesten Bereiche des Gesellschaftslebens betreffen, dann kann man sich daraus ein Urteil darüber bilden, wie weitgehend die Bedeutung solcher verfassungsmässiger Regelungen in der Richtung auf die Negation des Staates, als einer heteronomen Gewaltorganisation und des Rechts, als dem Komplex heteronomer zwingender Normen, sein muss.

Alle diese verfassungsrechtlichen Lösungsmodalitäten stellen einstweilen zum grösseren Teil nur programmatische Hinweise auf das dar, was in der Zukunft zu sein hätte, in der Praxis hat jedoch eine gewisse Verwirklichung derselben schon begonnen. Das Programmerte wird zur Praxis in jenem Ausmasse und in solchem Tempo, in welchem die Beiseitigung der grundlegenden Widersprüche unserer sozialistischen Gesellschaft fortschreitet, also gemäss den Etappen der Bewältigung der vorangehend besprochenen Unzulänglichkeiten der materiellen und kulturellen Rückständigkeit, mit anderen Worten: des Widerspruchs zwischen der Entwicklungsstufe der Gesellschaft auf der einen und den Forderungen der neuen Gesellschaftsordnung auf der anderen Seite. Unsere mehr als zwanzigjährige Erfahrung in der Verwirklichung der Selbstbestimmung hat aber erwiesen, dass der objektive materielle Faktor stets als die entscheidende Determinante hinsichtlich der erreichbaren Höhe der Entwicklungsstufe in der Selbstbestimmung fungiert und dass dieser Faktor oft auch als ein korrigierendes Element auf den revolutionären Enthusiasmus, diesen subjektiven Faktor, einwirken konnte.

Das Recht ist, wie übrigens die gesellschaftlichen Normen überhaupt, ein Instrument zur Verwirklichung der bewusst gewollten menschlichen Aktionen, welche auf die Bestimmung der Richtung der gesellschaftlichen Entwicklung ausgerichtet sind, natürlich in den Schranken der durch die objektiven Gegebenheiten bestimmten Möglichkeiten. Dies zu bestreiten würde einer Verneinung der Rolle des Menschen, als denkenden und praktisch schaffenden Faktor, im Verlauf des gesellschaftlichen Geschehens, gleichkommen. Ob und wieweit es dem Menschen faktisch gelingen wird, auf den gesellschaftlichen Fortschritt durch das Recht in der gewünschten Weise einzuwirken, hängt davon ab, ob sie eine klare Einsicht in die Gesetzmässigkeiten der gesellschaftlichen Vorgänge gewonnen habend und ob sie diese Erkenntnisse in adäquater Weise durch das Recht

zur Geltung zu bringen wussten. Nur der von Klassenvorurteilen, vom Nationalismus und Rassismus und von ähnlichen Hemmungen befreite Mensch ist einer Analyse der objektiven Wirklichkeit fähig und kann deren Ergebnisse in adäquater Weise in seiner Projektion der künftigen gesellschaftlichen Entwicklung —im Normensystem— zum Ausdruck bringen.

Das Recht ist und war immer ein mächtiges und wirksames Mittel in den Händen der Menschen zur Beeinflussung der Bedingungen ihres Daseins, doch unter den so differenzierten und vielfältigen Bedingungen der Lebens in der gegenwärtigen Welt, gewinnt das Recht eine weitaus grössere Bedeutung. Der Mensch als denkendes Wesen, und gerade weil er ein solches ist, soll der Einzige sein der über die Bedingungen seines Daseins und den Ergebnissen seiner Arbeit zu bestimmen hat, und soll in dieser Eigenschaft auch die normativen Systeme in den Dienst seiner Emanzipation, seiner endgültigen Menschwerdung, stellen können. Diese restlose Menschwerdung kann jedoch nur durch eine vollkommene Aufhebung aller Formen der Entfremdung, somit also auch des Staates als einer dieser Formen, verwirklicht werden.

Damit soll nicht gesagt sein, dass mit der Beseitigung des Rechts und des Staates alle Normen überhaupt verschwinden würden. Ein organisiertes Gemeinschaftsleben ist ohne Bestehen von Normen nicht denkbar. Nur die derzeit noch bestehenden, auf Entfremdung hinzielenden Normen, Normsysteme und Institutionen sollen durch solche Normen, Systeme und Institutionen abgelöst werden, welche wahrlich dem Menschen angehören und ihm allein zu dienen bestimmt sind.

BORIVOJE PUPIC
Novi Sad (Yugoslavia)

LA FUNCION INTERPRETATIVA DEL DERECHO Y EL DERECHO NATURAL

No hace mucho tiempo ponía de relieve el profesor Elías de Tejada uno de los mayores peligros con los que el Derecho natural se tiene que enfrentar en nuestros días: el monopolio que de la interpretación del Derecho natural ha hecho una clase determinada de hombres, la encargada de la función judicial. Este monopolio es consecuencia de la asechanza tecnocrática que se cierne sobre el Derecho. Es el mismo Elías de Tejada el que pone el dedo en la llaga al señalar de dónde arranca este peligro; no tiene otra base que la confusión, bastante usual en nuestros días, de las cuatro maneras de saber jurídico: vulgar, técnico, científico y filosófico (1).

Para ayudar a salvar este peligro creemos que es necesario insistir sobre la relación que tiene la ciencia del Derecho natural con la interpretación jurídica. De ello nos vamos a ocupar, tratando de contestar a las siguientes preguntas: ¿Sirve la ciencia del Derecho natural para interpretar todo lo jurídico?; y ulteriormente, ¿es función del científico del Derecho natural interpretarlo?

Adelantemos la respuesta a la primera cuestión. Sirve el Derecho natural para interpretar el todo jurídico siempre que su ciencia, como ha señalado F. Puy (2), se construya metafísicamente, se construya como

(1) Sobre el contenido de estos saberes, de las relaciones que mantienen entre sí y sobre las críticas que a los mismos se han hecho nos remitimos en bloque no sólo al estudio del profesor Elías DE TEJADA y al de V. LAMSDORFF (dedicado a la ciencia del derecho natural), sino a *El derecho natural hispánico. Actas de las «Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural»*. (Madrid, Colegio Mayor Universitario San Francisco Javier, 10-15 septiembre 1972.) Edición por Francisco Puy, Escelicer, Madrid, 1973. El trabajo de F. Elías DE TEJADA se titula «La cuestión de la vigencia del derecho natural», págs. 17 a 42. El de Vladimiro LAMSDORFF-GALAGANE, «Los dos aspectos del derecho natural: ontología jurídica y criteriología jurídica», págs. 45 a 71.

(2) Francisco Puy, *Lecciones de derecho natural*, 2.ª ed., Porto, Santiago de Compostela, 1970, págs. 21 y sigs y 646 a 650. A esta obra nos remitimos para una más acabada demostración de esta tesis.

«episteme», elaborando una técnica que permita fácilmente distinguir lo verdadero de lo falso jurídico, y siempre que esta ciencia se ocupe de fundamentar el todo jurídico. Estas condiciones pueden resumirse diciendo que el Derecho natural sirve para interpretar la totalidad del Derecho siempre que se constituya como una ontología del Derecho y sea el tema central de la ontología jurídica.

La inclusión del Derecho natural como tema central de la ontología jurídica no goza, ni con mucho, de la aceptación unánime de la crítica científica. Dejando de lado las construcciones científicas en las que el Derecho natural es completamente abandonado, e incluso negado, y cogiendo a un defensor del mismo, v. gr., A. Passerin d'Entrèves, encontramos lo siguiente: «Pero para que esta tesis pueda ser aceptada es necesario, ante todo, que la doctrina del Derecho natural abandone la pretensión de constituir una «ontología» del Derecho» (3).

La tesis a la que se refiere Passerin d'Entrèves es la siguiente: las normas de derecho no pueden ser arbitrarias; el legislador, si tiene por finalidad establecer un ordenamiento jurídico cuyas normas sean observadas y reconocidas como obligatorias por los jueces y ciudadanos, ha de tener en cuenta la necesidad de respetar los valores morales. A continuación razona: construir una ontología del Derecho, un conjunto de normas objetivamente existentes, pero no de todos igualmente conocidas, y cuya definición y consiguiente interpretación correspondería a unos pocos iniciados o expertos, debe rechazarse; porque, si se aceptase, estos expertos serían más parecidos a los filósofos-reyes de Platón que a los modernos legisladores democráticos, y tales expertos serían, además, los legisladores efectivos, los verdaderos gobernantes.

Expuesto este razonamiento, hemos de comentar que no estamos de acuerdo ni con la tesis ni con la demostración de la misma.

A) En cuanto a la tesis. Semejante tesis supone la hipótesis, que también señala el autor que comentamos, de que el Derecho natural constituye un criterio de valoración moral del Derecho y una traducción en términos jurídicos de los valores morales. Pues bien, aceptamos que esto es correcto en lo que sostiene, pero no en lo que no se señala; esta doble función estimativa compete al Derecho natural, pero no es la única que debe tener. También es función suya fundamentar el Derecho lógicamente, antropológicamente y ontológicamente, porque la ciencia del Derecho natural debe contener los principios necesarios para que, con técnicas adecuadas, se

(3) A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Derecho Natural*, trad. M. Hurtado Bautista, Aguilar, Madrid, 1972. El entrecomillado, en la *Advertencia preliminar*, pág. XIV, escrita en 1968, que debe ser completada con la lectura de *Dos cuestiones en torno al derecho natural*, incluidas en el mismo vol., págs. 245 a 260, escrito en 1961.

conozca lo verdadero, lo bueno y lo uno del Derecho. Reducir el Derecho natural a establecer lo bueno conduce a establecer una filosofía de lo moral jurídico-natural, que es algo necesario al mismo, pero no lo único.

B) En cuanto al razonamiento. Los argumentos para demostrar la tesis, y ateniéndonos exclusivamente a lo dicho por el autor, merecen también comentario. Estamos de acuerdo en que es finalidad de la ciencia del Derecho natural establecer el conjunto de normas objetivamente existentes; pero ésta no es su única finalidad. También estamos de acuerdo en que tales normas *no son de todos igualmente conocidas*, pero esto no es una demostración, es, a su vez, otra hipótesis que, como decíamos antes, aceptamos. Ahora bien, no estamos de acuerdo en que la definición e interpretación de estas normas no corresponda a los expertos.

1.º Esta función tiene que estar encomendada a los expertos porque, en primer lugar, las normas de Derecho natural no son de todos igualmente conocidas, sobre todo las conclusiones y determinaciones de los primeros principios del orden natural, y se necesita un estudio serio para establecerlos, y en segundo lugar, no puede olvidarse que el reconocimiento de las normas objetivas tiene que hacerse apreciando las *necesidades* de la comunidad. La apreciación de estas necesidades no puede realizarse sin un detenido análisis de la comunidad, estudio que precisa de una dedicación y de unas técnicas que, sin especialización, sin expertos, no puede realizarse.

2.º Precisamente es labor de los científicos del Derecho natural investigar, con todos los medios a su alcance, para llegar a encontrar esas normas existentes y darlas al legislador para que con ellas, si es su gusto, y es verdadero y legítimo legislador, establezca el Derecho vigente; pero, además, es función de estos científicos analizar las normas (positivas) elaboradas por el legislador para ver si están o no de acuerdo con las normas objetivas: la función de establecer leyes no les atañe, corresponde al legislador, que, según el autor que comentamos, ha de ser «democrático».

Si los legisladores son democráticos, para hacer las leyes tienen que pedir la opinión de los miembros de la comunidad. Nos preguntamos: ¿Cómo puede el legislador saber cuál es la opinión de todos y cada uno de los miembros de la comunidad en orden al establecimiento de una norma? Hoy por hoy, no hay un procedimiento que lo permita. Lo más que puede conocer el legislador es la opinión de un grupo, y lo más probable es que no todos los miembros del grupo estén de acuerdo con ella, en cuyo caso no cabe más que adoptar la opinión de una de las partes del grupo. Este no es el medio para establecer las normas.

El *legislador democrático* es un mito; lo que puede y debe ser real es que la función del legislador se realice orientada por el consejo de los expertos.

De hecho hay un «consejo de expertos» como asesor de los órganos legislativos en todos los países, aun en los democráticos; es el tributo que se tiene que pagar, quiérase o no, a la ciencia del derecho; pero este consejo está formado por *técnicos* en derecho, es un órgano encargado de una función técnico-jurídica, v. gr., elaboración de proyectos de ley, traducción de términos vulgares a términos jurídicos, cuidado de la estilística jurídica... El consejo de los expertos al que nos referimos tiene un alcance mayor; es la manifestación de la opinión que emiten los jurisperitos, los *científicos* del Derecho (y damos al término «jurisperitos» su prístino sentido, el sentido que tenía en la Roma anterior a Augusto). Todo ello porque cada día vemos más confirmada la hipótesis de que Derecho no es lo que hace el legislador (su función está solamente en dar sanción al Derecho existente), Derecho no es lo que hace el juez (su función está, hoy sobre todo, en aplicar el Derecho sancionado por el legislador al caso controvertido, o, en el Derecho anglosajón, en aplicar el precedente al «caso»); Derecho es lo que hace el científico cuando da una forma determinada, objetivada, a las relaciones surgidas entre los hombres (4).

3.º En la época moderna, como en las anteriores, la función de los científicos del Derecho natural es doble: darle al legislador las pautas para establecer leyes justas, y criticar las leyes emanadas del legislador para ver si están o no de acuerdo con las normas de Derecho natural. Otra cosa será una utopía, lo mismo que utopía es la construcción de filósofos-reyes establecida por Platón, y utopía es pretender un sistema democrático para el establecimiento de las leyes.

Por tanto, y para contestar resumidamente a las dos preguntas que nos hicimos al comienzo de esta exposición, la ciencia del Derecho natural, construida metafísicamente, da las técnicas para interpretar todo lo jurídico, y la función más importante del científico del Derecho natural está en traducir, en adaptar, en interpretar las normas objetivamente existentes a las necesidades de la comunidad en cada momento histórico.

MARÍA CAROLINA ROVIRA Y FLÓREZ DE QUIÑONES

(4) Vid. el documentado y claro estudio de J. P. GALVAO DE SOUSA, *La Historicidad del Derecho y la elaboración legislativa*, trad. y apéndice de J. A. Sardina-Páramo, Escelicer, Madrid, 1972. El último capítulo de esta obra toca directamente el tema que nos ocupa: la elaboración legislativa en la actualidad.

PRAGMATISCHE FUNKTIONEN DES JURISTISCHEN REDENS

1. Jedes Reden ist ein Unterreden. Aus dem pragmatischen Gesichtspunkt ist jedes Reden eine einem anderem gerichtete Sprachhandlung.

1.1. Das soll so verstanden werden: beim Reden bittet man um die Verständigung eines Anderen; es handelt sich in diesem Sinne um eine Handlung, die man lehren und lernen kann.

1.2. Das Zusammentreffen von Sprecher und Hörer beim Lehren und Lernen geschieht in einer Situation, die *kommunikative Situation* benannt werden kann.

1.21. Das Grundschema dieser kommunikativen Situation ist das Fragen-und-Antworten. Fragen heisst unsicher seiner eigenen Sprachhandlung sein, also das «intelligere» eines schon Geschehenen oder die Planzeichnung eines noch nicht Geschehenen, was Unsicherheit der Handlungsgründe mit sich bringt. Das Fragen erlaubt also die Unterscheidung zwischen begründetem und unbegründetem Redem. Fragen ist aber kein grundloses Verhalten, sondern knüpft sich an einer Begründungswelt bzw. einer Begründungsumwelt an. Diese Begründungsumwelt hat Autoritätsanspruch, d.h. Fähigkeit und Bereitwilligkeit Gründe anzugeben und Vertrauen zu verlangen. Das Verhalten, wonach man die Beständigkeit seiner eigenen Sprachhandlung bestätigt, nennen wir Antworten.

1.3. Die Bestandteile des Redens als Unterredens sind folgende: der Redner (R) —der Proponent einer Sprachhandlung; der Zuhörer (Z)—derjenige, dem sich die Handlung richtet; und der Redegegenstand — das, was geredet wird und im Sinne des Grundschemas Fragen-Antworten als «*quaestio*» (Q) bezeichnet werden kann.

1.4. Die Bestandteile des Redens beziehen sich zueinander durch eine Grundregel, die wir Begründungspflicht nennen, und die folgenderweise ausgedrückt werden kann: wer redet, soll sein Reden begründen.

1.41. Diese Grundregel bestimmt das Reden als begründendes Reden.

1.42. Durch sie wird jedes Reden *reflexiv*, d. h. durch sie kann

man das Grundschema Fragen-Antworten auf sich selbst anwenden: nicht nur Sprachhandlungen können in Frage gestellt werden, sondern auch ihre Begründungen und die Begründungen ihrer Begründungen, usw. Daher die Möglichkeit einer zunehmenden Komplexität des Redens sowohl in quantitativem wie auch in qualitativem Sinne.

1.43. Die Reflexivität hängt davon ab, nicht nur wie man sein Reden begründet, sondern auch und hauptsächlich wie es *kritisch* vom Zuhörer beurteilt wird. Das heisst: die Art und Weise der Reaktion des Zuhörers bestimmt die reflexive Komplexität des Redens.

1.5. Die *Pro-position* einer Sprachhandlung seitens des Redners, die kritische Reaktion des Zuhörers und die Reflexivitätsmöglichkeit der *Quaestio* erlauben uns von pragmatischen Funktionen der Rede sprechen.

1.51. Die Rede hat zuerst eine *Symptomfunktion*, d.h., sie drückt Gehüle, Empfindungen (Hass, Liebe, Zustimmung, Ablehnung) aus.

1.52. Sie hat auch eine *Signalfunktion*, d.h., sie soll beim Zuhörer ein bestimmtes Verhalten, eine Reaktion erzeugen, wobei diese Reaktion zunächst durch die Einwirkung der Sprachhandlung zu einer Aenderung der Denkweise, der Sprechweise, der Gefühle führt.

1.53. Diese Reaktion, indem sie auf die *Quaestio* bezieht, hat endlich eine *Bewertungsfunktion*, d.h., durch sie ist es möglich die qualitative, quantitative, intensive Komplexität der Rede zu charakterisieren.

1.54. Die Bewertungsfunktion in Zusammenhang mit der Symptom- und Signalfunktion ermöglicht uns von Redensmodi zu sprechen.

1.6. Die *dialogische Rede*. Es handelt sich allgemein um eine an die kommunikative Situation gebundene Rede.

1.61. Seitens des Redners ist seine Sprachhandlung symptomatisch ein Ausdruck von ihm selbst, und als solcher ist er wesentlich für das Verständnis der Rede. Seine persönliche Teilnahme an das Unterreden macht eine Auseinandersetzung zwischen ihm und seiner Sprachhandlung unmöglich: er ist unmittelbar für sie verantwortlich. Diese Verantwortlichkeit erzeugt im Sinne der Begründungspflicht eine besondere Signalfunktion.

1.62. Der Zuhörer zeigt sich auch als einen an die kommunikative Situation gebundenen Sprecher. Er ist auch persönlicher Teilnehmer, und seine Reaktion ist eine kritisch *aktive* Reaktion.

1.63. Diese aktive Reaktion im Sinne der Bewertungsfunktion qualifiziert den Redegegenstand, die *Quaestio*, als ein *dubium*.

1.64. Ein *dubium* ist zuerst konkurrenente als Alternative strukturierte Lösungsmöglichkeiten.

1.64.1. Es handelt sich nicht um irgendeine Alternative, sondern um

eine ernstgenommene Frage, eine verantwortliche Frage. Sie bedeutet einen ernsthaften Dissens und vermittelt keine Gewissheit.

1.64.2. Es geht ausserdem um eine besonders reflexive Frageart, die uns immer zu Aporien führt.

1.6.5. Die Struktur der dialogischen Rede hat folgende Hauptregeln:

1.65.1. Jede Sprachhandlung kann (muss aber nicht) in Frage gestellt werden. Nach dieser Regel können wir jedes dialogische Reden als eine Reihe von Teildialogen sehen, die uns zu primären Sprachhandlungen führen.

1.65.2. Eine primäre Sprachhandlung des Redners kann vom Zuhörer nicht in Frage gestellt werden, denn sie kann vom Redner verteidigt werden.

1.65.3. Der Redner kann aber eine solche primäre Sprachhandlung nicht mehr verändern.

1.6.6. Die dialogische Struktur, wie wir einsehen können, setzt das Prinzip des ausgeschlossenen Dritten nicht voraus, denn eine solche Voraussetzung verlangt eine Regel, wonach alle Sprachhandlungen in zwei Klassen geteilt würden: der bezweifelbaren und der unbezweifelbaren, was gegen Regel 1.65.1 steht.

1.66.1. Im Sinne der Regel 1.65.1. zeigt sich das dialogische Reden als eine offene Struktur, wobei das *dubium* in seiner Reflexivität nie aufgehoben wird.

1.66.2. Es handelt sich um ein unendliches Spiel von Strategien, die sich auf *Topoi* stützen. *Topoi* sind Suchformeln, strukturierende Operationen, die uns ermöglichen, das *dubium* argumentativerweise zu behandeln. Indem die *Topoi* situationsgebundene Formeln sind, erfährt das dialogische Reden durch sie eine gewisse Geschichtlichkeit. Eigentlich aber ist nicht der Dialog, sondern seine Strategien geschichtlich.

1.67. Wir unterscheiden zwei Hauptarten des Dialogs: das Miteinanderreden und das Gegeneinanderreden.

1.67.1. Beim Miteinanderreden sind Redner und Zuhörer *homolog*. Diese Homologie steht im Interesse der Wahrheitsfindung. Die Gesprächspartner reden in diesem Sinne «vernünftig» miteinander, indem sie ihr Reden nicht durch blosser Emotionen und nicht durch blosser Traditionen und Gewohnheiten bestimmen lassen. Das Ziel dieses Redens ist die Wahrheit finden, auf Grund deren Konsens verschaffen wird. Beispiele dieser Art des Dialogs sind die wissenschaftliche Forschung und die technologische Rede.

1.67.2. Beim Gegeneinanderreden sind Redner und Zuhörer *heterolog*. Beide sind parteiisch engagiert und verteidigen ihre Meinungen.

Sie wollen nicht überzeugen, sondern überreden. Deswegen stellt das *dubium* keine bloße Alternative, sondern einen *Konflikt* dar. Der Konflikt besteht in einer Inkompatibilität, die eine konsistente Entscheidung verlangt. Gegeneinanderreden ist ein Entscheidungsreden. Beispiel dieses Redens ist das politische Reden.

1.7. Die *monologische* Rede. Es handelt sich allgemein um ein an die kommunikative Situation nicht gebundenes Reden.

1.71. Seitens des Redners ist seine Sprachhandlung symptomatisch kein Ausdruck von ihm selbst. Er versucht sogar seine individuelle Subjektivität auszuschneiden. Er ist einfach ein Proponent.

1.72. Daraus entsteht eine besondere Signalfunktion. Der Zuhörer reagiert *passiv*, indem er die Rolle des «theoros» übernimmt. Diese Reaktion entspricht m. E. dem Verhalten von Perelmans «auditoire universel». Seine «theoretische» Passivität erzielt eigentlich die «Formalität» des Redens. Er wird nicht eingeladen, darüber mitzureden, *was* man sagt, sondern darüber *wie* man sagt.

1.73. Das bestimmt den Redegegenstand als ein *certum*. *Certum* ist keine apriorische Qualität eines Redegegenstandes, sondern das Produkt einer bestimmten Bewertungsfunktion. *Certum* ist eine Frage, deren Reflexivität unterbrochen wird. Es besteht auch in einer Alternative, deren strukturierte Möglichkeiten aber auf zwei kontradiktorisch Möglichkeiten reduziert werden können. Da es nicht reflexiv sein kann (es wird sonst zu einem *dubium*), entfaltet es sich nur nach vorn.

1.74. Die Struktur der monologischen Rede hat folgende Hauptregeln.

1.74.1. Nicht alle Sprachhandlungen dürfen in Frage gestellt werden.

1.74.2. Daher ist jede Sprachhandlung entweder widerlegbar oder nicht widerlegbar.

1.74.3. Ist eine Sprachhandlung des Redners nicht widerlegbar, darf sie vom Zuhörer nicht angegriffen werden; ist sie widerlegbar, darf sie vom Redner nicht ausgesagt werden.

1.75. Die monologische Rede setzt also das Prinzip des ausgeschlossenen Dritten voraus. Sie stützt sich auf Axiomen und kann axiomatisiert werden. Da bei ihr Redner und Zuhörer aus der kommunikativen Situation abstrahiert werden können, erfährt sie eine gewisse Ungeschichtlichkeit. Sie gilt raum- und zeitlos.

2. *Die juristische Rede.*—Wie jedes Reden ist es auch ein Unterreden. Es geschieht also in einer kommunikativen Situation.

2.1. Die juristische kommunikative Situation besteht zuerst darin,

dass Redner und Zuhörer gleichzeitig Vermittler und Empfänger einer Kommunikation sind; verweigert sich einer von denen Vermittler oder Empfänger zu sein, darf der andere dieses Verhalten *verlangen*. Die juristische kommunikative Situation steht also unter einer besonderen Begründungspflicht, die sich durch die Regel der *Verlangbarkeit* eines verweigten Verhaltens beschreiben lässt.

2.12. Diese Regel erweitert die kommunikative Situation auf drei Mitredenden. Bei Verweigerung stellt sich ein dritter Sprecher den anderen gegenüber:

2.12.1 als einen gleichrängigen Kommunikator (*jus dispositivum*);

2.12.2 bloss als Vermittler, wobei die anderen nur die Empfängersrolle übernehmen (*jus cogens*);

2.12.3 bloss als Vermittler, wobei die anderen beide Rollen beibehalten (Mischformen).

2.13. Die Regel der Verlangbarkeit spricht dem Zuhörer eine aktive Reaktion zu (Signalfunktion). Syptomatisch ist die Sprachhandlung des Redners ein Ausdruck von ihm selbst. Die Bewertungsfunktion der juristischen Rede lässt sich durch die aktive Reaktion des Zuhörers sehen, die die Frage als ein *dubium* bestimmt.

2.2. Jede juristische Sprachhandlung darf also prinzipiell in Frage gestellt werden. Dieses In-Frage-Stellen wird aber jedem Sprecher gewährt. Es folgt eine gewisse Zweideutigkeit des juristischen Redens in bezug auf Wahrheit, denn durch diese Gewähr wird die Möglichkeit des Falsch-Behauptens mitgesichert. Dadurch wird das juristische *dubium* zu einem Konflikt, der eine Entscheidung verlangt. Das juristische Reden zeigt sich in diesem Fall als ein Gegeneinanderreden. Wir nennen diese Art des juristischen Redens das *judiziale* Reden.

2.21. Indem eine Gewähr des Gegeneinanderredens vorhanden ist, sprechen wird dabei von Institutionalisierung des konfliktiven *dubii*. Jede Sprachhandlung darf zwar in Frage gestellt werden, aber erst in bezug auf den dritten Sprecher: allgemein auf die Norm. Die judiziale Rede stellt sich dann als normatives Gegeneinanderreden dar.

2.21.1. Das bedeutet, Redner und Zuhörer sind dazu *verpflichtet*, gegeneinanderzureden. Wir sprechen dann von normativer Dialogizität.

2.21.2. Darüberhinaus erzielt das normative Gegeneinanderreden keine blosse Entscheidung, sondern eine normative Entscheidung, d. h., eine Entscheidung, die den Konflikt löst, indem sie ihn beendet, indem sie seine Weiterführung verbietet.

2.22. Beim judizialen Gegeneinanderreden verhalten sich Redner und

Zuhörer immer parteiisch. Das parteiische Verhalten wird von bestimmten Rederegeln kontrolliert.

2.22.1. Es gibt Regeln, die die intersubjektiven Verhältnisse zwischen Redner und Zuhörer kontrollieren. Es wird dadurch die Symptom- und Signalfunktion kontrolliert. Durch solche Regeln können sich beide eine bestimmte Rolle zusprechen und die Konsistenz der Rollenführung kontrollieren. In diesem Sinne reden Redner und Zuhörer nicht nur als blosse Beteiligte, sondern auch als «gerecht», «würdige», «verantwortliche», «staatsbürgerliche» usw. Beteiligte. Solch kontrollierende Selbstdarstellungsregeln machen eine «materiale Topik» aus.

2.22.2. Es gibt aber auch Regeln, die den objektiven Kontroll des Gegeneinanderredens im Sinne der Disziplinierung der Uerberredungskraft seiner Begründung ermöglichen. Es handelt sich um die Institutionalisierung formaler Techniken der Argumentationsmöglichkeiten. Solche Regeln (z. B. die Rechtsverfahrensprinzipien) machen eine «formale Topik» aus.

2.23. Das In-Frage-Stellen des judizialen Gegeneinanderredens ist hauptsächlich *dogmatisch*. Das Übergewicht des dogmatischen Fragens erklärt sich durch den normativen Charakter der Dialogizität, wobei die Norm festgestellt wird. Man kann aber auch «zetetisch» verfahren. In diesem Fall wird das In-Frage-Stellen über die Norm hinaus *reflexiv* weitergeführt.

2.24. Verfahren wir «dogmatisch» oder «zetetisch», erzielen wir immer eine Entscheidung. Das judiziale Gegeneinanderreden erzielt, thematisiert aber nicht die Entscheidung selbst. Fragen wir aber nach den Bedingungen ihrer Möglichkeit, dann müssen wir eine zweite Art des juristischen Redens erörtern.

2.3. *Die Normrede*.—Es geht um die Norm als Rede. Die Dialogizität des judizialen Gegeneinanderredens bestimmt dessen Gegenstand als konfliktives *dubium*. Obwohl der reflexiv konfliktiver Charakter des *dubii* eine wesentliche Voraussetzung für die Entscheidung bildet, kann er doch im Augenblick des Entschendens zu Schwierigkeiten führen. Das Entschenden verlangt in diesem Sinne einen Stabilitätsfaktor. Das erklärt das Vorhandensein eines monologischen Moments beim juristischen Reden.

2.31. Jedes Recht stellt eine Ordnung fest, es stellt sie ausser Frage. Man darf kein Gesetz bloss zum Teil anerkennen. Die Norm setzt ein Entweder-Oder ein.

2.32. Symptomatisch ist die Normrede prinzipiell kein Ausdruck des Redners selbst. Daher die Möglichkeit ihres Geltens unabhängig von der

konkreten kommunikativen Situation des Redners. Die Reaktion des Zuhörers ist dann prinzipiell *passiv*. Er unterwirft sich (signalfunktion). Daher wird der Redegegenstand als ein *certum* bestimmt (Bewertungsfunktion).

2.23.1 Dieses *certum* ist eine Frage, deren Reflexivität unterbrochen wird. Ein juristisches *certum* ist eine Sprachhandlung, die Autorität hat, und deren In-Frage-Stellung eine Kontradiktion darstellt.

2.33. Die Normrede ist monologisch begründende Rede. Im Fall des juristischen Redens ist diese Begründung *ideologischer* Natur.

2.33.1. Ideologie ist ein axiologischer Begriff. Wer etwas unter ideologischen Gesichtspunkt betrachtet, *bewertet*. Es besteht aber einen Unterschied zwischen Ideologie und Wert. Wert ist Kriterium, Masstab für die Bewertung eines Verhaltens oder eines Sachverhalts. Die Ideologie bewertet aber eigentlich kein Verhalten oder Sachverhalt, sondern die Bewertung selbst. Jedes Wertbewertung ist reflexiv und unstabil. Die ideologische Bewertung ist dagegen beschränkt und stabil. Ihre Funktion ist selektiv im Sinne, dass sie die Werte neutralisiert. Das bedeutet, durch sie werden die Werte in ihrer Funktion der Handlungsorientierung bewusst.

2.33.2. Die ideologische Bewertung, indem sie die Normrede begründet, unterbricht die Reflexivität des juristischen Redens. Dies erklärt also im Recht das Moment der Dogmatizität. Die Normrede ist in diesem Sinne monologisch, denn sie hat keine Ueberredungskraft. Ihre Begründung erzielt nicht das Ueberreden, sondern eine Art des Unterwerfens.

2.34. Der ideologische Charakter der Begründung der Normrede erlaubt aber keine echte monologische Axiomatisierung. Denn die ideologische Begründung ist *total*. Sie erschöpft alle Begründungsmöglichkeiten. Wir sprechen dann von einem Normensystem als einem pseudoaxiomatischen System (Popper).

2.35. Die monologische Normrede führt uns zu einer gewissen Starrheit. Wir brauchen deswegen innerhalb des juristischen Redens einen Filter zwischen der Starrheit der Normrede und der reflexiven Flexibilität des judizialen Redens.

2.4. Die «*rechtswissenschaftliche*» Rede.—Es handelt sich um eine Art des dialogischen Redens. Ihr Gegenstand ist unmittelbar nicht der judiziale Konflikt, sondern ein hypothetischer Konflikt. Sie thematisiert also die Entscheidung als hypothetische Entscheidung im Sinne der Möglichkeit einer Entscheidung, also der *Entscheidbarkeit*.

2.41. Zwischen Redner und Zuhörer besteht in diesem Fall eine ge-

wisse Homologie auf Grund einer gemeinsamen «technischen» Terminologie. Es geht also um ein Miteinanderreden.

2.42. Symptomatisch ist die Sprachhandlung des «Rechtswissenschaftler» einen Ausdruck von ihm selbst. Indem aber sein Reden nicht bloss im Interesse der Wahrheitsfindung, sondern im Interesse der Entscheidbarkeit steht, drückt es ein gewisses parteiisches Verhalten aus.

2.43. Die Reaktion des Zuhörers (Signalfunktion) ist daher auch parteiisch und bestimmt den Redegegenstand als ein besonderes *dubium*: entscheidbar/nicht-entscheidbar (Bewertungsfunktion).

2.44. Diese Rede ist aber kein Gegeneinanderreden (wie das judiziale Reden), sondern eine Art des Miteinanderredens, nämlich ein technologisches Miteinanderreden. Es unterscheidet sich von Gegeneinanderreden, indem es nicht unmittelbar im Interesse der Entscheidung steht und von wissenschaftlichen Miteinanderreden, indem es eine soziale Funktion übernimmt. Es erzielt eine so weit wie möglich störungsfreie Entscheidbarkeit, eine hypothetische Konflikte beendende Entscheidbarkeit. Es enthält aber keine Normen, sondern Regeln. Sie ist also kein normatives, sondern ein *regulatives* Reden.

3. Der Gegeneinanderredenscharakter des judizialen Redens, der pseudomonologische Charakter der Normrede und der technologische Charakter des «rechtswissenschaftlichen» Miteinanderredens erlauben uns abschliessend die *wesentliche Dialogizität* des juristischen Redens überhaupt zu behaupten.

Unser Entwurf stützt sich hauptsächlich auf die Werke von Paul Lorenzen, Kuno Lorenz, Chaïm Perelman, Niklas Luhmann, Theodor Viehweg, Otmar Ballweg, Karl Popper, Hans Albert, Miguel Reale, Ilmar Tammelo und Recaséns Siches.

PROF. DR. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

DAS NORMATIVE ELEMENT DES RECHTS IN SEINEM NICHT ZU FUNKTIONALISIERENDEN BEGRÜNDUNGSSINN

1. *Formalanalyse der Termini Rechts-Grund und Rechts-Prinzip*

Wenn wie selbstverständlich von «Funktionen des Rechts» die Rede ist, so könnte man meinen, «Recht» in all seinen einander analogen Manifestationen (1) *erschöpfe* sich in «Funktion», d. h. 'Recht' als eine nicht zu funktionalisierende Größe und in diesem Sinne als sein «Substantielles»—gebe es gar sichts. Ob dem so ist, soll hier dahingestellt bleiben. Untersucht werden soll nur, welche grundsätzlichen Konsequenzen sich analytisch ergeben, falls von dem hinsichtlich faktischer Geltung wie 'praktisch'—realer Gültigkeit lediglich *problematisch* angesetzten Terminus 'Recht' im angegebenen Sinne ausgegangen und speziell das mit diesem Terminus implizierte *normative* Element auf seinen Begründungssinn hin reflektiert wird. In dieser Perspektive wird jenes Element hier als *der Rechts-Grund* bezeichnet; sein formal—prinzipielles Moment soll *das Rechts-Prinzip*, sein material—prinzipielles Moment hingegen soll *Natur der Sache* oder—im Falle konkreter Gestaltungen—das *Substantielle* heißen (2).

Allein schon vom Begriff *des* Rechts-Grundes her verbietet es sich, irgendeinen *anderen* Grund als ein *Äquivalent* dieses einen Rechts-Grundes anzunehmen. Der «naturalistische Fehlschluß» von einem *nicht* normativen Element auf ein *normatives* erscheint auch in dieser Hinsicht als

(1) Zur Analogizität des Rechts vgl. vor allem: A. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. Karlsruhe, 1965, 15; L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Rechtsphilosophie*, Neuwied am Rhein und Berlin-Spandau, 1965, 247.

(2) Nicht im Sinne irgendwelcher «Substanzmetaphysik», sondern in Entsprechung einerseits zum Sprachgebrauch und andererseits zum Grundgedanken der *Unbeliebigkeit von Gestaltungen*; vgl. M. MÜLLER, *Die ontologische Problematik des Naturrechts*, in: A. KAUFMANN (Hg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, 1965, 468.

ausgeschlossen (3). Als nicht zu funktionalierend begreift sich der Rechts-Grund insgesamt jedoch auch im Sinne der logischen Selbstverständlichkeit des Folgens von «Folge» auf «Grund». Insofern ein Grund gründet, kann er nicht zugleich und in derselben Hinsicht bloß Folge seiner Folgen sein. Anzunehmen ist mithin auch, daß der Rechts-Grund, *insofern er als Grund begründend ist*, nicht etwa in *derselben* Hinsicht *zugleich nicht* begründend sein kann, indem er ausgerechnet durch das allererst von ihm Begründete *selbst* begründet wird.

Logisch möglich ist jedoch, einen Grund als Grund *seiner Folgen* zu sehen, ihn also in seiner «Begründungsfunktion» *von den Folgen her*, und in diesem Sinne *funktional* zu denken. Wird jedoch das Rechts-Prinzip rein nur auf seinen *Begründungssinn*, d. h. nur auf seinen *formal-prinzipiellen Gehalt* hin reflektiert, so entfällt eine solche, sich aus dem Begründungssinn selbst erst *ergebende* Perspektive. Klar wird dann, daß das Rechts-Prinzip von vorneherein qua Prinzip als ein Unableitbares gedacht ist, das weder von anderen Gründen noch von seinen Folgen her gleichwohl bloß abgeleitete «Folge» sein könnte. Mit dem Rechts-Prinzip bedeutet aber auch der Rechts-Grund insgesamt seinem Begriff zufolge einen *Primärsinn*, der strenggenommen *nicht* funktional *ersetzbar* oder wie ein wesentlich *fungibles* Element (d. h. wie eine *bloße* Folge) *einsetzbar* sein kann. Jeder Versuch eines «Funktionalisierens» in der einen oder der anderen Bedeutung des Wortes (4) führt deshalb nur dazu, daß das Phänomen 'Rechts-Grund' bzw. 'Rechts-Prinzip' (oder auch das der 'Natur der Sache' und des 'Substantiellen') alsbald entschwindet. Steht ein funktionales bzw. fungibles «Äquivalent» zur Diskussion, so stehen Rechts-Grund und Rechts-Prinzip etc. auch schon nicht mehr wirklich zur Diskussion. Dasselbe gilt jedoch für jedes wirkliche Recht im Ganzen, insofern der Rechts-Grund insgesamt als das seine Folgen allererst zu 'rechtlichen' Folgen Begründende gedacht ist. Seinem Begriffe nach ist der Rechts-Grund ja nichts anderes als das *Konstituens* bzw. das

(3) Zu dessen Problematik in definatorischer Hinsicht vgl. R. LAUTMANN, *Wert und Norm. Begriffsanalysen für die Soziologie*, Köln und Opladen, 1969, 60, 85, 103.

(4) Beide Bedeutungen sind vom Sprachgebrauch her aufgenommen; vgl. jedoch auch N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Opladen, 1972, 15. «Die funktionalistische Methode soll gerade die Feststellung begründen, daß etwas sind und auch nicht sein kann, daß etwas ersetzbar ist. Um funktionale Äquivalenzen sichtbar zu machen, genügt eine relative Invarianz des Bezugsgesichtspunktes, die von anderen Bezugsgesichtspunkten aus auflösbar ist.» «Die Konstanten fungieren nur noch als Variationsbedingungen und sind als solche unter dem Gesichtspunkt ihrer Eignung für diese spezifische Funktion variabel.»

Kriterium des 'Rechtlichseins' des Rechts (5), d. h. nicht etwa eine von diesem paradox abgetrennte Sphäre eines bloßen Ding an sich, oder gar eines zweiten, radikal konkurrierenden «Rechts» (welches qua «Folge» dann gleichfalls auf seinen Konstitutionsgrund hin zu bedenken wäre... und so ad infinitum). Jeder Versuch des «Funktionalisierens» kann *faktisch* nur zur Konsequenz haben, daß der unableitbare wirkliche GRUND durch *bloße* (d. h. in keiner Weise mehr *begründete!*) Folgen, also insbesondere das Rechts-Prinzip durch Quasi-Begründungen oder Pseudo-Rechtfertigungen abgelöst wird (6).

2. *Der Unterschied zwischen paradoxer Totalbegründung und wirklicher Begründung*

Ein Hauptanliegen des sogen. «Kritischen Rationalismus», wie er von Hans Albert vertreten wird, ist die ganz prinzipielle Ausschaltung allen «Denkens» in bloßen, gleich-gültigen «Rechtfertigungsgründen» (7). Diesem Anliegen ist jedoch wenig gedient, wenn das Kind mit dem Bade ausgeschüttet wird, indem die Dimension des Rechts-Grundes, ja sogar das Rechts-Prinzip selbst zusammen mit jenen Quasi-Gründen radikal negiert wird. Es genügt nämlich nicht, letztere nur ganz pauschal als unwissenschaftlich und als praktisch perniziös auszuschließen. Sie müssen sich vielmehr auch in ihrer jeweiligen *Bestimmtheit als* Pseudo-gründe entlarven lassen. hierfür ist jedoch jeweils die —zumindest anfangshafte— Erkenntnis eines wirklichen Rechts-Grundes *conditio sine qua non*. Die negatio rechtlicher Fundamentalkritik setzt schon qua Ent-

(5) D.h. er ist begrifflich die Vorwegnahme der Antwort auf die Frage, ob und irwieweit das Recht «wirklich *rechtlich*» ist oder *nicht*. Eine funktionalistische Methode, der es (per definitionem) *nicht* um die «Annahme eines Grundes dafür, daß etwas ist und nicht ist», also auch nicht um die Vermeidung unendlichen Regresses zu gehen braucht (vgl. N. LUHMANN aaO), wäre hier von vorneherein unangemessen. Allein schon eine Theorie der bloßen *Problematik* des «Rechtlich-seins» des Rechts wäre durch eine solche, in ihren sinnvollen Anwendungsmöglichkeiten eng begrenzte Methode alsbald verstellt —was gegen die Anwendung dieser Methode, nicht aber gegen Sinn und Bedeutung jener Theorie spricht.

(6) Das bedeutet jedoch nicht, daß nicht im Rahmen eines *Rechtssystems* doch auch Quasi-Begründungen sinnvollerweise möglich, d.h. *letzten Endes* als (methodisch wie generell-sachlich) «gerechtfertigt» gelten könnten. Vgl. etwa zur freien Rechtsfindung mit Hilfe von *rationes decidendi*, welche strenggenommen bloß noch so etwas wie «Rationalisierungen» bedeuten, I. TAMMELO, *Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit*, Frankfurt (M), 1971, 133.

(7) Vgl. H. ALBERT, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, 1969²; N. LUHMANN aaO.

larvung von pseudorechtlichen «Gründen» die affirmatio wirklicher Rechts-Begründung als realmöglich voraus.

Diese Realmöglichkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß das sogen. *Münchhausen-Trilemma* (von infinitem Regreß, logischem Zirkel oder Abbruch des Verfahrens) die Konsequenz ist, «wenn man für *alles* eine Begründung verlangt» (8), d.h. *auch für jede Begründung* bzw. für *jeden* Grund schlechthin. Jene Konsequenz ist nämlich zwar mit *diesem* Verlangen paradoxer *Totalbegründung*, welches alles, was als «Grund» auftaucht, alsbald *aus Prinzip* zur *bloßen* «Folge» relativiert, von vorneherein impliziert; *nicht* impliziert ist sie aber mit der —hier übernommenen— *klassischen* Begründungsidee, die davon ausgeht, ein *wirklicher Grund* bzw. eine *wahre Begründung* sei allein schon mit jeder Behauptung *als* aktueller *Behauptung* (mit Gewicht!) zumindest im Sinne eines erhobenen Anspruchs in Wirklichkeit mitgedacht, müsse also auch als *möglich* gelten. Darum trifft der «Beweis», der mit seiner Reduktion auf das Münchhausen-Trilemma tatsächlich nur die immanente Widersprüchlichkeit eines Prinzips der Totalbegründung expliziert, zudem nicht, was er *auch* treffen soll: die klassische Begründungsidee. Zugleich als deren Widerlegung präsentiert, bedeutet er den logischen Fehler einer *ignoratio elenchii* (9).

3. *Aktuales Unbedingt-sein des Rechts-Prinzips oder funktional-relativistische Dialektik.*

Ist der «Rechts-Grund», wie er hier in Frage steht, zwar nicht im Sinne der von Albert kritisierten Totalbegründung, wohl aber im Sinne der klassischen Begründungsidee konzipierbar, so ist es auch unbedenklich, in der hier geübten Weise ihn auf negative Prinzipien hin zu analysieren. Muß insbesondere das *fundamental-normative* Moment der Dimension des Rechts-Grunds, d.h. das Rechts-Prinzip qua formal-prinzipielle Verbindlichkeitsregel als *denkmöglich* gelten, dann kann allein schon aus seinem so wie hier problematisch angesetzten *Begriff* Grundsätzliches gefolgert werden. Im Unterschied zu einem rein *formellen* «Prinzip der kritischen Prüfung», das faktisch auf einen «Argumentationsdarwinismus» hinausläuft (10), erlaubt das Rechts-Prinzip, das seinem Begriffe nach Rechts-Kriterium ist, eine normativ-prinzipiell aufgeklärte und vernünftig-methodisch geleitete kritische Prüfungspraxis.

(8) H. ALBERT aaO 13.

(9) Vgl. dazu genauer: Ch. SCHEFOLD, *Plädoyer für kritische Begründung* (Manuskript).

(10) Wie F. Kambartel gelegentlich bemerkte.

Aus dem Begriff 'Rechts-Prinzip' folgt, daß all das, was diesem Prinzip radikal *widerspricht*, schlechthin *nicht* 'gerechtfertigt' sein kann, und daß in diesem Sinne jede Zweck- oder Wert-Position unter dem Vorbehalt der kritischen Überprüfung am Rechts-Prinzip steht, in welcher sie entweder sich bewährt oder scheitert (11). Seinem Begriffe nach letztentscheidendes Kriterium, bedeutet das Rechts-Prinzip die *notwendige Letztbedingung* für jedes wirkliche *Sich-bewähren* von in 'rechtlicher' Hinsicht relevanten Positionen. Dem entsprechend führt die Analyse seines bloßen Begriffes zum negativen *Prinzip der Unmöglichkeit jeder mit dem Rechtsprinzip unvereinbaren Begründung oder Rechtfertigung* (12).

Dieses analytische Prinzip würde mißverstanden, wenn es nicht im Sinne des *kontradiktorischen*, sondern in dem des *konträren* Gegensatzes aufgefaßt würde. Niklas Luhmann glaubt in seiner Rechtssoziologie am (klassischen) Prinzipien-Denken die «unbestimmte Negation anderer Möglichkeiten» als eine «schlechte Lösung» des Problems der *Entscheidung* kritisieren zu müssen (13). Die dieser Kritik zugrunde liegende Entscheidungstheorie dringt jedoch, wenn sie das Zustandekommen von Entscheidung vor allem im Sinne eines Ausschlusses *anderer Möglichkeiten* denkt, insofern zum letzten *Entscheidungsmoment* von «Entscheidung» oder «Behauptung» noch gar nicht vor; sie bleibt auf der Ebene äquivalenter Entscheidungsmöglichkeiten (15), d.h. auf der der *Dialektik* von (potentiell) «Ja» und (potentiell) «Nein» stehen, statt den Abgrund der *Letztentscheidung* zwischen 'Ja!' oder 'Nein!' zu bedenken und auf *alle* seine Konsequenzen hin auszulegen (16). Wird, wie hier, Letzteres

(11) Insofern es dabei um *mehrere* Positionen geht, kommt es darauf an, ob eine bestimmte Position, so wie sie sich selbst präsentiert, im *Verhältnis* der Positionen dem Rechts-Prinzip widerspricht oder nicht. *Endgültig* «scheitert» eine Position nur, wenn sie *überhaupt nicht* in seinem Sinne festgehalten bzw. modifiziert werden kann, d.h. wenn sie im Sinne des wohlverstandenen Vernunftinteresses der 'Position» des *Rechts-Prinzips* sich qua beschränkt-bestimmte Position aufgeben muß. Vgl. demgegenüber die Engführung «kritisch-rationalistischer» Widerspruchsmethodik bei H. ALBERT aaO 43 ff.

(12) Vgl. dazu das Prinzip des rechtlichen Rigorismus bei L. NELSON, *System der philosophischen Rechtslehre*, Leipzig, 1920, 49 f., dessen Methode analytischer Prinzipien einer formalen Rechtslehre hier übernommen und weitergeführt wird.

(13) Vgl. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (2 Bde), Reinbek bei Hamburg, 1972, 358.

(14) AaO.

(15) Vgl. N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, 27; H. ALBERT aaO.

(16) Zum Unterschied zwischen Dialektik und Wahrheit vgl. H. KRINGS, *Transzendente Logik*, München, 1964, 327.

im Prinzip versucht, so ergeben sich vom Begriff des Rechts-Prinzips her analytische Prinzipien, die nicht bloß die *Komplexität* von noch konträr entgegengesetzten Rechts-Norm- bzw. Rechts-Folge-Möglichkeiten betreffen, sondern primär die (nicht mehr funktional-strukturell im Sinne von *Äquivalenten* zum Unterschied zwischen Gleich-gültigem relativierbare!) Kontradiktion zwischen 'Rechtlich-sein' und striktem 'Widerrechtlich-sein' meinen. Im Sinne dieser *Kontradiktion* auf *prinzipiellster* Stufe ist auch der *privative* Gegensatz zu verstehen, wie er auf der noch *objektiven* Stufe 'rechtlicher' Urteilsbildung entscheidend ist (17). Endet ein rechtlich relevanter Entscheidungsprozeß objektiv wie affirmativ strikt *widerrechtlich*, so bedeutet dies —um an Formulierungen Luhmanns anzuknüpfen— eine völlige «Sackgasse der Entwicklung» bzw. eine *radikale* Dysfunktion (18), also *nicht* bloß so etwas wie eine *Abweichung*, welche, obwohl ganz allgemein als «schlecht» und «böse» eingestuft, gleichwohl «in manchen Hinsichten auch positive Funktionen» erfüllen oder, etwa als Quelle von Innovationen, sogar notwendig sein könnte (19).

Dem Anliegen Luhmanns, die «allgemeine Richtung der Evolution auf höhere Komplexität» hin (20) zu berücksichtigen, insbesondere aber dem neuzeitlichen Zusammenhang von Ausdifferenzierung, funktionaler Spezifikation und Positivierung des Rechts gerecht zu werden (21), ist nicht mit einer *nur* noch *funktionalen* Definition des Rechtsbegriffs und der entsprechenden Theorie (22), sondern mit einer vom wesentlich unfunktionalisierbaren Rechts-Prinzip ausgehenden Theorie wirklichen *Rechts* am besten gedient, da diese an Stelle der Abstraktion eines bloß *material*-allgemeinen Sinnes primär eine *formal-prinzipielle* Verbindlichkeitsregel leitend werden läßt. Denn diese 'Regel' bedeutet strenggenommen nur das aktuelle Unbedingt-sein einer prinzipiellen *Denk-Weise*, welche in ihrem optimalen 'Abstrakt-sein' zwar maximale, aber gleichwohl nicht unkontrolliert bleibende *Variabilität* im Sinne von *Rechtsver-*

(17) Dieser Gegensatz ist der von «Extremen», die «in ihrer Existenz als wirklich auftreten und als Extreme»; dabei «liegt es doch nur in dem *Wesen* des einen, Extrem zu sein, und es hat für das andre nicht die *Bedeutung* der *wahren Wirklichkeit*». Vgl. K. MARX, *Frühe Schriften*, 1. Bd., Hg. v. H.-J. LIEBER u. P. FURTH, Darmstadt, 1962, 37.

(18) Vgl. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 172; *Soziologische Aufklärung*, 21.

(19) N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 123.

(20) aaO 137.

(21) aaO 226.

(22) aaO.

vernunft eröffnet, statt unfreiwillig-systematisch «Sackgassen» zuzulassen (23). Letztere können gar nicht zu derjenigen 'Komplexität' oder 'Evolution' gerechnet werden, wie sie sinnvollerweise bejaht werden kann, wären also im Gegenteil in dem Gedanken fortschreitender *Regression* zu *monströser* «Komplexität» idealtypisch zusammenzufassen. Die Vernunft-Grenzen gesellschaftlichen Wachstums können dann —und *nur dann!*—gewahrt bleiben, wenn das Rechts-Prinzip als Primärsinn respektiert ist und zudem zum wirklichen Leitmotiv zumal der gesellschaftlich *führenden* Entscheidungsprozesse wird (24).

4. *Die Relativität des Rechtsprinzips hinsichtlich seiner Anwendungsvoraussetzungen.*

Als fundamentalste 'Weise' des Entscheidens ist das Rechts-Prinzip nicht *mehr* als eben *nur Prinzip* jeder Rechts-Begründung von 'rechtlich' Relevantem zu Rechts-Norm oder Rechts-Folge, welches es daher lediglich *voraussetzt*, statt es *total determinieren* zu wollen (25). Wo rechtlich relevante, aber jedem rechtlichen Ordnen vorgegebene Zwecke oder Werte miteinander *unvereinbar* wurden, muß *entschieden* werden; soll aber dabei eine wiederum nur einseitige Position vermieden werden, so muß die prinzipiell auf den rechten Ausgleich bedachte Haltung eines unbefangenen, die strittigen Positionen gleichsam in seiner Person vereinigenden Dritten eingenommen werden (26) - und nicht zuletzt darin

(23) Vgl. aaO 17, 143, 183, 226. Zum «heute nicht mehr als ein Normenkatalog, als eine Art Metaverfassung», sondern als «kritisch prüfende Denkweise» aufzufassenden «Naturrecht» vgl. R. SPAEMANN, *Die Aktualität des Naturrechts*, in *Naturrecht in der Kritik*, hg. v. F. BÖCKLE u. E. W. BÖCKENFÖRDE, Mainz, 1973, 276.

(24) Gerade dann, wenn nicht mehr die Politik oder das Recht, sondern «die Wirtschaft» heute den «funktionalen Primat» (dank «Erfassung und Reduktion höherer Komplexität»!) haben sollte, wie N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, 226 f., meint, wird im Sinne rechtlich-vernünftig bleibender Evolution die Frage dringlich, wie die Wirtschaft *als* solche *im Sinne* des Rechts-Prinzips fungieren kann, selbst wenn sie gegenüber positivrechtlichem bzw. staatlich-politischem Regeln weitgehend unabhängig bleibt.

(25) In dieser Prinzip-Relativität des Rechts-Prinzips liegt die Wurzel für die rechtsstaatliche-liberale Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft, wie sie zuerst im Hegelschen «Prinzip der modernen Staaten» ausgesprochen ist, «das Prinzip der Subjektivität sich zum selbständigen Extrem der persönlichen Besonderheit vollenden zu lassen und zugleich es in die substantielle Einheit zurückzuführen und so in ihm selbst diese zu erhalten»; G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hg. v. J. HOFFMEISTER, Hamburg, 1955⁴, § 260.

(26) Die Vernunft-Autorität dieses Dritten wird in der «Herrschaft der Gesetze» als institutionalisiert gedacht.

besteht der fundamental aufklärende 'Sinn' des Rechts-Prinzips für jede Streitentscheidung. Im wirklichen Ausgleich selbst, dessen Grundidee mit dem Rechts-Prinzip je schon impliziert ist, wird das Auszugleichende nicht allererst zu seiner ihm je schon eigenen, relativen Werthaftigkeit konstituiert, sondern lediglich *sinngemäß umstrukturiert*, indem ein —nach dem Kriterium des Rechts-Prinzips— *nicht* vertretbares Zweck- oder Wert-Interesse durch ein vernünftigerweise vertretbares, d.h. im besten Sinne 'äquivalentes' Interesse *ersetzt*, oder darüber hinaus eine im Verhältnis angemessene *Selektion* in Anbetracht nur *beschränkter* Befriedigungsmöglichkeiten vorgenommen wird (27). Im Extremfalle eines unumgänglichen, völligen *Verzichts* einer Seite auf konkreten Interessen erfüllung vermag der formal-prinzipielle *Sinngehalt* des Rechts-Prinzips, der per definitionem nicht funktional zu ersetzen ist, als Vernunftinteresse κατ' ἐξοχήν selber das einfachhin *universelle Äquivalent* aller möglichen Interessen zu bedeuten (28). Zum *bloß* «funktionalen» (Quasi-) «Äquivalent» degeneriert es erst dann, wenn es als *ideologische Leerformel* bloß noch zum «Rechtfertigen» von allem und jedem *benutzt*, d.h. überhaupt nicht mehr in seinem Sinnbezug auf die Sachen selbst mit Hilfe des *material-formalen* Prinzips der Natur der Sache *adäquat* aktualisiert wird (29). Solange noch *alles und jedes* «gerechtfertigt» wird, steht die letztlich entscheidende, wirkliche *Begründung* bzw. *Rechtfertigung* im Sinne des Rechts-Prinzips noch aus. Dieses selbst aber erlaubt, seiner *nur prinzipiellen* Intention zufolge, nur eine sich strikt auf die Letztentscheidung beschränkende, insofern also 'relativ' bleibende, das

(27) Dabei ist nicht nur das reziproke Verhältnis der unmittelbar Beteiligten, sondern in letzter Konsequenz das gesamtgesellschaftliche Verhältnis entscheidend; der Sinn des Rechts-Prinzips äußert sich nicht etwa nur darin, eine *bloß besondere* Ordnung eines *isolierten* Lebensverhältnisses zu ermöglichen, sondern das *Ganze* 'rechtlich' zu strukturieren; dies wird in der Analyse des Begriffs des Rechts-Prinzips zur Betonung des Moments der *Allseitigkeit* führen. Vgl. auch W. MAITHOFER, «Anthropologie der Koexistenz», in: *Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, hg. v. A. HOLLERBACH, W. MAITHOFER u. TH. WÜRTENBERGER, Frankfurt am Main, 1972, 183 ff.; zum Verfahren der *Transformierung* von Begehungen vgl. O. SCHWEMMER, *Philosophie der Praxis. Versuch zur Grundlegung einer Lehre vom moralischen Argumentieren*, Frankfurt am Main, 1971, 110 ff. (Kap. 4.2); zur rechtlichen Problematik der *Selektivität* im Sinne von Gerechtigkeit vgl. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 186 ff.

(28) In diesem Sinne läßt sich das bereits mit Hilfe des Gedankens notwendiger Selektion verbesserte Verfahren von O. SCHWEMMER aaO zum *universellen* Verfahren praktischer Vernunft vollenden.

(29) Wie Letzteres zu verstehen ist, kann freilich erst in einer *materialen* Theorie des Rechts-Prinzips gezeigt werden. In diesem Sinne zur entsprechenden Aufgabe einer Theorie materialer Gerechtigkeit. I. TAMMELO aaO, 55.

zu Beurteilende selbst *unparteiisch akzeptierende* Rechts-Begründung von Rechts-Norm bzw. Rechts-Folge. Allein schon aus dem noch problematisch bleibenden Begriff 'Rechts-Prinzip' folgt demnach analytisch das negative *Prinzip der Unmöglichkeit, mit dem Rechts-Prinzip alles und jedes zu begründen oder zu rechtfertigen* (30).

Dieses analytische Prinzip bedeutet nicht zuletzt auch die Unzulässigkeit, *mittels* des (dann auch schon pervertierten!) «Rechts-Prinzips» das von diesem lediglich Vorauszusetzende schon *vor* der abschließenden Rechts-Entscheidung *negativ* zu bewerten — also etwa das *noch nicht* 'rechtlich' Bewertete ohne weiteres mit der später kaum noch widerleglichen Vermutung der Wert-Negativität zu belegen (31).

Das «Prinzip» der *Totalbestimmung totalitärer* Reglementierung, welche alles, was nicht von ihm her als *notwendig* erscheint, im vorhinein als *ausgeschlossen* abwertet, ist durch jenes analytische Prinzip erst recht in seiner Widersinnigkeit zu enthüllen (32). Dies 'Prinzip' schließt qua *Vernunftprinzip der Nicht-Omnikompetenz rechtlicher Wertbestimmung* (33) jede *sich verabsolutierende*, auf «Fanatismus» hinauslaufende «(Rechts-)Rationalität» aus (34). Nur diese Pseudo-Rationalität kann —etwa im Sinne des Luhmannschen Konzepts einer «Vollpositivierung des Rechts» (35)— in die bedenkenlose Hybris ausarten, alles und jedes für «positivrechtlich» (*nicht: rechtens!*) «machbar» zu halten, und es je nach «Opportunität» (36) womöglich auch tatsächlich machen zu wollen. Seinem Begriffe nach eine strikt nicht-totalisierende Bestimmung (37) bedeutet das Rechts-Prinzip ein denkbar unbefangenes Verweisen auf seine Voraussetzungen, deren *Substantielles* in einer nicht mehr nur

(30) Das Rechts-Prinzip ist, anders gesagt, zwar im Sinne materialer Gehalte, nicht aber im Sinne des Formalgehalts einer prinzipiellen *actualitas* eine *Leerform*; zur Problematik von Leerformen vgl. CH. SCHEFOLD, *Die Rechtsphilosophie des jungen Marx von 1842. Mit einer Interpretation der 'Pariser Manuskripte' von 1844*, München, 1970, 72 ff.

(31) Vgl. dagegen zu der —vom Rechts-Prinzip her als sinnvoll begründeten— juristischen Technik der widerleglichen Vermutung zugunsten der Vernunft des Bestehenden: M. KRIELE, «Gesetzprüfende Vernunft und Bedingungen rechtlichen Fortschritts», in: *Der Staat*, 6.Bd. 1967, 56 ff.

(32) Zur entsprechenden Kritik von K. MARX am totalitären «aktuellen Präventivgesetz» vgl. CH. SCHEFOLD aaO, 165 ff.

(33) Vgl. L. NELSON aaO, 51.

(34) Vgl. G. W. F. HEGEL aaO, § 5, Anm.

(35) N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, 180.

(36) aaO, 190.

(37) Die daher auch kein «totales Engagement» erlaubt, vgl. H. ALBERT aaO, 4 f.

rechtstheoretisch-prinzipiellen, sondern sich im Hinblick auf Natur und Geschichte *konkretisierenden* Reflexion einzuholen wären (38). Auch dies Substantielle ist per definitionem ein GRUND, für welchen bloß funktionale Äquivalente strenggenommen nicht einmal denkbar sind. Insofern sich immer wieder Substantielles präsentieren wird, das sich 'rechtlich' zu bewähren vermag, ist eine total-rationalistische Auflösung *alles* substantiell Vorgegebenen in einen «perfekten Regelkreis» verabsolutierten «Funktionieren» (39) schlechthin ein Ungedanke. Dem *Primärsinn* des *Rechts-Prinzips*, wie er allein schon in dessen noch problematisch bleibendem *Begriff* antizipiert ist, entspricht dagegen der *Vernunftgrundsatz der Nicht-Verabsolutierung rechtlicher Rationalität gegen ihre natürlichen und geschichtlichen Voraussetzungen*.

CHRISTOPH SCHEFOLD

(38) Vgl. dazu neuerdings W. KORFF, *Norm und Sittlichkeit. Untersuchungen zur Logik der normativen Vernunft*, Mainz, 1973, 4. u. 5. Kapitel.

(39) Vgl. R. SPAEMANN, *Die zwei Grundbegriffe der Moral*, in: *Phil. Jahrbuch*, 74 Jg 1967, 383.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO *

(Ideas para un diálogo)

La teoría jurídica fundamental de nuestros días ha realizado un examen a fondo en lo que se refiere a la interpretación de la norma jurídica general y su relación con la función judicial (1). Este examen ha demostrado fehacientemente que la función judicial tiene una dimensión eminentemente práctica, en la medida que está constituida por un acto decisorio, esto es, de naturaleza volitiva. Aquello que hay de teórico, es decir, de estrictamente racional, en la decisión judicial está en función de la dimensión práctica a la que se aludía anteriormente (2). Pero no se puede olvidar que el juez ha de referir siempre su fallo a una norma jurídica general, ya que ésta es la única manera de darle un carácter objetivo al mismo, mediante un punto de referencia lógico-normativo (3).

Una metodología jurídica elaborada a partir del quehacer judicial concreto (4) debe pasar inmediatamente a examinar el origen, naturaleza y variedades de los *tipos* de esas normas jurídicas generales a las que se hizo referencia, así como también debe realizar el examen de la influencia de cada uno de ellos sobre la elaboración de normas jurídicas con-

(*) Comunicación al Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (extraordinario): Madrid, 7 al 12 de septiembre de 1973.

(1) Ver A. E. SERRANO, «Algunas reflexiones en torno a la interpretación de la norma jurídica general» (en *Comunicaciones al VIII Congreso Interamericano de Filosofía*, CEFD, Maracaibo, 1972), 31-49.

(2) Cfr. L. RECASENS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho* (Porrúa, México, 1970), 195-274.

(3) «Sin norma genérica para subsumir en ella el caso, no hay fuerza de convicción jurídica; pero no basta la norma genérica para que la haya» (C. Cossío, cit. por A. E. SERRANO, «Una introducción a la teoría egológica del Derecho», *Luz*, Maracaibo, 1972, 148).

(4) Como acertadamente lo ha hecho C. Cossío, ver A. E. SERRANO, *ob. cit.*, esp. 158.

cretas por parte del juez (5). Cuando aborda la cuestión la teoría tradicional la resuelve en dos trazos, mediante la utilización de aquellas nociones de fuentes históricas, fuentes materiales y fuentes formales (6). Las primeras incluirían todo el pasado jurídico que —de una u otra manera— resulta relevante para las normas actuales; las segundas incluirían, por una parte, un vago sentido de la justicia y, por la otra, los hechos sociales, de los cuales —a pesar de todo— no se atreve a prescindir, y las terceras incluirían los procedimientos formales mediante los cuales se concretan leyes, reglamentos, etc.

Aparte de ser el planteamiento tradicional tremendamente simplista, aparte de ser también la clasificación que de las fuentes hace lógicamente defectuosa, por carecer de *principium divisionis*, resulta completamente inútil desde el punto de vista operativo (7), es decir, desde el punto de vista auténticamente jurisprudencial, en tanto éste implica un conocimiento eminentemente práctico (8). Se trata, pues, en las presentes líneas de formular una cuantas consideraciones —muy generales, por cierto— que integran el esquema general sobre el cual se intenta por nuestra parte replantear la cuestión. Cualquier ensayo en este sentido debe tener una dimensión prospectiva y, por ende, operacional, y no retrospectiva, como ha sido la del racionalismo tradicional, aparte de que —como se ha dicho— se debe tener siempre presente la figura del juez *elaborando normas individualizadas para resolver casos concretos* (9).

«Un orden jurídico nacional no sólo consiste de una vasta multiplicidad de normas, sino que al mismo tiempo está sometido a un continuo proceso de evolución. En cada caso, en consecuencia, el juez tiene que

(5) «Para saber qué sea Derecho no tenemos más que encontrar el juicio, porque es el *iudicium* el que engendra el *ius*.» Luego, «... Derecho es lo que aprueban los jueces.» (A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho* (Rialp, Madrid, 1963), 109-110.

(6) Ver p. e., M. VILLORO TORANZO, *Introducción al estudio del Derecho* (Porruá, México, 1966), 155-159.

(7) «El formalismo de la ley *stricto sensu* es sólo procedimental, de modo que el criterio según el cual pueden admitirse leyes materiales que no sean formales incurre en el error de manejar principios de división inconexos. Técnicamente, pues, ley es ley en sentido formal, sin que sea posible recurrir a criterios materiales específicos para su clasificación.» (J. M. DELGADO, «Programa de filosofía del Derecho actual», *Luz*, Maracaibo, 1969, 214-215.)

(8) Ver J. M. MARTÍNEZ, cit. por A. E. SERRANO, ob. cit., pág. 183.

(9) Teniendo en cuenta la mentalidad de los medios profesionales, nunca se insistirá bastante en este punto.

abrirse camino a través de las normas de conducta que necesita como fundamento para su decisión» (10).

Si es cierto lo anterior, se debe partir de una noción de *fuentes* lo suficientemente amplia como para poder dar con ella cuenta de todas esas normas que se acaban de señalar, las cuales —como antes se dijo— tienen origen y naturaleza muy diferentes, así como también se presentan con fisonomías que varían de una a otras. Así, pues, se entenderá en lo sucesivo por *fuentes del Derecho* «... el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación por parte del juez de las reglas en que éste basa su decisión» (11). Esta noción parece apta para dar cuenta tanto de los elementos estrictamente formales como también de aquellos de naturaleza estimativa (12); además, conviene observar que el grado de *elaboración* de esos elementos puede variar de un caso a otro (v. gr., ley y «principios generales del Derecho»).

Por vía de hipótesis, ha parecido conveniente ensayar un cuadro clasificatorio basado en el mayor o menor grado de objetivación: «... el grado en que... presentan al juez una regla formulada, lista para su aplicación, o, a la inversa, el grado en que le presentan sólo un material que recién será transformado en una regla después de una activa contribución de trabajo por parte del juez» (13). De acuerdo a lo dicho, se tendría la clasificación siguiente: 1) fuentes objetivadas: la ley y el negocio jurídico; 2) fuentes parcialmente objetivadas: la costumbre y el precedente, y 3) fuentes no objetivadas: la tradición de cultura. Consideración aparte (por el momento) requiere la llamada doctrina científica. Las variedades señaladas tienen *base unitaria* en un doble sentido: primero, todas ellas están enraizadas en una misma autoridad, esto es, en el Estado, y segundo, todas ellas están estructuradas e integradas dentro del mismo entramado estimativo. Como se verá posteriormente, el rol que en este sentido desempeña la tradición de cultura es de primordial importancia (14).

En los ordenamientos jurídicos *continentales* se considera a la legisla-

(10) A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*² (EUDEBA, Buenos Aires, 1970), página 73.

(11) *Ibid.*, pág. 75.

(12) «La fuerza de convicción... camina mediante dos piernas, el contenido axiológico y la estructura normativa... (Es preciso tener presente) «... la íntima unidad del problema que, desdoblado y escindido, se acostumbra a presentar como fuentes materiales y fuentes formales del Derecho». C. Cossío, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*² (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964), página 179.

(13) A. Ross, *ob. cit.*, pág. 76.

(14) Ver *infra*.

ción como la fuente más importante. En realidad, las normas establecidas en las distintas especies legislativas (ley en sentido propio, reglamentos, etcétera) desempeñan un papel decisivo en los fallos judiciales de estos ordenamientos: incluso se ha llegado a darle un carácter «absoluto». De hecho, los jueces suelen pasar por encima de lo establecido en estas normas legales cuando hay un enfrentamiento demasiado violento entre la conciencia jurídica *formal* y la conciencia jurídica *material* (15). Esta dejación, por supuesto, puede presentarse de una forma más o menos expresa, de acuerdo con el manejo más o menos hábil de la técnica argumentativa por parte del juez. El factor característico de las normas legales radica en haber sido *sancionadas*, esto es, en haber sido creadas mediante la decisión *expresa* de unos sujetos debidamente autorizados, de acuerdo a unas condiciones previamente establecidas. Dichas condiciones pueden ser de carácter material o formal. Las primeras definen el procedimiento para la sanción de la norma, en tanto que las segundas definen el objeto y contenido de la norma (16). En este sentido, pues, se podría decir que: «... una norma sancionada tiene fuerza legal si ha sido dictada por una autoridad que ha seguido el procedimiento regular y ha obrado dentro de su competencia material» (17). Con base a lo anteriormente señalado, diera la impresión de que la distinción tradicional entre *ley formal* y *ley material*, aparte de ser lógicamente defectuosa, no presenta ninguna utilidad desde el punto de vista operativo para la Teoría fundamental del Derecho. Otro tanto podría decirse con respecto a la distinción de ley en sentido propio, reglamentos, estatutos autónomos, etc.

Como consecuencia de sus fundamentos exegético-racionalistas, la doctrina tradicional no tematizó la tarea del contrato como fuente del ordenamiento jurídico. Hoy por hoy, esta necesidad se hace ineludible en razón de que, día a día, la importancia del mismo se va haciendo cada vez mayor (18). Desde el punto de vista de la teoría de las fuentes solamente interesa precisar que las normas contractuales se caracterizan en razón de haber sido elaboradas a partir de una *convención* entre sujetos privados. Casi todo lo que se pudiera agregar sobre el particular forma parte de una teoría de los contratos; no obstante, conviene dejar en claro que, incluso en estos casos, la vinculación del juez a la norma no tiene un carácter absoluto desde el punto de vista lógico-normativo: me-

(15) Cfr. A. E. SERRANO, *Algunas reflexiones...*, *ob. cit.*, págs. 46-48.

(16) A. ROSS, *ob. cit.*, págs. 77-78.

(17) *Ibid.*, pág. 78.

(18) Ver S. MACAULAY, «Relaciones no contractuales en los negocios» (en «Sociología del Derecho», *Tiempo Nuevo*. Caracas, 1971), pág. 202.

dian­te la utilización de la cláusula «rebus sic stantibus» —si las circunstancias del caso lo permiten— puede eludir lo establecido en las disposiciones contractuales respectivas (19).

Actualmente la consideración de la costumbre como fuente del derecho ofrece muy pocas posibilidades. En efecto, la creciente importancia que han ido cobrando tanto las normas legislativas como las basadas en los precedentes judiciales ha relegado a un segundo plano la influencia de las normas consuetudinarias sobre la elaboración de normas individualizadas por parte del juez. «Al tener que tomar los órganos de tutela jurídica como base para sus sentencias las normas establecidas legislativamente, el Derecho consuetudinario sólo ha podido conservar para lo sucesivo su virtualidad creadora de normas en el caso de que esos órganos reciban, expresa o tácitamente, el mandato de reconocer también en ciertas circunstancias la formación consuetudinaria del Derecho y tomarla en cuenta en sus decisiones» (20). En el caso del Derecho mercantil —como se sabe— se dan variantes significativas que, sin embargo, no invalidan lo dicho.

«El hecho de que en un caso anterior de carácter similar se haya elegido una cierta regla como fundamento de la decisión, constituye un fuerte motivo para que el juez funde la decisión presente en la misma regla. Aparte de que proceder así le ahorra tiempo, dificultades y responsabilidad, este motivo está estrechamente relacionado con la idea de justicia formal, que en todos los tiempos parece haber sido un elemento esencial de la administración de justicia: la exigencia de que los casos análogos reciban similar tratamiento o de que cada decisión concreta esté basada en una regla general» (21). En este orden de ideas conviene subrayar que «... lo único importante para la doctrina de las fuentes del Derecho es el papel motivador que el precedente efectivamente desempeña, y no la doctrina oficial que nos dice si el juez puede tomar en consideración los precedentes y, en caso de que pueda, nos informa si está o no 'obligado' por ellos» (22). Una idea semejante expresa Nawiasky cuando sostiene: «... lo que importa a fin de cuentas, en la mayoría de los casos, no es el modo científicamente irreprochable en que las normas han de ser manejadas, sino la forma en que realmente se usa de ellas» (23). Tradicionalmente se le atribuye al precedente una importancia primordial dentro del *common law system* en virtud de la doctrina del *stare decisis*, en

(19) Cfr. A. E. SERRANO, *Una introducción...*, ob. cit., págs. 169-174.

(20) H. NAWIASKY, *Teoría general del Derecho* (Rialp, Madrid, 1962), pág. 97.

(21) A. ROSS, ob. cit., pág. 82.

(22) *Ibid.*, pág. 83.

(23) H. NAWIASKY, *Teoría...*, ob. cit., pág. 103.

tanto que el rol atribuido al mismo en el ámbito del Derecho *continental* es completamente secundario, en la medida en que «legalmente» no se le atribuye (como principio general) carácter «vinculante». Con base a las ideas anteriores, la perspectiva resulta completamente distinta: en el caso del *common law* —como ha sido ampliamente demostrado—, la doctrina del *stare decisis* tiene una dimensión eminentemente ideológica y, hoy más que nunca, resulta invalidada (24). Por el contrario, en el caso del derecho *continental* la sujeción efectiva de los jueces a los fallos precedentes es realmente decisiva en la gran mayoría de los casos: basta para comprobarlo revisar rápidamente cualquier compilación jurisprudencial.

El ordenamiento jurídico de cada grupo está asentado sobre una determinada tradición de cultura, esto es, sobre un conjunto de valoraciones pre-normativas, traducidas directamente en actitudes vitales y manifestadas a través del arte, la religión, la política, etc. Estas valoraciones no tienen un carácter estático, ni mucho menos, antes por el contrario, presentan una dimensión eminentemente dinámica. «El factor de cambio en su desarrollo parecería ser cierta captación racional de tipo más o menos científico que lentamente va surgiendo de la experiencia. De ella proviene, por una parte, un cambio de técnica en todas las fases de la vida... y, por otra parte, una revisión crítica de los mitos fundamentales; y ambos actúan en forma refleja sobre la tradición de cultura» (25). El juez está inmerso dentro de una tradición cultural concreta, sus decisiones serán de acuerdo con el contexto cultural: en otras palabras, el juez sentencia con vista a la obtención de un resultado práctica inmediato, el cual, a su vez, está dirigido intencionalmente a los objetivos, más o menos inmediatos, del grupo respectivo. En este sentido, pues, la realidad estaría mucho más cercana a los antiguos planteamientos de la *jurisprudencia de intereses* que a los de la *jurisprudencia de conceptos*. (El punto de vista sustentado en estas líneas trata de reubicar convenientemente ambas perspectivas dentro de un contexto integrado.) Lo señalado interesa a los efectos de subrayar que la tradición de cultura («principios generales del Derecho») no solamente actúa como factor de integración, sino también —y más a menudo de lo que se piensa— como factor decisivo de interpretación: «... el juez puede dejarse orientar directamente por su 'sentido de justicia', o puede intentar racionalizar su reacción mediante un análisis de las consideraciones prácticas sobre la base de un cálculo jurídico-sociológico de los efectos presumibles de una regla general u otra. Pero también en el úl-

(24) Ver, p. e., E. BODENHEIMER, *Jurisprudence* (Harvard University Press, Cambridge, 1967), págs. 370-371.

(25) A. Ross, *ob. cit.*, pág. 96.

timio caso la decisión surgirá de una valoración fundada en los presupuestos de la tradición jurídica y cultural» (26).

Tradicionalmente se ha venido haciendo un estudio paralelo de la doctrina científica, frente a las otras fuentes del ordenamiento jurídico: de acuerdo al criterio sustentado en estas líneas, se puede incluir perfectamente dentro de un estudio general de las fuentes. ¿Habrá de ser ubicada dentro de lo que se ha denominado fuentes objetivadas o, más bien, constituye una parcela específica dentro de la tradición de cultura? En todo caso, «... se le ofrecen amplias posibilidades..., pues los jueces y funcionarios administrativos *bien preparados* (sic) seguirán atentamente la producción científica.» (27).

Hasta aquí las ideas fundamentales, las cuales querría me ayudaran a perfilar por medio de sus inteligentes observaciones, sugerencias y críticas.

A. E. SERRANO
Universidad del Zulia
Maracaibo (Venezuela)

(26) *Ibid.*, pág. 97.

(27) H. NAWIASKY, *ob. cit.*, pág. 106. El subrayado y el (sic.) son nuestros.

LA EXPRESION CONCEPTUAL DEL LENGUAJE JURIDICO

La motivación primordial de este trabajo puede ser resumida en la siguiente proposición, de carácter indagatorio: ¿El lenguaje jurídico contiene en sí mismo la posibilidad de desvelar la expresión conceptual del Derecho?

Nuestro intento será, pues, un esfuerzo para descubrir algunos de los problemas internos del pensamiento jurídico que se entrevén en el proceso de su normatividad.

Partiendo del presupuesto de que el Derecho y la Lógica se distinguen de las otras ciencias por el hecho de ser materias normativas, pensamos que se puede establecer un paralelo explicativo respecto a los modos del raciocinio jurídico, y partiendo de esta visión, establecer una discusión argumentativa.

Como bien dice Kalinowski, todo término no siempre es un término de tipo jurídico, pero, esto es evidente, todo término jurídico es necesariamente una expresión lingüística.

Del mismo modo, toda proposición lógica no es una regla jurídica, pero, contrariamente, toda regla jurídica es una proposición.

El aspecto más relevante es la disociación entre el lenguaje del Derecho y el fenómeno lingüístico jurídico. A pesar de que ambos son expresiones conceptuales, no siempre la comunicación se reduce a una norma analíticamente evidente, es decir, la validez o invalidez de las normas no es un correlato óntico de la enunciación verdad o falsedad, por cuanto una norma puede ser, o no, válida, y un enunciado no puede ser nunca al mismo tiempo verdadero y falso.

Una adecuada interpretación de Juan Ramón Capella nos muestra que no es ilógico imaginar un sistema de normas como posible empíricamente, toda vez suponiendo su posibilidad como resultante de hechos históricos, de la misma manera que existe la posibilidad de que los hombres lleguen a construirlo.

Según esta hipótesis, tendríamos un sistema extraño a los principios lógicos y, en consecuencia, incapaz de enfrentarse con un análisis formal.

La reflexión jurídica tiende a definir técnicas de raciocinio apropiadas y a limitar sus condiciones de aplicación.

De acuerdo con Perelman, el móvil de las elaboraciones sistemáticas es inmanente al conjunto formado por el pensamiento y su contexto, y no tan sólo por el pensamiento aislado.

En esta perspectiva global se comprende el carácter de la posible discusión entre aquellos que hallan posible la referencia al mundo real mediante una descripción formalmente satisfactoria sin, por ello, despreciar la posibilidad del pensamiento puro para imponer al mundo sus exigencias de racionalidad, y aquellos otros que no hacen distinción entre el plano ontológico de la conducta y el plano lógico en el que se desenvuelven los juicios.

Diríamos, por lo tanto, que el correlato teórico estaría en la distinción de Carnap, entre semántica pura y semántica descriptiva, considerando la primera como investigación empírica de las características semánticas de las lenguas históricamente dadas, y la segunda, como el análisis de los sistemas de reglas semánticas.

A semejante nivel, el problema nos llevaría a la concepción de que el Derecho moderno no puede escapar a las exigencias analíticas de la lógica, sin perder de vista que el mayor empeño de la epistemología jurídica se concentra en la rigurosa determinación del objeto de la jurisprudencia oscilando entre los extremos del Derecho como mero hecho o como mera norma o bien investigación de la efectividad de las relaciones jurídicas o como análisis del lenguaje.

Según Miguel Reale, es menester colocar la cuestión más allá de la pura objetividad lógica en el sentido de que solamente una interpretación histórico-cultural incompatible con la explicación histórico-filológica sería capaz de comprender los modelos jurídicos en la plenitud de su significación objetiva como experiencia concreta.

La fenomenología, por su parte, posee una perspectiva lingüística que dirige la cuestión en el sentido de demostrar la existencia de una relación de tipo proyectivo entre el sujeto y la situación concretamente vivida, es decir, fenomenológicamente el lenguaje es un acto significativo que ultrapasa el simple material lingüístico.

Inicialmente, apuntamos un paralelismo estructural entre Lógica y Derecho; con la intención de fundamentar la posibilidad de demostrar que la materia lingüística de la ciencia jurídica no es siempre expresión conceptual del lenguaje jurídico.

En otras palabras, admitidas las funciones del lenguaje en términos de significación y comprensión, se comprueba que existe una dicotomía in-

evitable en el proceso interpretativo, por cuanto que la primera función impone una actitud descriptiva de la realidad, que tiene como efecto impedir distorsiones entre el signo y el significado, esto es, constituye una tentativa de reproducir con la máxima fidelidad las estructuras objetivas de lo real.

La segunda función, o sea la de carácter comprensivo, incluye la esfera histórico-cultural analizada por Miguel Reale, y que desborda el plano histórico-filológico, por cuanto ésta se resolvería en términos semánticos, en tanto que la primera refleja una relación necesaria entre intencionalidad y situación.

El problema conceptual del lenguaje jurídico se impone cada vez más a los intereses del jurista, que en lo sucesivo no podrá escapar a los inevitables efectos del desarrollo de la cibernética jurídica, responsable del preponderante papel de la lógica jurídica de cuyos métodos saldrán las reglas del raciocinio jurídico.

Las relaciones jurídicas hacen que lleguen a confrontarse un gran número de parámetros y, como diría, Aurel David, «no se puede tocar un solo cabello de un hombre viviendo en sociedad sin remover todo su microcosmos, así como el macrocosmos social, hasta sus más remotas provincias. La lógica que se podría aplicar a esos inmensos conjuntos y que se designó con el nombre de lógica dialéctica parece hallar en estas circunstancias problemas refiriendo un número infinito de relaciones a un número de términos infinitos».

El aspecto más importante y también el más complejo de la apreciación conceptual de la terminología jurídica está precisamente vinculado al hecho de que la expresión conceptual de la norma es un proceso interpretativo y, por ello, la acción de encontrar las consecuencias más o menos evidentes, lo que no siempre coincide con el raciocinio de la interpretación puramente lógica.

En un interesante análisis, Ziembinski recuerda que los teóricos del Derecho, en Polonia, distinguen las reglas puramente lingüísticas de las reglas teleológicas o funcionales, mostrando que estas últimas están basadas en ciertos presupuestos relativos a las atribuciones del legislador, persona frecuentemente ficticia, cuya voluntad establece una semejanza con la del propio intérprete.

Y acentúa que las reglas funcionales y las reglas lingüísticas entran, en ocasiones en colisión, obligando a la utilización de meta-reglas de interpretación.

Lo esencial es que, en conclusión, se verifica que las reglas de interpretación puramente lingüísticas pueden tener una significación desde el

punto de vista del principio de legalidad, pero, sin embargo, no son suficientes para constatar de una manera unívoca el sentido normativo del texto legal.

Por consiguiente, la pretensión de definir «lo jurídico» por el contenido material de las normas lleva a una delimitación apriorística de la competencia de las autoridades normatrices.

Dejamos aparte la cuestión de saber si la relación entre forma y materia debe ser considerada, ya que admitimos que, en el sentido kelseniano, la forma es entendida como función categorial constitutiva.

En realidad, la aplicabilidad del Derecho concebida como comparación entre el contenido conceptual de la norma implícitamente del lenguaje jurídico y su contenido material real, presupone un proceso estático, en la base de elementos presupuestos, que se hallan en oposición al proceso dinámico, creador de contenido por su propio acto de decisión.

La distinción fue acertadamente señalada por Miguel Reale al relacionar la ciencia del Derecho y la teoría de la comunicación, mostrando que las funciones desempeñadas por el lenguaje jurídico se pueden dividir en pragmáticas, aquellas que refieren a las relaciones entre las expresiones y los hombres que las utilizan; semánticas, que son las que se atienen a los significados y a las alteraciones de los significados de las expresiones, o sea al estudio de su proceso significativo, y por último, sintácticas, referentes a las relaciones o a la composición de los signos entre sí, haciendo abstracción de sus significados.

Insiste Miguel Reale, aún, interpretando a Kalinowski, que entre las funciones pragmáticas, las más importantes son las de expresión y las de comunicación, esta última desempeñada por el lenguaje de la ciencia del Derecho, en cuanto a la primera cabría un más relevante papel en el lenguaje del jurista, pero admitiendo que la expresión no es sino un elemento de la comunicación.

Fundamentándonos en esa distinción, llegamos a la conclusión de que entre la imposición volitiva del Derecho de donde emana el posible conocimiento científico y la proposición lógico-jurídica existe una co-implicación susceptible de apoyar la elaboración de un sistema lógico-proposicional sin la exclusión de la intencionalidad axiológico-normativa.

La interpretación jurídica no puede ser concebida como fin en sí misma, sino como un momento metodológicamente subordinado al servicio de la aplicación de Derecho, esto es, a interpretación jurídica, al concurrir en la decisión normativa, actúa metodológicamente para la aplicación concreta y en ésta se consuma.

Pensamos haber resaltado en ese trabajo que la expresión conceptual

del lenguaje jurídico no obedece a los mismos cánones interpretativos que rigen para el lenguaje no formal, hecho este que supone un serio obstáculo de cara a los propósitos exegéticos de acuerdo a las tradicionales modalidades de interpretación y sugieren de paso la imposibilidad de la axiomatización del lenguaje legal.

Esta circunstancia explica la tendencia tecnificadora del Derecho, así como la utilización de expresiones cada vez más abstractas del lenguaje legal, el cual solamente puede tener por objeto propio las acciones humanas, a las que no pueden sustituir en función de elementos teóricos, pues, contrariamente, subsisten en función de un elemento ideológico, ya que, al recurrir a un proceso de tipo abstracto, se corre el riesgo de restablecer el antiguo formalismo jurídico.

De ahí que tenga toda la razón Miguel Reale cuando afirma, al tratar de los modelos jurídicos, que la primera distinción que hay que hacer se refiere a la intencionalidad objetivada en el acto de la formulación del modelo jurídico, haciendo notar que todo modelo jurídico depende de una toma de posición ante los hechos empíricos examinados, lo que trae siempre consigo un proceso abstractivo y selectivo destinado a la captación del sentido normativo que se extrae de los hechos.

De esta manera los modelos teóricos o dogmáticos no son, fundamentalmente, sino estructuras teóricas a las que cabe, de manera primordial, la función interpretativa de los modelos prescriptivos, así como a los de los procesos de su aplicación eficiente y justa, sin considerar, no obstante, el prescriptivo como expresión de mandatos vinculados a la acción.

Los modelos prescriptivos enunciados por Miguel Reale pueden asumir diversos significados, como, por ejemplo, el impositivo que vincula al destinatario a un esquema único de conducta; el interpretativo que determina el significado obligatoriamente atribuido a un dispositivo legal; el programático, que abre un campo de posibilidades de acción de acuerdo a un plano trazado de manera genérica; el dispositivo, que prevé una solución típica aplicable en la hipótesis de no haber sido prevista otra por los interesados, o ser inviable la norma por ellos elegida.

De acuerdo con lo expuesto, se puede diferir que la expresión conceptual del lenguaje jurídico tiene su fundamento en la siguiente proposición: que el lenguaje normativo jurídico implica, necesariamente, una intencionalidad empírico-real, una referencia a la realidad social-histórica en que se desenvuelve y, asimismo, la necesaria integración en la intencionalidad lógico-normativa de consistencia valorativa.

En conclusión, la deducción conceptual, ya sea por referencia lógico-

normativa, ya sea por adecuación material al caso concreto, desemboca en el resultado de que la problemática de la concreta aplicabilidad del Derecho, de su realización normativa, pone en claro la imposibilidad de persistir en la concepción de que el Derecho se presupone por entero, o que resulte de un hecho al que bastaría interpretar para posteriormente aplicarle, lo que resalta la ambigüedad del término interpretación, teniendo en cuenta las contradicciones existentes entre el concepto del lenguaje que posee el Derecho y el concepto del lenguaje que emplea el jurista.

IRINEU STRENGER

*(Da Universidade de São Paulo
e do Instituto Brasileiro
de Filosofia)*

SOVEREIGN AUTHORITY AND THE FUNCTION OF LAW IN A DEMOCRATIC SOCIETY

The assertion that the law must be obeyed is often identified with the assertion that in every state there must be a sovereign authority, or is at least made a corollary of the theory of sovereignty. However, a little reflection shows that this view is narrowly juristic and incompatible with the classical conception. Hobbes himself allowed for resistance to the law which did not constitute a denial of the principle of sovereignty.

The argument that the concept of authority requires us to obey the law —authority being first defined as that which must be obeyed— and that such authority is necessary to social order —authority now being defined as that which needs to be obeyed— attempts to reduce the question of authority to a simple confrontation between order and anarchy. The rational man is presumably expected to prefer order and by his choice give the authority he recognizes power to coerce his irrational fellowman. Such a simplification of the concept of authority ignores the real problem, which is that a rational man who begins with the premise that order is preferable to anarchy can nonetheless legitimately resist some decrees of an authority he otherwise recognizes; in effect, he denies that an authority is that which always is, or must be, obeyed. Hobbes had the rational man do this when his own life was threatwed, a view which seems to me to mistake the very logic of sovereignty. The problem of authority and sovereign power is not that of deciding when a particular kind of self-interest should overrule the general self-interest that establishes sovereignty. A single exception based on self-interest provides an argument that destroys sovereignty as a normative system. The moment we talk about norms, as we necessarily do when we talk about sovereign authority, we must observe the basic normative law that we cannot make an exception of the self. To do so is to deny that we are talking about norms we recognize. If the question of authority is seen as representing in any way, at any time, an opposition between self and sovereign,

the sovereign is effectively denied the king of authority essential to his existence. If obedience had to be coerced, as it would be where a conflict of interest between self and sovereign was possible, the sovereign would lack the power to coerce which comes from the fact that he is obeyed.

The view that the law must always be obeyed would produce such a situation. In effect it is a denial of the classical concept of sovereignty: that is, it substitutes sovereignty of the law for sovereignty and in so doing undermines the argument for sovereignty as applied to the law. Kelsen's argument for this legal sovereignty is that there must be a norm of norms, so that conflicts about norms can be settled. Obviously, if this norm of norms is that the law must be obeyed, it cannot serve its function of settling conflicts within the system. By professing to see the problem of authority as the problem of anarchy versus order, then, we create anarchy by destroying the ordering principle. «The law must be obeyed» says nothing about conflicts over the nature of laws themselves.

A similar situation arises when we attempt to view the problem of political authority as one of obeying or not obeying the law: when, in effect, we pretend that acceptance of the concept of an ultimate decision-maker is the same as accepting the proposition that the law must always be obeyed since the law represents the command of the decision-maker. The alternatives here, too, are represented as anarchy and authority. But this is not the problem as most of us see it. The problem is what to do when a conflict arises between what the state says must be done and what our conscience says should be done; this will occur frequently in a political order such as democracy, which recognizes the validity of the individual's norms as well as those of the state. We cannot say that the law must always be obeyed without denying the premise about the validity of private conscience. We simply ignore the problem by so doing and give an interpretation to sovereignty that for most members of a democracy would effectively destroy their sense of obligation. A state in which the sovereign's decision always invalidated the claims of conscience would not be democratic and hence for the democrat would have no claim at all upon him: the sovereign power would invalidate its claim to sovereignty and would thus promote anarchy. Those who argue for the authority of the law overlook the fact that acceptance of the decision of an ultimate decision-maker is not the same as saying that the law of the state must always override the claims of conscience. The sovereign is not the law and must not be identified with it. He is 'above' the law in the classical conception; which is another way of saying that the sovereign—as well as subordinate authorities in the system—does not and must

not take sides in conflicts between the norms of the individual and those prescribed by the state. If he did, no one with respect for the individual would submit to the jurisdiction of the state. The phenomenon of those who are opposed to certain laws submitting the question of their resistance to the courts would not occur and every question of conscience would become an issue of anarchy versus order. Because too many in authority view the question of authority in this way, there has been a drift toward an anarchistic outlook among members of the public; the latter have been forced to view the question this way and have naturally preferred their own norms to those of others. Thus, a fear of anarchy can create the very conditions it fears. Not until we can trust the sovereign authority to be absolutely impartial in regard to disputes between normative orders can we overcome the problem of civil disorder we ourselves create by misunderstanding the nature of sovereignty.

In whose interest should the law function in a democratic society—in the interest of society or the individual? The issue is that of the relationship between ethics and law, in particular of ethical-humanitarian principles posed by democracy and the emerging duality of jurisdictions within the legal system (legal «sub-systems»). Ultimately, the problem is that of sovereignty.

Today we are generally aware of the discrepancy between the law and ethics. This has not always been so. Earlier societies were less troubled on this account. Law tended to be «customary» and so did ethics. The very fact that Justice could be popularly visualized as a blindfolded figure symbolizing an ideal indifference to individual status—resulting in equality before the law—suggests that the «ethical» question about law has traditionally concerned the rights of the community vis-a-vis the privilege of some individuals rather than the rights of the individual vis-a-vis the law. Abstract justice was expected to be above considerations of privilege, to be strictly egalitarian, even in a non-egalitarian society. Democracy changed the concept of justice by requiring that the scales of justice weigh not just evidence of guilt against innocence but the rights of the individual against those of the community. This despite the fact that it is not possible for the law to allow the needs of the individual to be given equal weight to those of the community: the law is there to deny just such a proposition.

Consider, for example, the firebug or pyromaniac. Though some arson is the result of a calculated attempt to defraud insurance companies a good deal represents the well-known psychological response to frustration. A judge may be quite aware of this. Yet, even if he chose to adopt

the role of a psychiatrist and refused to condemn anyone for what lay beyond the rational control of the accused, he could not possibly dismiss a case on the grounds that a fine or jail term would serve no useful purpose. No matter what the causes of the crime, or how far beyond the control of the individual they are, arson —like murder and other crimes defined by law— cannot be tolerated. The act itself must be condemned and so consequently must the individual. No matter how understandable his behaviour may be from the psychological point of view, it must receive legal condemnation or law ceases to function in the interest of the community. It is precisely this point that distinguishes law from ethics: the law by virtue of being law must decide beforehand whose interests are to be served, what they are and what responsibility means. Ethics does not have a ready-made answer to these questions.

Modern democracy, however, has revealed a remarkable adaptability in coping with the difficulties posed by its normative assumptions. We have retained the traditional legal system with its bias in favour of the community but supplemented it with another legal jurisdiction (a «sub-system») biased in favour of the individual. This has been done by setting up parole and rehabilitation procedures to deal with the problems of those found guilty under the old system. These new procedures however undermine the very rationale of the latter.

The links between the traditional legal system and ethics have been rather close considering the assumptions that the law must make regarding what is «right», what is «good» and what is «responsibility». Although it necessarily has to assume that it know the good (=the law) and that «responsibility» must mean «guilty as charged», it has on the whole taken into account the ethical concept of diminished responsibility and recognized the ethical problem implicit in the concept of a hierarchy of value. (Thus, because of their nature, certain acts require more severe condemnation and the sanction prescribed must reflect this). However, due to its egalitarian —or community-versus-the-individual— bias, the legal order by itself has not been able to fulfil the requirements of democratic ideology. We have had to retain the old system of deciding guilt and innocence by «due process of law», but we have also had to develop a «rehabilitative» system with its primary concern for the individual regardless of the intent of the law that found him guilty. Despite their frequent disclaimers, social workers are not primarily concerned with protecting society —presumably the courts have already made a decision on that issue by the verdict «guilty»— but with discovering the motives of the individual and returning him to society as soon as possible. Their bias

is that of relativistic ethics. Their training makes them deny that the rights of the community must override those of the individual. Their training in the social sciences requires them to see the individual as a non-responsible agent, outside the bounds of legal responsibility. Their duty is to see that despite the court's verdict, the individual returns as soon as possible to the community without a social stigma of guilt, or even an inner sense of being guilty.

Public protests from some jurists indicate that they are quite aware of the incompatibility of their own view of the law and that of social workers; yet the larger consequences of the new legal «sub-systems» developed by democracies await analysis. Ultimately, as has been said, the problem is that of sovereignty. What is happening is that sovereignty is being shifted from the central (or federal, as the case may be) power to local communities: no matter what the former prescribes, it is possible for the latter to nullify the effects of legislative or judicial decisions by nullifying the sanctions. Unless we accept the sovereign authority as an impartial arbiter in the emerging conflict between jurisdictions entrusted with legal decisions, we cannot solve the problems created by legal «sub-systems».

W. J. STANKIEWICZ

University of British Columbia

FUNCTIONS OF LAW AND LEGAL CERTAINTY

1. The assumption of theorizing about functions of law is to conceive law as a fact of a reality which acts upon other phenomena. But since this reality comprises social and psychological events and linguistic phenomena affecting human conduct, practically each legal theory can analyse some aspects of the functions of law (1).

There are many typologies and classifications of the functions of law. The functions of law contain all the effects of law in any sphere of reality. The aims of theoretical analysis, however, require often more specified conceptual tools and, hence, we have to single out various types of functions. For my analysis it is sufficient to use two classifications of these functions.

1.1. I divide the functions of law according to subjects affected by them. The first group of subjects are the «private» individuals performing their non-institutional social roles in their own name. The second group is that of the organs of institutions acting according to determined rules of competence and of procedure as representatives of organized collectives. There is no need here to draw a sharp line between these two types of functions and to enter into the controversy concerning theories of institution.

1.2. The second division of functions concerns the ways in which law influences upon behaviour. I single out the direct and indirect functions.

Law functions directly when the information concerning it reaches the subject through various channels and influences upon his decision-making. In a standard case an information about legal provision modifies the range of decisional alternatives taken into account by a decision-

(1) This is the wide concept of «Law as fact». Cf. K. OPALEK, J. WRÓBLEWSKI, *Axiology: Dilemma between Legal Positivism and Natural Law*, Oester. Zft. f. oeff. R. 18, 1968, págs. 354.

maker. This modification consists in the change of the range of alternatives or of the values ascribed to them (2).

Law functions indirectly through decisions of the state organs applying law. The standard case is an influence of an judicial or administrative decision upon an subject. Indirect functions cover a large area from the solving of conflict situations to the decisional declarative determination of certain legal situations or administrative acts (3).

2. Legal certainty is also understood in many manners. From the objective point of view legal certainty is treated as predictability in the law-making or law-applying activities, from the subjective one it is viewed as the subjects' feeling concerning the stability of law and legal security

2.1. The problems of legal certainty from the subjective point of view are treated here only in respect to the «private» individual /comp. point 1.1/ who fulfills certain conditions.

The functions of law are, then, related with various kinds of evaluations, the appraisal of legal certainty included. The evaluation of legal certainty is determined by the attitude of the individual to the reality he lives in, and especially to the socio-political system and the law in force. The existence of many conflicts within a society, group conflicts and individual conflicts as well, and the variety of cognitive and evaluative attitudes of individuals is expressed in the multiplicity of evaluations of law, and, hence, of the functions of law. Especially the individual's approach to legal certainty depends on his attitude, which can be an attitude of e. g. conformism, ritualism, innovation, retreatism or rebellion (4). The analysis of all of them is evidently beyond the scope of my paper.

Hence I limit myself to the analysis of the functions of law and of legal certainty from the point of view of individual who has a conformist attitude. Such attitude is defined by following postulates: /a/ individual accepts the basic values expressed in the socio-political system and in the law in force, or at least tolerates them; /b/ the individual's activity does not demand for its success any radical change in the law in force; /c/ individual from time to time is in conflict with others,

(2) Eg. F. STUDNICKI, *Przeptyw wiadomosci o normach prawa*, Kraków, 1965; M. BORUCKA-ARCTOWA, *O społecznym działaniu prawa*, Warszawa, 1968, chop. IV, V; K. OPALEK, J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa, 1969, chap. V, point 4.2.

(3) Cf. M. BORUCKA-ARCTOWA, op. cit., chap. VI; K. OPALEK, J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia*, op. cit., chap. V, point 3.

(4) Eg. R. K. MERTON, *Social Theory and Social Structure*, Glencoe, 1957, chap. IV, V.

and such conflict demands a solution by the decision of a state organ applying the law.

2.2. Besides I make two assumptions concerning the system of law and the operation of law, which form a part of the context the individual lives in. /a/ I assume that the law in force belongs to the statutory law systems, in which the basic legal «sources» are the texts of statutes, and that state organs decide on the basis of statutes. This simplifies the issue, but *ceteris imparibus* one can apply my analysis with due modification to the systems of common law and to these systems which are between the two traditionally opposed types. /b/ I assume, further, that the activity of the state fulfills a minimum of the rule of law in the area of law-making and law-applying functions. This minimum is understood as required by the conformist attitude described above /point 2.1/.

3. In the strength of these assumptions /points 1,2/ legal certainty has to be analyzed in relation to the direct and indirect functions of law.

Legal certainty in respect to the direct function of law is viewed as the stability of law. Legal stability is referred to the law-making activity and is expressed in a statement or in an evaluation, that the law is stable. This kind of legal certainty is taken either in an objective or in a subjective manner. depending on the kind of probability of legal change is used.

Legal certainty in respect to the indirect function of law concerns the characteristics of the law-applying or of legal decision as its result. This kind of certainty, roughly speaking, consists in the predictability of legal decisions and the feeling of security of the individual affected by the decision.

4. Legal certainty viewed as the stability of law is evidently relative, because does change in history. This changeability of law, however, does not eliminate the problem of its stability either taken objectively as the predictability of change (5), or subjectively from the point of view of individual's evaluations.

4.1. I treat the stability of law, objectively taken, as a function of

(5) Certainty identified with predictability is treated as the special value of the positive law. Eg. O. A. GERMANN, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, Bern, 1965, págs. 29 sq., 333; O. BRASSLOF, *Rechtssicherheit*, Wien-Leipzig, 1968, páginas 21 sq., 26 sk., 59; O. BRUSIIN, *La objetividad en la jurisdicción*, Córdoba, 1966; pág. 75; P. HEXNER, *Studies in Legal Terminology*, Chapel Hill, 1941, páginas 135, 140; M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970, chap. I, points 7-8.

the four variables: the social context in which the law operates /S/; the interfering systems of values in the social context /A₁/ and the result of this interference as axiological content of the law in force /A₂/; factual law-making process, having as its component the institutional procedures of the creation of law /P/.

The predictability of the stability of law /PL/ as the function of these variables can be theoretically determined provided sufficient informations concerning the values of these variables are given.

The formula of the predictability of the stability of law is:

$$PL = f /S, A_1, A_2, P/ \quad /1/$$

The theoretical determination of the /PL/ is not, however, a substitute for a measure at legal stability. This measure, when referred to the subjective standpoint /point 4.2/, should be based on some criteria of preference requiring ultimately an external evaluation of law. And this compels to enter into axiological controversies. It seems that the most intuitive and objectivized criterion is that of a rationality of legal change. This rationality can be defined as follows: legal change is rational from the point of view of the values expressed in /A₂/ and the knowledge of the persons deciding in /P/ if the alteration in the social context /S/ instrumentally requires the legal change in question. This is a criterion of an internal rationality of law, which can be conflicting with the individual's evaluations of legal stability /point 4.2/.

4.2. Legal stability from the individual's subjective point of view /comp. point 2.1/ is treated by me as the limited function of the three variables: /a/ the area of legal regulation that is to say, whether it is larger or narrower in comparison with the existing one /R/; /b/ the content of legal regulation, that is to say the way in which the legal modalities /viz. duty, permission/ of behaviour or legal consequences of facts are changing /C/; /c/ The frequency of changes of R and C within a conventionally fixed period of time /Fq/, which determines the limits of the subjective stability of law. The minimum of changes means a frequency, which is demanded by the individual without hindering legal stability, and maximum means the limit which transgressed makes the law unstable.

The subjective stability of law /SL/, thus, is presented in the formula:

$$SL = f \begin{matrix} \text{max} \\ /R, C, FW/ \\ \text{min} \end{matrix} \quad /2/$$

The feeling of legal stability is conditioned by cognitive and evaluative factors. The individual feels this stability if he has sufficient information about the changes of /S/ requiring the law-making according to the /A₂/ and when he is informed about the instrumental knowledge on which the decisions in /P/ are based /comp. /1//. The individual has the feeling in question if his own evaluations /A₁/ are at least not «contradictory» to those of /A₂/ . This relation is assumed *ex hypothesi* by the conformist attitude of the individual /comp. point 2.1/, but there are the possibilities of conflicts depending on the relations of /A₁/ and /A₂/ . These conflicts eliminated by the assumption of the automatic individual's acceptance of all law as enacted positive law would mean the ritualist attitude, which was not assumed here. The conflict can concern the evaluation of the necessity of changes and the choice of legal instruments as well.

5. The certainty in the application of law (6) belongs to the indirect functions of law. This certainty is viewed either objectively as a predictability of decisions, or subjectively as the feeling of legal security.

5.1. The certainty of decisions as predictability depends on the characteristics of the law-applying process. Referring to the standard example of judicial decision-making (7) I single out two components of this certainty: certainty of decision-making and certainty of the content of decision.

The certainty of the decision-making /DM/ is the function of three variables: /a/ the certainty that there will be an action tending to initiate the decision-making process /I/ /the initiators are either the «private» individuals acting according to their interests or state organs acting *ex lege*/; /b/ certainty concerning the selection of the initiatives by the state organ, who is competent to admit or to reject them /SI/; /c/ the certainty that the decision will be made according to the general duty to decide duly presented cases /D/.

The formula for the certainty of decision-making /DM/ is the following one:

$$DM = f/I, SI, D/ \quad /3/$$

(6) Cf. J. WRÓBLEWSKI, *Wartosci a decyzja sadowa*, Ossolineum. 1973, chap. IV

(7) Cf. J. WRÓBLEWSKI, «Il modello teorico dell'applicazione della legge», *Riv. intern di filosofia del diritto* I, 1967; Idem, «Sadowe stosowanie prawa», Warszawa, 1972, chap. III, point 2; chap. VII-IX.

The certainty of the content of decision /DC/ is the function of three variables too: /a/ the certainty of the choice of legal norms and of the determination of their meaning in the degree sufficiently precise for the decision-making /N/; /this contains the choice of the norms of procedure and of substantive law, the choice of directives of operative interpretation, if any, and the qualification of facts of the case/, /b/ the certainty concerning the decisions of evidence /F/ determined by the accepted rules of evidence and the judgements of relevancy of proofs; /c/ the certainty of the choice of the consequences of proven facts /Cq/, chosen by the law-applying organ within the lee-ways, if any, provided by the applied norms of substantive law and the binding directives of the choice of consequences.

The formula of /DC/ is, hence, the following:

$$DC = f/N, F, Cq/ \quad /4/$$

The formula of the certainty of the application of law as a whole treated objectively as predictability of decisions /PD/ contains both the certainty of decision-making /DM/ and the certainty of the content of decision /DC/:

$$PD = DM + DC \quad /5/$$

Hence, using /3/ and /4/, we obtain:

$$PD = f/I, SI, D/ + f/N, F, Cq/ \quad /6/$$

The functions used in the formulas concern the certainty of the determination of the variables referred to. This certainty should *ex hypothesi* have an objective measure of probability. I cannot enter here in the obvious and well known difficulties of making the adequate measurements.

The conditions of the predictability in question are, of course, very complex. Generally one can assume that if the law-applying organs fulfill the minimum of the rule of law /comp. poin 2.2/ then the existence of law favours this predictability. Especially relevant is the form and content of legal regulation, the correctness of legal reasoning of the law-applying organs, the level of their legal and extra-legal knowledge, and the uniformity of their evaluative attitudes expressed in the evaluations taking place in various operations of the law-applying process.

5.2. The objective predictability of decisions influences upon the subjective certainty conditioning the feeling of legal security (8). This

(8) Legal security and legal certainty are often identified (comp. note 5) and sometimes the treatment of the former without using the term «certainty» clearly

feeling is based on the more or less justified assumption that the decisions with certain content shall be made. This feeling can be treated as the function of three variables, which influence the individual according to his cognitive and evaluative attitude.

These variables are: /a/ the information concerning the objective predictability of decisions /PD/ /comp. poin 5.1./, and the strengthening of this feeling could be a result either of the true information /when the /PD/ is high/ or false one /when /PD/ is low/; /b/ the conviction concerning the concordance of the individual's evaluations and those of the law-making and law-applying authorities /V/; /c/ the feeling of the general social security /SS/, containing the belief in legal stability and the stability of legal decisions.

The formula of the subjective certainty of decisions /SCD/ is the following:

$$SCD = f/PD, V, SS/ \quad /7/$$

The conditions of the feeling of legal security are rather complex. Assuming the determined attitude of the individual the factors favouring this feeling are: the objective predictability of decisions and the information concerning it; the axiological conformity referred to above and the stability of the social system as a whole. If these factors are absent then the «false» feeling of security can be a result of an lack of information and the unjustified individual's evaluations.

6. The certainty of law and the feeling of it by subjects are highly relevant for functioning of the law.

Legal stability /comp. point 4.1/ is one of the praxeological conditions of the effectivity of law as a means of social control (9). If this control is thought of as motivating human behaviour by regulatives means, then we can contrast two types of control: control through individual decisions and control through general rules. In statutory law systems /comp. point 2.2/ law functions directly as the second type of control. The condition of its working so is the relative stability, because the too frequent changes of law in extreme cases functionally would mean a

indicates that it deals with the same problem. E. g. C. Cossío, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad*, Buenos Aires, 1964, 2.^a ed., págs. 565 sq., 594 sq.; LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, 2.^a ed., págs. 583 sq., 590.

(9) Cf. in general K. OPALEK, J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia*, op. cit., chap. V, points 1-3.

shift to decisionism being the contrary type of control. The control by general rules is necessary in sufficiently complex societies and legal stability, hence, is praxeologically demanded.

Legal stability is a condition of securing the existence of the society organised in a state, because it serves the homeostasis of this whole system (10). From this point of view, however, one sees clearly the necessity of some changes in law, which are necessary for the proper functioning of the system in the changing situations of its existence. Hence the problem of the limits of legal stability.

The objective certainty of legal decisions /comp. point 5.1/ is also a condition of the effectivity of law when performing an indirect legal function. If law has to serve certain social aims and when this requires an application of law then a condition of the functionality of legal decisions is their performance within the limits determined by law. In this sense praxeologically legal decisions should be certain and predictable in the degree determined by the properties of the law in force.

The stability of law and the predictability of decisions influence the shaping of the attitudes towards law, the legal culture and the uniformity of social behaviour, and are a vital component of the global social certainty (11), which is appraised by individuals fulfilling certain conditions /comp. point 2.1/.

In this sense legal certainty has a praxeologically positive value from the point of view of the functioning of a stabilized social system in which law functions as a means of social control based on the sufficiently largely accepted systems of values.

7. Legal certainty is analyzed also from an ideological point of view.

The adherents of legal certainty are treated as the supporters of the *status quo*, which can be changed only by gradual, evolutionary and cautious steps. In this sense the value of legal certainty expresses the attitude of an acceptance of law as an element of the socio-political system (12).

Ideological acceptance of legal certainty is linked at least with the acknowledgement of the values expressed in law and in the application of

(10) The concept of the homeostatic end of law is introduced in J. WRÓBLEWSKI, «An Outline of the Principal Problems of the Relations between Law and Cybernetics», *Bulletin II*, 1970, Centro di Giuscibernetica dell'Università di Torino, páginas 8 sq.

(11) Comp. the concept of «la certezza societaria», M. CORSALE, *op. cit.*, chap V, points 8-10.

(12) Cf. M. CORSALE, *op. cit.*, chap. IV.

law performed on the basis of the rule of law. This acceptance can be connected also with the idea of the formal justice which requires the equal treatment of all individuals belonging to the same essential category (13). Such formal justice is ideologically closely related with equality and with the certainty in application of law.

One should add, however, that the ideological problems of the certainty of law appear also on a lower level of abstraction in the ideology of the application of law. Here it is not the question of the maintaining the *status quo*, but the problem of the values of the application of law, viz. whether among them there is the certainty of law, and if it is included, then what place it takes in the hierarchy of values.

If we single out three basic types of the ideology of the /judicial/ application of law, then the problem of legal certainty can be roughly formulated in the following way (14). The ideology of the bound judicial decision, continuing the traditions of the XIXth century positivist thinking and its false presentation of the judicial decision-making, puts the certainty of legal decision among the top values — the decision should be as certain as the law it is based on. The ideology of the free judicial decision, expressed in various forms of the free law movements, does not treat legal certainty as a value at all, or at least it puts it as a third-grade requirement only.

The ideology of the legal and rational legal decision, as a compromise between the two preceding ones, accepts legal certainty as one of the important values of judicial decision, but is aware of the limits, within which it could and should be realized depending on the properties of the law and the role played by evaluations in reasoning of the law-applying organs.

DR. JERZY WRÓBLEWSKI

(13) Cf. C. PERELMAN, *Justice et Raison*, Bruxelles, 1963, chap. I, point 2.

(14) Cf. J. WRÓBLEWSKI, «Sadowe stosowanie prawa», op. cit., chap. XII. Idem, *Idéologie de l'application judiciaire du droit*. Oester. Zft. f. oeff. R., 25, 1974.

III

Las funciones del Derecho en las sociedades.

Les fonctions du Droit dans les sociétés.

The functions of law in the societies.

Die funktionen des Rechts in den Gesellschaften.

EL DERECHO COMO FACTOR DE CONSERVACION Y DE CAMBIO SOCIAL

El Derecho es una regla de vida social, una ordenación positiva y justa, establecida por la autoridad competente en vista del bien público temporal. Trátase de un conjunto de leyes que tienen por misión conservar la necesaria proporción en las relaciones esenciales a la convivencia, mediante la previa atribución de lo que corresponde a cada quien. En principio, este orden está provisto de sanciones para asegurar su efectividad. El Derecho salvaguarda el orden y posibilita el cambio social no violento.

Desde el punto de vista de la fenomenología existencial, la justicia se presenta como forma antropológica de coexistencia. Es el modo de coexistir humanamente, de estar junto con otros en el mundo. El derecho es una dimensión originaria del hombre. Proviene del ser-todos-juntos-en-el-mundo. Una antropología jurídica parte de la materialidad y corporalidad de las individualidades. Este factor limitador y excluyente apunta hacia un orden mundano. Lo que un hombre posee por derecho no puede poseerlo el otro. El mundo espacio temporal de los hombres no se reduce a bienes materiales, sino también a valores espirituales: verdad, libertad, amor, justicia. Lo jurídico es una dimensión del mundo personal. Presupone la individualidad aisladora y delimitadora del mundo material, pero se refiere a relaciones intersubjetivas y a finalidades éticas.

Los hombres buscan inquietamente la realización de su estructura vocacional. Compelidos por su nativa insuficiencia, por su constitutivo desamparo y por su insoslayable afán de plenitud, viven siempre de manera social. Así se conservan y perfeccionan. Fundan agrupaciones de radio creciente. Siempre que los hombres se ensamblan en sus operaciones vitales tratan de llegar a un ajuste, a un enderezamiento, a una rectitud y derechura. Es el encuentro con lo justo, lo recto. La dimensión jurídica del hombre dice relación, precisamente, al perfecto acoplamiento entre seres racionales y libres. La justicia es una noción eje de la co-



existencia. A cada uno de los seres que se acoplan le corresponde, en justicia, un estado objetivo. De otra forma no podríamos esperar armonía. En este sentido primordial, justicia es coordinación reglada, y derecho es lo justo objetivo.

Si la libertad no fuese una realidad existencial, el Derecho resultaría un contrasentido ontológico. Los progresos y regresos que jalonan la historia de los hombres se fincan en la libertad que interioriza personalmente los valores jurídicos. Si hay hábitos justicieros es porque antes hay justicia objetiva. Pero esta justicia objetiva, siempre perfectible, se descubre y se profundiza en la historia.

El hombre justo-con-sus-semejantes tiene, y no puede dejar de tener, derechos y deberes. No somos simples vivientes, sino convivientes. Convivientes históricos que moran en un mundo cultural. Un mundo cultural que se sustenta, en buena parte, por valores jurídicos. El hombre común sabe, en cierto modo, qué es la justicia, qué es la seguridad, qué es el orden y qué es el Derecho, antes de que se lo haya dicho el iusfilósofo. Sobre esta vida irreflexiva vendrá después la Filosofía.

El otro tiene un derecho fundamental de existir y realizarse. Tengo que asentir a su subjetividad como el otro tiene que asentir a la mía. Exigencias mínimas de solidaridad y de amar. De otra manera no seríamos hombres. Vivir significa donarse, «tener que ser para el otro». Hay correlatos subjetivos y objetivos de la exigencia mínima de solidaridad y de amor. De los caracteres fundamentales de la naturaleza humana: individualidad física, libertad moral y responsabilidad, racionalidad espiritual, sociabilidad y religiosidad derivan una serie de derechos subjetivos públicos de la persona frente al Estado.

Las instituciones jurídicas reúnen y separan, ofrecen y ocultan su sentido. Aquí está —determinado y protegido— mi mundo frente al mundo de los otros y de la comunidad, y, sin embargo, juntos construimos un mundo. De ahí el carácter ambivalente del Derecho. La realidad jurídica está en el ámbito del ser, no del tener. Estamos en el Derecho, antes de disponer de nuestros derechos. El hombre es, en buena parte, ejecutor y pastor de la realidad jurídica. Al escuchar la conciencia jurídica espontánea, en la comunidad, surge la organización del Derecho.

Aunque no tengamos una supervisión panorámica sobre el ideal absoluto, tenemos un atisbo suficiente para proporcionarnos una conciencia del Derecho natural o del Derecho intrínsecamente justo. Cuanto más perfecto sea un orden jurídico, más se aproximará al orden de lo ético. Existe en el Derecho una intencionalidad hacia lo ético que no cabe encubrir o preferir. El aspecto regulativo se fija en reglas uniformes.

Intenta crear la regularidad inviolable y la justicia. Estamos en el mundo, en una de nuestras dimensiones, para orientarnos en un aspecto constructivo funcional. Nos acompañamos respetándonos nuestros derechos y forjando el bienestar colectivo. La fuente del derecho está en el hombre aunque el hombre viva en el derecho. Tratamos de humanizar nuestras relaciones. Posiblemente la justicia no podrá realizar jamás el ideal de humanidad, pero excluye la crueldad, la guerra, las riñas.

Nuestra subjetividad-personificada-en-el-mundo se interesa por su ser. Es facticidad y es proyecto. Las cosas no se relacionan con lo que es. El ser del hombre, en cambio, es una «relación de ser». Heidegger lo observa con su profundidad acostumbrada: «Das Dasein ist ein Seiendes, das nicht nur unter anderem Seienden verkommt. Es ist vielmehr dadurch ontisch ausegeseichnet, das es diesem Seienden in seinem Sein un dieses Sein selbstgeht. Zu dieser Seinzverfassung des Daseins gehört aber dann, dass, es in seinem Sein zu diese, Sein ein Seinsverhältnis hat». (Martin Heidegger: «Sein und Zeit», pág. 12.) La facticidad de mi desamparo ontológico y la potencialidad de mi plenitud subsistencial se experimentan como unidad-en-oposición. Y en medio de esta intranquilidad fundamental sentimos el constante impulso de extendernos por encima de nuestra facticidad hacia el cumplimiento de nuestra más alta vocación personal. La justicia —armonía de todos los proyectos de vida— es lo que «debe ser». La autoridad no se limita a domesticar al lobo que hay en el hombre, sino que trata de realizar positivamente el bien público temporal. Pero el bien público temporal es plástico, universal, susceptible de progreso, y su noción es de carácter dinámico.

Para una Antropología jurídica existencial, la determinación del hombre no es fruto exclusivo de leyes fijas e inmutables, sino de «autocercioramiento» y de «autorrealización», constantemente renovados. Tarea que se cumple cuando el hombre encuentra «en él mismo, para él mismo como hombre, los fundamentos del orden humano, los criterios de decisión humana para todos aquellos conflictos que residen, en gran medida, en la estructura del mundo mismo —advierde Maihofer—, y no sólo en la estructura de su propia e imperfecta naturaleza humana» (Maihofer: *Naturrecht als Existenzrecht*, 1963, pág. 40). Los proyectos de sentido y de fin del hombre —y esto no lo dice Maihofer— no brotan de una libertad ilimitada, de una desnuda situación sin presupuestos vinculantes, limitadores y obligatorios de la vocación del hombre. La fenomenología existencial de la vida jurídica no puede olvidar las leyes ontológicas del mundo y las exigencias normativas de la condición humana.

Entre el aislamiento egocéntrico y el impulso de asociación —unificados contradictoriamente en unidad sineidética— oscila la vida del hombre. A más de la base constante determinada por las leyes del ser social, se da un espacio libre de posible autoconformación conforme a vocaciones históricas, singulares, cambiantes. El acervo ontológico fundamental de las relaciones convivenciales tiene su influencia sobre el Derecho. La dimensión jurídica del hombre completa, precisamente, todos estos aspectos. En este estudio de Antropología jurídica he querido contemplar el Derecho como una forma antropológica de convivencia; Derecho en estado naciente, si se me permite la expresión.

La capacidad general de actualizar lo que debe ser, nunca se realiza de modo total. La teoría general del Derecho descubre y señala algunas figuras o trabajos, facultades que canalizan esta capacidad humana de actualizar lo que debe ser. El hombre, que ya es de por sí un valor, no puede permanecer neutro ante el valor. El proyecto jurídico coincide con la esencia humana. Trátase de un objeto operable —por miles de modos— y valioso. Ese proyecto de conducta es la anticipación ontológica del fin. «*Stabile et ratum nihil esse potest quod sit naturae adversarium*», afirmaba Themistio.

La persona misma, en su exigencia de realización integral, es la causa de los cambios sociales. Hay una potencialidad real del hombre, en su aspecto de justicia, que se actualiza en comportamientos. Esa potencialidad es previamente conceptualizada en normas que se estiman valiosas. La justicia es fuerza motora y la injusticia —por exceso, por defecto, por perversión y por demérito— es frustración humana.

La función polemógena y la función irenológica del Derecho coexisten orgánica y dialécticamente, en forma parecida al contrapunto musical. En ocasiones, la voz cantante —o el acento preponderante— parece llevarlo la función polemógena, pero el otro polo —la función irenológica— no es eliminado y continúa —aunque a «sotto voce»— su labor de equilibrio. Otras veces el factor de conservación prepondera de tal modo que parece no existir el factor de cambio social. Sin embargo, si aguzamos el oído podremos oír, aunque levemente, las voces que se levantan paulatinamente, pidiendo una estructura social más justa... Los vaivenes de la política y del Derecho en la Historia se deben, en buena parte, a esta forma contrapuntual, sineidética, en que operan los factores de conservación y de cambio social. Todo Derecho positivo es un producto histórico y cambiante que acompaña a una comunidad. La función irenológica configura y conforma estable, seguramente, las relaciones sociales. Pero este elemento estático del Derecho —estabilidad,

firmeza, seguridad— no llega jamás a hacer de un Derecho positivo un producto rígido e inmutable. Los cambios históricos de la sociedad generan un proceso de nueva objetivación jurídica. La adaptación ininterrumpida del Derecho a las correspondientes necesidades vitales es un insoslayable factor de cambio. En este sentido, el Derecho mismo está, en alguna manera, orientado hacia el cambio. La dinámica interna del Derecho y la tendencia a la permanencia desempeñan un papel de primordial importancia en la historicidad del Derecho positivo. Las formulaciones jurídicas constituyen una construcción que retarda, en cierto modo, el proceso de cambio de estructuras jurídico-políticas. Sin embargo, el irresistible factor dinámico recibe su vigor de las nuevas circunstancias sociales que instan a la adaptación. Visto hacia atrás, en panorama de siglos, el Derecho cambia con un ritmo relativamente lento. El peso de la *traditio* está equilibrado por el contrapeso de la *reformatio*. Aunque se quisieran evitar hasta el máximo las oscilaciones y los trastornos, se daría la tendencia al cambio —y el cambio mismo—, porque el hombre no es perfecto, sino perfectible. Yo no creo en un supuesto espíritu común, suprapersonal, que mueva y aquiete el Derecho positivo. Son los hombres —y en especial las grandes personalidades— quienes, a golpes de libertad, provocan las tensiones entre el *Derecho fijado* y el *Derecho suprallegal*, y justamente adecuado al momento histórico y social. Las codificaciones no suelen ser cambiadas en su totalidad. La prudencia aconseja buscar procesos paulatinos de adaptación. Se emplean figuras jurídicas y leyes provisionales. El Derecho no nace de sí mismo. Hay unidades culturales y cosmovisiones epocales que ejercen una indubitable influencia en el orden jurídico. El Derecho —como el Estado, como el arte y como las instituciones— es un producto cultural, y los productos culturales tienen vigencias, cambios y extinciones. Pero todas estas alternativas sólo traducen el esfuerzo del Derecho positivo para elevar las realidades hacia un ideal ontológico de justicia. Ciertamente que el Derecho positivo es un freno, más que una fuerza de progreso. Sólo que el progreso mismo requiere la disciplina jurídica. Nos corresponde a los hombres de hoy determinar cuál es la estructura sociopolítica que requerimos y cuáles las leyes imperantes para realizar esa estructura, de acuerdo con la seguridad, la justicia y el bien común. Se trata no tan sólo de un problema teórico de pensamiento, sino también de un problema práctico de prudencia, de voluntad, de acción. En todo caso, la Filosofía, como el Derecho, es propedéutica de salvación. No habrá ordenamientos jurídicos fecundos y duraderos si no se proyecta la dimensión axiotrópica, y específicamente teotrópica del hombre. Estado y Derecho son

vida humana objetivada y viviente al servicio de las vocaciones humanas. Las contingencias históricas y constitutivas de la historia del Derecho se dan sin mengua de los valores absolutos. De otro modo, el cambio social se tornaría ininteligible. Las funciones del Derecho en la vida social —certeza, seguridad—, cambio progresivo, resolución de conflictos de intereses, organización, legitimación y limitación del poder político sirven, en última instancia, a un integralismo metafísico antroposófico. Y este integralismo metafísico antroposófico adquiere su cabal sentido a la luz de una Filosofía como propedéutica de salvación. La complejidad sineidética de la función irenológica y de la función polemógena se agolpa, finalmente, hacia la estrechez de lo *único necesario*.

PROF. DR. AGUSTÍN BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE

*Presidente del Centro de Estudios Humanísticos
y Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad Autónoma de Nuevo
León (México)*

L'UTILISATION POLITIQUE DU DROIT ET L'INTERPRETATION LEGISLATIVE

Les buts qu'une société se propose sont politiques, d'ailleurs toute société étant en même temps une organisation juridique ces buts prennent du relief dans la perspective du droit. Ainsi s'instaure entre les deux ordres un rapport qui peut être saisi, correctement même si on ne peut pas exhaustivement, comme utilisation politique du droit.

Une utilisation qui se réalise d'une manière différenciée. D'une part en effet le droit garantit la structure sociale telle qu'elle s'est annoncée historiquement, tandis que de l'autre il offre les instruments aptes à supposer et à édifier les structures sociales de demain. Il est clair que la priorité de l'un ou de l'autre moment, du moment conservateur ou bien du moment novateur, réduit l'espace d'opération du droit en le dégradant respectivement envers la violence ou envers l'utopie. Le second moment, le moment novateur, que l'on aurait tort de vouloir contenir dans les limites d'une pure recherche doctrinale de iure condendo, nous offre deux différentes possibilités. Avant tout la mise en valeur de l'équilibre des intérêts comme ils se sont fixés dans la société d'ailleurs avec le simultané perfectionnement des techniques de protection de cet équilibre; en second lieu la critique du système et la proposition d'une différente articulation des intérêts en jeu. Cette seconde possibilité, qui entre aussi dans la logique du système comme un élément positif du même, est celle d'un usage alternatif du droit.

Au niveau de société technologique, comme celle vers laquelle nous sommes en train de nous diriger, l'équilibre entre les deux moments, conservateur et novateur, doit être garanti et protégé. Est indispensable de garantir soit un minimum de stabilité aux institutions, soit leur facile processus de transformation et d'adaptation aux changeantes situations historiques. Dans cette dimension caractérisée par des exigences opposées la même séparation traditionnelle entre les trois pouvoirs tend à s'évanouir à la preuve de leur évidente inadéquation et à se présenter comme une

distinction de fonctions avec un délinéament de vastes zones d'ombre aux limites. De plus les interférences entre l'activité strictement politique d'une part et l'activité législative, juridictionnelle, exécutive (non plus rigidement délimitées) de l'autre, sont destinées à devenir de plus en plus profondes et justement pour les pressantes exigences de caractère fonctionnel.

Si les politiques se proposent comme but de gérer les intérêts du moment en tenant compte des buts prochains que la société exprime, ce sont pourtant les juristes qui doivent préparer des instruments et de projets qui permettent d'agir dans une déterminée situation sociale sans que des cristallisations se forment lesquelles contrediraient l'exigence la plus importante d'une société post-industrielle. A notre façon de voir l'instrument approprié mis à disposition du législateur est la loi-cadre, et celui à disposition du juge est la sentence considérée comme le moment culminant d'un déroulement qui est un ensemble de création et d'interprétation de la norme. Il nous semble que, les fonctions du législateur et du juge ainsi coordonnées, il est même plus facile de supposer une liaison entre les opérateurs de la politique et du droit et garantant une plus grande adhérence du droit à la société.

Dans la tangibilité donnée par cette particulière situation historique telle que la nôtre le point de rencontre entre la politique et le droit est donné par la programmation. Le plan économique nous ressort donc comme le résultat d'un commun engagement des politiques et des juristes. Le plan, en tant que loi, a une vigueur limitée dans le temps et conditionnée par la vérification de déterminées contingences. Dans son aspect juridique il paraît donc subordonné à l'égard des éléments qui ne sont pas juridiques; mais d'ailleurs en les assumant et en les qualifiant juridiquement, il voit mis en valeur sa capacité d'incidence. La loi assume et place le plan, mais le plan implique une loi, et une interprétation de la loi, qui descendent de lui et qui ne contredisent pas ses buts.

La loi est l'émanation d'un organe qui est éminemment politique; l'interprétation créatrice de la loi engage le juge dans la réalité de la programmation et dans la dialectique des intérêts en jeu. Comme le juge est placé entre la réalité des loi-cadres et la variété des situations concrètes, sans pouvoir plus compter sur la médiation des codifications normatives, qui avec le caractère abstrait de ses prévisions et avec la détaillée réglementation de cas qui lui était caractéristique, réduisait son espace d'opération, il est accablé d'une nouvelle responsabilité politique.

C'est exactement le saut qualitatif qui est imposé à la figure du juge qui repropose en termes d'inusité relief le problème de l'interprétation

législative. On sait que à travers l'interprétation législative on peut comprendre des choses différentes. Avant tout l'explication de la signification de la norme de la part de celui qui l'a posée; en second lieu l'exégèse du texte de la part du législateur du moment. Le premier cas est complètement désuet vu l'impossibilité dans nos contextes constitutionnels de reconnaître en termes psychologiques la réelle volonté du législateur; il reste encore sur le tapis la seconde hypothèse dont Baldo d'Uguccione d'ailleurs déjà écrivait: «*Quod interpretatio legis vel canonis pertinet ad conditorem, sed hoc dictum non est restringendum ad personam sed ad officium*». Il est clair que là où il y a en vigueur la rigoureuse séparation de trois pouvoirs la loi interprétative, puisqu'elle le dérive du législateur, est une loi à tous les effets. Au contraire dans une réalité différente, comme pourrait être celle vers laquelle nous sommes en train de nous diriger (et qui doit constituer pour nous un point de repère et un mètre d'évaluation) on peut reconnaître au législateur sous le profil de l'opportunité politique, des fonctions qui sont propres à la juridiction; comme du reste, sous le profil de la nécessité logique, il faut reconnaître que le juge exerce depuis toujours un rôle qui est semblable à celui du législateur.

La traditionnelle distinction entre l'acte législatif saisi comme un commandement, et l'acte juridictionnel saisi comme une connaissance, nous semble être fourvoyante car le double moment, volitif et cognitif, est propre tant à la législation qu'à la juridiction; bien qu'on doive à notre avis reconnaître dans les deux cas une position subordonnée à la connaissance. L'interprétation législative, par exemple, est à la fois une connaissance et un commandement et si elle constitue une intégration normative le constitue autant que le constituent tous les actes de création de norme, les sentences incluses.

Mettre l'accent sur le moment volitif de l'interprétation législative même s'il en valorise la nature interprétative et donc l'introduction dans un domaine juridictionnel, nous semble permettre dans le cadre des systèmes qui seront en vigueur dans les sociétés technologiques, toute une série d'interventions du législateur sur la réalité sociale pour garantir le respect des grandes lignes directrices du plan économique et en face duquel le juge, du moins le premier temps, viendra se trouver accablé d'un fardeau de responsabilités insolites pour lui.

Les premières expériences d'application de loi-cadres, de systématiques interventions du législateur, devraient être réalisées dans ces secteurs du droit qui concernent les rapports sociaux typiques de notre époque, il suffit de penser par exemple au droit des assurances ou au droit

bancaire. Les éléments acquis dans ces secteurs une fois qu'ils sont élaborés par les sociologues, par les économistes, par les politiques et par les juristes, contribueront à cette globale transformation des organisations que l'avènement de la société technologique impose.

DR. GERMANO BELLUSSI

FUNCION DEL DERECHO Y PLURALISMO ETICO-POLITICO

1. Toda discusión actual sobre la función del derecho ha de tener presente que dicha función tiene que desarrollarse dentro de una «sociedad pluralista», esto es, dentro de una sociedad dividida moral y políticamente. Políticamente, también, porque cualquier opción moral que afecte a los problemas de la convivencia deviene política en cuanto adquiere dimensión e importancia suficientes como para intentar determinar el orden social por medio del poder. Nos proponemos considerar brevemente el problema de hasta qué punto el cumplimiento de la función del derecho, aún entendida ésta en su dimensión mínima, es compatible con un pluralismo no circunscrito a determinados límites.

2. Tanto para los clásicos griegos como para los maestros escolásticos el derecho cumplía una misión ética e, incluso, pedagógica: la de hacer buenos a los hombres en su carácter de miembros de la sociedad, de ciudadanos. Esto se explica únicamente bajo el supuesto de que la comunidad jurídico-política era también una comunidad ética. Esta manera de pensar resultaba hoy anacrónica en el contexto de nuestra sociedad pluralista; por eso son excepción los autores que la mantienen, contándose entre ellos, cosa significativa, algunos teóricos marxistas.

El pluralismo ético que divide la sociedad contemporánea es el resultado de un largo proceso histórico que se inicia en los albores mismos de la modernidad. No es posible en este momento, ni tampoco es necesario, referirse a las causas determinantes de tal proceso histórico. Bástenos con recordar algunas, en una enumeración que no pretende ser exhaustiva: la ruptura de la unidad religiosa y la creciente secularización del estado; la acentuación del subjetivismo moral, sobre todo a partir de una interpretación no totalmente correcta de la ética kantiana; la elevación al nivel de conciencia ética y política de la división económica de la sociedad; la pérdida de vigencia para amplios sectores de la población de la moral cristiana, no sustituida por ninguna otra moral con un ámbito de

vigencia parecido, dado que no hay siquiera una filosofía o una concepción del mundo dominante, etc.

En nuestros días el pluralismo no es sólo un hecho, sino también un derecho. Esto es, se sostiene, con razones que estimamos plenamente fundadas, que es algo justificado y legítimo. Se aduce que constituiría una aberración incompatible con la dignidad humana el hecho de que se impusiera imperativamente una uniformidad de convicciones éticas y políticas. El principio de la dignidad del hombre como persona implica, por el contrario, el respeto de su libertad de conciencia, de pensamiento, de opinión sobre los problemas comunes, etc. Y se piensa que constituye precisamente un deber inexcusable del estado el garantizar por medios jurídicos el legítimo pluralismo de individuos y grupos.

En una sociedad como ésta, que determinados pensadores no dudan en calificar como sociedad secularizada, profana, ha de atribuírsele al derecho una función acorde con tales características. Buscando el denominador común a las diversas doctrinas podemos decir que el derecho es concebido como el instrumento preciso para garantizar las condiciones mínimas de subsistencia de la sociedad como unidad de convivencia pacífica. Todas las demás funciones que pueden atribuírsele y que de hecho se le atribuyen desembocan y se reducen, en último término, a ésta de procurar y asegurar la paz social.

3. Aceptado lo que antecede podemos ya plantear abiertamente el problema aludido al comienzo. ¿Hasta qué punto es posible que el derecho cumpla la función antedicha en una sociedad pluralista? El problema es real porque, a nuestro entender, surge una contradicción innegable entre la unidad de la sociedad que el derecho pretende mantener y la división de esa misma sociedad por razones ético-políticas.

El problema no puede ignorarse afirmando como hacen algunos que al derecho sólo le compete una función estrictamente social, profana, por lo que se emplazaría fuera del campo de las disputas éticas. Tal punto de vista incurre en error por partida doble; por una parte, supone una visión estrecha e irreal de la ética al restringirla al ámbito de lo que sólo importa al individuo aislado como tal; por otra, entiende al derecho de una manera también irreal, por analítica y abstracta, en cuanto lo concibe como una instancia normativa de la vida humana que funcionaría desligada de otros factores normativos.

Frente a la postura aludida hay que recordar la constante interferencia de derecho y moral como regulaciones de la conducta humana. No hay ningún sector del actuar del hombre que pueda considerarse sus-

traído al pronunciamiento moral; tampoco, por tanto, aquel que en cada momento es objeto específico de la normación jurídica. Es más, el propio derecho posee en sí objetiva y formalmente una dimensión ética. Y ello al margen de que en concreto lo estimemos justo o injusto o, dicho mejor, precisamente por que lo estimamos justo o injusto. Pues, en efecto, toda regulación jurídica de una relación o situación social implica una opción entre varias soluciones posibles, opción que por su propia naturaleza puede ser objeto de una valoración positiva o negativa, en cuanto beneficiosa o perjudicial para la sociedad, es decir, para el hombre en último término.

Si lo que venimos afirmando es válido, queda en pie que la uniformidad de comportamiento que el derecho impone en el seno de una sociedad pluralista implica un potencial desgarramiento del sistema ético-normativo de dicha sociedad. Tal desgarramiento se manifestará de forma concreta y actual cuando la conducta impuesta por el derecho como deber incondicionado y general choque con las convicciones morales de uno o varios individuos o grupos sociales. ¿Como resolver tal problema?

4. Una primera solución consiste en negar relevancia jurídica al fenómeno señalado. Se concibe al derecho como una instancia neutral, al margen de las disputas éticas. No se ignora que lo que el derecho establece puede ser y de hecho es objeto de valoración moral. Pero, partiendo del punto de vista de que todas las concepciones morales son relativas por lo que ninguna de ellas puede demostrarse racionalmente mejor fundada que cualquier otra, se sostiene que el derecho como orden normativo general se impone sin apelar a una justificación de su contenido, que sería científicamente imposible; su validez se establece al margen de toda consideración relativa a dicho contenido, que puede ser cualquiera.

Consecuentemente se niega que el derecho determine para los súbditos una obligación, un deber en el sentido tradicional. Lo que le caracteriza esencialmente es su carácter coactivo, el disponer de la fuerza social, crecientemente organizada y monopolizada por los órganos representativos de la comunidad, para sancionar las conductas contrarias a aquéllas que se desea que ocurran. La conclusión final a que se llega es la de que, como organización de la fuerza social, el derecho no tiene un fin o función que le sea esencial; más bien constituye un instrumento caracterizado por su forma y utilizable para fines diversos.

Esta postura extrema sostenida por varios autores contemporáneos, H. Kelsen p. e., es el reflejo congruente de un relativismo ético que, en verdad, constituye un completo agnosticismo moral. A nuestro entender,

resulta insostenible, entre otras razones, porque el derecho reducido a fuerza, aún a fuerza organizada, nunca alcanzará la eficacia que estas mismas teorías, por otra parte, le exigen. Sus sostenedores son plenamente conscientes de ello; sólo que la fidelidad a un cientificismo purista, peculiarmente entendido, les empuja a una consideración anítico-abstracta del fenómeno jurídico que lo aísla de su conexión real con otros factores sociales normativos.

Hay también soluciones más moderadas. H. Welzel, contemplando el posible conflicto entre ley y conciencia, estima que hay que conceder prioridad al deber general que impone la ley, pero establece que deben darse algunas condiciones para que tal preferencia pueda considerarse justificada.

Una de ellas es la de que la propia ley debe respetar la honestidad moral de una decisión que la contraríe basada en motivos de conciencia, lo que se manifestará sobre todo en una matización de las posibles consecuencias penales de la infracción de la norma. Estimamos que se trata aquí de una salvedad aceptable pero de consecuencias prácticas limitadas, ya que no puede instrumentarse como una solución general del problema.

En segundo lugar, afirma que la ley debe limitarse a la regulación elemental de la vida comunitaria, conformarse con ser un «mínimo ético», para no significar la imposición forzosa de una determinada concepción del mundo. Esta exigencia, que revela un trasfondo claramente liberal, nos parece difícilmente compatible con el crecimiento incesante de la legislación consiguiente al crecimiento de la intervención del estado en la vida social.

Finalmente, sobre todo, la ley debe ser tal que pueda merecer la aprobación de la conciencia de los miembros de la comunidad jurídica, que represente un intento de realización de la justicia de manera que no se presente como un derecho lo que no es sino puro mandato del más fuerte o poderoso. Este requisito que establece Welzel toca precisamente el núcleo de la cuestión que venimos examinando. Pues, en efecto, ¿cómo puede ser satisfecho dentro de una sociedad pluralista?

La solución normal, o más generalizada, que ofrecen los defensores del pluralismo en este punto puede sintetizarse como sigue. El derecho debe ser el resultado del libre juego de las distintas fuerzas y opciones éticas vigentes dentro de la sociedad, las cuales, debidamente articuladas en una organización democrática, deben poder determinar las decisiones de los órganos creadores del orden jurídico. Este funcionará entonces como instancia crítica frente a todo intento de imposición generalizada de una ideología parcial; y la norma jurídica representará una

solución de equilibrio, de mediación, entre los diversos intereses e ideologías contrapuestos.

5. Esta solución presenta una serie de dificultades resumibles en la afirmación de que sólo es viable dentro de un pluralismo limitado. En efecto, presupone por de pronto la existencia dentro de la sociedad de unas corrientes de opinión que nacen y se desarrollan con más o menos libertad y que pueden llegar a determinar el derecho vigente a través de un proceso democrático. Pero, sobre todo, presupone que la pugna de intereses e ideologías no es irreductible, que cabe una composición o equilibrio de tales intereses y concepciones. En la práctica esto significará que al menos una fracción, cuantitativa o cualitativamente decisoria dentro del grupo, concuerda en aceptar como válidos los bienes, intereses o valores básicos sobre los que se asienta la propia vida social; entre ellos ha de contarse la misma autoridad común y su estructura en cuanto que condiciona la posibilidad del procedimiento a través del cual ha de lograrse la composición de los intereses y opiniones contrapuestos. La importancia de estos intereses y opiniones será en todo caso de segundo orden en el sentido de que, o bien corresponden a fracciones sociales no decisorias dentro del grupo, o bien no afectan a los bienes o valores básicos antes aludidos.

Ahora bien, cuando estos presupuestos esquemáticamente apuntados no se den, esto es, cuando estemos no ante un pluralismo limitado, sino ante un pluralismo radical, la viabilidad de la solución que nos ocupa ofrece muy serias dudas. La hipótesis que ahora contemplamos supone que la pugna entre grupos de importancia decisiva dentro de la sociedad versa sobre condiciones o valores básicos para la convivencia: sobre el mismo sentido de la persona humana, su dignidad, libertad y demás exigencias fundamentales dentro del grupo; sobre el fundamento y la estructura de la autoridad o poder común; sobre la propiedad de los bienes y el orden fundamental de la vida económica; etc. En este supuesto no acertamos a ver en base a que criterio puede encontrarse una normación jurídica que funcione como equilibrio o mediación entre los intereses e ideologías contrapuestos.

Por eso es más que dudoso que en el caso de un pluralismo no limitado el derecho pueda cumplir la función de integración social, de garantía de la convivencia pacífica, que los propios teóricos del pluralismo exigen de él. Pues, en dicho caso no podrá aparecer ante sectores decisivos del todo social sino como pura fuerza. Y tal fuerza nunca ha sido ni será medio adecuado para mantener duraderamente la convivencia pací-

fica. El derecho no puede prescindir de la fuerza, pero no se identifica con ella. Tampoco se identifica estrictamente con la moral. Conforme a su sentido específico se mantiene en un equilibrio tenso de oscilación y equidistancia entre ambos polos, desnaturalizándose cuando tal equilibrio se rompe.

En suma, una sociedad radicalmente dividida por razones ético-políticas camina naturalmente hacia su desintegración, si por algún medio no se reconstruyen unas bases fundamentales de convivencia generalmente aceptadas. Lo que no es posible es mantener duraderamente una unidad social de convivencia basada en el derecho, unidad jurídico-política, bajo la que una abierta e irreconciliable diversidad ética, potencialmente política, divide a la misma sociedad.

6. Nuestra sociedad contemporánea es una sociedad pluralista, pero creemos que en ella no se dan plenamente los supuestos que configuran lo que hemos llamado pluralismo radical. Sin embargo, es posible descubrir la presencia de algunos de dichos caracteres, presencia que constituye una de las causas de la actual crisis del derecho.

Es patente, en efecto, que en nuestras sociedades se está produciendo una creciente desintegración moral. El cambio social vertiginoso que vivimos ha puesto en crisis muchas valoraciones éticas tradicionales. Pero como dicho cambio viene impulsado y determinado fundamental y casi exclusivamente por motivos económicos, no han surgido nuevas convicciones morales sólidamente fundamentadas que sustituyan a aquéllas. En este sentido más de un pensador ha señalado el fenómeno de que en bastantes sectores de la sociedad se va difundiendo una moral superficial, determinada por la presión de las circunstancias económicas y por la avalancha incesante de estímulos e informaciones que no profundizan en las razones que avalan las nuevas formas de conducta que provocan. Sea como fuere, el hecho patente es la desintegración moral antes aludida. ¿Cómo ha reaccionado y reacciona el orden jurídico ante este fenómeno?

Dicha reacción es ambivalente, ambigua. En algunos sectores se atiene a la lógica del principio de que en materias respecto de las cuales la sociedad aparece éticamente dividida, el derecho no debe imponer una solución general para todos. Esto es lo que viene ocurriendo en la legislación de una serie de países respecto de cuestiones tales como el divorcio, el aborto, etc. Ante el contraste entre las concepciones éticas tradicionales sostenidas por algunos sectores, y la conducta efectiva seguida por otros sectores de la población bajo la presión de las nuevas formas de vida, dichas legislaciones optan por ir dejando progresivamente en manos

de los propios interesados la decisión a seguir respecto de tales asuntos. Esta actitud se basa consciente o inconscientemente en la tesis, enormemente discutible, de que las cuestiones aludidas no afectan a la sociedad como tal, sino a la moral privada de los individuos.

Por el contrario, el derecho no adopta una actitud igualmente permisiva en otros sectores, como por ejemplo el orden económico, en los que la división de la sociedad en concepciones opuestas es, sin embargo, innegable; esta diferente actitud representa una indicación significativa de cuales son los valores que en nuestra civilización funcionan como básicos. En el sector indicado y en otros muchos conexos con él la legislación no sólo no ha disminuido, sino que aumenta incesantemente. Pero sobre esta creciente normación jurídica inciden dos fenómenos que convergen como causas del desprestigio del derecho.

El primero se refiere a la actitud de los propios órganos públicos que lo crean y lo aplican. El derecho resulta hoy en gran medida un instrumento demasiado rígido para la planificación de la vida social y el flexible desarrollo de la misma que el poder pretende llevar a cabo. Por otro lado, sin embargo, el poder no quiere ni puede renunciar a la legitimación que el derecho proporciona a sus actuaciones. La tensión se resuelve en la práctica por una constante, aunque subrepticia, ignorancia e, incluso, desvirtuación del derecho vigente por los propios órganos del estado a través de técnicas bien conocidas por los juristas.

El segundo fenómeno consiste en que la creciente tecnificación y burocratización a que se ve sometido el derecho lo aleja y distancia cada vez más del individuo, del simple ciudadano, lo que le hace perder sentido y eficacia en cuanto a instancia normativa de la vida humana. Estos fenómenos y otros similares contribuyen a la creciente falta de fe en el derecho, en su aptitud y capacidad como pretendido instrumento básico para implantar una ordenación justa y pacífica de la convivencia.

Ahora bien, para que el vacío que produce la falta de eficacia del derecho no sea invadido por el dominio de la violencia, el poder utiliza otros instrumentos para conseguir la necesaria uniformidad de las conductas y mantener la cohesión social. Entre otros cabe recordar los incentivos de todo tipo, la propaganda masiva para estimular y encauzar el consumo, el control de los medios de comunicación de masas, etc. Es verdad que el derecho siempre ha necesitado de otros factores que coadyuvan con él para obtener una ordenación pacífica de la convivencia. Pero la peculiaridad de estos coadyuvantes o sustitutivos contemporáneos del derecho radica en que en gran medida buscan provocar la conducta de los individuos, no apelando a una reflexión consciente, sino estimulando

sus apetencias de manera que las decisiones se fraguan en el nivel de la infraconsciencia; en este sentido actúan como factores de deshumanización.

Digamos para terminar que las consideraciones que anteceden no significan una cerrada negativa ante la sociedad y la civilización actuales, ignorando las indudables ventajas que para el hombre comportan; tampoco un rechazo del pluralismo ético-político. Simplemente intentan llamar la atención sobre la necesidad de reimplantar el sentido de lo humano, de lo ético, como criterio decisivo del orden social. Y para ello es preciso superar la idea de que lo ético es algo que se confina en el ámbito de lo privado, como asunto que concierne a la conciencia de los particulares, separándolo del ámbito de lo público, de lo jurídico. Frente a dicha idea es necesario recordar la vieja enseñanza clásica de que ambos ámbitos son interdependientes, de que la ética sólo logra su plena realización cuando adquiere vigencia objetiva y general informando el orden de la sociedad.

JOSÉ DELGADO PINTO
Universidad de Salamanca

EL DERECHO DE CONSERVACION Y CAMBIO SOCIAL

SUMARIO: 1. Diversos sentidos del Derecho.—2. El Derecho, ¿es cambio, es permanencia?—3. Las causas del Derecho.—4. El Derecho como factor de conservación y cambio social.—5. Nuestra Constitución Política, la Seguridad Jurídica, la Reforma y la Revolución.—6. Subordinación del Poder y la Economía al Derecho.—7. Los derechos del hombre, la Democracia Constituyente y la Democracia Constitucional.—8. Naturaleza dinámica e integradora del Derecho 9. Dinámica de servicio, confianza y responsabilidad.—10. Consideraciones y conclusiones.

1.—DIVERSOS SENTIDOS DEL DERECHO

Nos parece fundamental en la complejidad del problema, precisando los diversos alcances o sentidos en que es tomado el Derecho, para después tratar de llegar a determinar algunas de sus fundamentales y centrales funciones:

a) El Derecho puede ser entendido como un conjunto de normas válidas en una época y lugar determinados, a través de un proceso legislativo, reconocidas y sancionadas por el *Estado*. A este Derecho se le suelen dar diversas denominaciones, como son: *Derecho formalmente válido*, *Ley (Lex)*, *Derecho escrito*, *Jusscriptum*, *Derecho legislado*.

b) El Derecho puede ser también entendido como el conjunto de normas reconocidas y practicadas por la *sociedad*, válidas en una época y lugar determinado, a cuyo contenido responden, y diversas denominaciones, como son: *Derecho socialmente válido*, *costumbre jurídica*, *Derecho consuetudinario*, *Derecho no escrito*, como *dirían los romanos*.

c) Por otro lado, el Derecho puede ser entendido como un conjunto de normas, reglas o principios válidos en sí mismos por su *justicia*, independientemente de que sean o no reconocidos por el Estado y practicados por la sociedad y no necesariamente se refieran a una época ni a un lugar determinado. A este contenido responden diversas denomina-

ciones, como son: *Derecho intrínsecamente válido*, *Derecho natural* (*Jus naturalis*), *Derecho ideal*, *Derecho justo*.

El término de *Derecho positivo* resulta ciertamente ambiguo, pues algunos autores lo identifican con la Ley o el Derecho formalmente válido.

La *positividad* del Derecho, aclararemos, se refiere más a la eficacia social de una norma. Para nosotros, el Derecho en su esencia, en naturaleza, metafísicamente hablando, puede ser entendido como un orden regulador de conducta libre del hombre, dirigido a la realización de la justicia y el bien común, el amor y la felicidad de los hombres.

El Derecho y el Estado no son sino instrumentos para que las personas se integren libre, igual individual y socialmente, para la obtención de la felicidad de unos y otros. Hemos estado siempre en contra de aquellos que consideran que se puede identificar al Derecho con la fuerza, sin desconocer el punto de vista que la ley y la fuerza pueden dar eficacia a la norma, pero no pueden convertir algo que es un mero hecho en derecho, sino hasta que se reúnen determinadas condiciones, sin las cuales estaríamos sólo en la vía de hecho, *de facto*, pero no de derecho, ni normativos, como serían libertad, igualdad y justicia.

2.—EL DERECHO, ¿ES CAMBIO, ES PERMANENCIA?

Bastaría consultar la más remota historia de la filosofía del Derecho para encontrarnos con que en el inicio de la reflexión jus filosófica se plantearon el problema de que si, independientemente de este cambio que nos encontramos en la naturaleza, en que tan pronto como es una cosa deja de ser, así también pudiera llegarse a encontrar en el Derecho elementos estables, permanentes, no sujetos a cambio.

Los filósofos discutieron esta terrible antinomia sobre si en realidad todo es cambio o permanencia. Recordamos algunos que hicieron escuela, como *Heráclito de Efeso* y su dinamismo, quien consideraba que todo es cambio, que nada permanece, que tan pronto como es algo deja de ser, ya que nunca nos bañamos en la misma agua del río, ya que todo es cambio, todo es devenir, todo está en constante transformación, nada permanece.

Por otra parte, *Perménides de Elea*, que es el primer gran metafísico, y su escuela habrán de sostener la tesis contraria de la permanencia, ya que el movimiento es una mera ilusión de los sentidos, el ser es y todo lo que podemos señalar de él para caracterizarlo no son sino atributos del ser; dijo Perménides que la metafísica es el estudio del ser en cuanto ser. Recordamos las famosas «*Aporías*» de *Zenón*, para quien,

si *Aquiles*, el de «los pies alados», el más ágil corredor griego, le diera una distancia de ventaja a una tortuga, jamás podría alcanzarla, por la infinita división del tiempo y del espacio. Como que era mera ilusión la que se observaba cuando un flechador disparaba sobre un blanco, *Platón* habrá de encontrar en la *Idea*, que localiza en «*Topos Uranos*», el arquetipo de toda realidad, distinto al de este mundo que contemplamos, de la opinión que es cambiante. *Aristóteles*, por su parte, señala que en el ser hay una unidad *Hilemórfica* que se integra por un elemento permanente, que es la *forma*, lo que hace que un ser sea el que es y la *materia*, que es aquello de que está hecho algo. La forma no cambia, siempre permanece, siempre es la misma; en cambio, la materia sí está sujeta al cambio, a la transformación, puede variar.

Desde el punto de vista ético, hemos estudiado en alguna ocasión la doble antinómica solución de un *Confucio* y de un *Lao-Tzé*, el primero sosteniendo como base de su *Ética* la acción, el segundo la no acción, con lo cual encontraríamos actitudes similares en *Budha* o en las concepciones de los egipcios.

En pleno *Renacimiento*, en que surge el *Estado Moderno*, hemos de recordar como frente a la tesis de la *razón de Estado*, de *Maquiavelo* y de *Bodino*, que han de manifestarse a través de distintos autores, aun en nuestra propia época, para culminar en totalitarismos que pretenden subordinar el Derecho y la Economía al Estado.

Por otro lado, la tesis *Jus Naturalista*, contrariamente, habrá de sostener con toda vehemencia la subordinación al Derecho del Estado y de la Economía, que encontramos bifurcadas dos grandes corrientes: por una parte, el *Jus Naturalismo Clásico protestante*, que basa el Derecho en la naturaleza racional y social del hombre, que existiría aun cuando Dios no lo hubiera querido, y la corriente de los *Teólogos Juristas españoles*, que, conservando la tradición católica, sin negar el principio de que no hay potestad que no venga de Dios, sin embargo, el derecho a gobernarse lo depositan directamente en el pueblo, del cual los gobernantes no son sino mandatarios. Entre los destacados maestros protestantes hay que citar a *Grocio*, a *Altusio*, a *Hamasio*, a *Pufendorf*, a *Hobbes* y a *Locke*, que llegan a justificar el poder absoluto de sus reyes; en Francia, hasta la Revolución y hasta la muerte de Luis XVI, se aceptó el origen divino de los reyes, que no tenían que responder sino ante Dios. Precisamente en esta época de exagerado racionalismo, en que se deificó la razón, habrá de sostenerse que el Código Napoleón era tan excelente, tan perfecto, que no podía admitir cambio, de donde algún

maestro exclamara: «Ignoro el Derecho civil, conozco el Código Napoleón».

Frente a estas tesis racionalistas habrán de surgir otras más bien intuitivas e irracionales, a través de las cuales se pretende llegar a la verdad y no en balde surgen corrientes como el Historicismo y su escuela, que tiene manifestaciones no sólo en la filosofía, sino también en las concepciones del Derecho y del Estado, que suponen cambios permanentemente.

Jorge Guillermo Federico Hegel habrá de sostener que el ser y la nada se identifican en el devenir, que todo está en constante transformación, y habló de un absoluto trifásico en perenne transformación, pero en tanto que el célebre maestro de Stuttgart llega a un panteísmo, su pensamiento provoca diversas corrientes, como son la llamada «*Izquierda Hegeliana*» de *Marx, Engels y Feurbach*. Expresamente *Marx* reconoció que el método que empleaba en su doctrina era el de la dialéctica de Hegel, y señaló que lo único que estaba haciendo era ponerlo sobre los pies, pues estaba de cabeza, de donde llamara a su método *Dialéctica Materialista*. En las primeras frases de su *Manifiesto Comunista* expresa que la historia de la humanidad no es sino la historia de la lucha de clases, y que siempre ha habido opresores y oprimidos, y mesiánicamente, cómo en un futuro habrá de llegarse a una sociedad en que no los haya y en donde ni siquiera será necesario el Derecho.

Para nosotros, tomando la tesis aristotélica, nos parece que *el Derecho se encuentra integrado hilemórficamente*, pues en su existencia hallamos integrando una unidad, por una parte, datos permanentes, incambiables, que son los de *carácter formal*, y por otro lado, los *datos materiales*, que sí están sujetos a cambio. Dentro de los *datos formales* debemos señalar: sujetos, relación, deber, consecuencias, sanción. Dentro de los *datos materiales*: personas, sociedad, fines jurídicos (seguridad jurídica, bien común, justicia), deber de justicia, coacción y libertad.

3.—LAS CAUSAS METAFISICAS DEL DERECHO

Para mí, el Derecho debe ser considerado en sus cuatro causas metafísicas u ontológicas, de las cuales depende la existencia real de las cosas: *la formal, la material, la eficiente y la final*.

Las causas material y formal son intrínsecas, en tanto que la eficiente y la final son extrínsecas. La causa formal es la que especifica o determina el ser; la materia responde a la pregunta de qué está hecha la

cosa; *la causa de eficiente*, por su parte, responde a la pregunta quién hizo la cosa, y la causa final tendría como pregunta para qué está o fue hecha la cosa.

Desde luego que, para nosotros, la *función del Derecho* tendrá que estar vinculada a la causa final, es decir, a aquello hacia lo cual tiene un ser. La causa final motiva o mueve a la acción, mueve el apetito a obrar; Leucipo, Epicuro y Demócrito negaron que hubiera causa final porque pensaron que todo obedecía a una causa ciega e inexorable.

Es prudente recordar que se debe distinguir entre la *causa subjetiva* y *el fin objetivo*. La primera se da en la persona, el segundo tiene una realidad objetiva distinta. *Santo Tomás* señala que de dos maneras puede una cosa tender a un fin: *a)* en cuanto se mueve en sí mismo al fin, como el hombre, o *b)* en cuanto es movido por otro. Los seres dotados de razón se mueven por sí mismos hacia su fin, por poseer entendimiento y libertad, en tanto que los demás son movidos por otros. Los seres racionales tienden al fin intencionalmente, con intención, con conocimiento; los irracionales lo hacen sin conocimiento del fin; para mayor amplitud, recomendamos el capítulo correspondiente en nuestro libro *Problemática de la reflexión fundamental del hombre* (Universidad Iberoamericana, 1963, págs. 109 y 114. 1963).

4.—EL DERECHO, FACTOR DE CONSERVACION Y CAMBIO SOCIAL

El Derecho es, sin contradecir sus funciones y sus finalidades, factor de conservación, pero lo es también de cambio social, sin que ello implique una contravención en su esencia, en su naturaleza. Fundados en la justicia, podemos justificar la revolución, el cambio de estructuras, cuando ya no son suficientes. La permanencia institucional y normativa está ligada a la seguridad jurídica. Desde luego que la justicia es condicionante de los demás valores, que no pueden entenderse al margen de ella. Un ordenamiento corre el riesgo de derribarse cuando sólo por la fuerza se mantiene el orden social establecido, que es lo que nos separa de la catástrofe; es la garantía de un mínimo de existencia, mientras que la justicia es un lujo del que se puede prescindir hasta cierto punto, que señala Maurice Hauriou; sin embargo, más adelante reconoce que son precisas ciertas dosis de justicia para poder mantener la unidad social. Escribe Francisco Carnelutti que no son útiles ni duraderas las leyes injustas; no son útiles porque no conducen a la paz; no son duraderas porque, antes o después, más bien que en el orden desembocan

en la revolución (véase nuestra *Introducción a los problemas de Filosofía del Derecho*, páginas 222 en adelante). Señala el maestro *García Máynez* que si la injusticia es impuesta, aun cuando tal imposición se haga en nombre de la seguridad o como garantía de la paz, no por ello deja de ser injusticia. La paz duradera, la seguridad jurídica y el orden estable sólo pueden florecer intramuros de un Estado justo. El orden aparente fundado en el temor nunca alcanza larga vida. Y cuando la injusticia del mismo rebasa ciertos límites, la resistencia se organiza y a menudo desemboca en la revolución, siendo aquél sustituido por otro que se juzga más justo.

«La paz auténtica no es sino fruto de adhesión sincera a un régimen que se estima más justo, pues de otra manera las leyes impuestas por el poder a los miembros de una sociedad son fuerza, pero no justicia, y exclama: «¡Menguada seguridad la de un ordenamiento que no tuviese más título de justificación que la amenaza del castigo o de la fuerza de las armas! ¡Con las bayonetas se puede hacer todo, menos sentarse en ellas!» (*La definición del Derecho*, citado en nuestro libro, pág. 224). Comentamos que esto nos lleva directamente al despotismo.

5.—NUESTRA CONSTITUCION POLITICA, LA SEGURIDAD JURIDICA, LA REFORMA Y LA REVOLUCION

En el título segundo, capítulo primero, en el artículo 39, solemnemente se declara: «*La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene, en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma a su gobierno.*»

Es prudente aceptar que nuestra Constitución política es una *Constitución flexible, no rígida*. La segunda sería aquella que no admite cambio, que siempre debe permanecer inalterable. La flexible sí acepta la posibilidad del cambio, adaptándose a las distintas necesidades de lugar y época.

A la luz de nuestro texto constitucional: «El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de *alterar o modificar la forma de gobierno.*»

Expresamente en este texto no se habla de la *revolución*, sino de «*alterar o modificar, concretamente, la forma de gobierno.*» Y no de llegar a una nueva Constitución, a través de un nuevo *Poder Constituyente*.

Con esta idea son congruentes los títulos octavo y noveno de la propia

Constitución. El primero se refiere a «Las reformas de la Constitución», y el segundo, a «La inviolabilidad» de la misma.

Efectivamente, el artículo 135 señala que «la presente Constitución puede ser o adicionada o reformada». Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma se requiere que el Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, hagan el cómputo de los votos de la legislatura y la declaración de haber sido aprobadas las *adiciones y reformas*.

Es la misma Constitución la que, a través de la *adición o reforma*, se debe ir adaptando a las nuevas circunstancias de época y lugar.

El artículo 136 señala. «Esta Constitución no perderá la fuerza y vigor aun cuando por alguna *rebelión* se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca el gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad se establecerá en su observancia. Con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión como los que pertenecieron al anterior.»

Acepto, en principio, las tesis contenidas en el artículo 39 y en los artículos 135 y 136, que responden perfectamente a la idea de una *Constitución flexible*. Fundados en la *Seguridad jurídica*, también tendremos que admitir que es a través de la Constitución Política Mexicana, que es el sagrado documento que expresa la voluntad, manifiesta el pueblo mexicano en un *Régimen Constitucional*. Nos parece también irreprochable que, triunfante una revolución, dando lugar a un nuevo orden constitucional y a un nuevo Estado, toda la vida institucional habrá de establecerse, para garantizar la eficacia de dicho orden, a través no de la fuerza anárquica, sino *del poder al servicio de dicho nuevo Derecho*, auténtica expresión de la justicia, y no de la fuerza, eficaz, integrador y canalizador de todas las fuerzas sociales, económicas, culturales, religiosas y militares que ordenen.

6.—SUBORDINACION DEL PODER Y LA ECONOMIA AL DERECHO

Deben comprender los economistas y los políticos que la naturaleza del Derecho reclama la subordinación a la justicia ordenadora del mismo.

El Derecho y el Estado no son otra cosa que instrumentos, medios para que la persona humana alcance la plenitud de sus fines.

7.—LOS DERECHOS DEL HOMBRE, LA DEMOCRACIA CONSTITUYENTE Y LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.

Por otra parte, considerando que la *soberanía nacional reside esencial* y originariamente en el *pueblo*, que todo poder dimana del pueblo y se instituye para su beneficio y que el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o de modificar la forma de su gobierno, y cuando ya no basta la reforma o la adición constitucional, ni se trata de una rebelión, de un alzamiento o motín, o asonada, sino de una revolución fundada en la justicia y en los derechos inalienables del hombre y del pueblo, podrá dar nacimiento, a través de un Poder Constituyente, de una nueva Constitución Política y de un nuevo Estado.

En mi libro *Proyecciones y Ensayos Socio-Políticos de México* (Editorial Botas, México, 1973), hay varios capítulos que pudieran recomendarse para abonar nuestra tesis. El capítulo V se refiere a las «Reformas a la Constitución» (pág. 85); el capítulo XI, que titulamos «El fundamento democrático constitucional mexicano del Orden Constitucional Mexicano» (pág. 108), donde ya distinguimos entre la *democracia constituyente* y *constitucional*. En el orden constituyente, la representación popular concurre con plenos derechos para constituir un nuevo Estado, un nuevo Orden Jurídico. Al constituirse en nuevo Estado, las personas se autolimitan y determinan soberanamente. Los derechos del hombre no pueden ser considerados como creaciones del Estado a la luz de una *Teoría Constituyente*, pues aun desapareciendo el Estado, las personas y la sociedad reasumen su derecho original y concurren a la integración del nuevo Estado. El Estado garantiza los derechos del hombre, pero no los crea; les da efectividad, positividad, pero nunca podrá crear lo que es consustancial a la persona humana, en función de la cual tiene realidad y sentido del Derecho y del Estado.

El constituyente habrá de responder ante todo a las exigencias ontológicas de la persona humana, a las necesidades reales del pueblo, a sus aspiraciones, a sus principios jurídicos y políticos, que habrán de normar la nueva vida, para que este Nuevo Orden cumpla con la finalidad para la cual ha sido creado, para que a través de ello se logre un orden para que la sociedad cumpla, en cuanto que inspirado en la realidad, es instrumento también de valor social, de justicia y perfección humana (puede verse el capítulo de nuestro libro ya citado).

8.—NATURALEZA DINAMICA E INTEGRADORA DEL DERECHO

Frente a esa actitud pasiva que había impuesto la fórmula liberal del «dejar hacer, dejar pasar todo si viene como consecuencia» (*laissez faire, laissez passé, tout va de lui meme*), y en que la vida estuvo condenada a una infecunda pasividad y el Estado sólo interviene en caso de desorden, a manera de policía, pensamos que el Derecho tiene que ser considerado en una forma dinámica, activa, adelantándose, muchas veces en fórmulas justas, a la inercia, para establecer situaciones más equitativas, el hombre tendrá que salirse de su natural egoísmo y proyectarse y con los demás, a través de un acercamiento creador y constructivo. Lo que puede decirse de las personas individualmente es también lícito pensarlo de las sociedades y de los Estados. Frente a las fórmulas violentas, destructoras, agresivas, aniquiladoras del hombre y de las sociedades, en un Estado bestial, de la lucha de todos contra todos y en que el hombre no es sino el lobo del hombre, o frente a la lucha aniquiladora, de la supervivencia del más apto, en donde el hombre queda reducido a instinto, a fuerza, a bestia, frente a la lucha de clases destructoras, pugnamos por una lucha *integradora*, de acercamiento, que lleve a la identificación, a la comprensión, a la unión vital, racional, libre, pacífica, verdaderamente humana, igual, ordenada por el desarrollo de los vínculos fecundos de la solidaridad del diálogo, del deporte, de conciliación, de la comunión, la fraternidad, de la amistad, la justicia, del amor, del mutuo conocimiento, del respeto recíproco, de la mutua correspondencia, la verdad, del bien, que nos permitan obtener el bienestar material, espiritual y la felicidad de todos, de paz, de confrontación, cuando no se puede llegar a una identidad de renuncia, de sacrificios cuando sea preciso, de veracidad, si ello fuera indispensable de generosidad sin límites a los demás, de permanente interés en los demás, de servicio al turista, en todas sus fórmulas de optimismo, de dicha y de alegría, en nuestras cotidianas acciones, de cambio de estructuras sociales injustas, de recíproca confianza, comprensión, de anticipación a los acontecimientos, no de un Derecho ni de un Estado productos de la mera fuerza, sino en función de los valores sociales que en su naturaleza intrínseca reclama, como son la seguridad jurídica, el bien común y la justicia, que no son sino instrumentos de las personas humanas y que se integran en el amor y la justicia para alcanzar su felicidad.

En otro orden de ideas, concepto dinámico e integrador del Derecho del Estado en la justicia y el amor, nos ha llevado a pensar en que los

jueces no pueden cómodamente esperar pasivamente para resolver, sino que tendrán que tomar desde un principio el inaplazable propósito de resolver de inmediato, para que la justicia sea realmente pronta y expedita, y en la cual se pueda confiar. Hemos encontrado que el exceso de formalidad en los procedimientos aniquila el Derecho y su justicia.

Los procedimientos exageradamente retardados, a veces sin razón, hacen que las personas no confíen en la fórmula jurídica, porque muchas veces, antes que tratar de llegar a una resolución auténticamente inspirada por la equidad, que desde Aristóteles era una «dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal, señalando a lo equitativo mejor que lo justo», porque considera las circunstancias que concurren al juez para resolver, lo cual ha hecho, por razones procesales, se exponga al Derecho y se retarden injustamente las resoluciones.

Cuando se realizan Planes de Gobierno, frente a la fórmula *unilateral*, en que el Estado realice dichos planes, conservando esa necesidad que supone toda planificación, de conocer los recursos naturales y humanos de un país, de una región, para fomentar la economía y el desarrollo de un país o de un lugar, en México hemos encontrado una solución *plurilateral*, en que se invita a participar a los más diversos sectores representativos de la sociedad para que colaboren con sus puntos de vista, con sus opiniones, con sus críticas, para llevar a cabo una obra, adelantando a los acontecimientos verdaderamente previsores del Gobierno, participan activamente todos los cuerpos o intereses que la misma realidad geográfica económica social, y establece conjugándose con criterios valorativos.

9.—DINAMICA DE SERVICIO, CONFIANZA Y RESPONSABILIDAD

Una forma provechosa mediante la cual podemos atender, tanto individual como colectivamente, a la solución a los múltiples problemas que tenemos, es mediante una *dinámica de servicios a la comunidad, en un ambiente de confianza y responsabilidad*.

Desde hace algunos años ha sido sintomática la función integradora que se ha encontrado en organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, cuya benéfica acción internacional están ya desde hace muchos

años realizándose, y en el orden nacional, en las Juntas de Conciliación y Arbitraje, la Comisión Nacional para el Reparto de Utilidades, cuando funciona la Comisión Nacional de Salarios Mínimos, el Instituto Mexicano del Seguro Social, el ISSSTE, el INFONAVIT, que se organiza también tripartitamente representantes de los distintos sectores interesados, correspondiendo a estas ideas las Comisiones Tripartitas o la función conciliatoria, que tan buenos resultados ha dado en la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, al grado que se encuentre prevista esta función en la nueva Ley Federal de Reforma Agraria, evitando muchos conflictos, y mediante el acercamiento, con la decisión de los distintos sectores interesados de ajustarse no precisamente a crear problemas, sino más bien a buscar soluciones, que no impidan la dinámica económica y social, sino antes bien al contrario.

En los procedimientos jurídicos muchas veces se traducen en contiendas de pasiones negativas, de habilidad de técnica que más que acercar han alejado, pues son propicios a los odios sin límites que, en lugar de acercarse, destruyen todo intento de orden, sin encontrar campo seguro la justicia. Frente a los principios rectores siempre fundamentales en vida jurídica y política, frente a las *Declaraciones de Derecho*, que son siempre centrales para precisar los objetivos jurídicos y políticos en la vida humana, los pueblos reclaman con la mayor urgencia *planes de acción*, a corto y a largo plazo, para resolver los profundos problemas de nuestra época. Unos y otros se requieren, pues si no hubiera habido esa precisión, que ha tratado de establecer en normas jurídicas, la acción sería difícilmente ordenada y acabaría en la anarquía, antes que en una sociedad justa. En vista de lo anterior, nos parece oportuno llegar a las siguientes.

10.—CONSIDERACIONES Y CONCLUSIONES

I. Entendemos al Derecho, desde el punto de vista de su esencia, como un conjunto de normas, reglas o principios válidos en sí mismos por su justicia, (*Derecho natural*.)

El Derecho, desde el punto de vista *formal*, es el conjunto de normas impero-atributivas reconocidas y sancionadas por el *Estado*. Llamado *Derecho formalmente válido*. El conjunto de normas que regulan conducta externa, impero-atributivas, reconocidas y practicadas por la sociedad en una época y lugar determinado. (*Derecho socialmente válido o consuetudinario*.)

II. El Derecho y el Estado son *instrumentos* para que las personas se integren libre, igual, en paz, individual y socialmente, para la obtención de un orden de justicia y la felicidad de unos y otros.

III. Dentro de los problemas medulares de la Filosofía del Derecho, a través de su historia, ha sido la preocupación por determinar si el derecho es un instrumento de cambio o de permanencia, En la Tesis de *Heráclito* y su *dinamismo* o de *Parménides* con su *estatismo*. Para el primero todo es cambio, nada permanece, todo está en continuo devenir. Para el segundo, nada cambia, el movimiento es una ilusión de los sentidos.

IV. Inspirándonos en la tesis *hilemófica* de *Aristóteles*, en donde logra unidad la *forma*, que permanece, y la *materia*, que cambia, hemos pensado que el *Derecho debe ser entendido integralmente*, formando su realidad elementos tanto *formales* (sujetos, relación, deber, consecuencias, sanción), como *materiales* (personas, sociedad, fines jurídicos. Seguridad jurídica, bien común, justicia), deber de justicia, coacción y libertad.

V. Tanto el Derecho como el Estado pueden ser entendidos en sus cuatro causas tradicionales: la *formal*, la *material*, la *eficiente* y la *final*.

VI. En el *Pensamiento oriental* se encuentra ya en sus tesis si la vida es acción o no acción; la antinomia que magistralmente plantearon *Confucio* y *Lao-Tzé*. El primero, la acción; el segundo, la no acción, con el cual se asemejan mucho más las tesis de los egipcios y de Budha.

VII. En el *Renacimiento*, al nacimiento del Estado Moderno, surgen por una parte la tesis de la *razón de Estado*, de *Maquiavelo* y *Bodino*, que a través de distintos autores llegan a nuestra propia época, a través del totalitarismo, subordinando el Derecho y la Economía al Estado. Por otra parte, la *tesis Jus-naturalista* proclamará, con toda vehemencia, subordinación del Estado al Derecho, como puede decirse también de la Economía. *El Jusnaturalista Clásico Protestante*, que sostiene la naturaleza racional y social del hombre y al Derecho, para quien el Derecho natural existiría aun cuando Dios no lo hubiera reconocido. Por otro lado, el *Jus-naturalismo Católico y los teólogos juristas españoles*, quienes, sin negar el principio de que no hay potestad que no venga de Dios, el derecho a gobernarse se deposita directamente en el pueblo, de quien el gobernante no es sino un mandatario, que debe justificarse en función del bien común. El Jus-naturalismo Clásico-Protestante llegó a justificar poder absoluto de sus reyes, y en Francia, hasta la Revolución, el origen divino de los mismos, y en la época raciona-

lista del reinado de la razón llegaron a sostener que el *Código de Napoleón* era tan perfecto que no podía admitir cambio.

VIII. Contra ellos, las tesis intuitivas historicistas y sociológicas. Para *Hegel*, el ser y la nada se identifica en el devenir, hablando de un absoluto trifásico, en perenne transformación, culminando en un panteísmo. Su método fue la dialéctica.

La Izquierda Hegeliana, con representantes como *Marx*, *Engels* y *Feuerbach*, sostendrá una *dialéctica materialista*: la historia de la humanidad no es sino la historia de la lucha de clases, y como siempre ha habido opresores y oprimidos, que en un futuro no habrá, y en donde el Derecho tampoco será preciso, ya que considera que en la historia y en la actualidad el Derecho ha sido un instrumento de opresión al servicio de las clases poderosas.

IX. Para nosotros, volveremos a reiterarlo, inspirándonos en la tesis del Maestro Estagira *Aristóteles*, consideramos que el Derecho se encuentra integrado *híermóticamente* en una unidad indisoluble, en la cual encontramos elementos permanentes de carácter *formal*, que siempre permanecen, y datos de carácter *material*, que sí están sujetos a cambio.

X. El Derecho es, sin sufrir una contradicción en su naturaleza, en sus funciones y en sus finalidades, factor de conservación y de cambio.

XI. En la *seguridad jurídica* encontramos la mejor fundamentación de la conservación de la que el orden jurídico sea estable y no pueda estar variando. A través de la equidad, la necesidad de tener que irse adaptando la norma general abstracta a las circunstancias concretas que presentan al juez o la autoridad, pero siempre justamente.

XII. En los hombres, en sus derechos y en la justicia se encuentra el fundamento de cambio, cuando el orden anterior resulta insuficiente o desproporcionado, injusto, pero para llegarse un Nuevo Orden.

XIII. Nos parece fundamental distinguir entre la *etapa preconstituyente*, cuando el pueblo con sus derechos concurre a la formación de un nuevo Estado y de un nuevo Orden Jurídico, que quedan expresos en la Constitución Política, y la *etapa constituida*, en donde la vida ha de desarrollarse a la luz de la norma constitucional y su diverso orden jerárquico normativo, es decir, hacemos nuestra la tesis de distinguir entre *Poder constituyente* y *Poder constituido*.

XIV. Aceptamos también la utilidad de distinguir entre *Constituciones rígidas* y *flexibles*. Las primeras, que no admiten cambio, y las segundas sí se van adaptando, de acuerdo con las circunstancias de lugar y época. La Constitución Política Mexicana es, sin duda alguna, flexible, y aceptaremos sus postulados.

La alteración, modificación de la forma de gobierno, está aceptada en el artículo 39 y en el artículo 136, pero para ello se requiere que el Congreso de la Unión o la Comisión Permanente y las Legislaturas de los Estados las aprueben.

XV. Es congruente con esta doctrina la inviolabilidad constitucional, ya que no pierde fuerza aun cuando pudiere ser interrumpida su observancia por una rebelión o cualquier otro trastorno público. Pensamos que aquí sólo se está hablando de *alterar o modificar* la forma de gobierno a través de los canales que permiten adaptar una Constitución flexible.

XVI. La Declaración primera del artículo 39, que señala que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo, que todo poder dimana del pueblo y se instituye para su beneficio, debe suponerse también el «*inalienable derecho a la revolución*», para poder llegar a establecer un nuevo orden más justo, en un nuevo Constituyente y en una nueva Constitución política, que muchas veces no sólo va a continuar a las anteriores, sino que también más va a tratar de destruir caducos sistemas para construir una Constitución justa.

XVIII. Es conveniente distinguir entre la *Etapa Preconstitutiva* y la *Etapa Constitucional*. En la primera los hombres concurren con plenitud de derechos, para dar vida a un nuevo orden constitucional, a un nuevo Estado, a una nueva Constitución. Lograda ya su existencia, se debe garantizar su eficiencia dentro del *Orden Establecido* (Constitucional).

XIX. Tenemos la convicción de que estamos viviendo una nueva concepción del Derecho y del Estado al superar el liberalismo para llegar a una etapa social de auténtica construcción e integración dinámica del Derecho en la Justicia.

XX. Frente a la actitud pasiva, propugnamos por la acción; frente a la destrucción, luchamos por la integración, por la comunión, por la vinculación, por la solidaridad. Contra las formas que son una mera expresión de la violencia, destructoras, inhumanas, bestiales, actuamos con todo nuestro entusiasmo, con todo nuestro vigor, por lograr un orden de justicia social, de fraternidad, de solidaridad, de diálogo, de acercamiento, de conciliación y de amor, de amistad, de fraternidad, de acercamiento recíproco, de verdad, de bienestar material y espiritual, de heroísmo, en función de los valores sociales del Derecho, que son instrumentos de la persona humana, integrados en el amor y la justicia para alcanzar la felicidad.

XXI. En cuanto a la justicia, pugnamos porque ésta sea verdaderamente equitativa, rápida y expedita, debiendo salir el juez de mortal

pasividad y porque el Derecho no sea vea quebrantado por la técnica procesal y el exceso de la formalidad que lo aniquilan.

XXII. En el orden internacional ya hay organismos que han venido funcionando de manera integradora, de manera constructiva, como lo serían la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación, la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Organización de las Naciones Unidas para Protección a la Infancia o la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, y en el orden nacional, el Instituto Mexicano de Seguro Social, la Comisión Nacional de Salarios Mínimos, la Comisión Nacional para el Reparto de las Utilidades, Comisión Tripartita o el Tribunal Familiar.

XXIII. En la actualidad, en México, la elaboración de los programas de gobierno no son resultado de la decisión unilateral del Estado, sino antes bien se procura integrar con todos diversos sectores sociales.

XXIV. En nuestra época no se requieren únicamente buenas y fundamentales declaraciones de principios jurídicos y políticos que son sustanciales, sino que se han reclamado amplios planes de acción para dar vida jurídica y administrativa a la política social de los gobiernos.

México, Ciudad Universitaria, a 19 de junio de 1973.

DR. FRANCISCO GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO

*Congreso Mundial de Filosofía Jurídica
y Social*

LA FONCTION DES ORDINATEURS DANS L'EXPERIENCE JURIDIQUE

SOMMAIRE: 1. L'avènement de l'ordinateur dans l'expérience juridique italienne. 2. Le culte du passé dans l'enseignement du droit en Italie.—3. Le formalisme légaliste dans le système juridique italien.—4. Le traditionalisme dans la pratique administrative.—5. Les nouveaux équipements automatiques des pouvoirs publics pour le traitement de l'information.—6. Le citoyen, l'Etat et l'ordinateur.

1. L'horizon culturel tracé par l'expérience juridique comprend les différentes sortes d'éléments et de relations, de problèmes et de perspectives qui se réfèrent aux aspects théoriques et pratiques de la vie humaine, envisagés sous l'angle des règles communautaires qui la dirigent, la contrôlent et la réglementent: c'est-à-dire de ce qu'on a appelé la morphologie de la pratique sociale. De nos jours, le caractère distinctif qui confère un trait de physionomie nouveau à l'expérience juridique est la présence de l'ordinateur; c'est-à-dire un procédé technologique de calcul qui, par sa souplesse d'emploi, peut être utilisé pour résoudre des problèmes juridiques et qui constitue lui-même un modèle culturel nouveau sur lequel peut prendre exemple l'expérience juridique, sous son aspect de procédé logique d'action de commandement, de guide et de contrôle de l'organisation sociale par le truchement de l'appareil législatif.

L'ordinateur —pris comme point de référence d'un problème nouveau qui touche à des questions de méthode inconnues auparavant— s'est déplacé de plus en plus de la périphérie de l'horizon culturel des juristes vers le centre du domaine de la recherche, jusqu'à devenir l'un des pôles d'attraction et de discussion de la science du droit actuelle. Cela est arrivé en Italie, comme cela s'était du reste produit dans d'autres pays de civilisation industrielle avancée; le déphasage chronologique est dû au retard avec lequel les ordinateurs se sont implantés en Italie et se sont imposés à l'attention des observateurs de la réalité sociale par leurs applications et leurs implications dans l'ordre des processus de production de services de tout ordre, y compris d'ordre culturel.

Quels sont les problèmes qui se posent aujourd'hui en Italie dans les rapports entre le citoyen, c'est-à-dire l'individu sujet de droit, et l'ordinateur, terme dont nous nous servons ici comme d'une métaphore pour indiquer un nouvel aspect technologique d'organisation du système juridique de l'État?

2. Le premier aspect du problème qui doit être pris en considération est celui qui concerne la place qui est reconnue à l'ordinateur dans le cadre de la culture juridique italienne et de l'ensemble du milieu de la vie juridique. Celui-ci a été caractérisé jusqu'à présent, d'une manière typique et excessive, par trois traits saillants: le culte des valeurs du passé, dont s'inspire l'enseignement du droit dans les facultés; le formalisme légaliste qui imprègne tout le système juridique italien; le traditionalisme qui règne dans la pratique administrative.

L'emploi des modèles logiques, des raisonnements mathématiques, des instruments techniques qui conditionnent le travail de l'ordinateur est plus qu'une innovation, c'est une révolution de l'esprit dans le domaine de la formation juridique humaniste où l'attention apportée à l'expérience accumulée dans le passé soutient et retient en même temps l'attention tournée vers les expériences engagées à notre époque dans des conditions tout à fait différentes. Un exemple significatif de cette tournure rétrospective de la pensée juridique est celui de ce juriste du XIX^e siècle, qui eût recours aux formules et aux termes du droit romain pour définir la figure juridique de la communication par télégramme, confiée au postier en tant que *nunciarius*. Les techniques informatiques, appliquées à la jurisprudence n'ont pas de précédents historiques et ne permettent pas de subtiles ratiocinations abstraites; se fait lui enlève sa dignité et son prestige dans un milieu intellectuel conservateur. Pour donner une idée des intérêts théoriques auxquels s'adonne encore la culture juridique, il suffit de citer le sujet donné, il y a quelques années, à l'épreuve écrite du concours d'inspecteur d'enseignement: «Parlez des servitudes foncières notamment par rapport au droit romain». Il aurait été préférable d'inviter les futurs dirigeants des écoles à s'occuper de l'introduction des méthodes cybernétiques pour l'enseignement et le contrôle des connaissances scolaires.

Dans nos facultés de droit, il y a partout des cours de droit foncier, qui prend racine, c'est le cas de le dire, dans *l'humus* de l'expérience juridique romaine; mais dans aucune université d'État italienne on ne trouve une chaire de droit aérien (la seule chaire existante se trouve auprès de l'Université catholique du Sacré-Coeur); le nouveau droit de

l'espace est encore largement considéré comme une hypothèse de l'avenir auquel peu de juristes s'intéressent sérieusement.

Il n'est donc pas surprenant que l'enseignement de l'information appliquée à la jurisprudence n'ait été dispensé que par quelques rares volontaires dans quelques universités, et qu'il ne soit pas été compris parmi les matières admises au concours de la *libera docenza*, alors qu'on admettait la papyrologie juridique.

Il y aurait ensuite la préparation à la profession d'avocat qui, dans d'autres pays, constitue le prolongement naturel de la formation universitaire; mais en Italie tout le monde du droit se résume à l'art de combiner des règles écrites, et il est conçu comme un univers du raisonnement, ponctué de formules légales entre lesquelles la pensée doit apprendre à se ortiller comme une anguille. On pourrait entreprendre, à ce sujet, une série de réflexions sur l'écart entre la théorie et la pratique du droit, sur le droit des livres et sur le droit en action; et il faudrait ajouter maintenant le droit dans l'ordinateur.

3. Quant au formalisme légaliste du système juridique italien, ce dernier est probablement aujourd'hui le système le plus formaliste parmi ceux qui sont en vigueur dans les pays de civilisation avancée. Le symbole de cette situation, que revêt une valeur symptomatique de toute une façon de concevoir et de vivre les relations dans la communauté, est le papier timbré, auquel il faut toujours avoir recours pour qu'une formule juridique soit reconnue et acceptée comme telle. Le formalisme juridique italien l'est donc sur un double plan, matériel et intellectuel. Il consiste dans le respect zélé de certains schémas de comportement et d'expression qui sont copiés sur des lois et des régléments et auxquelles il faut se tenir strictement sous peine d'encourir la sanction de l'inutilité de ce qui a été fait (ce qui, en termes juridiques, se nomme nullité ou annulabilité ou annulation), au tout au moins la sanction d'un effet paralysant sur tout ce qu'on est en train de faire. Il suffit de penser aux exemples qu'offre le Code de procédure, d'après lequel il est difficile de savoir avec certitude quel est le tribunal compétent pour connaître de certains procès retentissants, ou même quel est le verdict définitif en raison de la découverte tardive d'un «vice de forme», consistant parfois dans le défaut de présentation d'un certificat de scolarité d'un juré.

Mais le formalisme intellectuel, qui lie et qui paralyse parfois juges et fonctionnaires, se reflète et se dédouble dans le formalisme matériel. Qu'on pense encore au papier timbré, qui constitue une sorte de *bonk-*

note juridique, avec un très haut indice de circulation, de dépôt et de crédit, puisqu'il est indispensable non seulement devant les tribunaux, dans les administrations, dans les études de notaires, mais aussi dans les rapports entre particuliers les plus simples et les plus innocents, au point de laisser croire qu'il confère une validité juridique aux conventions illicites; en effet, il n'est pas rare qu'on lise dans les journaux des histoires de parents qui cèdent l'exercice de la puissance paternelle sur les enfants, et même des histoires de maris qui louent leur femme, écrivant le contrat sur papier timbré pour se mettre en règle avec la loi, et même avec leur propre conscience. Il y a plus: tout récemment encore, l'acte était écrit ou transcrit à la main, sur papier timbré, alors que la dactylographie existait depuis longtemps; la disposition qui a permis aux greffiers d'utiliser la machine à écrire, date de quelques années, et du reste beaucoup d'entre eux ne savent pas s'en servir; et jusqu'à une époque très récente la Banque d'Italie interdisait l'usage du stylo à bille pour la signature des reçus et imposait à ses clients l'usage du porte-plume et de l'encrier. Nous attendons l'ordinateur comme les personnages du drame de Beckett attendent Godot.

4. Et venons-en au traditionalisme des bureaux judiciaires et administratifs. Il y a naturellement des explications d'ordre historique, c'est-à-dire politique et social, au rituel bureaucratique qui célèbre encore largement ses fastes dans les procédures administratives lentes, pénibles et parfois imprévues, qui sont nécessaires pour l'approbation de chaque dossier condamné à passer de main en main pour être palpé, soupesé, soumis à des contrôles multiples, trainant sur les bureaux, classé et retiré des tiroirs ou des classeurs, ou parfois même enseveli sous des monceaux de feuilles déposées sur une étagère; longues péripéties auxquelles mettrait fin la bande magnétique de la mémoire centrale d'un ordinateur.

Ces raisons de caractère historique sont nées des anciennes relations de méfiance et de domination que les fonctionnaires de régimes étrangers ou absolutistes avaient établies avec les citoyens analphabètes. La loi écrite, l'acte juridique sur papier timbré, la citation en latin ont servi, pendant des siècles, à garder les distances, la différence, la subordination entre l'avvocato Azzecagarbugli au service des puissants et le pauvre Renzo Tramaglino qui apporte les chapons. Et il n'est pas facile de remonter à contre-courant le fleuve des habitudes invétérées et des privilèges.

Et voilà maintenant la machine qui élimine les relations personnelles

entre le citoyen et le fonctionnaire, qui établit une relation anonyme, neutre et désintéressée; elle allège la pratique en la réduisant à un acte automatique faisant partie d'une série; elle contraint à se servir d'un langage simplifié et rationalisé. On a déjà fait l'expérience des effets de ce nouvel état de choses dans certains services automatisés, comme par exemple celui de la délivrance des actes d'état civil. L'employé qui, auparavant, écrivait le certificat en s'informant de la situation personnelle du requérant, remet aujourd'hui la feuille sans même la lire. L'avènement de l'ordinateur, c'est-à-dire d'une méthode de mise en mémoire, d'élaboration et de communication des données, qui est basée sur des procédés totalement différents de l'emploi de l'écriture à la main sur des feuilles de papier, satisfait une des exigences de la civilisation de masse, et surtout est destiné à opérer une transformation radicale des mœurs sociales dans les rapports entre le citoyen et l'organisation publique. Et il faut espérer que les nouvelles ressources offertes par l'ordinateur pourront préparer les remèdes aux vieilles lamentations d'Hamlet, prince de Danemark, qui, dans son fameux monologue *To be or not to be*, considère comme des maux insupportables de la vie humaine les lenteurs des procédures juridiques et l'arrogance des fonctionnaires publics.

5. Sommes-nous engagés sur ce chemin? Il ne nous est cependant pas permis de nous abandonner à l'illusion d'une utopie technologique et de nous soustraire à un examen critique de la réalité, avec ses lumières et ses ombres. L'effet le plus significatif de l'avènement des ordinateurs se manifeste dans l'instauration d'un nouveau type de pouvoir, fondé sur l'information. Une distorsion de l'usage de ces informations peut consister dans le monopole de la connaissance réservé uniquement à certains sujets, si bien qu'il est nécessaire de penser à des formes de contrôle social capables de rompre de telles situations pernicieuses de monopole.

C'est le problème nouveau qui se présente au citoyen de la fin du XX^{ème} siècle: l'information devient une ressource, une nouvelle source d'énergie qu'il faut transformer et distribuer pour qu'elle devienne utile. Cette ressource nouvelle constituée par la connaissance transformée en marchandise est d'une telle importance pratique et économique qu'on tend aujourd'hui à reconnaître l'existence d'un secteur quaternaire de la production économique, s'ajoutant aux trois secteurs traditionnels de l'industrie, de l'agriculture et des services. Le secteur quaternaire comprend les activités d'étude, d'instruction, de transmission et d'élaboration des informations; secteur qui constitue désormais un facteur décisif du

développement de l'économie moderne, tant au niveau de l'entreprise qu'au niveau de la politique économique.

La capacité de travail des ordinateurs s'est, en effet, très vite révélée comme un nouvel instrument très puissant de contrôle de la vie sociale; et l'on assiste à une opération de concentration continue de l'élaboration de l'information auprès des organes centraux du pouvoir politique et économique, pour permettre l'exploitation des nouvelles techniques au service de la collectivité. Un exemple, qui sera bien vite accessible à tous, est celui de la réforme fiscale approuvée tout récemment, qui prévoit la mise en ordinateur, dans un grand *computer* central, de tous les fichiers concernant les contribuables; avec le nouveau système, la recherche, la mise à jour, le calcul et la communication des données concernant la situation fiscale de chaque personne inscrite au rôle des contributions ne demandera que quelques instants.

Mais le ministre des Finances n'est pas le seul à utiliser les ordinateurs; la Banque d'Italie les utilise également, et dispose d'une installation très moderne servant à la fois à la collection des données numériques intéressant la gestion économique et à la collection des informations qui s'y rapportent; le ministère de l'Intérieur s'en sert pour établir le fichier des suspects; et d'autres ministères pour faciliter leurs activités spécifiques. L'appareil bureaucratique du pouvoir central exécutif s'est ainsi accru d'une manière invisible et s'est renforcé d'une manière très supérieure à ce que peut imaginer le citoyen ordinaire, car il dispose désormais de nouveaux employés, sous formes de machines, qui ne sont pas inscrits sur les rôles de l'administration publique, mais qui sont plus zélés, plus efficaces et mieux doués, dans un certain sens, qu'une armée entière d'employés en chair et en os.

6. Il s'agit donc d'une révolution invisible qui s'est accomplie dans le domaine des relations entre l'Etat et le citoyen à partir du moment où le pouvoir public, acquérant aussi le gouvernement de l'information, dispose d'une nouvelle force qui n'est pas encore réglementée et garantie par le droit. Nous avons parlé du rôle des contributions; nous pensons que, désormais, il est tout à fait possible avec les moyens de l'informatique de dresser un fichier général de tous les citoyens et de tous les éléments importants de la vie de chacun; par exemple de toutes les maladies déclarées en même temps que les visites effectuées par les médecins des mutuelles d'assurance, qui sont obligés d'indiquer leur diagnostic dans les dossier de remboursement. C'est une espèce de Jugement Dernier permanent qui se prépare sur la terre; à tout instant le passé de

chaque homme pourrait être étalé devant lui par une intelligence mécanique, lucide et implacable.

Nous n'en sommes pas encore arrivés là, et il n'est pas dit que nous y arriverons, tout au moins sur le plan de faits; mais cela n'empêche pas que le problème se présente comme une éventualité réelle, dont il est nécessaire de prendre conscience pour préparer les mesures nécessaires à la défense de la personne humaine contre la puissance décuplée de l'Etat.

Il est urgent, désormais, de fixer les limites de l'information publique et les formes de contrôle juridique sur l'observation de ces limites, comme l'enseigne l'expérience américaine.

Il existe un autre emploi possible des nouvelles techniques informatiques fort important pour la participation des citoyens à l'exercice des pouvoirs publics, pour ce qu'on appelle un «contrôle politique diffus». Il s'agirait de l'autre branche de l'alternative concernant le contrôle politique centralisé, qui serait facilité si l'on trouvait, demain dans l'informatique ce qu'on a trouvé dans l'énergie électrique quand Edison inventa la lampe qui devint une forme universelle d'énergie. Les processus de décision deviendraient ainsi plus rationnels et plus transparents avec l'aide des ordinateurs, obligeant le législateur à exposer, à programmer et à faire valider certaines décisions publiques dans les termes, d'une grande rigueur intellectuelle, qui sont nécessaires pour être acceptés par les ordinateurs. Il est vrai que la capacité logique actuelle des ordinateurs, et donc leurs effets rationalisateurs, ne peuvent être exploités convenablement parce que les ordinateurs sont situés dans le contexte d'une organisation qui n'est certes pas rationnelle; il en résulte qu'ils peuvent servir à «rationaliser l'irrationnel» et à donner une fausse apparence de caractère rationnel à des décisions qui font fi de la raison et du bon sens.

Il y a enfin le problème de fond de l'usage juridiquement correct de l'ordinateur. La première exigence fondamentale, absolument indispensable, est constituée par la fiabilité des informations tant à l'entrée qu'à la sortie. En d'autres termes il faut se prémunir contre le risque d'une manipulation des données ou, ce qui est pratiquement la même chose, de leur insuffisance. En se référant tout particulièrement à la phase de la collection, on parle respectivement de fraude d'emmagasiner et de pertes d'informations. Un ordinateur utilisé d'une façon tendancieuse peut se transformer en un instrument de pouvoir extrêmement dangereux —et même funeste— pour l'authenticité des orientations et des décisions de celui qui s'adresse à lui.

En définitive, les possibilités de calcul des *computers* ne peuvent certes pas remplacer l'intuition, la volonté, la bonne foi des hommes, comme on le voit dans certains romans ou dans certains films de science-fiction, mais en multipliant les énergies mentales des hommes, ils augmentent énormément leur capacité de faire du bien et du mal. L'ordinateur est une *simia hominis*, ainsi qu'on l'a défini pour indiquer les limites internes de ses applications qui sont destinées à mimer l'intelligence humaine, mais dont les opérations sont reproduites et reportées à une échelle de mesure surhumaine. En ce sens, on pourrait dire que l'ordinateur est une image matérielle active non pas de l'homme, mais du surhomme technologique, crée dans le laboratoire de la science moderne. Il convient d'empêcher que ces nouveaux géants de l'esprit ne deviennent les mercenaires du pouvoir technologique de la nouvelle société; la nouvelle dimension de l'intelligence humaine doit se mettre, elle aussi, au service de la liberté.

VITTORIO FROSINI
Università di Roma

WIRTSCHAFTSPOLITISCHE MITBESTIMMUNG ZWISCHEN RECHTSSTAAT UND SOZIALSTAAT

Das Sozialsystem der heutigen Industriegesellschaft unterscheidet sich von dem des 19. Jhdts durch zwei Entwicklungen: die zunehmende staatliche Intervention in ehemals «freie» Bereiche und das Einwirken vornehmlich wirtschaftlicher Interessenverbände zur Beeinflussung eben dieser staatlichen Interventionen und Institutionen. Dieses Verhältnis von staatlich-politischer und wirtschaftlicher Macht bzw «die sozialen Gruppierungen sind das ungelöste Problem des 20. Jahrhunderts» (1). Dabei handelt es sich jedoch nicht nur um ein Problem wirtschaftlicher Effizienz, sondern um eine Grundfrage des Rechtsverständnisses überhaupt.

I. DIE PROBLEMATIK ÜBERBETRIEBLICHER MITBESTIMMUNG

1. *Rechtsstaat, Sozialstaat, Gruppenstaat*

Jedes arbeitsteilige Sozialsystem hat die vielfältigen Aktivitäten zum Wohl aller aufeinander abzustimmen. Es steht vor einem Koordinations- und Subordinationsproblem (2). Dies gilt in besonderem Mass für den heutigen Rechts- und Sozialstaat, dessen Willensbildung entscheidend von den wirtschaftlichen Gruppeninteressen mitbestimmt wird.

Im vergangenen Jahrhundert wurde an den Staat nur die Forderung gestellt, sein eigenes Handeln an Gesetze zu binden, den Bürger gleichzeitig vor Übergriffen der öffentlichen Gewalt zu schützen (Rechtssicherheit) und die individuelle Lebensgestaltung hauptsächlich der freien Koordination mit anderen zu überlassen (Interventionsbeschränkung).

(1) WIETHÖLTER, R.: Recht. In: KADELBACH, G. (Hg.): *Wissenschaft und Gesellschaft. Einführung in das Studium von Politikwissenschaft, Neuere Geschichte, Volkswirtschaft, Recht, Soziologie*. Frankfurt, 1967, S.247.

(2) JÖHR, W. A.; SINGER, H. W.: *Die Nationalökonomie im Dienste der Wirtschaftspolitik*. Göttingen, 1964, 2.Aufl S. 146.

Bald aber zeigte sich, dass der Staat sich nicht darauf beschränken konnte nur «Rechtsstaat» zu sein. Es wurden ihm direkte Für- und Vorsorgeaufgaben übertragen, die den einzelnen überforderten. (Interventionsausweitung). Er wurde vom reinen Ordnungsgaranten zum «Leistungsträger» (3) und Integrationsgaranten.

Beide Elemente sind aus der Entwicklung der Verbände nicht wegzudenken: war es der Rechtsstaat der über die Koalitionsfreiheit die Interessenorganisationen überhaupt ermöglichte, so ist es umgekehrt das Ergebnis des Sozialstaats mit seinem System staatlicher Massnahmen, dass die Wirtschaftsverbände sich veranlasst sahen, ein Gegengewicht zu bilden (4) und ihre Organisation zu einem «Bollwerk der Macht» (5) auszubauen. Dies gelang ihnen denn auch so gründlich, dass ihr Machtpotential heute dem des Staates nur wenig nachsteht (6). Durch ihr Fachwissen, ihre ökonomische Potenz und ihr politisches Potential gelang ihnen ein wirtschaftspolitischer Machtgewinn, der ihnen Partizipationsrechte auf regionaler, nationaler und übernationaler Ebene sicherte (7). Es gilt heute als ausgemacht, dass eine staatliche Lenkung zum Scheitern verurteilt wäre, die nicht vorher ein positives «Arrangement» mit den Wirtschaftsverbänden suchte (8).

So machtvoll haben sich die Wirtschaftsverbände zwischen Individuum und Staat geschoben, dass man heute nicht mehr von Demokratie, sondern von «Verbandsdemokratie», nicht mehr vom Staat, sondern vom «pluralistischen Gruppenstaat» (9) zu sprechen geneigt ist.

2. *Verbandliche Mitbestimmung zwischen Rechts- und Sozialstaat*

Dieser «Siegeszug» (10) verbandlicher Mitbestimmung ist aber nicht

(3) FORSTHOFF, E.: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 1. Bd. München-Berlin, 1950, 31 f.

(4) GRUNER, E.: *Wirtschaftsverbände und Staat*. In: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 90 (1954) S. 9. Ebenso WERNER, J.: *Die Verbände in Wirtschaft und Politik*. Zürich 1959, S. 32.

(5) WIETHÖLTER, R.: *Op. cit.* S. 249.

(6) v. BEYME, K.: *Interessengruppen in der Demokratie*. München 1969, S. 61.

(7) Vgl. dazu den Artikel «Mitbestimmung» von W. WEDDINGEN. In: HdSW, Bd. 7, 367 ff.

(8) HOPPMANN, E.: *Konzertierte Aktion als Instrument der Globalsteuerung*. In: Wirtschaftswissenschaftliches Studium, H. 1 (1972) S. 8.

(9) BRIEFS, G.: *Pluralismus als Gefährdung der Einheit*. In: NUSCHELER STEFANI (Hg.) *Pluralismus. Konzeptionen und Kontroversen*. München 1972, 141 f.

(10) WEBER, W., RUPPE, H. G.: *Probleme einer Wirtschaftsplanung*. In: KAISER, J. H. (Hg.): *Planung III*. Baden-Baden 1968, S. 215 f.

nur einfach Kind, sondern auch Sorgenkind des demokratischen Rechts- und Sozialstaates, dessen Grundlagen in Gefahr geraten, wenn Mitbestimmung zum ungebändigten «Verbandsinterventionismus» entartet.

Ein Problem ergibt sich daraus, dass die Verbände zwar als Träger politischer Funktionen auftreten, ihre Stellung aber nur privatrechtlich voll erfassbar ist, während ihre staatsrechtliche Aufgabe als «private government» ungeklärt (11) bleibt. Wird aber die gesellschaftliche Ordnung rechtlich nicht erfassbaren Makrodektionen überantwortet, so geraten Rechtsschutz und Rechtsstaat in Gefahr (12). Aber auch die sozialstaatlichen Forderungen geraten ins Hintertreffen, wenn die Verbandsintervention «den demokratischen Prozess pragmatisch für autonom von ihr definierte Interessen» engagiert und «kein Prinzip gesellschaftlicher Integration» anerkennt (13). Aus einer machtmässigen Patt-Situation heraus entstandene «funktionslose Verteilungskämpfe» (14) etwa bringen niemandem Erfolg, sondern allen Nachteile in Form verschärfter Instabilität des Geldwerts, der Beschäftigung und der generellen politischen Atmosphäre. Ein 'vergesellschafteter' Gruppenstaat aber, der nur die Resultante politischer Pressionen sozialer Mächte ist, kann hier im Hinblick auf ein sozio-ökonomisch konkret fassbares Gemeinwohl nicht steuernd eingreifen (15). Totaler Gruppenkampf endet denn auch tendentiell in pluralistischer Anarchie und Staatsverlust oder in der Ausschaltung der Gegenmacht und damit im totalen Staat (16).

Wie kann daher —so lautet die Frage— neben der rechtsstaatlich garantierten Freiheit des Gruppenhandelns auch dessen soziale Verantwortung institutionalisiert und öffentlich kontrolliert werden. Eine «Sozialbindung der Verbände» (17) trifft aber nicht nur auf Schwierigkei-

(11) WIETHÖLTER, R.: *Op. cit.* S. 272.

(12) HOPPMANN, E.: *Die Konzertierte Aktion... op. cit.* S. 11.

(13) BRIEFS, G.: *Demokratie und Wirtschaft*. In: RAUSCHER, A. (Hg.): *Mitbestimmung. Referate und Diskussion auf der Tagung katholischer Sozialwissenschaftler 1968 in Mönchengladbach*. Köln 1968. S. 68.

(14) Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung: *Jahresgutachten 1967*, Bonn 1967, Ziff. 373.

(15) Gerade die Inflations-Empfindlichkeit der Verbraucher zeigt, dass eine einfache «Addition übergewichtig durchgesetzter Gruppeninteressen» nicht im Interesse aller liegt. MESSNER, J.: *Das Gemeinwohl im Laissez-faire Pluralismus*. In: *Soziale Verantwortung*. (Festschrift für G. BRIEFS zum 80. Geburtstag). Berlin 1968, S. 15.

(16) BRIEFS, G.: *Pluralismus...*, *op. cit.* 143. Ders.: *Compulsory Unionism*. In: «*Review of Social Economy*». 18 (1960), 67 ff.

(17) BIEDENKOPF, K. H.: *Mitbestimmung. Beiträge zur ordnungspolitischen Diskussion*. Köln 1972, 261.

ten in der konkreten Rechtsgestaltung, sondern vorgängig und ursächlich schon auf ordnungspolitische Hindernisse, die sich daraus ergeben, dass in den Postulaten des Rechts- und Sozialstaats zwei unterschiedliche, ja gegensätzliche Denkansätze aufeinanderprallen.

II. DIE PHILOSOPHISCHEN GRUNDLAGEN DES RECHTS- UND SOZIALSTAATS

1. *Rechtsstaatlicher Individualismus und Mitbestimmung der Verbände*

Der moderne Rechtsstaat ist nicht nur ein historisches Ergebnis der Emanzipation des Bürgertums vom absolutistischen Staat und seiner Gesellschaftsreglementierung. Wer tiefer lotet, muss ihn vor allem als Ausfluss der empiristisch-sensualistischen Erkenntnistheorie J. LOCKE's begreifen.

Danach ist Erkenntnis wesentlich auf Kenntnis subjektbedingter Vorstellungen (ideas) reduziert. Da Wissen immer partikulär bleibt (18), soziale Zielsetzungen apriori also nicht erkennbar sind, ist der Empirist beim Aufbau der Gesellschaft völlig auf das subjektive Bedürfniserleben, das Interesse und die Selbstbestimmung des Individuums angewiesen (Individualismus). Er muss konsequent beim «autonomen Selbstsein» ansetzen, dessen Recht auf freie Entfaltung unantastbar angeboren und vorstaatlich gegeben erscheint.

Diese ursprünglichen subjektiven Rechte und individuellen Ansprüche müssen, da sie keiner innerlichen Bindung unterliegen, nur äusserlich koordiniert und ineinandergefügt werden. Ausdruck dieser Rechts- und Gesellschaftsordnung kann nur der Gesellschaftsvertrag (Locke, Hobbes, Rousseau) sein.

Um der nach subjektivem Gutdünken gestalteten Persönlichkeitsentfaltung willen braucht der Mensch aber nicht nur freie Bewegung (etwa im Sinne der Menschenrechte), gesichertes «Kontraktrecht» (19) und Rechtsschutz, sondern auch die Rechtssicherheit, dass der Staat nicht in der Bereich individueller Freiheiten übergreift, es sei denn auf Grund

(18) LOCKE, J.: *Versuch über den menschlichen Verstand*. Bd. II, 4. Buch, 1. Kap. S. 164 (Philosophische Bibliothek, 76), Leipzig 1911.

(19) Die Unterscheidung zwischen vor-liberalem Statusrecht und liberalem «Kontraktrecht» geht auf M. REHBINDER zurück. Vgl. *Wandlungen der Rechtsstruktur im Sozialstaat*. In: HIRSCH, E. E., REHBINDER, M. (Hg.): *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*. Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 11, Köln/Opladen 1967, S. 202 ff.

gesetzlicher Ermächtigungen (Gesetzesvorbehalt) (20). Diese beziehen sich nicht auf direkte soziale Gestaltungsaufgaben, sondern auf den Schutz autonomer Handlungsspielräume vor internen und externen Störungen.

Dieses rechtsstaatliche Denken der strengen «Nichtintervention» (21) gilt ebenfalls für die Wirtschaftspolitik, da sich umfassende Sozialzwecke immer erst ex post aus dem Aufeinanderprall individueller Projekte inhaltlich herausfiltern können (22). Dies dank einer der Wirtschaft inhärenten Koordinationsmechanik, die automatisch zu einem gesellschaftlichen Konsens tendiert. Wer versucht, soziale Sinnbezüge von aussen heranzutragen, wirkt nur als Störfaktor. Folglich ist *der* Staat der beste, der die wirtschaftliche Steuerung weitgehend der anonymen Macht des Wettbewerbs überantwortet und nur interveniert, um dessen Funktionstüchtigkeit zu stärken (Wettbewerbspolitik) bzw. soziale Belange, die im wirtschaftlichen «laissez faire» selbst nicht realisiert wurden, nachträglich korrigierend in Angriff zu nehmen (Sozialpolitik) (23).

Sicherlich war der gruppenmässige Gesellschaftsaufbau dem klassisch-liberalen Rechtsstaat noch fremd; dennoch ist der heutige Gruppenstaat ein Gebilde, das aus dieser Denktradition lebt und erklärbar ist. Setzt man nämlich bei den «vorstaatlichen» Rechten der Individuen und Gruppen an, dann kann die Gesellschaft nur «rechtspluralistisch» aus Eigenrechten verfasst sein, die eine «Rechts-Föderation» bilden (24). Folglich kann der Staat auch nicht oberste souveräne Macht, sondern «nur einer von vielen Verbänden innerhalb der Gesellschaft sein», der sich durch seine Leistung im Gruppenwettbewerb gegen die vielfältigen Interessenverbände behaupten muss (25). Da die Verbände ihre völlig isolierte Rechtsbewandtnis behalten, kommt dem Staat nur soviel Recht zu,

(20) Vgl. dazu MENGER, C.-F.: Artikel «Rechtsstaat». In: HdSW, Bd. 8, Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1964, S. 768 ff. Ebenso BENDER, B.: *Rechtsstaat und Sozialstaat. Zur Dialektik des heutigen Verfassungstaats*. In: BRIEFS, G. (Hg.): *Laissez-faire-Pluralismus.. Demokratie und Wirtschaft des gegenwärtigen Zeitalters*. Berlin 1966, S. 319 ff, hier 325 ff.

(21) MESSNER, J.: *Die soziale Frage*. Innsbruck/Wien/München 1964, 7. erw. Aufl., S. 143.

(22) HAYEK, F. A.: Artikel «Politischer Liberalismus». In: HdSW, Bd. 6, S. 591 ff. Göttingen 1959.

(23) In dieser Frage ist der Neo-oder Ordo-Liberalismus um EUCKEN, RÜSTOW, RÖPKE, HAYEK u.a. entscheidend über den klassischen Liberalismus hinausgegangen

(24) UTZ, A. F.: *Rechtsphilosophie. Sozialethik*, II. Teil: Heidelberg/Löwen 1963, S. 172 f.

(25) LASKI, H.: *Die Souveränität des Staates* (1951). Wiederabgedr. in NUSCHELER, F., STEFANI, W. (Hg.): *op. cit.* 70 ff. und 81. Er stützt sich dabei offensichtlich auf die Vorarbeiten A. F. BENTLEY's.

als die autonomen Gruppen ihm abzutreten bereit sind (pluralistischer Gruppenstaat).

Dieser Verzicht auf eine übergeordnete staatliche Sozialgestaltung im «Laissez-faire-Pluralismus» ist es denn auch, der die verbandliche Mitbestimmung heute zum Problem werden lässt (26). Wird nämlich der Staat ganz von einer individualistisch verstandenen Gruppenautonomie her aufgebaut, dann gilt es als erstes, diese unantastbaren Rechte gegen staatliche Übergriffe abzusichern. Andererseits bleibt die klassische Harmonievorstellung insoweit erhalten, als man sich von dem kontinuierlichen Gruppenkonflikt nicht nur eine Machtstabilisierung, sondern sogar ein sozial verantwortbares Ergebnis erwartet. Die weltweite Misere der Geldwertstabilität vermag jedoch schlagend zu beweisen, dass dem uneingeschränkten Gruppenkampf keinesfalls die unterstellte Integrationskraft innewohnt, ja dass es eine prinzipiell uneinschränkbare Sozialautonomie nicht geben kann, wenn dafür den Gesellschaftsgliedern nicht «überhöhte soziale Kosten» aufgebürdet werden sollen.

2. *Das universalistische Denken des Sozialstaats*

In der Erkenntnis, dass mit einer «Übersteigerung des Prinzips der Vertragsfreiheit» (27) an den Grundtatbestand der Sozialbindung im Grunde nicht heranzukommen ist, sucht der Sozialstaat eine völlig andere gedankliche Verankerung. Wohl mag es scheinen, als sei dies erst eine, historische Folge liberal-rechtstaatlicher Korrekturbedürftigkeit, doch beweist die lange Tradition staatsrechtlichen Denkens seit der Antike das Gegenteil (28).

Fasst man den Sozialstaat als «the institutional outcome of the assumption by a society of legal und therefore formal and explicit responsibility of the basic well-being of all its members» (29), so zeigt das schon, dass dieses Staatsverständnis sich nicht auf Wertagnostizismus

(26) LASKI ist sich der individualistischen Verwurzelung seiner Theorie wohl bewusst, denn «keine pluralistische Einstellung kann das vermeiden». (a.a.O.S.75) Allerdings ist dies ein Liberalismus 2. Grades, wie BRIEFS richtig hervorhebt. Vgl. *Zwischen Kapitalismus und Syndikalismus*. Bern 1952, S. 58.

(27) REHBINDER, M.: *Op. cit.* S. 205.

(28) Vgl. dazu O. SPAINN: Artikel «Soziologie». In: *Handwörterbuch d. Staatswissenschaften* 4, Aufl Bd. VII, Jena 1926, S. 657.

(29) GRIVETZ, H. K.: Artikel «Welfare State». In: *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. 16, S. 514. Dort spricht er auch von einem «new age of humanitarianism».

und Erkenntnispessimismus abstützt, sondern von vorgegebenen Werten ausgeht, die in der menschlichen Natur verankert sind.

Ansatzpunkt ist die gesamte menschliche Persönlichkeit, die als Einheit aus individuellen und sozialen Strebungen ihre Erfüllung sucht. Da der Mensch nicht nur Individuum ist, sondern vielfältigen sozialen Bindungen und Prozessen unterliegt, die Persönlichkeit aber eine Einheit darstellt, kann die menschliche Entfaltung nur gelingen, wenn diese vielfältigen Bindungen in einer umfassenden Einheit integriert sind, nämlich in der Gesellschaft.

Um dem Menschen also gerecht zu werden, kann es vorderhand nicht darum gehen, um jeden Preis subjektive Freiheitsrechte zu garantieren (30), sondern darum, umfassende menschliche Werte zu realisieren; vor allem dann nicht, wenn der Einzelne von den Selbstbestimmungschancen nicht den rechten Gebrauch machen kann, sei es, weil es ihm unmöglich ist, «seine wirklichen Bedürfnisse zu erkennen und seine wirklichen Fähigkeiten zu erfassen, oder weil es ihm die Verhältnisse unmöglich machen, sie wirklich zu befriedigen und zu entfalten.» (31) Erstes Ziel ist die menschliche Perfektion, und da diese nur durch Kooperation und Unterstützung aller zugunsten des Einzelnen zu bewerkstelligen ist (Ausbildung, Gesundheit, Lebensqualität, etc.), muss die Sozialgestaltung zuallererst von der gesellschaftlichen Ganzheit ausgehen (Universalismus).

Darin gründet auch eine «voluntaristisch»—sozialplanerische Sicht der staatlichen Rechtssetzung. Da nämlich keine vorgesellschaftlich—autonomen Rechtseinheiten existieren, sondern alle der Idee nach im Ganzheitsgerfüge verankert sind bzw in ihrer Aktion der gesellschaftlichen Zielordnung unterstehen, ist ein Masstab für die *Freiheiten* wie für die Staatsgewalt mitgegeben. Es geht nicht mehr um die Freiheit vor Staatsgewalt an sich, sondern nur um Freiheit vor «ungerechtfertigter» Staatsgewalt (32). Der Staat ist grundsätzlich nicht mehr nur Ordnungs—und Gesetzes—staat, sondern Leistungsstaat (social service state) (33), der zur direkten Gesellschaftsgestaltung im Dienst der Fürsorge und Vorsorge aller aufgerufen ist. Allein die mit diesen Eingriffen verbundene Erwei-

(30) K. MARX hat zu Recht kritisiert, dass bürgerlich-formale Freiheitsrechte notwendigerweise «Ungleiches gleich» behandeln müssten. Vgl. Kritik des Gothaer Programms. In: BORKENAU, F. (Hg.): *Karl Marx*. Frankfurt 1956, S. 204.

(31) MAIHOFER, W.: *Rechtsstaat und Sozialstaat*. In: WEYER, W. (Hg.): *Rechtsstaat-Sozialstaat*. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1972, S. 27.

(32) UTZ, A. F.: *Op. cit.* S. 163.

(33) GRIVETZ, H. K.: *Op. cit.* S. 514.

terung des Rechtsstoffs und die Ausbildung völlig neuer Rechtsbereiche (z. B. Umweltschutz-Gesetzgebung) (34), hat schon zur Folge, dass der Bereich der Privatautonomie immer mehr an Bedeutung verlieren muss (35).

Damit ist auch die Behandlung der Mitbestimmung der Verbände eine ganz andere als im liberalen Rechtsstaat. Da von einer gesamtgesellschaftlich verpflichtenden Bedürfnisordnung aus kein Freiheitsrecht, auch das der Interessengruppen nicht, als absolut begriffen werden kann (36), muss sich die Verbandsherrschaft «aus sozialstaatlichen Erwägungen erhebliche rechtliche Einschränkungen und Überprüfungen gefallen lassen» (37). Das soll nun nicht heißen, es gäbe keinen anderen Sozialstaat als den der totalitären Wohlfahrtsplanung.

Sicherlich gibt es die Vertreter des dirigistischen Sozialstaats, für die der Sozialzweck inhaltlich so klar und vollständig erfassbar ist, dass der konkrete Staat sich voll damit identifiziert. Für LENIN geht diese Zielverhaftung sogar so weit, dass für ihn die nach-revolutionäre Staatsgewalt «an keine Gesetze gebunden» ist (38). Der Wunsch nach Selbstbestimmung der Gruppen kann nur als vernünftige, «wissende» Freiheit sein Recht finden. Entfernt sie sich von der vorgegebenen Zielordnung, dann kann es sich nur um Unvernunft und Unrecht handeln. Die Schaltstelle, die darüber zu befinden hat und den Individuen oder Interessengruppen direkt «die Geschäfte zuweisen» kann (39), ist die Wissenselite der Philosophen (PLATO) und Gelehrten (SAINT-SIMON) oder sonst ein Führungs-Corps (Partei). In allen Fällen erlangen subjektive Freiheitsrechte entweder überhaupt keine Bedeutung oder erts nach Abschluss

(34) Schon dies zeigt, dass der Unterschied zwischen Rechts- und Sozialstaat nicht etwa darin zu suchen ist, dass der Sozialstaat dem Individuum etwa keine Rechte garantiert. Im Gegenteil ist H. ACHINGER beizupflichten, der schreibt: «Was an unserer gesellschaftlichen Ordnung sozial ist, wird heute überwiegend durch Gesetze beschrieben und durch Behörden verwirklicht.» Der soziale Rechtsstaat und die sich wandelnde Gesellschaft. In: Sozialer Rechtsstaat. Weg oder Irrweg? Bad Godesberg 1963, S. 73.

(35) REHBINDER, M.: *Op. cit.* S. 206.

(36) BRIEFS, G.: *Die Grenzen der Tarifautonomie*. In: Gewerkschaftsprobleme in unserer Zeit. Beiträge zur Standortbestimmung. Frankfurt 1968, S. 171. «Tarifautonomie hat ihren guten Sinn..., sie kann (aber) nicht verteidigt werden als ein Quasi-Naturrecht...».

(37) REHBINDER, M.: a.a.O.S.207.

(38) LENIN, W. I.: *Die proletarische Revolution und der Renegat Kautsky*. In: Ausgewählte Werke. Bd. III. Berlin-Ost 1970, S. 80.

(39) HEGEL, G. W. F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt 1970, S. 262.

eines Erziehungsprozesses. Denn Freiheit (und freie Interessenartikulation der Gruppen) ist und bleibt «Einsicht in die Notwendigkeit» (40). Autonomes Handeln aber muss systemfremd erscheinen. So handelt denn LENIN auch konsequent, wenn er z. B. Gewerkschaften unmittelbar zu Staatsorganen deklariert, die in ihrer Arbeit von der Partei angeleitet werden (41).

Diese Entwicklung lässt sich jedoch vermeiden, wenn man die Idealordnung nicht mit der konkreten Handlungsordnung gleichsetzt. Geht man nämlich davon aus, dass die soziale Sinnggebung nicht so durchgängig ausgebreitet vorliegt, als dass sie nicht von staatlichen Machträgern zum Schaden der freien Persönlichkeitsentfaltung umgeben werden könnte, so ergibt sich der Ansatz für den freiheitlichen Sozialstaat.

Da das Individuum der Unterdrückungsgefahr eher ausgesetzt ist als das Kollektiv, muss man in der praktischen Staatsorganisation eine Regulierung suchen, die das Individuum vor Übergriffen des Staates und der Mimenchen schützt. Das ist rechtspolitisch die Formulierung von Freiheitsrechten. Im Gegensatz zum liberalen Rechtsstaat ist dieses Freiheitsverständnis niemals absolut, sondern immer instrumental und einschränkbar, wo —wie HEGEL es ausdrücken würde— «die Wirklichkeit der sittlichen Idee» nicht erfüllt wird (42). Dies hat nichts mit Interessensdirigismus zu tun, wohl aber bleibt der letzte Masstab erhalten, von dem aus der freie Interessenkonflikt einer Kontrolle unterworfen werden kann.

III. VERBANDLICHE MITBESTIMMUNGSKONZEPTE AUF DER SUCHE NACH EINER SYNTHESE ZWISCHEN RECHTSSTAAT UND SOZIALSTAAT

1. *Der Mittelweg auf der Basis des liberalen Rechtsstaats*

Die westlichen Industriestaaten waren allerdings viel zu sehr der liberalen Wirtschaftstradition verhafter, um diesen universalistischen Denksatz nachzuvollziehen. Ihnen schien es sinnvoller von der Freiheits-

(40) ENGEL, F.: *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft*. Zürich o.J., S. 135. Im Anschluss an HEGEL bezeichnet er Freiheit als einsichtige «Herrschaft über uns selbst und über die äussere Natur». Sie ist erst dann gegeben, wenn es «keine Sorgen um die individuellen Existenzmittel mehr gibt.» (137).

(41) LENIN, W. I.: Über die Rolle und die Aufgaben der Gewerkschaften unter den Verhältnissen der Neuen Ökonomischen Politik. *Op. cit.* S. 749.

(42) HEGEL, G. F. W.: a.a.O.S. 257.



konzeption des Rechtsstaats her anzusetzen und dann «die Bindung durch das Sozialstaatsprinzip» zu sichern (43). Das ist es, was der «soziale Rechtsstaat» oder —ökonomisch ausgedrückt— die «soziale Marktwirtschaft» zu versprechen scheinen. Ähnliches klingt auch durch, wenn TOURAINE die postindustriellen «Vertragsgesellschaften» durch einen grundsätzlich freien Konfliktaustrag kennzeichnet, der aber dennoch in irgendeiner Form institutionalisiert werden soll (44).

Mit einer begrifflichen Assoziation von Rechtsstaat und Sozialstaat allein ist einer tragfähigen Lösung aber kaum näherzukommen. Hält man sich nämlich einmal die Verschiedenartigkeit der Denkansätze vor Augen, so muss auffallen, dass es sich vom Ansatz her um zwei direkt konträre Sozialentwürfe handelt, die wegen ihres gegensätzlichen Sozialverständnisses nicht einfachhin zu einem neuartigen «Mittleren» zusammengeschweisst werden können. Denkerisch gibt es nur den einen oder den anderen Weg. Dies hat F. KLEIN gut erkannt, wenn er hervorhebt, dass bei prinzipiell unbegrenzten Freiheitsrechten und prinzipiell begrenzten Staatsinterventionen vom sozialen Rechtsstaat letztlich nur der liberale Rechtsstaat übrigbleiben kann (45). Ebensowenig kann man von prinzipiell ungebundenen Gruppenkonflikten die Brücke zu einem Recht auf straffe Konfliktbegrenzung durch Staatsmacht schlagen. So kann es nicht verwundern, wenn GREWE den sozialen Rechtsstaat als «substanzlosen Blankettbegriff» abqualifiziert und FORSTHOFF von einer unmöglichen «adjektivistischen Etikettierung» spricht (46).

Dennoch scheinen die modernen Industriestaaten meist davon auszugehen, dass es nur einer «sozialen Aufladung von Freiheitsrechten» bedürfte (47), um die Balance zwischen den beiden gegensätzlichen Ordnungskonzeptionen durchhalten zu können. An zwei Beispielen lässt sich verdeutlichen, dass dies nicht der Fall ist.

(43) So etwa schreibt E. FECHNER, die Freiheit werde durch das Rechtsstaatsprinzip, die Bindung durch die Sozialstaatlichkeit erreicht. Vgl. Artikel «Rechtsphilosophie». In: HdSW, Bd.8, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1964, S. 755.

(44) TOURAINE, A.: *Die postindustrielle Gesellschaft*. Frankfurt 1972, S. 191.

(45) KLEIN, F.: *Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat*. In: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 106 (1950) 3, S. 402.

(46) FORSTHOFF, E.: *Begriff und Wesen des Rechtsstaates*. In: VVDStRL 12 (1954) S. 8 ff.

(47) SCHMIDT, R.: *Der soziale Auftrag des Grundgesetzes*. In: WEYER, W. (Hg.): *Rechtsstaat-Sozialstaat*, *op. cit.* S. 45. Das deutsche Grundgesetz spricht im Artikel 20 ausdrücklich vom «sozialen Rechtsstaat».

2. Planismus und Partizipation: Frankreichs Mitbestimmungsmodell

Frankreichs Lösung des Problems der verbandlichen Mitbestimmung ist die Idee des Planungsstaats (planisme) (48). Entsprechend der soziologischen Gruppentheorie ist der Staat nicht mehr Hoheitsgewalt, sondern Akteur unter Akteuren, «Etat societal» (49), der sich —um gesellschaftliche Ziele zu realisieren— mit den intermediären Gruppierungen und den Fachexperten in Form eines «oeuvre collective» (50) zu einem «permanenten Dialog» (51) zusammenfindet (Modernisierungskommissionen). Damit wird gesellschaftliche Planung zu einem institutionalisierten Integrationsprozess der sozialen Mächte, in dessen Verlauf gruppenindividualistische Rechtsansprüche durch dauernden Zwang zur Selbstkorrektur ohne Zwangsgewalt mit dem öffentlichen Interesse zu einem Totum verschmelzen (52). Endergebnis dieses sich selbst steuernden «Konzerts aller Kräfte der Nation» (53) ist ein von allen mitentworfen und daher verpflichtendes «soziales Projekt» (7), der Plan. Er erhält Gesetzescharakter.

Der Staat begreift sich dabei nur als «Entwicklungsagent» (55) eines «rechtzeitigen Kartells (56). Er organisiert nur ein Diskussionsforum (57), verzichtet aber auf direkte Steuerungsaufgaben. Er ist nur eine von mehreren Kontraktparteien. Diese Selbstbeschränkung ruht auf der Hoffnung, dass die Interessenverbände durch dauerndes Informationsaustausch» in ihrem Freiheitsstreben klug geworden» (58) —sich freiwillig zur «Sozialfreundschaft» bereitfinden. Wenn der gemeinsame Zukunftsentwurf eine allseits befriedigende Chancenverteilung vorsieht, dann besitzt er eine solche Integrationskraft, dass «planification indicative» ohne weitere rechtlich—imperative Staatsinterventionen möglich ist.

(48) TOUCHARD/SOLE verstehen darunter eine planerische Gesellschaftphilosophie des modernen Industriestaats. Vgl. *Planification et technocratie*. In: *La planification comme processus de décision*. Paris 1965, S. 23 f.

(49) TOURAINE, A.: *Sociologie de l'action*. Paris 1965, S. 305.

(50) Statt anderer PERROUX, F.: *Le IVe Plan français*. Paris 1962, S. 15 f.

(51) BLOCH-LAINÉ, A. *La recherche d'une économie concertée*. Paris, 1964, S. 7.

(52) Nach PERROUX führt dies zur «publication du privé et... privatisation du public.» *Industrie et creation collective*. Paris 1964, 142.

(53) MASSÉ, P.: *Le Plan ou l'anti-hasard*. Paris 1965, 152.

(54) PERROUX, F.: *Op. cit.*, 140 ff.

(55) VOLK, H.: *Rationalität und Herrschaft*. Berlin 1970, S. 38.

(56) ebenda, S. 135.

(57) In dieser «table ronde» sieht E. FAURE das Kernstück des Planismus überhaupt. Vgl. *Le nouveau contrat social*. In: *La Nef* 20 (1963) 15, S. 123 ff.

(58) VOLK, H.: *Op. cit.*, 39.

In der französischen Planungspraxis ist man von diesem Vertrauen in eine neue «Planungsmentalität» allerdings weniger beseelt. Aus Furcht, dass der liberale Gruppenstaat den Konflikten doch nicht Herr werden könnte, überwiegt hier deshalb das universalistisch-voluntaristische Element. Nunmehr erscheint der Staat als genuiner und oberster Vertreter eines objektiv vorgegebenen Gemeinwohls (59), dessen Führungsanspruch «legitim, demokratisch und sozial» ist (60) und der sich die «Kohärenz» seiner Planung nicht stören lassen will (61). Er ist nicht mehr gleichberechtigter Diskussionspartner der Verbände, sondern betrachtet diese als seine «Geschöpfe» denen gegenüber er Leistungskriterien festsetzt und einen Erfüllungsanspruch besitzt (62).

Um aber nicht in totalitäre Sozialstaatlichkeit abzugleiten wird der Planungsbürokratie eine Sonderrolle zugeteilt. Als Kontraktpartei und Machtgruppe hat sie sich in den Interessenkampf zu begeben und die Entwicklungsziele der Nation durch Absprachen, Aufklärung, vertragliche Fixierungen und ständig wechselnde Koalitionen mit den Dialogpartnern abzusichern (63). Zwar kommt den Planungsexperten keine direkte imperative Interventionsbefugnis zu, doch halten sie «strategische Punkte auf dem Regierungsschachbrett» (64) besetzt. Durch diesen beachtlichen Machtvorsprung ist es ihnen möglich, den Mitbestimmungsprozess nach Kräften in die gewünschte Richtung zu dirigieren.

Sicherlich spielt dabei die Konsensbildung durch Information eine Rolle, wichtiger und im Ergebnis sicherer erscheint den Planern aber die Konsensbildung durch Koalition:

- zwischen Industrie und Staatsverwaltung mit Hilfe gleicher Indoktrinierung(zentralisiertes Ausbildungssystem).
- zwischen Planungsexperten und entfernten Verwaltungstellen, die nicht konforme Interessen (gruppen) durch «Amtshilfe» sukzessive «einkreisen».
- zwischen Planungsbürokratie und plankonformen Interessen

(59) JOUVENEL, B. DE: *Über Souveränität, Auf der Suche nach dem Gemeinwohl*. Neuwied/Berlin 1963, S. 132 ff.

(60) TOURAINE, A.: *Op. cit.*, 308.

(61) BAUCHET, P.: *Aspects et Méthodes de la Planification Française. Le Rôle de l'Exécutif*. In: KAISER, J. H. (Hg.): *Planung III*. Baden-Baden 1968, 256.

(62) JOUVENEL, B. DE: *Op. cit.*, 41.

(63) MASSE, P.: *Op. cit.*, 104: «La voie ouverte par le Plan est celle du dialogue, prolongé par le contrat.»

(64) a.a.O. 154.

(gruppen) mit Hilfe von «Quasi-Kontrakten» (65), in denen als Gegenleistung für «richtiges Verhalten» Verbesserungen einzelner Machtpositionen ausgehandelt und staatlich garantiert werden. Dadurch werden «Rechtskreise mit ungleichem Recht geschaffen» (66) die auf Dauer den Widerstand der Konfliktgruppen brechen sollen.

Damit aber gleitet die «économie contractuelle» von der Theorie pluralistisch liberaler Abstimmungsprozesse vollends in die «économie de tutelle» rechtlicher Erzwingung vorgegebener Sozialzwecke hinüber (67). Aus Angst vor einer Verfehlung wichtiger gesellschaftliche Ziele erhalten die Freiheitsrechte und die gruppenmässige Mitbestimmung im Grunde keine Bewährungschance. Aus Unbehagen an der dem Liberalismus verhafteten sozialen Rechtstaatlichkeit findet plötzlich ein Umschlag in das universalische Denken des Sozialstaats statt, aber nicht in einer Weise, die die Selbstbestimmung zuerst auf ihre Wirkungsmöglichkeiten hin überprüfen würde. Statt dessen werden die Gruppenrechte zwar nicht durch direkte Planungsbefehle, wohl aber durch «Einkreisung» einer rigurosen Disziplinierung unterworfen (68), Damit aber werden wichtige Prinzipien der Rechtsstaats zugunsten der Sozialstaatlichkeit aufgeweicht.

3. Die Konzertierte Aktion: Verbandliche Mitbestimmung in Deutschland

Eine andere Form moderner «Vertragsgesellschaft» stellt Deutschlands «Konzertierte Aktion» dar. Obwohl Frankreichs «planisme» rein terminologisch vielfach nachgebildet, liegt hier doch ein anderer Versuch vor, die Gruppenmacht mit den Forderungen des Rechts —und Sozialstaats zu vereinen.

Auch hier versucht der Staat einen «sozialen Dialog» mit den Wirtschaftsverbänden, um seine eigenen Entscheidungen rationeller zu treffen und die Interessensstandpunkte ex ante zu einer Verhaltensskoordination

(65) FOURASTIÉ, J., COURTHÉOUX, J.: *La planification économique en France*. Paris 1968 2e ed., 170. Sie sprechen auch von einer «économie des conventions».

(66) HUBER, H.: *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*. In: *Demokratie und Rechtsstaat*. Zürich 1953, 78.

(67) BLOCH-LAINÉ, F.: *Pour une réforme de l'entreprise*. Paris 1963, S. 64.

(68) Zur Frage der Situierung der französischen Planifikation als Mittelweg vgl meine Arbeit: *Die Wirtschaft zwischen Zwang und Freiheit. Wirtschaftsplanung und Weltanschauung*. Heidelberg/Löwen 1971.

zu bewegen, die sich am Gesamtwohl ausrichtet. Um ein solches «gleichzeitiges, aufeinander abgestimmtes Verhalten» (69) zu erzielen, stellt der Staat zwar keinen Plan, wohl aber «Orientierungsdaten» zur Verfügung, aus denen sich die gesamtgesellschaftlichen Belange ablesen lassen sollen (z. B. über die Einkommenspolitik).

Ansatzpunkt dieser Überlegung ist, wie in Frankreich, die Verbesserung der Aufklärung und des Informationsniveaus aller Beteiligten. Ebenso wie dort erwartet man sich auch hier nicht nur ein unverbindliches Lohngespräch, sondern ein Stück Gesellschaftspolitik. Rationale Kommunikation soll einen gesellschaftlichen Integrationsprozes auslösen, indem sie Konfliktfelder eingrenzt und langsam zu einem auf das Gesamtwohl gerichteten Konsens zwischen den autonomen Gruppen und dem Staat führt (70). Dies umso eher als die organisierten Interessen über die «Konzertierte Aktion» an der Vorformung wirtschaftspolitischer Entschiede konsultativ mitwirken.

Zwar erzeugt die Partizipation an diesem multilateralen Herrschafts- und «Stabilitätspakt» zwischen Staat und Verbänden und die Zustimmung zu dort getroffenen Makrodektionen eine Beschränkung künftiger Handlungsspielräume, doch erreicht die Konzertierte Aktion dies nur durch Zureden, nicht durch Methoden der staatlichen Zwangsgewalt. Niemand ist gezwungen, sich der «moral suasion» vorgelegter «leitlinien» zu fügen (71). Die Tarifautonomie wird dadurch nicht eingeschränkt.

Wie in Frankreich wird der Erfolg sich dann einstellen, wenn die Orientierungsdaten sich mit den Vorstellungen der Sozialpartner decken. Zeichnet sich aber eine Überforderung des Sozialprodukts ab und werden die Verbände zu einer freiwilligen Selbstbegrenzung ihrer Ansprüche angehalten, dann streben die sozialen Kräfte wie bisher auseinander. Immer dann, wenn die Vorteile des Informationsflusses die Nachteile eines eingeschränkten Aktionsfeldes nicht mehr überwogen, haben die Interessengruppen sich daher immer auf ihre Tarifautonomie zurückgezogen (72). Dies kann auch nicht anders sein, da der Erfolg des «Dialogs»

(69) Vgl. § 3 des Stabilitätsgesetzes vom 8.6.1967.

(70) Das Jahresgutachten 1969 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Lage spricht von einem «Friedensschluss vor einem möglichen Verteilungskampf».

(71) Vgl. dazu E. TUCHTFELDT: *Moral Suasion in der Wirtschaftspolitik*. In: HOPPMANN, E. (Hg.): *Konzertierte Aktion. Kritische Beiträge zu einem Experiment*. Frankfurt 1971, S. 21 ff. Er weist darauf hin, dass die Konzertierte Aktion deswegen über die Politik des guten Zuredens und der Masshalte-Appelle, wenn auch in quantifizierter Form, nicht hinausgelangt. (22).

(72) WERNER, J.: *Funktionswandel der Verbände*. In: HOPPMANN, E. (Hg.):

völlig auf der Freiwilligkeit der Partizipanten ruht. Tatsächlich kann die Beteiligung der organisierten Gruppen, schon wegen ihres «Erfolgszwangs» gegenüber den Mitgliedern, bei uneingeschränkter privatrechtlicher Entscheidungsfreiheit nicht über das von den Verbänden selbst gesteckte Interessensfeld hinausgehen (13). Die Verankerung im liberalen Rechtsstaat kann das Dilemma zwischen Handlungsfreiheit und institutioneller Bindung der wirtschaftspolitischen Entscheide nicht lösen. Ein Funktionswandel der Verbände, wie er sich aus der Übernahme erweiterter Verantwortung aufdrängt, kann auf diese Weise nicht eintreten. Da der Staat weiterhin ganz auf die Einwilligung der Gruppen angewiesen bleibt und ihm keine weitergehenden Interventionsrechte zugestanden werden, stellt die «Konzertierte Aktion» nur eine andere Form des liberalen Gruppenkonflikts dar. Zwar wird der Staat vorher angehört, doch wurden ihm keine weiteren Möglichkeiten der Verhaltenskoordination zugestanden. Übrig bleibt allenfalls «eine Art institutionalisiertes Hearing» mit der «sozialtherapeutischen Funktionen», den Interessenstreit zu entkrampfen (74).

Sicherlich ist deutsche Staat nicht so schwach, dass er nicht eine Reihe wichtiger Sozialaufgaben erfüllen könnte. Eine Grundbedingung dafür aber, die Garantie eines stabilen Geldwerts, kann durch Zureden allein nicht gesichert werden. Da der individualistische Ansatz des «sozialen Rechtsstaats» prinzipiell keine Handhabe gegen den Gruppenegoismus ermöglicht, bleibt der Staat hier zu schwach, um seinen Sozialauftrag erfüllen zu können. Zugleich gerät durch die Konzertierte Aktion auch der Rechtsstaat in Gefahr, da

- die Verbände keine verfassungsmässige Legitimation zu direktem «Mitregiment» (75) besitzen,
- die Partizipationsrechte der rechtsstaatlichen Kontrolle entzogen sind (76).

Op. cit. 192 ff. «Tatsache ist, dass sich die Sozialpartner gerade nicht auf die ihnen über die Konzertierte Aktion gegebenen Empfehlungen geeinigt haben».

(73) BIEDENKOPF, K. H.: *Ordnungspolitische Probleme der neuen Wirtschaftspolitik*. In: Jahrbuch f. Sozialwissenschaft, 19 (1968), 308 ff. C. WATRIN frag sich daher, ob es dazu einer «Konzertierten Aktion» bedarf. Geldwertstabilität, Konzertierte Aktion und autonome Gruppen. In: HOPPMANN, E. (Hg.): *Op. cit.* S. 218 ff.

(74) WATRIN, C.: a.a.O. S. 210.

(75) RUPP, H. H.: *Konzertierte Aktion und freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie*. In: HOPPMANN, E. (Hg.): *Op. cit.* S. 13 Gemeint ist das Demokratiegebot nach Artikel 21, Abs. 1 des Grundgesetzes.

(76) Für BIEDENKOPF ist die Konzertierte Aktion ein «closed shop», der kein

— die Beschlüsse sich der rechtlichen Fassbarkeit und damit auch der Klagbarkeit entziehen (77).

Somit ist auch der deutsche Versuch, die verbandliche Mitbestimmung zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat auszubalancieren, fehlgeschlagen. Der unklare Denkansatz liess jedoch diesmal, im Gegensatz zu Frankreich, das Pendel klar zur individualistischen Seite zurückschlagen.

IV. ANSÄTZE ZUR LÖSUNG DES MITBESTIMMUNGSPROBLEMS

Die Suche nach dem «sozialen Dialog» zwischen Staat und Wirtschaftsverbänden hat deutlich werden lassen, dass rechtsstaatlich-marktliberales Denken, das seinen Gesellschaftsentwurf einzig bei gemeinsamen Regeln des Konfliktaustrags ansetzt (78), die Brücke zur sozialen Bindung des Handelns eigentlich nicht zu schlagen vermag. Daran ändert auch der Ruf nach Verstärkung marktwirtschaftlicher Regelmechanismen wenig. Das heisst jedoch nichts anderes, als dass die Lösung nur auf dem Weg über das sozialstaatlich-universalistische Denken gesucht werden kann (79).

Tatsächlich kann der Mensch nicht als willkürlich handelndes Individuum begriffen werden, das sich seine Entfaltung gegen den konstanten Widerstand seiner Artgenossen erkämpfen könnte (80). Eine volle Persönlichkeitsentwicklung kann nur durch Kooperation mit den Mitmenschen gelingen. Hier muss der Ordnungsentwurf ansetzen. Daher ist der Staat wesentlich Sozialstaat.

Der Gefahr totalitärer «Sozial-Verplanung» kann man sich dadurch entziehen, dass man den Sozialzweck als analoge Sinnfülle, als vielfältige

zuverlässiges Spiegelbild der pluralistischen Gesellschaft darstellt. Ordnungspolitische Probleme der neuen Wirtschaftspolitik, a.a.O. S. 322.

(77) RUPP, H. H.: *Op. cit.* S. 15. Er macht darauf aufmerksam, dass die Vereinbarungen weder Gesetze, noch Satzungen, Verordnungen oder zivilrechtliche Willenserklärungen sind. Diese mangelnde Fassbarkeit komme einem «permanenten Abbau des... garantierten Rechtsschutzes» gleich.

(78) WATRIN, C.: *Op. cit.* S. 214.

(79) R. POPPER würde dies einen «holistischen» Gesellschaftsentwurf nennen. Vgl. *Das Elend des Historizismus*. Tübingen 1965. Es kommt dem LOEWENSTEIN'schen Verständnis von «Sozialismus» gleich. *Vision und Wirklichkeit Marx contra Marxismus*. Tübingen 1970, S. 19. Vgl. auch WATRIN, C.: *Op. cit.* 215.

(80) HEGEL geisselt diese Auffassung als etwas, das «in den Köpfen und der Wirklichkeit Erscheinungen hervorgebracht hat, deren Fürchterlichkeit nur an der Seichtigkeit der Gedanken... eine Parallele hat.» a.a.O. S. 81 (§ 29).

Einheit, begreift. Dies ermöglicht den intermediären Gruppen einen selbständigen Existenzbereich.

Zudem kann kein *konkreter* Staat vorgeben, dem Sozialweck so unverbrüchlich verhaftet zu sein, das er die Entfaltung der einzelnen Persönlichkeit voll erfüllen könnte. Damit erhalten die Verbände aus praktischen Gründen sogar die Handlungspriorität. In der Kausalordnung sind damit die subjektiven Rechte dem konkreten Staat zwar vorgeordnet, aber prinzipiell sind sie nicht etwas Ausser-Gesellschaftliches. Ihre Autonomie ist keine liberal-unantastbares, sondern «immer eine integrierte». (81). So steht auch die gruppenmässige Interessenaueinandersetzung trotz aller «Umwege» immer unter dem Grundsatz des «Sozialvorbehalts».

So bleibt die Bindung der Freiheit erhalten und wird Sozialstaat erst möglich. Da in der wirtschaftspolitischen Praxis jedoch zunächst die Autonomie der sozialen Gruppierungen zum Zug kommen muss, um das rechtsstaatlichen Anliegen des Freiheits —und Rechtsschutzes seine volle Bedeutung.

Verbandliche Interessenartikulation ist im Bereich der Kausalordnung zunächst zu schützen, zu stützen und zu koordinieren. Erst wenn ein Versagen der «selbsttügen» Regelmechanismen droht, weil trotz aller Unterstützungsinterventionen die Leistungsfähigkeit der freien Sozialsteuerung überfordert ist, darf der Staat zur eigenmächtigen Erfüllung der Sozialzwecke schreiten. Zuvor aber hat er den Beweis zu erbringen, dass die Mittel der Stützung freiheitlichen Handelns wie Orientierungsdaten, etc., nicht zum Ziel geführt haben (Beweislastverteilung). Dann aber sind härtere Korrekturen möglich, die sukzessive von der Verstärkung des öffentlichen Drucks (82) bis hin zur Beschränkung der Gruppenmacht durch staatliche Eigentätigkeit (83) gehen können.

Keinesfalls darf die Ventil- und Steuerungsfunktion der sozialen Konflikte (84) apriori ausgeschaltet werden (totalitärer Sozialstaat). Kei-

(81) Utz, A. F.: *Op. cit.*, 174.

(82) Hierin sieht J. MESSNER die Chance, Wirkungsmöglichkeiten der Sozialkonflikte zu erhöhen. Vgl. Das Gemeinwohl im Laissez-Faire-Pluralismus. *Op. cit.* 15.

(83) WATRIN bemerkt, dass der Schutz von Missbrauch ökonomischer Macht auch dem Liberalismus nicht fremd ist und immer schon als Argument für «systemverändernde Interventionen» galt. *Op. cit.*, 207. Staaten wie die Niederlande, Grossbritannien, USA, Schweden und Frankreich sind schon seit längerem gezurungen, die Gruppenmacht durch Preis- und Lohnkontrollen «zu disziplinieren».

(84) Dass soziale Konflikte nicht nur dysfunktional wirken müssen, sondern

nesfalls kann auch der Staatsauftrag prinzipiell darauf beschränkt werden, einen «neutralen Ort der Begegnung» (85) zu organisieren (liberaler Rechtsstaat). Jeder Staat ist auf Grund seiner umfassenden Gemeinwohlverpflichtung immer Sozialstaat. Allerdings bleibt seine Freiheitlichkeit nur erhalten, wenn auch die rechtsstaatlichen Postulate volle Berücksichtigung finden.

Aber nicht nur die Staatstätigkeit kann aus dem verfassungsrechtlichen Bindungssystem nicht entlassen werden. Sobald den Wirtschaftsverbänden öffentliche Funktionen übertragen werden, müssen auch sie dem demokratischen Kontroll und Legitimationssystem unterstehen. Dies zu regeln wäre Aufgabe eines «Verbändegesetzes» (86). Dies hätte den Vorteil, dass das Herrschaftssystem des «Sozialen Dialogs» rechtlich erfassbar, zugleich aber die Tendenz zur Verwischung der Kompetenzen und der Abbau von Legitimität verhindert wird.

Der Ansatz zur Lösung des Problems der wirtschaftspolitischen Mitbestimmung kann also nicht darin zu suchen sein, den Rechtsstaat «sozial aufzubessern» (87). Die darin einfließenden unterschiedlichen Denktraditionen müssen einen solchen Versuch der concordantia discordantium zum Scheitern bringen. Erst von einem universalistischen Gesellschaftsverständnis aus, das Freiheit nicht als individuelle, uneinschränkbare Eigenmächtigkeit, sondern als sozial verantwortete Selbstbestimmung versteht, bilden Sozialstaat und Rechtsstaat kein Gegensatzpaar mehr. Dieses Neuverständnis des «sozialen Rechtsstaats» ermöglicht eine Gestaltung der verbandlichen Mitbestimmung ohne die Rechts- und Sozialstaatsprinzipien nach der einen oder anderen Seite überzustrapazieren.

DR. ROBERT HETTLAGE

aus «Integrationsqualität» besitzen, hat L. COSER nachgewiesen. Er schreibt» (Social) Conflict acts as a stimulus for establishing new rules, norms, and institutions, thus serving as an agent of socialization for both contending parties. Furthermore, conflict reaffirms dormant norms and thus intensifies participation in social life.» Vgl. *The Functions of Social Conflict*. New York/London 1968, 4th ed., 128.

(85) MASSE, P.: *The Guiding Ideas Behind French Planning*. In: *Planning* XXVII, No. 454 (1961), 212.

(86) So der Vorschlag R. WIETHÖLTER's, *op. cit.* S. 272 f.

(87) Dies käme dem Vorschlag FORSTHOFFS gleich, der den Sozialstaat unterhalb der rechtsstaatlichen Verfassung ansiedeln will. Vgl. HENNING, R.: *Mitbestimmung und Sozialstaatlichkeit*. In: RAUSCHER, A. (Hg.): *Mitbestimmung*, a.a.O. S. 204.

KAPITALISTISCHES GESELLSCHAFTSSYSTEM UND RECHTSFUNKTION - MATERIALISTISCH BETRACHTET

THESEN

1) In der heutigen bürgerlichen Gesellschaft ist die spontane Regulierung des kapitalistischen Verwertungs—prozesses immer weniger gewährleistet und die staatsmonopolistische Regulierung zu einer Existenzbedingung dieser Gesellschaft geworden. Daher gehört es zur gegenwärtigen Rolle des bürgerlichen Rechts, daß es neben seiner Unterdrückungs— und Konfliktregulierungsfunktion unmittelbar in die Produktion und die Umverteilung des Mehrwerts eingeschaltet wird.

Die sich aus den inmanenten Entwicklungsbedingungen des heutigen Kapitalismus ergebende Notwendigkeit einer verstärkten ökonomischen Rolle des Rechts läßt weithin jene Auffassung als widerlegt erscheinen, nach der das Recht ein ausschliesslich statisches Element der Gesellschaft sei, das heute mit den Erfahrungen von gestern die Verhaltensregeln für morgen aufstelle.

2) Vielmehr sind in den Vordergrund Theorien gerückt, nach denen die Gesellschaft als Sozialsystem und das Recht als eine seiner Strukturen in Interdependenz stehen, wobei die Funktion des Rechts sich darin ausdrückt, systemstabilisierend zu wirken, indem es die Grenzen des Gesellschaftssystems definiert und übermässige Komplexität durch verbindliche und institutionalisierte Selektion auf entscheidbare Handlungsgrundlagen reduziert.

3) Zweifellos sind gedanken solcher Art geeignet, einer managermässigen Leitung der politischen Apparaturen unter den labilen Bedingungen des heutigen Kapitalismus bis hin zur Bereitstellung eines datenverarbeitungsgemässen Rechts geeignete Dienste zu leisten.

Aber die (gewollte) administrative Funktion solcher Handlungsanleitungen für Gesetzgebungs —Verwaltungs—, und Justizbürokratien ist mit einer (teilweise ungewollten) ideologischen Funktion verbunden: indem ihre Vertreter eine sinnvolle Kritik des Vorhandenen immer nur

als immanente Kritik des Systems für möglich halten, ordnen sie ihre Auffassungen bedingungslos in das bürgerliche Gesellschaftssystem ein. Ihr positivistisches Apriori, dessen Woher und Wohin angeblich wissenschaftlich nicht untersucht werden kann, ist das existierende Gesellschaftssystem. Seiner Integrierung, Stabilisierung und Perfektionierung wird alles untergeordnet. Soziale Antagonismen sollen so auf ein Miteinander eingespielt und die Triebkraft des Fortschritts in eine Konservierungshilfe für das Bestehende umfunktioniert werden.

Das ist die Folge davon, dass Aussagen nicht mehr auf ihren Wahrheitsgehalt, Rechtsnormen nicht mehr auf ihren Gerechtigkeitswert und beide nicht mehr auf die Entwicklungsgesetze menschlicher Geschichte bezogen werden. Die Rationalität eines Gedankens, einer Handlung oder einer Rechtsnorm wird von ihrer Systemerhaltungsfunktion abgeleitet, nie aber die Rationalität des Systems selbst als Problem und in Frage gestellt.

4) Die bürgerliche Gesellschaft ist ein System gesellschaftlicher Verhältnisse, Produkt des wechselseitigen Handelns der Menschen auf der Grundlage eines bestimmten Entwicklungsstandes der Produktivkräfte, wobei die Produktionsverhältnisse die materiellen Verhältnisse dieser Gesellschaft darstellen, auf deren Basis ideologische und institutionelle Teilsysteme mit Rückwirkungsfunktion entstehen.

Wie es verkehrt ist, unmittelbar vom Entwicklungsstand der Produktivkräfte die Charakterisierung des qualitativen Gesellschaftszustandes abzuleiten (so etwa mit der desorientierenden Bezeichnung «Recht des kybernetischen Zeitalters»), so verkehrt ist auch die Weigerung, das *Sein* des Gesellschaftssystems nach qualitativen Kriterien zu untersuchen, und immer nur die Frage nach seinem *Funktionieren* zu stellen. Damit wird das Problem gesetzmässiger Ursache-Wirkung-Beziehungen innerhalb der Gesellschaft unterlaufen, es werden *Strukturgesetze*, aber keine *Entwicklungsgesetze* der Gesellschaft erforscht.

Die sich selbst auferlegte Erkenntnisschranke, immernur nach dem Funktionieren, nie aber nach dem Wesen und den Ursachen des mehr oder weniger Funktionierenden zu fragen, kann nur einem Gesellschaftssystem dienen, das nicht an der Aufdeckung seiner wesentlichen Charakteristika interessiert ist. Die *Erkenntnisschranken* solcher Theoretiker erweisen sich als die *Klassenschranken* der Bourgeoisie.

5) Wenn man die Gesetzmässigkeiten des Zusammenhanges erforschen will, in dem sich die in Wechselwirkung befindlichen Elemente eines Sozialsystems befinden, dann gewinnt die Fragestellung nach dem Verhältnis der materiellen gesellschaftlichen Verhältnisse zu den ideologi-

schon deshalb ganz besonders, weil das Recht ideeller Natur ist, seine schon deshalb ganz besonders, weil das Recht ideeller Natur ist, seine Determinierung also zwangsläufig auf den Bereich der Produktionsverhältnisse verweist: Recht ist letztlich eine Funktion des Eigentums an den Produktionsmitteln, also ein Instrument der Privateigentümer.

Da ökonomische Macht die Grundlage politischer und ideologischer Macht ist, regelt das bürgerliche Recht somit ein Verhalten, das ökonomisch vorgeprägt, politisch erzwungen und ideologisch manipuliert ist.

6) Die Erkenntnis, dass bestimmte Erscheinungen wechselseitig voneinander abhängen, kurz: daß sie ein System sind, führt notwendig zur Frage nach der *Qualität* dieses Systems. Die Strukturiertheit eines sozialen Systems hängt nämlich primär mit seiner Qualität zusammen. Eine ausschließliche Analyse des bürgerlichen Rechts nach dem Kriterium formaler (d. h. qualitätsunabhängiger) Funktionalität verhindert eine den tatsächlichen gesellschaftlichen Verhältnissen gerecht werdende Einschätzung. Wenn man etwa die bekannte Auffassung, nach der ein Streik nur dann rechtmäßig sei, falls er «sozialadäquat» ist, danach untersucht, ob sie geeignet ist, Verhaltenserwartungen (und damit das Sozialsystem selbst) zu stabilisieren, dann muß das wohl uneingeschränkt bejaht werden. Daß diese Lehre aber arbeitler —(und das ist mehrheits—) feindlich ist, kann mit dem von einer System strukturellen Rechtstheorie zur Verfügung gestellten Methodeninstrumentarium nicht einmal festgestellt, viel weniger kritisiert werden.

7) Das antimaterialistische Axiom, nach dem sich Handlungssysteme nicht durch Seinsgesetze strukturieren, führt zu der ebenfalls verkehrten Annahme, daß im sozialen Bereich eine immanente Entwicklung von Systemen aus sich selbst heraus nicht stattfindet. Auf der Grundlage solcher Axiome und Hypothesen ist es allerdings unmöglich, die teils progressive, teils reaktionäre Rolle des Rechts in der Menschheitsgeschichte aufzudecken und die teils gegen das Recht gerichteten, teils seinen Anforderungen gerecht werdenden Handlungen der verschiedenen Gesellschaftsklassen historisch-real zu bewerten.

8) Die politischen Auseinandersetzungen innerhalb der bürgerlichen Länder und zwischen den Ländern mit gegensätzlicher Gesellschaftsordnung haben weithin die Form eines Kampfes um den *Rechtssinhalt* angenommen. Daher ist die historisch-reale, kritische Bewertung sowohl der *Rechtsnormen* als auch der *Rechtsforderungen*, in denen sich letztlich materielle Interessen verschiedener Gesellschaftsklassen artikulieren, ein unverzichtbares Element einer wissenschaftlichen, d. h. die Wirklichkeit mit Wahrheitsanspruch widerspiegelnden Rechtsphilosophie.

Wenn jedoch als Universalcharakteristik des Rechts der 'modernen' Gesellschaft die *Positivität* dieses Rechts (d. h. allein auf die staatliche Dezision gegründet, aber willkürlichen Inhalts zu sein) angeführt wird, dann gelangt man zur pragmatischen Verherrlichung des *factum brutum*: die Legalität selbst erscheint als legitim! Das ist eine unter dem Deckmantel scheinneutraler Gedankengänge vorgetragene Law-and-Order-Philosophie.

9) Tatsächlich führt die für den heutigen Kapitalismus charakteristische Konzentration der ökonomischen *und* politischen Macht mit ihrem Drang nach maßloser Ausweitung der ökonomischen und politischen Herrschaftssphären zu einer Verwandlung von Rechtsnormen in Leerformeln und zu einem tendenziellen Abbau demokratischer Rechte und Freiheiten.

Daher erfordern die Gegenwarts- und Zukunftsinteressen aller am gesellschaftlichen Progress interessierten Rechtswissenschaftler eine kritisch bewertende Inhaltsanalyse der Funktionen sowohl des geltenden Rechts wie auch der erhobenen gegensätzlichen Forderungen nach einer Veränderung dieses Rechts bis hin zu seiner Aufhebung.

10) Denn der angeblich technische Staat hat das traditionelle Verhältnis der Herrschaft nicht in eine neutrale Apparatur verwandelt, die einfach sachgesetzlich mittels des Rechts bedient sein wolle, sondern die Eigentümer an den Produktionsmitteln haben im heutigen Kapitalismus den Staat in eine Apparatur verwandelt, mit deren Hilfe sie (unter anderem) über das Recht optimale Verwertungsbedingungen des Kapitals schaffen.

HERMANN KLENNER

(Berlin-DDR)

LAS LIMITACIONES DEL DERECHO COMO FACTOR DE CAMBIO SOCIAL

La interacción entre lo social y lo jurídico ha constituido uno de los postulados principales en toda la historia del pensamiento jurídico. Sin embargo, conviene reconocer que tradicionalmente se ha dado un preferente reconocimiento a lo jurídico sobre lo social en el sentido de considerar la sociedad predeterminada y condicionada por lo jurídico. El derecho venía entendido como necesidad social inexcusable, ante la que la sociedad tenía que doblegarse y sin la que ésta no podía tener sentido. La función del derecho era supervalorada por encima de la misma realidad social.

El predominio de la función sobre el objeto está motivado por ciertas tesis del pensamiento iusnaturalista, para el que existía un orden jurídico trascendente, universalmente válido e inmutable, en razón del cual la comunidad política debía estructurarse y orientar su propia dinámica. En este sentido la función del derecho estaba por encima de lo que la sociedad fuera en un momento histórico determinado. Los cambios sociales se establecían —o al menos pretendían establecerse— de acuerdo con ese derecho metahistórico. El derecho establecía así un orden social que, en sus aspectos fundamentales estaba al margen de las concretas opciones de la sociedad, la cual tan sólo podía manifestarse en aquellas cuestiones que en sí fueran indiferentes desde el punto de vista de la justicia.

Sin embargo, a partir de la segunda mitad del XIX, el pensamiento jurídico fue evolucionando para poner de relieve frente a los esquemas socio-jurídicos de la Modernidad, cómo la función social del derecho está profundamente determinada por las estructuras sociales vigentes, con lo que el campo de acción del derecho para conformar la realidad social se disminuye. El derecho no se concibe como capaz de afectar los pilares institucionales de una comunidad política, ya que en definitiva se presenta como una mera superestructura social de acuerdo con los intereses dominantes.

La dependencia del derecho respecto a unas determinadas estructuras sociales plantea, sin duda, el grave problema de buscar y encontrar otros cauces y criterios operativos para un cambio social, sobre todo en sociedades poco homogéneas políticamente hablando, cuyos niveles de igualdad y libertad no responden a los mínimos exigidos por la dignidad humana. La inoperancia del derecho para producir profundas reformas sociales, fenómeno que se da incluso dentro de los sistemas sociales más progresivos y desarrollados, se acentúa en aquellas sociedades que esconden y también paradójicamente manifiestan dramáticos conflictos y tensiones, que postulan unos cauces de solución racionales y razonables antes de que se resuelvan a través de la irracionalidad de la violencia.

Así, pues, cambiar radicalmente una sociedad por medio del derecho parece hoy una posibilidad altamente utópica, precisamente por esa dependencia de la función del derecho respecto a los sistemas sociales. Nuestro escepticismo es, pues, bastante considerable. El derecho va quedando hoy reducido, más que nunca, a ser un simple instrumento o técnica de organización social que puede afectar al tráfico ordinario de las relaciones sociales, pero que se muestra incapaz de acometer por sí mismo, como criterio genérico y objetivizado, grandes reformas sociales.

¿A dónde se traslada, pues, la instrumentalización de un cambio social profundo? ¿Qué cauces de evolución pueden arbitrarse al margen del derecho, una vez perdida la esperanza en éste? ¿Puede ser eficaz y operativo un aprovechamiento de las propias contradicciones de un sistema social para lograr ese tipo de reformas? ¿Cabe tal vez apelar simplísticamente a una revolución como única salida precisamente por la impotencia del derecho?

Son preguntas muy complejas, a las que no se puede dar cumplida respuesta dentro de la brevedad de esta comunicación. Sin embargo, indicaría que la evolución es posible, el margen de lo que el derecho pueda o no pueda aportar, si dentro de las sociedades se da una cierta tensión de democratización que permite el enfrentamiento, reconocido o clandestino, del sistema con sus grupos de oposición. Presente dicha tensión, la evolución puede conseguir interesantes frutos, aunque a veces tengan que soportarse determinados riesgos personales.

Pero ¿qué instrumentos concretos pueden servir decisivamente a esa evolución social? Creo que el derecho ha traspasado muchas de sus funciones en este sentido a la cultura. La expansión de ideas no integradas en el sistema, el diálogo no fácilmente reductible por la fuerza de un derecho concorde con el sistema social vigente, la presencia de grupos sociales cuya criteriología no se identifica con la oficialmente dominante, etc., pue-

den constituir un decisivo fermento en favor del cambio social, aunque su operatividad sea lenta. Pero esa lentitud será altamente pagada por la racionalidad de los medios empleados y de los objetivos conseguidos.

Ahora bien, ¿no será excesivamente inhumana e inaceptable a veces esa lentitud de la evolución por la cultura? ¿Hasta cuándo o hasta dónde se debe conservar en ella la esperanza? La respuesta a estos interrogantes no puede darse desde una perspectiva teórica. Serán los hechos sociales concretos los que responderán. El progresivo apagamiento de ese mínimo social de democratización irá tal vez paralelo a la también progresiva presencia de una cierta desesperación social, que en un momento podrá manifestarse como virulenta revolución.

En suma, en la actualidad conviene desmitificar las posibles funciones revolucionarias del derecho para el cambio social. La función del derecho queda cada vez más limitada según ha ido poniendo de relieve no sólo la teoría jurídica y política, sino sobre todo la praxis. Las expectativas de cambio social hay que trasladarlas hoy al ámbito de la cultura, donde la pluralidad social puede más fácilmente manifestarse y exigir la rectificación del rumbo social. Sobre una cultura plural se puede pensar entonces que el derecho sea un auténtico instrumento de justicia y no un mero reflejo de situaciones sociales de privilegio y de opresión.

Si la posibilidad de la cultura no tiene lugar dentro de un sistema social, porque en éste no existe un mínimo social de democratización, entonces habrá que vislumbrar⁸ muy cercanamente la aparición de un proceso revolucionario. Pero serán precisamente esos sistemas sociales cerrados, monolíticos y antidemocráticos los que habrán fomentado, con injusticia y tozudez, las salidas violentas y revolucionarias. Y las habrán fomentado más aún que cualquier doctrina o movimiento que proclamara las más demagógicas y virulentas apelaciones a la destrucción, a la anarquía, a la negación total para producir un cambio social.

PROF. DR. N. M. LÓPEZ CALERA
Director del Departamento de Filosofía del Derecho. Universidad de Granada.

FUNKTIONEN DES RECHTS IN DER ÜBERGANGSEPOCHE VOM KAPITALISMUS ZUM SOZIALISMUS

1. Klassengesellschaften bringen das Recht (genau wie den Staat) nicht nur notwendig hervor, sondern sind auch auf dessen gesellschaftliche Wirksamkeit angewiesen. Seit eh und je gehört es deshalb zum Problembereich rechtswissenschaftlichen Nachdenkens, Möglichkeiten und Grenzen der Wirksamkeit des Rechts in der Gesellschaft sowie bei deren Fortentwicklung zu untersuchen. Dabei liegt es in der Natur dieser Fragestellung, sie nicht ohne politisches Engagement angehen zu können. Was das Recht in der Gesellschaft soll, wie es beschaffen sein muß, um in einer bestimmter Weise zu wirken, sind Fragen, die nicht losgelöst von konkreter staatlicher Machtausübung wissenschaftlich befriedigend beantwortet werden können. Die rechtsphilosophischen Repräsentanten aller sozialen Klassen sind zwar in der Lage, Aussagen über erforderliche Funktionen des Rechts zu machen; die Chance, solche theoretischen Vorstellungen zu verwirklichen, haben indessen nur jene Klassen, die sich staatlich konstituieren konnten. Es sollte deshalb niemand wundern, wenn in der Geschichte der Rechtsphilosophie einander diametral entgegengesetzte Funktionslehren entwickelt wurden. Heute liegen solchen theoretischen Meinungsverschiedenheiten, wenn auch durch verschiedene Zwischenglieder vermittelt, letztlich die konträr auseinandergehenden materiellen Interessen der Bourgeoisie und der Arbeiterklasse zugrunde.

2. So richtig es ist, Hilfe auch vom Recht bei der Lösung der brennenden Probleme unserer Zeit zu verlangen, so illusionär wäre allerdings die Annahme, das Recht, abstrakt und schlechthin, sei die sichere Instanz, die eine humanistische Lösung aller Probleme gewährleiste. Ob das Recht als Mittel des sozialen Fortschritts funktionell entfaltet wird oder nicht, hängt letztlich nicht vom Recht selbst ab, sondern von den gesellschaftlichen Verhältnissen und der herrschenden Klasse, deren letztlich materiell bedingten Willen es in Gestalt von staatlich verbindlichen Normen ausdrückt. Vorstellungen, das Recht könne aus sich heraus sozia-

len Fortschritt, Frieden und menschenwürdiges Dasein garantieren, und es käme demzufolge nur darauf an, die entsprechende juristische Regelung zu konstruieren, gehören ins Reich der von Engels überzeugend kritisierten juristischen Weltanschauung, derzufolge das Recht eine selbstherrliche Kraft sein soll, im Dienste einer absoluten Rechtsidee wirkend. (Marx/Engels, Werke, Bd. 21, S. 491 ff.)

3. Die Funktionen eines bestimmten Rechtssystems sind qualitativ wie quantitativ durch die geschichtliche Mission der herrschenden Klasse bestimmt, deren Interessen in dem betreffenden Rechtssystem normiert worden sind. Die Beschaffenheit der rechtlich normierten Klasseninteressen gibt deshalb auch den Ausschlag, ob die Funktionen eines bestimmten Rechtssystems sozial progressiv wirksam werden oder nicht. Ohne Vorhandensein sozial progressiver Klassenkräfte kann deshalb das Recht nicht sozial progressiv funktionieren. Die Funktionen des Rechts sind weder Beleg für außergesellschaftliche Mächte noch Entäußerung außerweltlicher spiritueller Ordnungsstrukturen.

4. Das bürgerliche Recht war funktionell progressiv im Kampf gegen die restlose Beseitigung des Feudalismus und bei der vollen Inangasetzung der kapitalistischen Produktionsweise. Heute teilt es die historische Überlebtheit der Bourgeoisie als Klasse. Das heutige bürgerliche Recht ist nicht kritisch, sondern apologetisch und reaktionär. Seine Funktionen wirken systemkonservierend, und zwar nicht zuletzt durch einen immer mehr um sich greifenden juristisch betriebenen und abgesicherten Reformismus in nahezu allen gesellschaftlichen Bereichen. Dem kommt entgegen, daß das bürgerliche Recht seit der Jahrhundertwende insofern eine Funktionserweiterung erfuhr, als es immer stärker für direkte Regulierung ökonomischer Prozesse wie sozialer Beziehungen eingesetzt wird.

Die mit rechtlichen Mitteln betretenen Reformen zielen ihrem Wesen nach auf die Anpassung der spätbürgerlichen Ordnung an die veränderten gesellschaftlichen Bedingungen, sie weisen nicht über diese Ordnung hinaus, sondern bleiben systemimmanent.

Dies muß betont werden gegenüber dem ideologischen Selbstverständnis bürgerlicher Rechtslehrer, die neuerdings ihre Rechtswissenschaft als Zukunftswissenschaft einrichten wollen, weil sie sich der Gestaltung von Zukunft mit Mitteln des Rechts annehmen müsse.

5. Das im einzelnen sehr differenzierte Wirken des Rechts in den

kolonial befreiten Ländern spiegelt die Abhängigkeit der Funktionen des Rechts von den Klassenkräften wider, die jeweils mit Hilfe des Rechts ihren Interessen allgemeine Geltung verschaffen oder zu verschaffen suchen. Demzufolge sind auch die Funktionen des Rechts in diesen Ländern ein Ausdruck dafür, ob sich diese Staaten für den kapitalistischen oder sozialistischen Entwicklungsweg entschieden oder ob sie diese Wahl bislang noch nicht getroffen haben. Das Recht wird in diesen Ländern nur insoweit progressiven sozialen Wandel mitbewirken, wie es von sozial progressiven gesellschaftlichen Kräften geschaffen oder genutzt wird.

6. Wirkt das bürgerliche Recht lediglich in seiner Anfangsphase funktionell progressiv, ist das sozialistische Recht in allen seinen Entwicklungsetappen kritisch und revolutionär, auf die Durchsetzung der geschichtlichen Bewegungsgesetze gerichtet. Der revolutionäre Zug, der allen Funktionen des sozialistischen Rechts eigen ist, ist seinerseits ein Ausdruck der schöpferischen Rolle der Arbeiterklasse in der Geschichte. Das sozialistische Recht ist nicht statisch, sondern dynamisch. Die Gesellschaft mit verändernd, unterliegt es selbst der Veränderung.

Alle vorausgegangenen Rechtstypen treten mit dem Anspruch auf, in sich abgeschlossene Systeme zu sein, was nichts anderes als ein ideologischer Reflex der Bestrebungen der jeweiligen Ausbeuterklasse zur Verewigung der Herrschaft war und ist. Demgegenüber ist das sozialistische Recht ein relativ stabiles, aber kein historisch abgeschlossenes System. Gerade weil das sozialistische Recht gesellschaftsverändernd wirkt, altern einzelne seines Normenkomplexe verhältnismäßig schnell muß es ständig vervollkommnet werden.

7. Funktionell fällt dem sozialistischen Recht die Aufgabe zu, die sozialistische Gesellschaft zu bewahren und weiterzuentwickeln. Diese Doppelaufgabe erfüllt das sozialistische Recht, indem es

a) die sozialistische Gesellschaft und ihre Mitglieder sowohl vor feindlichen, insbesondere von den gestürzten Ausbeuterklassen ausgehenden, sowie vor allen anderen, die sozialistische Rechtsordnung verletzenden Handlungen schützt (Schutzfunktion); und

b) den sozialistischen Aufbau mit organisieren hilft, als Regulator bei der Verteilung der Arbeit und der Produkte unter die Mitglieder der Gesellschaft dient sowie dazu beiträgt, allseitig entwickelte Persönlichkeiten zu formen (Leitungsfunktion).

8. Das sozialistische Recht ist ein spezifisches Instrument der regierenden Arbeiterklasse und ihrer Bündnispartner, das normativ und verbindlich die Mitglieder der Gesellschaft zu bewußten, planmäßigem Handeln anleitet. Aus gutem Grund verglich deshalb Lenin die Dekrete des Sowjetstaates mit «Instruktionen, die die Massen zum praktischen Handeln aufrufen» (Werke, Band 29, S. 195).

Die gesellschaftsorganisierende Wirksamkeit des sozialistischen Rechts ist Ausdruck der Beherrschung der gesellschaftlichen Verhältnisse, die sich auf der Grundlage erkannter und ausgenutzter objektiver Gesetze fortschreitend entwickelt. Das sozialistische Recht fordert deshalb ein die Willkür und Anarchie vorsozialistischer Gesellschaftsentwicklung überwindendes gesellschaftliches Handeln.

KARL A. MOLLNAU
(DDR)

RELACION JURIDICA Y CAMBIO SOCIAL

El conocimiento de la realidad social, y concretamente, del funcionamiento del orden jurídico dentro de ella, constituye un importante apoyo metódico para constatar el grado de precisión y veracidad del aparato técnico conceptual con lo que el pensamiento trata de captar y expresar el complejo mundo del derecho. En este sentido se ha subrayado recientemente, a propósito del impacto de los cambios económicos y de la moderna tecnología en las transformaciones sociales y sus repercusiones en el ordenamiento jurídico, la insuficiencia y limitaciones actuales, en el ámbito del Derecho Civil, de la teoría general de la obligación y del contrato, elaborada de cara a los problemas y a las exigencias concretas de una economía agraria y de pequeños comerciantes y artesanos (1).

Desde una perspectiva análoga muéstrase también hoy insuficiente, en su formulación tradicional, esa categoría básica de la Dogmática y de la Teoría general del Derecho que es la relación jurídica (2).

Nuestras consideraciones a este respecto, partiendo de la especial significación de los datos del conocimiento sociológico-jurídico para la Dogmática y la Teoría general del Derecho, se articulan en tres puntos fundamentales:

(1) Cfr. LUIS DíEZ-PICAZO: *Cambio social y evolución jurídica*, en «Revista de Occidente», núm. 123, junio 1973, p. 354.

(2) La relación jurídica constituye una categoría básica de la Dogmática y de la Teoría general del Derecho, aunque no la fundamental como sostuvo Savigny al hacer de ella el concepto central de un Sistema, y modernamente, entre otros, Cicala (*Il rapporto giuridico*, 4.^a Ed. Milano, 1959), Levi (*Teoria generale del diritto*, 2.^a ed. Cedam. Padova, 1953) y, en la doctrina española más reciente, Guasp (*Derecho*. Madrid, 1971).

Véanse al respecto las sugerentes observaciones de Bobbio a la obra de Alessandro Levi —observaciones extensivas a las doctrinas que hacen de la relación jurídica y no de la norma la categoría fundamental de la Teoría general del Derecho— en *Teoria generale del diritto e teoria del rapporto giuridico*, trabajo incluido en «*Studi sulla teoria generale del Diritto*», Giappichelli. Torino, 1959. pp. 53 y ss.

1. La teoría de la relación jurídica predominante en la literatura jurídica actual descansa sobre una concepción conservadora y parcial, y por lo mismo inexacta, de la conexión derecho-sociedad.

2. Dicha doctrina se muestra insuficiente desde los supuestos del moderno conocimiento del fenómeno del cambio social y, concretamente, de la interrelación existente entre derecho y sociedad, en donde se manifiesta con toda claridad la función activa, creadora del derecho en cuanto a sistema normativo.

3. El reconocimiento de esa dimensión activa, revolucionaria y creadora del derecho no supone en modo alguno, en orden a la constitución de la relación jurídica, desconocimiento u olvido de la significación social de la misma, como momento del orden del derecho.

I.—La idea de relación jurídica predominante en la doctrina actual —que, con ligeras variantes en cuanto a su formulación, ve en ella «una relación de vida social ordenada por el derecho» (3)—, aparece vinculada, por una relación de genealogía, a la Escuela histórica del derecho en cuyo seno fue elaborada técnicamente por primera vez (4). Para Savigny la relación jurídica se configura «como relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña». En su consecuencia —añade— toda relación de derecho se compone de dos elementos: primero, una materia dada, la relación misma; segundo, la idea de derecho que regula esta relación: el primero puede ser considerado como el elemento material de la relación de derecho, como un simple hecho; el segundo como el elemento plástico (elemento formal) el que ennoblece el hecho y le impone la forma del derecho (5).

Esta idea de relación jurídica es la que sustancialmente desenvuelve la doctrina posterior hasta nuestros días (6) trascendiendo del ámbito

(3) Cfr. JAIME GUASP: *Op. cit.* p. 85,

(4) Cfr. JOAQUÍN FERRER ARELLANO: *Filosofía de las relaciones jurídicas*. Ed. Rialp. Madrid, 1963. pp. 68-70-72-126-159 y ss.

(5) *Sistema del Derecho romano actual*, trad. esp. de Jacinto Mesia y Manuel Poley. Tomo I, 2.^a Ed. Centro Editorial Góngora. Madrid, s/a. Núm. 52. pp. 258-259.

(6) Para Windscheid la relación jurídica constituye «una relación de vida a la que el ordenamiento jurídico se adhiere». *Diritto delle Pandette*, Trad. de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa. vol. I. Torino, 1925. núm. 37. p. 110.

Enneccerus entiende por relación jurídica «una relación de la vida ordenada por el derecho objetivo, y que consiste en una dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)». *Trata-*

del Derecho Civil, donde se gestó, al campo de otras ramas del derecho, incluso, del Derecho público (7).

Esta concepción de la relación jurídica resulta insuficiente, sobre todo desde la perspectiva de la Teoría general del Derecho, en cuanto que su elaboración entraña dos limitaciones fundamentales:

1. De un lado, dicha teoría ha sido construida desde una *perspectiva insprivatista* que en modo alguno constituye el punto de vista más adecuado para una comprensión del conjunto del fenómeno jurídico. Como ha señalado Santi Romano «el derecho, en lo que tiene precisamente de más culminante, y casi se diría de más esencial, es principalmente derecho público... (siendo el Derecho privado) una simple concreción del primero, una de sus formas y direcciones, una derivación del mismo. El Derecho privado —dice— no sólo está colgado del Derecho público, que es su raíz y su tronco y es necesario, además, para su tutela, sino que continuamente, aunque a veces de modo velado, está dominado por él» (8).

2. Por otro lado, la doctrina de la relación jurídica predominante en el pensamiento jurídico actual descansa sobre una *concepción inexacta* —deformada por la ideología conservadora del movimiento en cuyo seno se elaboró—, *del fenómeno del cambio social y, concretamente, de la conexión derecho-sociedad*, que deja traslucir el anatema de la Escuela his-

do de Derecho Civil. Parte general. Tomo I. vol. 1.º Trad. esp. de Blas Pérez González y José Alguer. Bosch. Barcelona, 1934. núm. 64. p. 285.

En la misma línea de pensamiento hay que situar en la doctrina española las posiciones de De Diego y de Castán. Para De Diego la «relación jurídica es una relación de la vida social entre hombres, protegida por el derecho». *Instituciones de Derecho civil español*, vol. I. Madrid, 1929. p. 234.

Castán entiende que la relación jurídica «no es otra cosa que una relación de la vida práctica, a la que el derecho objetivo da significado jurídico, atribuyéndole determinados efectos, o, en otros términos, una relación de la vida real, protegida y regulada, en todo o en parte, por el derecho». *Derecho civil español, común y foral*. Tomo I. vol. II. 11.ª Ed. Reus. Madrid, 1971.

Cfr. Demófilo de Buen: *La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil*, en «Libro-homenaje al profesor Don Felipe Clemente de Diego»: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1940. pp. 186-187.

(7) Clara manifestación de ello es que Entrena Cuesta entienda por relación jurídica «una relación social concreta regulada por el derecho», aclarando que «la relación social que sirve de soporte a la relación jurídica adquiere esta naturaleza en cuanto es regulada por el derecho». *Curso de derecho administrativo*, vol. I. 2.ª ed. Tecnos. Madrid, 1966. pp. 442-444.

(8) *El ordenamiento jurídico*. Trad. esp. de Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963. pp. 92 y 93. Cfr. la p. 91.

tórica a todo intento de manipular y dirigir de modo racional y libre la vida social y el derecho (9).

Para Savigny «el derecho es dado por la totalidad del pasado de la nación..., producido por lo más íntimo del ser de la nación y de su historia» (10); es un producto del «espíritu popular» de cada nación —no un producto de la razón y de la acción voluntaria del hombre— respecto del cual lo único que puede hacer el legislador es recogerlo y formularlo (11).

Dicha idea descansa sobre una concepción inexacta de la relación derecho-sociedad en el sentido de que el derecho aparece como un mero producto de las fuerzas inconscientes, anónimas e irracionales de la vida de cada pueblo, soslayando, como un fenómeno patológico en su sentido no meramente orgánico sino peyorativo, la influencia que el derecho, en cuanto sistema de legalidad manipulada de modo racional y libre, puede desplegar sobre el curso de la vida social.

Ese punto de partida tiene, por lo que aquí nos interesa, importantes consecuencias que muestran su insuficiencia:

a) En primer lugar supone el predominio del derecho consuetudinario, como manifestación más directa y espontánea del «espíritu del pueblo», frente al derecho legislado, con lo cual, como señala del Vecchio «no contempla más que la fase originaria de la evolución jurídica... (hallándose) en contradicción con los períodos más avanzados... (en donde la ley) se constituye como fuente autónoma (y) se afirma como innovadora, aun con respecto a la costumbre» (12).

b) En segundo lugar, y en relación ya con la teoría de la relación jurídica, ello entraña la prioridad temporal y lógica del denominado por Savigny «elemento material» respecto del «elemento formal». Esto es, la relación de vida social precede en el tiempo a la norma jurídica, que

(9) Kelsen, por su parte, señala el carácter conservador de la formulación tradicional de la teoría de la relación jurídica vinculada ideológicamente al sostenimiento de un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada. Cfr. *Teoría pura del derecho*. Trad. esp. de la versión francesa por Moisés Nilve. 10.^a Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1971. p. 118.

(10) *Über den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, en *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. vol. I, 1815. p. 6.

(11) Cfr. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*. Trad. esp. de José Díaz García, en el vol. «*La codificación*». Ed. Aguilar. Madrid, 1970. pp. 54, 56 y 57; *Sistema del derecho romano actual*, vol. cit. núms. 7 y 8. pp. 69 y ss. Cfr. Georg Friedrich Puchta: *Kursus der Institutionen*. T. I, 1841. núm. 10. p. 24.

(12) *Filosofía del Derecho*. 3.^a Ed. Bosch. Barcelona, 1964. pp. 122 y 123.

viene después a reconocerla y sancionarla otorgándole relevancia jurídica.

La precedencia del «elemento material» respecto del «formal» es típica del derecho consuetudinario y de la dinámica de las ramas más conservadoras del derecho, en donde se entiende que la norma viene ordinariamente a legalizar una situación de hecho.

a) Es más, desde los supuestos anteriormente aludidos se llega, incluso, con el desenvolvimiento doctrinal posterior, a ignorar la virtualidad del factor normativo o formal en el proceso constitutivo de la relación jurídica. Se ha señalado, en este sentido, que «ni siquiera Savigny (mantuvo) la debida unión entre aquellos dos elementos» material y formal (13). «De hecho Savigny utiliza sólo al elemento material y olvida o prescinde del formal... (dando a entender, por el orden sistemático en que coloca a la relación jurídica y la institución jurídica en relación con las fuentes del derecho), que en las relaciones jurídicas —manifestación primaria del derecho— aparece el derecho antes que en las llamadas fuentes jurídicas» (14).

Esa reducción de la relación jurídica al elemento material se acentúa en gran parte de los autores siguientes a Savigny que entienden la relación jurídica como una mera relación social (15), encontrando su manifestación más radical en determinadas corrientes del pensamiento jurídico de orientación sociológica. Así, por ejemplo, Ehrlich sostuvo que las relaciones jurídicas no son creadas por las normas jurídicas, sino que lo son, de modo directo, por la sociedad a través de hechos como son los usos, las relaciones fácticas de dominio y posesión, las declaraciones de voluntad, etc. «Familia, corporaciones, propiedad, derechos reales, compraventa, arrendamientos de uso y de disfrute, préstamo, eran relaciones —dice— aún antes de que los juristas romanos hubieran efectuado su primera generalización» (16). Para Ehrlich la relación jurídica no es tanto una relación social regulada por normas jurídicas como «una relación socialmente reconocida que, por ello, en caso dado, puede esperar protección por parte de los jueces y de las autoridades» (17).

Prescindiendo de estas formulaciones extremas y volviendo a la actitud dominante en la literatura jurídica para la cual la relación jurídica

(13) FEDERICO DE CASTRO y BRAVO: *Derecho Civil de España*. Parte general. T. I. 3.^a Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955. pp. 617 y 618.

(14) *Ibid.* pp. 617; y 618, nota 5.

(15) Cfr. JOAQUÍN FERRER ARELLANO: *Op. cit.* pp. 162 y 167.

(16) *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. 1913. pp. 68, 155 y 287.

(17) *Die juristische Logik*. 1919. p. 191.

constituye una «relación de vida social regulada por el derecho», en donde el centro de gravedad de la misma está situado siempre en la relación de vida social, tenemos que si esa posición doctrinal puede resultar justificable y coherente con la dinámica del orden jurídico mismo en el ámbito del Derecho privado no lo parece ya tanto desde el ámbito del Derecho público —a donde frecuentemente se han transvasado las categorías conceptuales elaboradas por la Dogmática iusprivatista (18)— y menos aún desde los supuestos de una Teoría general del Derecho, abierta a las enseñanzas y a las sugerencias que le ofrecen, en su estado actual, las ciencias sociales, y de modo especial, la Sociología jurídica.

II.—Los modernos estudios sociológicos han puesto de relieve nuevos aspectos de la dinámica de la vida social y, dentro de ella, de la vida del derecho. De ahí resulta:

1. Que junto a un cambio social no deliberado, natural, y espontáneo existe otro tipo de *cambio deliberado* que obedece a planes y proyectos del hombre; un cambio reflexivo que el hombre puede realizar a voluntad y del que es buena muestra la moderna planificación del desarrollo y el proceso revolucionario. Es más, se ha señalado como uno de los rasgos definitorios de las sociedades modernas —frente a las no modernas o tradicionales— el fenómeno de la *institucionalización del cambio social*, lo que supone en el plano jurídico-político, la aparición de un complejo de órganos de deliberación y decisión (ministerios, comisiones, gabinetes de estudios, etc.), encargados de racionalizar y ordenar las transformaciones de las estructuras políticas, sociales y económicas, canalizando las fuerzas sociales que erosionan y rompen moldes y formas inveteradas de conducta. Como consecuencia de estos cambios surgen nuevas estratificaciones sociales, nuevos roles ocupacionales (piénsese en el incremento del sector «servicios» que aparece como un rasgo distintivo de la sociedad moderna y desarrollada), y nuevas formas de relación (nuevas instituciones, nuevas fórmulas negociables, nuevas relaciones de servicio, etc.).

2. Que el *Derecho constituye un importante factor de cambio social*; un instrumento de programación y de reforma social, política y económica del que se sirve el Estado para transformar situaciones que estima inadecuadas o injustas. El derecho no es sólo un factor conservador —el cauce por el que discurren y al que se someten, en su dinámica cotidiana—

(18) Muestra de ello es el concepto de relación jurídica que recoge Entrena Cuesta en su *Curso de Derecho administrativo*, cit. Cfr. la nota 7.

na, las diversas fuerzas sociales— sino que funciona también como un factor reformador, e incluso, revolucionario que encuentra en la «lucha» una de sus dimensiones esenciales, como subrayó Ihering frente a la actitud pasiva y receptiva de la Escuela histórica (19)... El derecho, pues, y concretamente la ley, no se limita a ser forma, a definir y a sancionar el orden social existente, reproduciendo esa realidad, sino que también incide sobre ella para corregirla y modificarla de acuerdo con sus específicos fines, forzando la evolución de la vida social en una dirección prefijada o separándola del cauce tradicionalmente seguido por ella (20).

Muestra significativa de esa virtualidad transformadora del derecho lo constituye la revisión por parte del marxismo de su pensamiento jurídico que, considerando en un principio el derecho como un instrumento creado por la clase económica gobernante para perpetuar su poder y mantener sometida a la clase oprimida —instrumento llamado a desaparecer en una sociedad comunista— (Marx y Engels), ha venido a sostener después la necesidad de un «derecho socialista» como arma de la dictadura del proletariado para eliminar los elementos y grupos hostiles y desmontar totalmente el orden capitalista, transformando la sociedad humana sobre bases socialistas (Vyshinskiy).

Es más, en el fondo —conviene advertirlo— el derecho actúa siempre como un factor de cambio, de transformación social, que se opera al convertirse el derecho, de sistema de legalidad dotado de validez dogmática, en derecho «eficaz», en derecho socialmente vigente. Esa dimensión del derecho aparece en su forma más evidente y espectacular en aquellas situaciones en que el mismo, junto con otras fuerzas, obra como un factor de reforma o revolución. El derecho constituye no sólo una fuerza de erosión, de transmutación de la sociedad sino también, y a la vez, un catalizador del proceso de reforma o revolución en la medida en que sólo puede levantarse un orden social nuevo elevando —a la vez que se transforma o destruye el viejo— el andamiaje jurídico que lo vertebral y sostenga sobre la base de una trama de relaciones jurídicas nuevas. De este modo, el paso del régimen de esclavitud al de libertad, del Estado absoluto al Estado liberal, de una sociedad y un régimen

(19) Cfr. RODOLFO VON IHERING: *La lucha por el derecho*. Trad. esp. de Adolfo Posada. Ed. Atalaya. Buenos Aires. pp. 7 a 12. En relación con la crítica de Ihering a la Escuela histórica, véanse las pp. 12 y 16 a 19.

(20) Cfr. RUDOLF VON IHERING: *Op. cit.* pp. 13, 14 y 15. Jaime Brufau Prats: *Normatividad jurídica y cambio social*, en «Revista de Estudios Políticos». Núm. 158. Marzo-abril 1968. pp. 116, 117, 120, 121 y 124. Luis Díez-Picazo. *Op. cit.* pp. 356 y 357.

económico asentados sobre el principio de la propiedad privada a una forma de vida comunista, entraña no sólo la modificación y la extinción de ciertas relaciones sociales y jurídicas sino también la aparición de de otras nuevas. De otro modo no podría hablarse en esos supuestos de cambio ni de revolución social, política y económica.

Sin embargo, ese fenómeno de transformación, de cambio social, aparece también —aunque de modo velado— en aquellas situaciones en que el derecho parece tener una función meramente conservadora, limitándose a recoger y dotar de relevancia jurídica determinadas situaciones sociales, pues el derecho viene aquí a comunicar seguridad y fijeza a una relación de vida social dándole significación objetiva.

Observa en este sentido Max Weber que «por *relación social* debe entenderse una conducta plural —de varios— que, por el sentido que encierra, se presenta como recíprocamente referida, orientándose por esa reciprocidad... (lo cual, añade, no significa), en modo alguno, que en un caso concreto los partícipes en la acción, mutuamente referida pongan el mismo sentido en esa acción, o adopten en su intimidad la actitud de la otra parte, es decir, que exista *reciprocidad en el sentido*. Lo que en uno —dice— es amistad, amor, piedad, fidelidad contractual, sentimiento de la comunidad nacional, puede encontrarse en el otro con actitudes completamente diferentes. Entonces unen los partícipes a su conducta un sentido diverso: la relación social es así por ambos lados, *objetivamente unilateral*... (y sólo sería) *objetivamente bilateral* cuando el sentido de la acción se (corresponda) —según las expectativas medias de cada uno de los partícipes en ambos» (21).

Pues bien, el derecho, al asumir y regular una relación social —«objetivamente unilateral, en la terminología de Max Weber— elevándola a jurídica, la carga de significación objetiva —«objetivamente bilateral», autónoma, independiente, de la intención subjetiva de las personas que se relacionan. En este sentido, el matrimonio, por ejemplo, tendrá siempre la misma significación desde el punto de vista jurídico, tanto si ha sido contraído por amor como si lo ha sido por meros intereses materiales. En ello consiste el cambio, la transformación que el derecho introduce en la vida social.

Desde estos supuestos decir que la relación jurídica es «*una relación social regulada por el derecho*» supone mantener una tesis que no refleja con exactitud la realidad total de las cosas. Dicha concepción de la rela-

(21) *Economía y sociedad*, vol. I. Trad. esp. y nota preliminar de José Medina Echevarría. Fondo de Cultura Económica. México, 1944. pp. 24, 25, 26.

ción jurídica, elaborada por la Dogmática iusprivatista desde supuestos ideológicos de carácter conservador y reaccionario, se muestra insuficiente a la luz de un análisis objetivo del fenómeno del cambio social en cuanto que es capaz de explicar solamente un aspecto de la interconexión derecho-sociedad —aquel en que el derecho acusa el impacto de las diferentes fuerzas sociales (políticas, económicas, culturales, etc.), reduciéndose a una cobertura formal, a un epifenómeno de las mismas— silenciando el otro lado del fenómeno en donde el derecho se presenta como una fuerza activa, transformadora de la sociedad y desde el cual el elemento material de la relación jurídica —la relación de vida social— no es ya tanto un dato previo con el que el derecho se encuentra y reproduce cuanto una reelaboración o una creación del derecho mismo (22).

III.—Desde esta perspectiva parece ya claro que la *relación jurídica* no puede ser, sin más, una relación de vida social asumida y sancionada por el derecho sino una relación de *vida social transformada* (el derecho siempre añade un «plus» a la relación social que convierte en jurídica, consistente en su «jurisdicción», en su ordenación desde el punto de vista de la justicia) *cuando no creada «ex novo» por el derecho*. La idea de relación social es, pues, inseparable de la noción de relación jurídica en cuanto que el derecho es vida de relación, vida social ordenada. La relación jurídica es el resultado de la eficacia constitutiva del derecho en cuanto a factor de transformación y ordenación del acontecer social en realidad jurídica concreta.

Conviene no perder de vista que la relación jurídica constituye así *una síntesis, una unidad inseparable entre la materia social y la forma jurídica* (23), para que en ese concepto no pierda su significación y su validez metódica (24) como pieza clave para explicar la articulación y correspondencia —dentro de la estructura superior de la institución jurídica— de una serie de categorías fundamentales de la Teoría general del derecho (norma jurídica, sujeto de derecho, objeto de derecho, deber jurídico, derecho subjetivo, hecho y acto jurídico), que se configuran como elementos constitutivos de dicha relación jurídica. Esa significación aparece puesta de manifiesto en la descriptiva noción de la misma que nos ofrece

(22) Windscheid ha insinuado la función activa, creadora del ordenamiento jurídico al decir que la relación jurídica no es sólo «una relación de vida a la que el ordenamiento jurídico se adhiere», sino también «una relación creada por el ordenamiento jurídico». *Op. cit.* núm. 37, p. 110.

(23) Cfr. Federico de Castro y Bravo. *Op. cit.* p. 621.

(24) Cfr. Norberto Bobbio: *Op. cit.* p. 54.

Legaz al entender la relación jurídica como «un vínculo entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción» (25).

De ahí resulta:

1. Que la idea de relación jurídica no puede explicarse soslayando la significación del elemento formal y considerando como jurídica, sin más, la relación social (elemento material) como hicieron Savigny en el desarrollo de su sistema y un sector de la posterior doctrina, sobre todo, la de orientación marcadamente sociológica,

2. Que la función que corresponde al «elemento formal o normativo» no debe llevar, tampoco, a la posición opuesta de eliminar de ella la relación social (elemento material), desvirtuando la significación social de la relación jurídica y reduciéndola a una entidad puramente lógica, conceptual, como acontece en las formulaciones extremas del normativismo de Kelsen y Schreier (26).

3. Que la relación jurídica tampoco debe entenderse como la existente entre «el sujeto y el ordenamiento jurídico», como «una relación entre el individuo y las normas jurídicas», como supone Cicala (27), pues, ello, aparte de suponer un planteamiento falso —la relación jurídica, en cuanto a relación fundada en la justicia, se da siempre entre personas y no entre persona cosa (ordenamiento jurídico) (28)—, deja abierta una vía para la confusión de la relación jurídica con el deber jurídico y con el derecho subjetivo —que constituyen simples momentos de aquella— de lo cual es muestra significativa la posición de Nawiasky. «Por relaciones jurídicas hay que entender —dice Nawiasky— tanto las relaciones jurídicas en sentido amplio, esto es, los vínculos entre los súbd-

(25) *Filosofía del Derecho*. 2.^a Ed. Bosch. Barcelona, 1961. p. 669.

(26) Cfr. HANS KELSEN: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen, 1911. pp. 702 y ss. FRITZ SCHREIER: *Concepto y formas fundamentales del derecho*. Trad. esp. de Eduardo García Maynez. Ed. Losada. Buenos Aires, 1942. Cfr. pp. 107, 112, 113, 114, 125, 126, 162 y ss. Cfr. Demófilo De Buen: *Op. cit.* pp. 186 y 187.

(27) *Op. cit.*, 17 y ss. Sobre la posición de Cicala, Cfr. Joaquín Ferrer Arellano: *Op. cit.* pp. 106 y ss., en especial pp. 126 y ss.

(28) Cfr. JOSEF PIEPER: *Justicia y fortaleza*. Ed. Rialp. En la doctrina española ha mantenido la posición contraria Demófilo De Buen. (*Op. cit.* pp. 188 y ss.), como expediente técnico, justificable en el plano dogmático —no en el filosófico-jurídico—, para explicar satisfactoriamente determinadas situaciones contenidas en el derecho positivo.

tos jurídicos y el ordenamiento, los deberes jurídicos, como las relaciones jurídicas en sentido estricto, es decir, los vínculos de varios súbditos jurídicos entre sí los *derechos subjetivos*» (29). En ambos casos, advierte, «se trata de una diferente visión de la misma cosa». «El concepto derecho subjetivo es al de relación jurídica en sentido estricto exactamente lo mismo que el concepto de deber jurídico es al de relación jurídica en sentido amplio» (30).

La relación jurídica no es, pues, una mera relación social, ni la expresión lógica de la norma jurídica, ni los vínculos específicos (deberes y derechos subjetivo) que ésta crea entre los sujetos de derecho, sino la unidad más simple en que se articula el orden jurídico determinado por la incidencia de la norma en la vida social para establecer un orden de justicia. La relación jurídica constituye así una dimensión ontológica del orden jurídico. Si en el plano de la «legalidad» el derecho no puede expresarse más que como norma, en el plano de la «eficacia» el derecho, al incidir en la vida social actuando la justicia, se manifiesta bajo la forma de relación. El derecho crea su orden constituyendo relaciones jurídicas (31).

La *relación jurídica*, en cuanto a momento del orden jurídico, *supone una síntesis de factores sociológicos, dogmáticos y filosóficos*, los cuales permiten distinguir, en una reflexión sobre la misma, tres planos (sociológico, dogmático y filosófico) diferentes.

La relación jurídica, tanto si consiste en la síntesis de una relación de vida social preexistente elevada a jurídica por el ordenamiento como

(29) *Teoría general del Derecho*. Trad. esp. de la 2.^a Ed. alemana por José Zafra Valverde. Ed. Rialp. Madrid, 1962. pp. 309 y 310.

(30) *Ibid.* p. 231. Véanse las pp. 215-216 y 230 a 232.

La doctrina ha señalado cómo en el mismo Savigny existen momentos en que parece identificar la relación jurídica con el derecho subjetivo. (Cfr. en *Sistema de derecho Romano actual*. I. núm. 53. pp. 259 y ss.), actitud que se manifiesta de modo más claro en la doctrina posterior a él (Oertmann, Puchta, Gierke, Ihering, Weber, De Diego...). Cfr. Federico de Castro y Bravo: *Op. cit.* pp. 618 y 619. Nota 15. Joaquín Ferrer Arellano: *Op. cit.* pp. 162 y ss.

Relación jurídica y derecho subjetivo parecen confundirse también en el pensamiento de Del Vecchio. Cfr. su *Op. cit.* pp. 394-402 y 403.

Federico de Castro señala por su parte que entre relación jurídica y derecho subjetivo no existe más distinción que la que media entre el «género» y la «especie». Cfr. su *Compendio de Derecho Civil*. 5.^a Ed. Madrid, 1970. pp. 126 y 130.

También se ha identificado la relación jurídica con los «efectos reflejos de las normas». (Bekker, Dnistrjansky...). Cfr. Federico de Castro y Bravo: *Derecho Civil de España*. vol. cit. p. 619. Nota 1. Luis Legaz Lacambra: *Op. cit.* p. 678.

(31) Cfr. DEMÓFILO DE BUEN: *Op. cit.* pp. 185 y 186. Luis Legaz Lacambra: *Op. cit.* p. 667.

si se trata de una relación creada por la virtualidad misma del derecho, constituye siempre y ante todo una relación social: un tipo específico de relación social (plano sociológico).

La relación jurídica aparece determinada por la incidencia de la norma jurídica en la vida social sancionando o transformando una relación social preexistente o creando una nueva y, en todo caso, dotándola de significación jurídica (plano dogmático).

El momento de la incidencia de la norma en la vida social, que es el que determina la aparición de la relación jurídica, supone la incorporación a la realidad social del valor de la justicia, que constituye el criterio conforme al cual el derecho trata de ordenarla dotándola de objetividad, de fijeza y de significado jurídico, (plano filosófico).

Desde esta perspectiva filosófica, en el conocimiento de la naturaleza y de las notas de la justicia —concretamente en su nota de «alteridad» («iustitia est ad alterum») (32)—, es donde encontramos la clave para explicar porqué el derecho sólo puede realizarse bajo la forma de relación jurídica, estableciendo relaciones jurídicas, o lo que es lo mismo, porqué la relación jurídica constituye una dimensión ontológica del orden del derecho.

ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

(32) Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO: Summa Teologica. II-II q. 58 arts. 2 y 10.

SOZIALSTAATLICHKEIT UND RECHTSENTWICKLUNG

1. *Der wertmäßige Vorrang des Sozialstaatsprinzips*

Philosophisch kann in der Staatslehre nicht mit dem Rechtsstaat begonnen werden, denn vorrangig ist der Begriff des Gesellschaftlichen. Rein wertmäßig gesehen ist darum das Sozialstaatsprinzip vorrangig. Eine detailliertere Darstellung des Zusammenhangs zwischen philosophischem Sozialstaatsprinzip und rechtsstaatlicher Ordnung ist im Rahmen dieses Referates nicht möglich. (1). Diese noch ganz in der Wertordnung verbleibende Beobachtung des Zusammenhangs von Sozialstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit hat noch nichts mit der üblichen, auf die Handlungsordnung bezogenen Streitfrage um den Vorrang «rechtsstaatlicher» oder «sozialstaatlicher» Prinzipien zu tun. Sozialstaat im philosophischen und im praktischen Sinne bedeuten also nicht dasselbe, wenngleich die beidem Ebenen aufeinander bezogen sind. Es ist wichtig, den Unterschied zwischen Wert- und Handlungsordnung zu beachten, um einerseits die sozialetische Orientierung der funktionellen Prinzipien der rechtsstaatlichen Handlungsordnung zu erkennen, andererseits aber die Eigengesetzlichkeit funktioneller Ordnungssysteme anerkennen zu können. Da sowohl der Liberalismus als auch der Marxismus Wert und Handlungsordnung aus unterschiedlichen —im Verständnis des Theorie-Praxis-Problems (2) liegenden— Gründen nicht beachten, und jeweils eine der beiden Ordnungen monopolisieren, gelangen sie zu den bekannten einseitigen Ansichten rechts- und sozialstaatlicher Ordnungsprinzipien.

Die in der Praxis erfolgende Monopolisierung des wertmäßigen So-

(1) Vgl. P. P. MÜLLER-SCHMID: *Der rationale Weg zur politischen Ethik*. Stuttgart 1972, 142 ff.

(2) Vgl. P. P. MÜLLER-SCHMID: *Los fundamentos filosóficos de la teoría de la Nueva Izquierda sobre la alienación del hombre en la sociedad capitalista*. In: *Estudios Filosóficos* (Valladolid) 22 (1973) 199-230.

zialstaatsprinzips im Marxismus, d. h. die aus dem Prinzip der Einheit von Theorie und Praxis gefolgerte Forderung einer vollkommenen geschichtlichen Verwirklichung der Gemeinwohlnormen durch die Handlungsordnung führt folgerichtig zur Lehre vom Sozialismus als einziger Realisationsform des Sozialstaatsprinzips.

Umgekehrt erfordert die liberalistische Negierung einer der gesellschaftlichen Handlungsordnung vorgeordneten Gemeinwohlnorm —letztlich begründet in einer dezisionistischen Auffassung des Theorie-Praxis-Problems—den unmittelbaren Beginn der Sozialphilosophie in der pragmatischen Handlungsordnung, die folgerichtig nichts anderes als eine im Dienste formaler individueller Freiheiten stehende Funktionsordnung ist, in welcher Staat und Einzelner apriorisch im Interessengegensatz stehen. Beide Auffassungen, die marxistische wie die liberalistische, enthalten natürlich einen gewissen Wahrheitskern. So wird man für die Wertordnung den marxistischen Gedanken der apriorischen Sozialintegration des Einzelnen und der darauf gründenden sozialen Aufgabe des Rechtsstaates übernehmen können, genau so wie man die liberalistische Ausarbeitung eines den Einzelnen vor Machtmißbrauch schützenden freiheitlichen Rechtsstaats beachten wird. Das Problem, beide Elemente in ein System zu bringen, wird nur von einer Philosophie aus möglich sein, die zwar wie der Marxismus von der Priorität des Gemeinwohls als einer Ganzheitsnorm ausgeht, diese Ganzheitsnorm aber entgegen dem Marxismus nicht geschichtlich, sondern im Sinne einer abstrakten Orientierungsidee faßt (3).

2. Die Priorität des Rechtsstaatsprinzips als praktischer Ordnungsregel

Sosehr jede Rechtsordnung wertmäßig nur vom Sozialzweck des Staates her konzipiert werden kann, so notwendig wird doch in der praktischen Gesellschaftsordnung eine Umkehrung der Prioritäten. In der praktischen Ordnung der Gesellschaft erfährt die sich bereits aus der sozialen Wertordnung ergebende Feststellung einer im geschichtlichen Rahmen notwendigen Unterscheidung von Staat und Gesellschaft eine besondere Akzentuierung. Aus der praktischen Unmöglichkeit heraus, das Gemeinwohl durch den Staat in jeder Hinsicht in allgemeingültiger Weise zu definieren, sowie wegen der Möglichkeit eines Mißbrauchs der für

(3) Vgl. P. P. MÜLLER-SCHMID: *Der rationale Weg zur politischen Ethik*, 91 ff., 102 ff.

die Gemeinwohlrealisierung notwendigen Macht, wird man dem gesellschaftlichen Bereich gegenüber dem Staat eine gewisse Autonomie in der Gemeinwohldefinition überlassen und dem Staat, konzipiert als Rechtsstaat vorwiegend die Aufgabe anweisen müssen, den Schutz der individuellen Freiheiten zu garantieren. Die rechtsstaatlich zu garantierende Freiheit ist weitgehend formaler Natur, d. h. neutral im Hinblick auf den an sich übergeordneten Integrationswert (4). Empirisch und auch sozial-ethisch wird diese Auffassung damit begründet, daß das aus Eigeninteresse handelnde Individuum die sicherste Garantie der für das Gemeinwohl entscheidenden Wertfindung und Wertschaffung darstellt. Die rechtsstaatliche Ordnung baut daher folgerichtig auf der Priorität des privaten Rechts, d. h. auf der Anerkennung individueller, subjektiver Rechte, einschließlich des Rechts auf Privateigentum, auf. Man beachte, daß der logische Weg zu dieser «individualistischen» Ordnungsregel nicht bei der individualistische Rechtskonzeption Rousseauscher, Hobbescher oder Lockescher Art beginnt. Es bleibt darum immer der gedankliche Rückgriff auf eine Sinnorientierung offen (5).

Der Vorteil der privatrechtlichen Ordnungskonzeption liegt nicht nur in der Garantie der individuellen Freiheit, sondern auch in der Sicherheit der Rechtsverhältnisse. (6). Erleichtert doch die vordringlich formale Bestimmung des Freiheits— und in der Folge auch Gleichheitsbegriffs in entscheidender Weise die Kontrollierbarkeit der Rechtsordnung. Gegenüber diesem Vorteil steht freilich auf der anderen Seite der Nachteil, daß der sozialen Intergrationsfunktion des Rechts nicht genügend Rechnung getragen werden kann. Das Beharren auf der Formalität der Freiheitsrechte begünstigt naturgemäß die Verfestigung hergebrachter Rechte, führt in der Folge zu immer größerer Ungleichheit und schließlich zur Bildung einer in Privilegierte und Nicht-Privilegierte geteilten Klas-

(4) Die Systematisierung eines aus Gründen der inneren Logik weitgehend «formalen» Freiheitsbegriffs im Rechtsstaat verdanken wir vor allem den Vertretern des Liberalismus (Vgl. z. B. F. A. HAYEK: *The Constitution of Liberty*. London-Chicago, 1960). Freilich beruht die liberalistische Sicht philosophisch auf einer individualistischen Gesellschaftslehre, was aber an sich, wie bereits angedeutet wurde, für die Begründung einer freiheitlichen Ordnungspolitik nicht notwendig wäre.

(5) Bezüglich des privaten Eigentumsrechtes ist dieser Zusammenhang dargestellt bei A. F. URZ: *Elementos permanentes y elementos variables en el concepto de propiedad*. In: *Estudios Filosóficos* (Valladolid) 22 (1973) 185-198. Zur Bedeutung der sozialen Rolle des Eigentums vgl. auch J. MESSNER: *Eigentumspolitik und Eigentumsethik*. In: *Zeitschrift für Nationalökonomie* 26 (1966) 177-189.

(6) Vgl. F. A. HAYEK: *Die Ursachen der ständigen Gefährdung der Freiheit*. In: *Ordo* 12 (1961), 103-109.

sengesellschaft. Daß dies nicht im Sinne des Rechtsstaats liegen kann, wird auch von engagierten Vertretern einer formalen Rechtsstaatsidee anerkannt (7).

Um den Nachteilen der formalen Rechtsstaatskonzeption entgegenzuwirken, wird heute in Rechtslehre und Rechtsprechung der formale Rechtsstaat im Sinne eines an materialer Gerechtigkeit, d. h. am Sozialstaatspostulat orientierten Staats uminterpretiert (8). Für diesen Rechtsstaatsbegriff hat sich allgemein die Bezeichnung «sozialer Rechtsstaat» eingebürgert (9). Gegenüber dem formalen Rechtsstaat, wie ihn ursprünglich der Liberalismus begriff, wird dem Staat nicht nur die Garantie der klassischen Freiheitsrechte, sondern auch die Garantie der sozialen Grundrechte des Menschen zur Aufgabe gemacht. Damit ist freilich noch nichts über die Art der praktischen Politik gesagt (10). Sozialer Rechtsstaat bezeichnet einzig eine Staatszweckbestimmung. Zwar erhält der soziale Rechtsstaat naturgemäß größere Kompetenzen der Intervention in den gesellschaftlichen Entwicklungsprozeß. Aber auch er steht, wie vor dem der formale Rechtsstaat, vor der Frage, welche Handlungsordnung der Realisierung des Sozialstaatspostulats am besten entspreche. Der Gegensatz zwischen gewährleistendem Rechtsstaat und gewährendem Sozialstaat mag mit den Möglichkeiten des sozialen Rechts sicherlich gemildert, aber nicht endgültig überwunden zu werden. Man kann den Rechtsstaat

(7) Vgl. E. FORSTHOFF: *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, 197. In: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*, Hrsg. von E. FORSTHOFF. Darmstadt 1968.

(8) Unter den Staats- und Verfassungsrechtlern ist es vor allem E. FORSTHOFF, der mit beachtlichen, von seinen Gegnern oft nicht recht gewürdigten Argumenten an einer betont formalen Interpretation des Rechtsstaats festhält. W. WEBER ist der Meinung, dieses Rechtsstaatsverständnis finde seine Entsprechung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (W. WEBER: *Verfassungsrechtliche Grenzen sozialstaatlicher Forderungen*, 431. In: *Der Staat* 4 (1965).

(9) Zum Begriff des sozialen Rechtsstaats vgl. u. a. H. GERBER: *Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes. Ein Rechtsgutachten*. In: *Archiv des öffentlichen Rechts*, N. F. 42 (1956) 1-54; S. LENER, SJ: *Lo Stato sociale contemporaneo. Lineamenti di dottrina generale*. Roma, 1966; *Stato di diritto e stato di giustizia*. In: *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto* (Milano) 41 (1964) 127-339; *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*. Herausgegeben von E. Forsthoff. Darmstadt 1968; H. F. ZACHER: *Soziale Gleichheit. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip*. In: *Archiv des öffentlichen Recht* 93 (1968) 341-383; E. DÍAZ: *Estado de derecho y sociedad democrática*. 3.^a edición. Madrid, 1969.

(10) Zur Unbestimmtheit des «sozialen Rechtsstaats» hinsichtlich seiner Konkretisierung vgl. W. WEBER: a.a.O. 417.

zur Abriegelung gegen Klassenbildung, die der sozialen Gerechtigkeit widerspricht, an gewissen sozialstaatlichen Klauseln orientieren. Einen vollkommenen Kompromiß zwischen rechtsstaatlicher und sozialstaatlicher Ordnung wird man jedoch damit nicht zustandebringen können. In der Handlungsordnung gibt es nämlich nur Priorität entweder des Einzelnen oder des Kollektivs.

Die Gründe, die im formalen Rechtsstaat für die Priorität der privatrechtlichen Organisation der Gesellschaft maßgeblich waren, gelten auch im Bereich des sozialen Rechtsstaats (11). Das Soziale dieses materialen Rechtsstaatsbegriffs weist somit nicht, notwendigerweise, wie manche meinen, auf eine kollektivistische bzw. sozialistische Form der Gesellschaftsgestaltung hin. Wer grundsätzlich im Individuum im Verlechi zum Kollektiv die größere Chance der Wertschaffung erkennt, wird auch den sozialen Rechtsstaat privatrechtlich organisieren müssen (12).

3. Die kollektivistische Bedrohung des Rechtsstaats

Dem an der Priorität des einzelnen orientierten freiheitlichen Rechtsstaat droht von mehreren Seiten her die Gefahr der Kollektivierung. Eine erste Gefahr der Rechtsstaatsordnung ergibt sich aus einer das Leistungsprinzip vernachlässigenden wohlfahrtsstaatlichen Politik, die mit der Verminderung persönlicher Initiative auch zur Verminderung persönlicher Verantwortung führt. Gegenüber einer forcierten Entwicklung des Wohlfahrtsstaats muß eine freiheitliche Rechtsstaatspolitik nicht nur die Freiheit des an den wohlfahrtsstaatlichen Leistungen partizipierenden Menschen fordern (13), sondern darüber hinaus auf eine Einkreisung des Wohlfahrtsstaats hinarbeiten (14).

Eine andere Gefahr der Verdrängung des Rechtsstaats besteht in der Tendenz einer über die Gesellschaft erfolgenden zunehmenden Aufhebung der Unterscheidung von gesellschaftlichen und staatlichen Ord-

(11) Zur soziaethischen Begründung des Aufbaus der Gesellschaft von Einzelnen her vgl. P. P. MÜLLER-SCHMID: a.a.O. 105 ff.

(12) Vgl. O. BACHOF: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, 214. In: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*. Zur Notwendigkeit einer auf Eigenverantwortung aufbauenden Sozialpolitik im sozialen Rechtsstaat vgl. P. COLLMER: *Sozialhilfe, Diakonie, Sozialpolitik*. Gesammelte Aufsätze. Stuttgart 1969.

(13) Vgl. W. BOGS: «Das Problem der Freiheit im sozialen Rechtsstaat», 518. In: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*.

(14) MENGER (Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, 61 f. In: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*) ist gar der Meinung, der Wohlfahrtsstaat widerspreche den Intentionen der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland.

nungsprinzipien. Der ursprüngliche Sinn des Rechtsstaates liegt darin, dem Individuum Freiheit gegen die staatliche Macht zu geben. Damit war die Macht wenigstens modellartig grundsätzlich eingehegt in der politischen Ordnung. Die Quasi-Trennung von Gesellschaft und Staat war perfekt. Gegen diese Aufspaltung wendet sich ein Freiheitsbegriff, der einheitlich für die gesamte im Staat geeinte Gesellschaft gültig sein soll. Das heißt Freiheit ist danach im gesellschaftlichen Raum im Sinne der politisch-demokratischen Gleichheit aufzufassen durch Übertragung der politischen Konzeption der Freiheit auf weitere Sektoren der Gesellschaft (15). Damit soll die Garantie geleistet werden, daß die Gleichheitsansprüche aller auf allen Ebenen Berücksichtigung erlangen. An sich ist der Einwand begreiflich, denn tatsächlich hat die liberale Rechtsstaatsidee die Macht in der Politik nicht eingekreist. Andererseits muß man sich fragen, ob man die Gesellschaft nach dem Gleichheitsprinzip durchdemokratisieren kann, ohne den Rechtsstaat zu verlieren. Gleichheit stellt zwar, genau so wie die Freiheit (16), ein Grundprinzip des Rechtsstaats und im sozialen Rechtsstaat sogar —wie die Rechtslehre und Rechtsprechung heute im allgemeinen anerkennen— ein materiales Prinzip dar (17). Doch steht eine weitgehende Materialisierung des Gleichheitsprinzips sachlogisch im Gegensatz zur rechtsstaatlich zu garantierenden «formalen» individuellen Freiheit. In dieser Sachlogik liegen die Grenzen für die Realisierung eines materialen Rechtsstaatsbegriffs.

Eine weitere und zwar noch größere Gefahr für den Rechtsstaat erwächst heute aus einer politischen Bewegung, die die gesamte Gesellschaftsordnung in dem Sinne verpolitisiert, daß sie den Staat und damit auch das Recht zu einer Funktion des gesellschaftlichen Prozesses macht (18). Das vorher genannte Prinzip der Erweiterung der politischen

(15) Zur Entwicklung des Freiheits- und Gleichheitsprinzips von der liberalen Staatsauffassung zur modernen sozialstaatlichen Auffassung vgl. G. LEIBHOLZ: *Strukturprobleme der modernen Demokratie*. Karlsruhe 1961, 79 ff.

(16) Zum Zusammenhang zwischen dem Freiheits- und dem Gleichheitsprinzip vgl. G. BURDEAU: *Les libertés publiques*. Paris 1961, 79 ff.

(17) Zur Auffassung des Gleichheitsprinzips als einer Gerechtigkeitsforderung vgl. G. DÜRIG: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. In: *Archiv des öffentlichen Rechts*, N. F. 42 (1956) 117-157; vgl. dort vor allem S. 143 Vgl. auch T. MAUNZ: *Deutsches Staatsrecht*. München-Berlin 1961, 105.

(18) In dieser Sicht ist die den liberalen Rechtsstaat kennzeichnende Trennung von rechtsstaatlicher und politischer Verfassung, wie sie etwa von W. WEBER und E. FORSTHOFF vertreten wird, aufgehoben. Vgl. die Kritik an den beiden Autoren von U. K. PREUß: *Zum staatsrechtlichen Begriff des öffentlichen untersucht am*

Demokratie durch Demokratisierung auch anderer gesellschaftlicher Bereiche wird zum grundlegenden Prinzip gerechter Gesellschaftspolitik überhaupt gemacht (19). An die Stelle rechtsstaatlich zu garantierender privatbegründeter Eigenbereiche tritt die demokratisch legitimierte Öffentlichkeit (20). Private Rechte gibt es hier nur insofern, als sie öffentlich-rechtlich, nämlich als Teilhaberechte an der demokratischen Gesellschaft legitimiert sind. Die rechtsstaatlich und übrigens auch sozialetisch zu fordernde Anerkennung gewisser autonomer gesellschaftlicher Bereiche, wie vor allem der kulturellen Organisationen (21), findet naturgemäß in diesem Konzept der demokratisch zu legitimierenden Öffentlichkeit keinen adäquaten Platz.

Die an sich sozialphilosophisch ausgefeilteste und in der heutigen Demokratisierungsdiskussion auch weithin maßgebende Begründung des demokratischen Öffentlichkeitsprinzips liefert die marxistische Philosophie (22). Entsprechend ihrem geschichtlich definierten universalen Gemeinwohlbegriff ist menschliche Freiheit nur als vollkommen integrierte Freiheit wirklich. Diese Integration erfordere eine auf universaler Rationalität gegründete Gesellschaftsordnung, die in dem auf der Trennung von Staat und Gesellschaft beruhenden und weitgehend von der Zweckrationalität des Marktgeschehens beherrschten liberalen Rechtsstaat nicht gegeben sei (23). Im bürgerlichen formalen Rechtsstaat fehle daher die Möglichkeit, menschliche Freiheit zu realisieren. Für die Realisierung der liberalen Freiheitsforderung sei die Umformung des liberalen Rechtsstaats zum reinen Sozialstaat erforderlich. Erst die Aufhebung von

Beispiel des verfassungsrechtlichen Status kultureller Organisationen. Stuttgart 1969, 87. An die Stelle der Trennung von rechtsstaatlichen und politischen Prinzipien tritt die Demokratisierung und Politisierung der Gesellschaft. Vgl. dazu U. K. PREUß: a.a.O. 163 f., 174.

(19) Entsprechend wird die Verfassung des sozialen Rechtsstaats einseitig vom Demokratieprinzip her interpretiert. Vgl. U. K. PREUß: a.a.O. 27 ff.

(20) Zum Status des Privaten vgl. J. HABERMAS: *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft.* Neuwied 1962, 144.

(21) Zum Status kultureller Organisationen in dieser Demokratie-Auffassung vgl. U. K. PREUß: a.a.O. 215 ff.

(22) Zu den sozialphilosophischen Voraussetzungen des marxistischen Demokratiebegriffs vgl. z.B. das Buch von J. HABERMAS: *Strukturwandel der Öffentlichkeit.*

(23) In diesem Sinne versteht sich die neomarxistische Geschichtsphilosophie als eine an vernünftigen Zuständen interessierte Gesellschaftstheorie (vgl. hierzu M. HORKHEIMER: *Kritische Theorie.* Frankfurt a. M. 1968, II 147), deren Aufgabe es sei, den irrationalen Charakter der kapitalistischen Gesellschaft aufzuzeigen.

Staat und Gesellschaft aufgrund der vollkommenen Demokratisierung der Gesellschaft vermöge den Menschen sinnvoll zu integrieren und ihm somit «konkrete» Freiheit zu geben.

In dem Konzept der marxistischen Demokratie erhält das Recht eine gegenüber der bürgerlichen Rechtsstaatsauffassung grundlegende Umin-terpretation. Die für den liberalen Rechtsstaat typische Trennung zwischen rechtlicher und politischer Ordnung ist aufgehoben. Die Gemeinwohlintepretation spielt sich vollkommen im Rahmen der politischen Entwicklung ab. Das Recht als stetiger Ausdruck des Gemeinwohls ist also mit der Politik im Fluß. «Rechtsstaat» im marxistischen Sinne bedeutet nichts anderes als eine dauernd durch die Politik kontrollierte Rechtsentwicklung und Rechtsinterpretation. Daß diese Verpolitisierung des Rechts eine Gefahr für die Gesellschaft darstellen könnte, wird von marxistischer Seite aus nicht erkannt. Der Marxismus macht vielmehr gegenüber dem bürgerlichen Rechtsstaat, der in Wirklichkeit ein Instrument der herrschenden Klasse zur Beherrschung der Nicht-Privilegierten sei und somit die wirklichen Interessen der Gesellschaft nicht repräsentieren könne, geltend, daß der sozialistische demokratische Staat ein Organ der Gesellschaft sei (24) und Recht somit seinen entfremdenden Zwangscharakter verliere (25). Der sozialistische Rechtsstaat besitze daher einzig eine erziehrische Aufgabe.

Die marxistische Interpretation des Gemeinwohls durch die Politik besitzt den nicht zu unterschätzenden Vorteil, das Recht als stetige Ausformung des Gemeinwohls in ständiger Anpassung an die Interessen der Gesellschaft formulieren zu können. Dem Sozialzweck des Rechts wird sozusagen vollkommen entsprochen. Diese Anpassungsfähigkeit des Rechts an die Entwicklung der Gesellschaft verleiht der marxistischen Rechtskonzeption im Vergleich zum «formalen» bürgerlichen Rechtsstaatsprinzip eine äußerst realische Note. Man wird jedoch im wesentlichen zwei gewichtige Argumente gegen diese Rechtskonzeption erheben müssen. Zum einen fehlt hier das wesentlich zum Recht gehörende Element der Sicherheit der Rechtsverhältnisse, da Recht einzig das Resultat der ständigen politischen Entwicklung ist. Zum andern beruht der vollkommen durchdemokratisierte Rechtsstaat des Sozialismus im Gefolge der Negierung privatrechtlich begründeter Eigenbereiche auf einem Sozialstaatsbegriff, der den Wertpluralismus der Gesellschaft ausschließt

(24) Vgl. G. ANTALFFY: *Problèmes nouveaux de la théorie du droit dans l'évolution de la démocratie socialiste*. Szeged/Hongrie 1964, 27 ff.

(25) Vgl. G. ANTALFFY: a.a.O. 43 ff.

und somit seiner angeblichen Rolle, die wirklichen Interessen der Gesellschaft zu vertreten, nicht gerecht zu werden vermag. Mit innerer Logik, die allerdings vielfach von Vertretern eine «freiheitlichen» Neomarxismus bestritten wird, führt dieser Rechtsstaatsbegriff zur marxistisch-leninistischen Theorie der sozialistischen Partei als dem demokratisch legitimierten Führungsinstrument der Gesellschaft (26). Selbst eine noch so demokratisierte Einparteienherrschaft vermag dem wertpluralistischen Sozialstaatszweck des Rechts nicht gerecht zu werden. Für den demokratischen Rechtsstaat wesentlich ist ein Zwei— bzw. Mehrparteiensystem und zwar im Sinne der rechtsstaatlich garantierten Möglichkeit einer politischen Artikulierung des gesellschaftlichen Wertpluralismus. Erst über eine solchermaßen parteienmäßig verfaßte Demokratie vermag Recht auf dem Wege über die an eine Verfassungs gebundene Gesetzgebung seiner sozialen Rolle im Rechtsstaat gerecht zu werden.

PETER PAUL MÜLLER - SCHMID
(Fribourg/Schweiz)

(26) Vgl. G. ANTALFFY: a.a.O. 27.

LE RÔLE ET LES FONCTIONS DU DROIT DANS LA SOCIÉTÉ SOCIALISTE ROUMAINE

C'est par exprimer nos plus sincères sentiments à l'adresse des travaux du Congrès que je veux commencer cette allocution. Cette rencontre va conjuguer les apports des hommes de science d'une haute valeur, engagés dans une démarche philosophique à large respiration juridique. Le Congrès aborde un ensemble de problèmes —il est aisé de l'observer— capable à surprendre des préoccupations des plus caractéristiques et des plus actuelles, qui confrontent l'intellectualité juridique de tous les pays.

La grande variété d'opinions qui ont été exprimées, variété qui découle, bien sûr, de la formation philosophique et des idéologies juridiques très différentes des participants, met en pleine lumière —sans négliger ni ce qui nous sépare, ni ce qui nous unit sur le plan de la conscience philosophique— la responsabilité sociale⁵ sous le signe de laquelle juristes de tous les méridiens du monde regardent la condition humaine, les destinées de l'humanité toute entière.

Permettez nous de signaler —tant que les dimensions d'une brève allocution le permet quelques aspects d'intérêt philosophique que régissent la manière dans laquelle nous concevons aborder le problème du rôle et des fonctions du notre droit. Il faut tenir compte, à ce propos, du contexte social et historique de l'étape actuelle de développement de notre pays, avec ses perspectives dans l'avenir, ouvertes par les réalités juridiques de la Roumanie socialiste.

C'est dans les conditions de la société socialiste roumaine que, au fur et à mesure de l'accroissement du rôle social-économique de l'état, le rôle et l'efficacité du droit socialiste s'accroissent à leur tour. Le droit socialiste manifeste la même direction d'action que l'intégration organique de l'état dans l'activité et la vie de la société, véritable légité de la société socialiste. Le droit vient amplifier son rôle dans l'oeuvre de direction unitaire de la société toute entière. Il réalise ce rôle en dirigeant d'une

manière organisée la vie sociale, visant le perfectionnement des relations sociales et leurs établissement sur la base des principes de l'éthique et de l'équité socialistes.

Parler de l'accroissement permanent du rôle du droit ne signifie point se situer sur une position paradoxale ou nier la prévision marxiste concernant la disparition du droit et de l'état dans les conditions de la société communiste. Tout au contraire, il nous semble qu'il serait paradoxal, nonscientifique et dépourvu de réalisme de concevoir la voie vers cet idéal humain comme étant parcourue par une société d'un état qui diminuerait du jour au lendemain sa capacité et sa raison d'être, en utilisant un droit qui est en train de retrécir son champ d'action et sa capacité d'intervention sociale, dans des circonstances historiques dominées par l'impératif de l'utilisation du droit comme instrument principal pour l'édification du socialisme et du communisme. Les phénomènes et les processus sociaux-juridiques contemporains, regardés dans leur mouvement, dans le contexte historique concret qui a déterminé leur apparition et développement, nous permettent de déchiffrer certaines tendances, légités ou lois objectives appelées à faire comprendre le statut social et la dynamique du droit. Ils nous permettent aussi de discerner ses finalités actuelles et de perspective, en préfigurant en même temps, en lignes essentielles, la perspective du droit dans le communisme.

Sous ce jour, on peut considérer comme tout à fait relevante, sur le plan de l'idéologie juridique, une thèse selon laquelle les très complexes problèmes du rôle et des fonctions du droit dans le socialisme ne peuvent être abordés scientifiquement, sans prendre en considération l'ensemble tout entier des conditions sociales internes et internationales contemporaines. En même temps que le développement social, s'est modifié le caractère et le poids des fonctions du droit. Au fur et à mesure que les premises pour le passage au communisme seront créés, les fonctions du droit vont changer de plus en plus, leur action s'orientant dans la direction de l'organisation de la production, de la vie scientifique et culturelle.

Il nous semble que la conception selon laquelle le parti et l'état marquent un processus d'intégration organique dans la société, en amplifiant toujours leur rôle, présente un intérêt considérable—théorique et pratique en même temps. On peut apprécier que, en perspective, l'activité du parti, de l'état et des autres organismes sociaux seront conjuguées toujours plus étroitement. Il s'agit ici d'un processus logique du développement socialiste et communiste. Comme il est impossible de concevoir le droit que dans la même perspective sociale-historique, on peut affirmer que l'action des normes juridiques connaît une intégration toujours plus orga-

nique, tant comme profondeur, que comme surface de réglementation, dans l'ensemble du système des relations sociales. On peut apprécier, en même temps, dans la perspective du développement du droit, que les normes juridiques seront de plus en plus conjuguées avec les autres normes sociales (éthiques, politiques, techniques, etc.). Ça donnera lieu à une action toujours plus serrée, plus conjuguée. Pour diriger une activité, un phénomène ou un processus social, on emploie un ensemble unitaire de normes sociales, agissant dans une pareille interaction, qu'il sera difficile à dire d'où commence et où prend fin le juridique, l'éthique, le politique.

Il vaut bien être soulignée la permanente préoccupation de prévenir n'importe quelle manifestation de nature à situer l'état et le droit en dehors de la société. Les superstructures juridiques sont de plus en plus une émanation des masses, une création consciente du peuple tout entier mise en oeuvre sociale par lui et pour lui.

Un cadre juridique et socio-organisatorique capable à entraîner de larges masses dans tous les organismes de l'état comme dans la formation des normes juridiques, a été créé par le système de la démocratie socialiste.

C'est par le truchement de l'institutionnalisation d'une large initiative législative, comme par le débat actif avec le peuple tout entier des principaux projets d'actes normatifs — qu'on peut toucher ce but.

Dans les conditions d'une société socialiste, on se trouve en présence d'un droit qui, en entraînant les masses sur le plan de la formation, de l'application et du respect de la loi et en s'identifiant avec leur volonté et leur idéal, augmente d'une manière logique son rôle et son efficacité sociale. Dans une société homogène, à un commun idéal, il n'y a pas de «forces rivales» à impliquer une loi-arbitre, une loi-traité, il n'existe pas «d'antinomies» sociales-juridiques ou «intérêts contraires» à réclamer «un équilibre» par l'intervention d'un droit éternel et immuable.

Pour les destinées du droit, la thèse selon laquelle le droit —en même temps que l'état— augmente son rôle, non pas en accentuant les côtés répressifs, mais tout au contraire par la diminution de ceux-ci, dans l'avantage des mesures économiques-organisatoriques et culturelles-éducatives, d'organisation et de direction de la vie sociale toute entière, présente une profonde relevance de principe.

L'évolution du droit socialiste se caractérise par une ouverture socio-économique toujours plus prononcée, par un rôle éducatif mis sous le signe de la pédagogie sociale. Notre droit socialiste, loin d'être immuable, connaît de profondes mutations, ajoute de nouveaux traits à son essence, à sa structure et à ses fonctions. Il s'oriente de plus en plus

vers la production de biens, vers tous les côtés de la construction socialiste, vers la promotion de la politique sociale, de la réalisation du programme du développement économique et social de la Roumanie socialiste.

Dans ce contexte socio-historique, le dépérissement du droit trouve une signification radicalement nouvelle vis-à-vis de ce qui se passe dans la société basée sur l'exploitation. «Dépérir» ne signifie pas supprimer, pas plus au moins brusquement, les normes juridiques, dans des conditions à attirer un vide ou un nihilisme juridique. Le phénomène du «dépérissement» doit être analysé par le prisme des transformations produites dans la structure et les fonctions du droit dans la période du passage au communisme.

C'est la période dans laquelle les normes juridiques, combinées d'une manière de plus en plus organique avec les autres normes sociales, deviennent autre chose, le contraire même du droit éminemment répressif. Un droit muni d'une théorie de la contrainte qui gravite, pas autour de la répression, mais de l'idée de contrôle et de réaction sociale, pose le problème du dépérissement dans des termes totalement différents. Un droit qui fait corps commun avec les autres normes sociales et qui, avec celles-ci, tend à devenir un moyen d'auto-direction, dans les conditions d'une large démocratie socialiste, ouvre la perspective du «dépérissement» dans un sens nouveau, loin de l'acceptation habituelle du mot.

Ce sont les réalités contemporaines de notre société socialiste qui nous offrent des prémises d'une aptitude d'anticipation profondément révélatrice sur l'évolution du droit. Assemblées générales, conseils et comités des travailleurs — institutionnalisés au niveau de chaque entreprise, comme des formes supérieures de la direction collective; conseils de contrôle ouvrier de l'activité économique et sociale, subordonnés aux forums de direction des entreprises; organisations de juridiction et d'influence sociale; organes de contrôle social, rejetant toute procédure rigide; organismes centraux, de première importance, subordonnés d'un côté aux organes supérieurs du pouvoir ou de l'administration de l'état et de l'autre aux forums supérieurs du Parti Communiste Roumain. (Le Conseil Suprême du Développement Économique et Social de la Roumanie, Le Conseil Central de Contrôle Ouvrière l'Activité Économique et Sociale, Le Conseil de l'Organisation Économique et Sociale, etc.). Voilà des organismes qui par leur nature même et leur fonctionnalité vont créer un cadre socio-juridique qui leur permette d'agir avec un complexe de normes juridiques, dans une interaction serrée avec des normes politiques, éthiques, etc., d'émanation sociale. Il nous semble inconcevable, dans pa-

reilles conditions, de départager strictement les éléments structurels, les procédures ainsi que les formes de travail d'essence étatique, de ceux d'essence seulement sociale. Le statut social de ces organismes est gouverné par des normes juridiques indestructiblement liées avec d'autres normes sociales de nature différente. Leur dialectique, capable à augmenter la force des normes juridiques à travers le concours des autres normes sociales —et, réciproquement— vient à jalonner une voie nouvelle dans la dynamique du droit, en préfigurant sa future perspective.

2. Dans une pareille vision sur sa place et son rôle dans la vie sociale, le droit socialiste nous permet d'aborder le problème de ses fonctions, aux proportions d'une tactique et d'une stratégie socio-juridique, partie organique de la tactique et de la stratégie générale du développement économique et sociale de la Roumanie socialiste.

On sait très bien comment sont inconciliables avec notre idéologie juridique toutes les conceptions qui sont adeptes d'une science juridique «objective», «pure», qui ne permettent pas «contaminer le droit de n'importe quel idéal politique» et qui défendent au droit de se mêler aux prescriptions éthiques, même, nous ne pouvons pas accepter de refuser au droit tout idéal, au nom d'une notion de la juridicité différente et supérieure aux variations de son contenu ou de celui d'un concept du droit comme «forme à priori, rationnelle», conceptions qui se détachent des réalités socio-historiques concrètes.

Quoique situés sur des positions radicalement différentes, c'est avec intérêt que nous regardons les convictions des auteurs d'une autre à la justice, au droit en général, un idéal «tiré de la théorie politique». C'est, quand même, la nature de l'idéal et de la théorie politique avec laquelle nous oppérons, qui nous écartent d'eux. . .

L'idéal du droit socialiste ne peut pas être un autre que l'idée de justice sociale, pour laquelle les gens ont lutté au long des siècles. Seulement en arrivant à ce but on peut affirmer que le droit, en même temps que l'état a accompli sa mission historique.

Tout en réalisant la justice sociale à l'échelle du communisme, on peut parler, à notre avis, d'une véritable réalisation du droit lui-même, de son identification avec le mode de penser et de se comporter de la part de la société toute entière. ,

Notre droit socialiste, comme nous l'avons déjà dit, est en pleine évolution vers cet idéal, sur les auspices d'une stratégie juridique qui fait partie de la stratégie générale du développement de la société. Ainsi, d'une manière programmatique, le droit amplifie ses possibilités de construction économique et culturelle, d'édification d'une société toute nouvelle. La

différence entre le droit de la Roumanie présocialiste —qui s'occupait, par excellence, du comportement humain, à l'échelle d'un individu inhibé par de nombreuses restrictions juridiques, et notre droit socialiste, consiste dans le fait que celui-ci tend à modérer le comportement de chacun dans le contexte du comportement général, en facilitant l'affirmation plénière de la personnalité humaine; il donne ainsi une contribution active à la direction des phénomènes et des processus sociaux, à l'organisation et à la coordination de toutes les forces dans la direction des objectifs fondamentaux de notre pays.

Les dernières années, des réglementations d'une haute portée principale ont parrues comme expression de cette stratégie juridique (la Loi sur le développement économique et social planifié, La Loi des finances, etc.). Elles sont destinées à donner configuration juridique à la politique économique de notre état, dans certains côtés gouvernés auparavant par diverses normes sociales, usages, instructions techniques etc. En représentant deux tiers du total des normes juridiques, la législation économique a réussi à déclencher un puissant courant en faveur d'un droit économique, conçu comme une branche autonome du droit, capable de devenir un efficace instrument d'accomplissement de la stratégie économique.

Un nouveau type de juridiction et un nouveau type de magistrature —la magistrature économique— vouées à contribuer au renforcement de l'ordre économique ont été instituées par la loi sur l'organisation de la Cour Supérieure de Contrôle Financier.

En prenant sa place dans la légité de la diminution permanente des côtés répressives du droit, la loi pénale a reçu d'importantes modifications qui nous permettent de parler d'une compression du criminel en faveur des autres moyens socio-juridiques, d'une amplification de son humanisme socialiste et de sa fonction éducative, jusqu'au niveau d'une pédagogie juridique.

Dans cette manière —pour nous limiter seulement à quelques exemples— les structures et les fonctions du droit socialiste évoluent dans la direction d'une stratégie juridique dirigée d'une manière scientifique. C'est la façon de résoudre, dans les conditions du socialisme, la soi-disante antinomie individu-collectivité. Les intérêts personnels et par ces intérêts, on ne peut pas concevoir les intérêts généraux en eux-mêmes, dans leur forme «pure».

D'une manière ou d'une autre, n'importe quel intérêt personnel est l'expression des intérêts collectifs. Il existe entre l'individu et la collectivité une relation dialectique; ils se suposent réciproquement, sont insépa-

rables, Cette corrélation se manifeste par la transformation réciproque des intérêts personnels et des intérêts sociaux. Sans connaître et sans promouvoir les uns et les autres, sans observer leur intime dialectique, c'est défendu de parler de l'affirmation plénière de la personnalité humaine, niveau de chaque citoyen, ni du bien-être et du progrès social, en général.

Dire que, dans les conditions du socialisme, l'individu et la collectivité ne sont pas en rapport d'antinomie, ce n'est pas nier ou sous-estimer la possibilité d'une contradiction entre les intérêts individuels et ceux collectifs. L'essentiel c'est le fait que pareilles contradictions doivent être connues d'avance, étudiées et comprises profondément—pour trouver les voies à les atténuer ou liquider, en assurant le feu vert pour l'affirmation tant des intérêts personnels que des intérêts collectifs.

3. *Stabilité ou changement*, voilà un doublet philosophique d'un vital intérêt théorique et pratique pour toutes les idéologies juridiques. Opter, à la manière absolue, ou bien seulement exagérer un ou l'autre terme de la soi-disante antinomie, ça signifie se situer à une extrême ou à l'autre, en entraînant de graves conséquences pour le progrès juridique, pour le progrès social en général.

Les options des différentes écoles et courants philosophiques sont trop bien connues, pour les mentionner ici. Chacune d'elles représente une expérience sociale-historique qui permet à l'intellectualité juridique de tout pays à tirer d'intéressantes conclusions. Seulement par une juste compréhension de la corrélation dialectique qui existe entre la tradition et l'innovation juridique, entre l'idée de continuité et celle de discontinuité dans le déroulement du phénomène juridique —y compris de la culture juridique philosophique— on peut trouver la vérité scientifique, objective, à cette complexe question.

Personnellement, nous vivons le sentiment que, de notre siècle, si on parle —dans un grand nombre de pays—, d'une manière toujours plus insistante, d'une soi-disante crise de l'idéologie juridique, une crise du droit et, en même temps, du juriste lui-même, on peut expliquer ça, en bonne partie, par l'option et l'attitude adoptée devant cette «antinomie».

Pour nous, pas moins que pour les juristes d'autres convictions philosophiques, la tradition juridique est sacrée, comme elle représente le produit de l'activité et de la création de plusieurs générations qui ont donné leur meilleur au patrimoine de la science et de la culture juridique nationale et internationale. Essayant d'adapter à la pensée et à l'activité juridique les paroles que Marx rapportait à n'importe quelle activité créatrice on peut dire que le progrès juridique «est conditionné, en partie, de la coopération avec les gens vivants et en partie de l'emploi du travail de

ceux qui ont vécu autrefois». Mais il n'est pas moins vrai que, en observant les options de la plupart des écoles et courants philosophiques, on peut remarquer une prédisposition des juristes pour exagérer, sinon pour absolutiser la tradition, quelquesfois dans un pareil degré que les juristes se sont attirés souvent l'épithète de conservatistes, en étant considérés comme imperméables aux nouveautés qui interviennent dans la vie sociale. Se limiter à l'apport de ceux qui ont disparu, qui sont entrés dans la tradition sans une «coopération de la part des vivants», pour enrichir toujours le patrimoine de la tradition, c'est concevoir la stabilité juridique comme immobilisme, comme quelque chose d'immuable. Ça signifie, en même temps, défendre au droit de devenir un agent du progrès. Il n'est plus nécessaire à étudier les conséquences —également graves— issues d'une innovation par l'amour de l'innovation, qui pourrait amondrir ou bien ignorer la bonne tradition, confirmée par la pratique socio-historique.

Ceci dit, nous avons exprimé, d'une manière implicite, notre option sur le problème de la stabilité-mobilité de la loi. Le droit positif doit partir de la compréhension de la corrélation dialectique de la continuité-discontinuité, comme légité de la réglementation juridique. La loi ne doit pas être conçue comme une photographie —purement et simplement— du présent normatif, mais comme une véritable opération de mise-à-jour, comme une consécration du progrès, des conquêtes sociales-historiques existantes au moment de l'adoption de la loi. Les réalités contemporaines doivent être surprises dans la loi, dans des conditions propices à consolider les réalisations et à renforcer toujours le sentiment de la sécurité juridique. Par sa «force d'expression» elle doit avoir l'aptitude de résoudre les nouvelles situations, sans ajouter et sans sortir de la volonté du législateur.

Sans devenir une «norme de caoutchouc», la loi doit préfigurer les réalités sociales et juridiques que la société se propose dans son développement prospectif.

Alors que la loi, quoi que conçue en considération des programmes de développement socio-économique, regardés dans leur perspective quoi qu'elle présente une force d'expansion ou des aptitudes d'anticipation, vient en contradiction avec les nouvelles requises de la vie sociale, elle doit être adéquate encore une fois par le législateur lui-même, personne ne jouissant de la permission de ne pas obéir à la loi, à raison qu'elle est mauvaise.

C'est justement le moment social-historique qui demande au juriste, plus que jamais, la juste compréhension de la corrélation dialectique sta-

bilité-mobilité. Souvent, la pensée et la pratique juridique nous offrent des situations dans lesquelles, au lieu de déterminer une nouvelle adéquation de la loi, les juristes essaient de forcer les réalités sociales à rester dans des moules juridiques qui ne sont pas compatibles avec la nouveauté, avec le progrès social général.

En mettant les faits en situation de se venger contre le droit, voilà comme on tombe dans le dogmatisme juridique. Et voici un moment de la crise d'adaptation juridique, avec de conséquences infortunées pour le statut du juriste même.

Avec les implications profondes que la révolution technique-scientifique, ainsi que les révolutions sociales déterminent, notre siècle réclame de la part des juristes une vocation de saisir à temps les tendances, les lois et les légités socio-juridiques objectives pour leur donner expression juridique au moment le plus propice, en contribuant ainsi, d'une manière efficace, au progrès de la condition humaine, à l'accélération conscientisée du mouvement historique.

Nous pensons donc que le Droit doit avoir le regard toujours vers l'avenir — car ce n'est qu'ainsi qu'il peut être utile à la société. Il pourra aussi non seulement préfigurer la société de demain, mais être à même de donner tout son apport à l'organisation de la société future comme de la société présente. Il s'agit donc du droit de l'avenir et aussi de l'avenir du droit.

EMIL NICOLCIOIU

TUDOR POPESCU

DIE FUNKTIONEN DES RECHTS IN DER ENTWICKELTEN SOZIALISTISCHEN GESELLSCHAFT IN DER VOLKSREPUBLIK BULGARIEN

I

Unser Land, die Volksrepublik Bulgarien, entwickelte sich in rund dreißig Jahren, aus ihrer Lage vor dem 9. September 1944 (zur Zeit der monarcho-faschistischen Diktatur der bulgarischen kapitalistischen Bourgeoisie) in einen entwickelten Industrie- und Agrarstaat, in dem das Volk, d. h. die Werktätigen auf dem Gebiet der geistigen und physischen Arbeit ununterbrochen ihren Wohlstand verbessern. Als Folge des Aufstandes vom 9. September 1944 und unter der Führung der Bulgarischen Kommunistischen Partei, die von allen demokratischen und patriotischen Kräften im Volk unterstützt wurde, vollzog sich dieser Aufschwung, die Staatsmacht ging in die Hände des bulgarischen Volkes, der Arbeiter, Bauern und der Volksintelligenz über. Unter der Führung der Bulgarischen Kommunistischen Partei verwandelte sich gesetzmäßig der als Ergebnis dieses Sieges entstandene bulgarische sozialistische Staat in ein Hauptmittel des Aufbaus des Sozialismus in Bulgarien. So wurde bis Ende der 60er Jahre der Übergang vom Kapitalismus zum Sozialismus erfolgreich verwirklicht. Später, im 1965, begann der Aufbau der entwickelten sozialistischen Gesellschaft, der Gesellschaft des entwickelten Demokratismus, Humanismus, Patriotismus und Internationalismus vom neuen Typ. Alles das bedeutet, daß die Grundfunktionen des bulgarischen sozialistischen Staates als ganzes und besonders seine wirtschaftlich-organisatorische und kulturell-erzieherische Funktion jetzt gesetzmäßig ihre Rolle steigern muß. Unter den Voraussetzungen einer weit höheren Entwicklung der sozialen Führung in unserem Land ist ein neuer, weit höherer sozialer Fortschritt zu erzielen, dessen unmittelbares Ziel der Aufbau der reifen sozialistischen Gesellschaft und der darauffolgende Aufbau der kommunistischen Gesellschaft, das Endziel unserer gesellschaftlichen Entwicklung, ist. Alles das verlangt aber eine quantitativ neue, gesteigerte

schöpferische Rolle des bulgarischen sozialistischen Rechtes ausgedrückt vor allem durch seine Haupt- und Nebenfunktionen, weil es das bedeutendste Mittel zur Verwirklichung dieses Ziels ist.

II

Im Licht der genialen Gedanken von Marx und Engels, daß *jedes* Recht «der zum Gesetz gewordene Wille» der herrschenden Klasse in der konkreten Klassengesellschaft ist und daß es auf die Regulierung, Festigung und Entwicklung jener gesellschaftlichen Beziehungen, die für diese Klasse von Nutzen und notwendig sind, hinweist (1), jetzt, wo in Bulgarien die Werktätigen an der Macht sind, kann das bulgarische sozialistische Recht auf folgende Weise formuliert werden. Es stellt eine *Gesamtheit* von Gesetzen, von *Rechtsnormen* dar, die durch die Volksversammlung unseres Landes angenommen sind und den Willen der Werktätigen, des werktätigen Volkes in Bulgarien ausdrücken. Sie sind auf die Festigung und ständige Entwicklung der sozialistischen Produktions- und weiteren sozialistischen Gesellschaftsbeziehungen in unserer Heimat gerichtet, die eng mit der Arbeit und dem Kampf um eine vollständige Befreiung der andauernd wachsenden materialen und kulturellen Bedürfnisse dieses Volkes, mit der allseitigen Entwicklung und der Entfaltung des freien Menschen und seiner Gefühle verbunden sind, Selbstverständlich ist dieses Recht zugleich eine wichtige Waffe für die Verwirklichung der internationalen Geschlossenheit in den Beziehungen zwischen der sozialistischen Länder und der sozialistischen Öffentlichkeit in Bulgarien mit den Werktätigen in der ganzen Welt, für die friedliche Koexistenz zu den Staaten mit einer anderen politischen und gesellschaftlichen Ordnung als Bulgarien, um eine brüderliche Zusammenarbeit (im ersten Fall) oder gegenseitig vorteilhafte politische, wirtschaftliche und kulturelle Beziehungen (im zweiten Fall) sichern zu können. Als eine solche reelle, objektive gesellschaftliche Erscheinung im sozialistischen Bulgarien, besitzt sein Recht, wie das schon die marxistische Theorie über den Staat und das Recht hervorhebt, die «entsprechenden objektiven Eigenschaften», nämlich: gesteigerte Normativität, wissenschaftlich formale Bestimmtheit, humanisierte Zwangsmäßigkeit und eine auf den sozialen Fortschritt gezielte Dynamik (2). Um diese noch mehr zu festi-

(1) K. MARX, F. ENGELS: *Manifest der Kommunistischen Partei*, Dietz-Verlag, Berlin, 1951, S. XXXVII + 89, S. 27.

(2) Vrgl. dafür z. B. bei S. S. ALEKSEEW: *Der soziale Wert des Rechtes in der sowjetischen Gesellschaft*, Verlag für rechtswissenschaftliche Literatur,

gen und entwickeln zu können wurden in den letzten zwanzig Jahren die Eigenschaften des sozialistischen Rechtes, parallel mit der Untersuchung anderer Seiten ihrer Charakteristik, durch die Anwendung theoretischer Konzeptionen, zum Gegenstand eingehender Untersuchungen wobei diese Eigenschaften nicht subjektiv, sondern als Teil des Problems *der Funktionen des sozialistischen Rechtes* angesehen, was von außerordentlicher Bedeutung ist und für eine gewisse Periode eine Unterschätzung der marxistischen Wissenschaft war.

Kum außerordentlich fachlich gewählten Hauptthema des Madrider Kongresses «Funktionen des Rechtes» werden sie mir erlauben, in Grundlinien die Funktionen des sozialistischen Rechtes in Bulgarien auf einer gegenwärtigen Entwicklungsetappe zu schildern, da es ein bedeutendes Mittel im Aufbau einer entwickelten sozialistischen Gesellschaft in der Volksrepublik Bulgarien darstellt.

III

Das Problem der Funktionen eines jeden Rechtes, darunter auch des bulgarischen sozialistischen Rechtes, ist aufs engste mit der *Rolle* dieses Rechtes verbunden; im Fall eines Ausbeuterstaateskonservativ, sogar reaktionär, und im Fall eines sozialistischen Staatesschöpferisch-progressiv. Die Rolle des bulgarischen sozialistischen Rechtes ist es, die wichtigen gesellschaftlichen und Produktionsverhältnisse in der Volksrepublik Bulgarien auf eine solche Weise zu regulieren, daß letztlich diese Beziehungen als sozialistische gefestigt und schnell entwickelt werden, was den Aufbau der entwickelten sozialistischen Gesellschaft und später auch der kommunistischen Gesellschaft in unserem Land allein garantieren kann. Diese Rolle verhalf zur vollständigen Abschaffung der Ausbeutung vom Menschen durch den Menschen in Bulgarien, sicherte den Aufbau einer aufblühenden sozialistischen Wirtschaft, garantierte zahlreiche verschiedene Rechte und Möglichkeiten für den neuen Menschen, für alle Bürger unseres Landes, für das Land, das auf dem Gebiet der Zusammenarbeit mit der UdSSR und den anderen sozialistischen Ländern und in einer friedlichen Koexistenz mit den kapitalistischen Ländern heute entschlossen von Erfolg zu Erfolg schreitet. Die Vielseitigkeit dieser Rolle—in der Wirtschaft, der Politik, des sozialen Lebens, der Erziehung usw. bestimmt auch die Zahl sowie die Richtlinien zur Äußerung der *Grün-*

Moskau, 1971, S. 38 (russisch); auch: Dimitrina ZONEWA (MILKWA): «Der Begriff der Funktionen des sozialistischen Rechtes», in Zeitschrift *Pravna Misal*, H. 5/1972, S. 11-23 (bulgarisch).

und Nebenfunktionen des bulgarischen sozialistischen Rechts (3). In der sozialistischen Rechtswissenschaft fehlt eine vollständige Übereinstimmung über die Zahl und das Wesentliche in den Funktionen des Rechtes in den sozialistischen Ländern. So z. B. nimmt Prof. S. S. Alexeew in einer Reihe von Werken an, daß das sowjetische sozialistische Recht *drei Funktionen* zu erfüllen hat—*zwei Grundfunktionen und eine Nebenfunktion*, und zwar: 1) eine *statische regulative Funktion*, 2) eine *dynamische regulative Funktion* (diese zwei fäßt er als Grundfunktionen auf) und 3) eine («negative») *Schutz-(Neben) funktion* (4). Seiner Meinung nach dient die statische regulative Funktion dem Ziel, die sozialistischen gesellschaftlichen Beziehungen, als herrschende und souverän zu festigen und zu bestätigen; die dynamische regulative Funktion—die Entwicklung dieser Beziehungen zu formen, zu vervollständigen und allseitig zu unterstützen. Auf diese Weise solle die «zwei» Grundfunktionen, unter Anwendung der ihrer Art nach entsprechender Rechtsnormen, regulative Rechtsbeziehungen statischen oder dynamischen Charakters schaffen, in dem weitere Rechtsnormen (wahrscheinlich das negative rechtswidrige menschliche Benehmen sanktionierend), die auf dem Gebiet der (negativen) Sicherheitsfunktionen des Rechtes tätig sind, angewandt, so entstehen rechtmäßige Sicherheitsbeziehungen. Wir sind der Meinung, daß diese Konzeption von Prof. Alexeew über die Funktionen des sozialistischen Rechtes in der UdSSR (und auch in jedem sozialistischen Recht) akzeptabel ist. Zugleich damit können wir auch die kritische Notiz von Prof. W. G. Smirnow als vollständig, begründet annehmen, daß die «statische» sowie die «dynamische» Funktion des sozialistischen Rechtes eigentlich nur zwei Aspekte ein und derselben regulierenden Funktion dieses Rechtes, ist, und daß die andere Grund-(und nicht Neben) funktion letzteren seine Schutzfunktion darstellt (5). Wir können uns jedoch keineswegs mit der von Prof. Alexeew implizierten und von Prof. Smirnow explizierten Verneinung oder sogar mit einem Unbeachten der Existenz der *erzieherischen Funktion* des sozialistischen Rechtes einverstanden

(3) Über die Rolle des bulgarischen sozialistischen Rechtes in der Richtung der Ökonomie der neuen Bulgarien, vgl. Peter POPOFF: «Die Rolle des Staates und des Rechtes bei der Ausnutzung der objektiven ökonomischen Gesetze des Sozialismus in der Volksrepublik Bulgarien», Verlag *Nauka i Iskustwo*, Sofia, 1961, S. 336, s. S. 33 ff. (bulgarisch).

(4) Vgl. S. S. ALEKSEEW: «Allgemeine Theorie des sozialistischen Rechtes», 1963, S. 64 ff. (russisch) und «Funktionen des Rechtes», in Zeitschrift *Pravna Misal*, H. 1/1973, S. 3 ff. (bulgarisch).

(5) Vgl. WALENTIN GRIGORIWITSCH SMIRNOW: *Funktionen des sowjetischen Strafrechtes*, Verlag der Universität Leningrad, 1965, S. 188, s. S. 9 ff. russisch).

erklären. Es ist bei weitem kein Fehler, wenn Prof. Smirnow die regulierende Funktion des sozialistischen Rechtes eine «organisierende Funktion» nennt, obwohl die organisierende Tätigkeit dieses Rechtes nicht nur eine Seite der rechtmäßigen Regulierung in den Bedingungen der sozialistischen Gesellschaft darstellt. Aber die Existenz und die Notwendigkeit einer erzieherischen Funktion, besonders für das sowjetische sozialistische Recht (6), was auch nach Lenins Auffassung ein Mittel zum Aufbau der kommunistischen Bewußtheit im neuen Menschen ist, bis dieser es als eine «Gewohnheit» (7) auffaßt und ohne Zwang die Gesetze und die künftigen moralischen Regeln der kommunistischen Gesellschaft erfüllt, ist unserer Meinung nach, ein bedeutender Fehler. Richtig und begründet ist der Standpunkt einer Reihe sowjetischer Autoren, daß eine solche Funktion existiert und daß sie ihrem Inhalt und ihrer Äußerungsform nach besonders wichtig ist. (8). Aus der Tatsachenanalyse geht unweideutig hervor, daß die regulierende Funktion (9) die bedeutendste aller Funktionen des sozialistischen Rechtes ist (10). Ein Umstand, der zur entfalteten Analyse des Inhalts und der Äußerungsformen dieser Funktionen in den jüngsten marxistischen Werken auf dem Gebiet der «Rechtsphilosophie» führt (11). Am richtigsten verfährt Dimitrina Zoneva (Milkowa) in ihrem Versuch ein vollständiges, wenn auch eingeschränktes Bild der Funktionen des sozialistischen Rechtes zu geben. In ihrem von uns angeführten Artikel wird der Begriff über die Funktionen dieses Rechtes als «Sammelbegriff» eingestuft. Als Schlußfolgerung führt sie zwei Momente für die Funktion dieses selben Rechtes an, nämlich die Grundrichtung der Einwirkung des sozialistischen Rechtes auf die gesellschaftlichen Verhältnisse, um eine Verwirklichung seiner Klassenziele und somit das Endziel, den Aufbau der

(6) Vgl. W. G. SMIRNOW, op. cit., S. 8 (russisch).

(7) Vgl. WLADIMIR ILITSCH LENIN: *Gesammelte Werke*, 5. Aufl., Bd. 33, S. 102 (russisch).

(8) Vgl. Z. b. sp. bei I. E. FARBER: «Erzieherische Funktion des sowjetischen Rechtes», Sammelband *Staat und Kommunismus*, Moskau, 1962, S. 117-146 (russisch), und N. S. MAKAREWITSCH: «Inhalt der erzieherischen Funktion des sozialistischen Rechtes», in *Fragen der Staats- und Rechtstheorie*, Saratow, 1971, S. 195 (russisch).

(9) W. G. SMIRNOW, op. cit., S. 8. (russisch).

(10) D. A. KERIMOW: *Philosophische Problemen des Rechts*, Verlag «Missal», Moskau, 1972, S. 471, s. S. 160 ff. (russisch).

(11) Vgl. für ähnlichen Konzeptionen über die erzieherische Funktion des Rechtes bei W. P. KAZIMIRTSCHUK: *Recht und Methoden für seinen Erforschung*, Moskau, 1965, S. 204, s. S. 133 (russisch). Wir sind aber nicht einverstanden damit, daß das Recht hat nur zwei Funktionen - regulative und erzieherische, wie Prof. Kazimirtschuk meint.

kommunistischen Gesellschaft abzugrenzen und die Rechtstätigkeit selbst bezüglich der Grundrichtungen der rechtlichen Einwirkung auf die sozialistischen gesellschaftlichen Beziehungen zu betonen, was uns diese Funktion am richtigsten wiedergibt. Was das *erste Moment* betrifft, ist sie überzeugt, daß ein jedes Recht, darunter auch das sozialistische Recht in Bulgarien, seine zwei Grundfunktionen erfüllt: a) eine regulierende und b) eine schützende, daß diese Funktionen ein Ausdruck des tiefsten Inhalt des sozialistischen Rechtes, als ein regulierendes Mittel der Klassen in den sozialistischen gesellschaftlichen Beziehungen darstellt. Zugleich vertritt derselbe Verfasser die Meinung, daß im zweiten Moment das sozialistische Recht auf verschiedenen Lebensgebiete der Gesellschaft und der Person, in verschiedenen Aufbauetappen der neuen Gesellschaft, verwirklicht wird und seine sozialen Funktionen: wirtschaftliche, politische, ideologisches, erzieherische und schutzmäßige Funktionen verfolgt. Zur oben angeführten marxistischen Konzeption als ganzes über die Funktion des sozialistischen Rechtes —nämlich, daß die *erzieherische* Funktion dieses Rechtes die Grundfunktion des letzteren ist— führen wir nur eine kritische Notiz an. Es muß angenommen werden, daß sich dies auch auf die *politische* Funktion des sozialistischen Rechtes bezieht, indem man den Leninischen Gedanken betont, daß das Recht (das Gesetz) eine politische Kategorie, eine Politik (12) ist, sowohl auch die bedeutende Rolle des Rechtes für die Durchsetzung der Politik des sozialistischen Staates im Leben spielt.

Unserer Meinung nach weist das bulgarische sozialistische Recht vier Grundfunktionen auf: regulierende, schützende, erzieherische und politische sowie zwei Nebenfunktionen —eine Wirtschafts- und eine Verteidigungsfunktion. Das kann festgestellt werden indem die Normen der Verfassung der Volksrepublik Bulgarien von 1971 (§ 3) über die Art der Dienlichkeit des bulgarischen sozialistischen Staates gegenüber dem bulgarischen Volk und dem Menschen in unserer Gesellschaft, indem er sein Recht realisiert und eine freie Entwicklung sichert, die Rechte und die Ehre des Menschen schützt und garantiert, und § 39 - über die Erziehung des Volkes, besonders der bulgarischen Jugend usw. Verfolgt werden. Deshalb klingen auch die Gedanken aus dem Programm der Bulgarischen Kommunistischen Partei, die vom 10. Kongreß der Partei 1971 auch angenommen wurden, so überzeugend, und betreffen den Aufbau der entwickelten sozialistischen Gesellschaft in Bulgarien, wobei eine

(12) Vgl. W. I. LENIN: *Gesammelte Werke*, 5. Aufl., Bd. 41, S. 405-407 (russisch).

aktive schöpferische Rolle auch das bulgarische sozialistische Recht spielt: «Die Rolle des sozialistischen Rechtes zur Regulierung der gesellschaftlichen Beziehungen nimmt andauernd zu, indem der Wille aller Werktätigen immer vollständiger zum Ausdruck kommt.» (13).

Sofia, den 21. VI. 1973.

PROF. DR. PETER NICOLOFF POPOFF,
*Bulgarische Akademie der Wissen-
schaften.*

(13) Vgl. *Programm der Bulgarischen kommunistischen Partei*, Verlag der BKP, Sofia, 1971, S. 126, s. S. 94 (bulgarisch).

LAS FUNCIONES DEL DERECHO ANTE EL DESARROLLO TECNOLÓGICO

1. *El fenómeno tecnológico en el centro de la reflexión filosófica y jurídica*

En los últimos años la temática de las repercusiones de la tecnología sobre diversos sectores de la experiencia social ha ido adquiriendo un lugar preponderante en el horizonte filosófico y jurídico; y no podía, por tanto, quedar marginado de la «Filosofía del Derecho».

Los filósofos al abordar la materia han tendido a una consideración general realizada, en la mayor parte de las ocasiones, bajo los auspicios de la cibernética como ciencia de la información, la comunicación y el control en los seres vivos y en las máquinas; y han llevado a cabo esta consideración en el ámbito de las relaciones actuales entre ciencia y filosofía, o bien en el plano ético al estudiar las repercusiones de la cibernética en el comportamiento colectivo y en la configuración de la imagen del hombre contemporáneo.

Los juristas, por lo general, se han inclinado a ofrecer una visión más concreta del fenómeno conducida en el marco de la informática, parte de la cibernética que tiene por objeto el tratamiento de la información por medios artificiales o automáticos. Así, se han preocupado, principalmente, de estudiar el alcance, limitaciones y posibilidades técnicas que pueden desprenderse de la aplicación de los medios informáticos al Derecho.

La investigación jusfilosófica debe moverse a partir de estos dos niveles de consideración, procurando que la necesidad de un justiprecio global de la cuestión vaya, en lo posible, avalado por la referencia a problemas concretos. Esta exigencia ha estado presente en los planteamientos de aquellos filósofos del Derecho que, a diferencia de los juristas, no han limitado su investigación al nivel informático-jurídico, sino que han abordado el de la juscibernética, que tiene por objeto las relaciones generales entre la cibernética y el Derecho, pero teniendo presente siem-

pre la concreción de la experiencia jurídica y procurando así eludir la abstracción de algunos planteamientos de los filósofos «puros».

La actitud de los filósofos del Derecho puede encontrar un excelente marco para su desarrollo en el estudio de las actuales repercusiones de la instancia tecnológica en el ámbito de las funciones jurídicas tradicionales. Funciones que a mi entender pueden hacer referencia a una doble dimensión: a) la *externa*, que corresponde a las tareas que en cada momento histórico debe perseguir el Derecho para dar cumplimiento a su papel reglamentador de la praxis social; y b) la *interna* integrada por aquellos procedimientos jurídicos a través de los cuales el Derecho se dirige a la consecución de sus fines externos. De este modo, se pueden considerar como funciones internas, por antonomasia, la legislativa, ejecutiva y judicial. A través de ellas, adaptadas a las exigencias de tiempo y de lugar, el Derecho se apresta al logro de sus proteicos objetivos.

En las líneas que siguen se esbozan algunos de los aspectos sobre los que pueden centrarse el confronto del desafío tecnológico con las funciones internas del Derecho.

2. *La tecnología y la función legislativa.*

La aspiración a una legislación perfecta ha constituido desde siempre uno de los más viejos e insatisfechos deseos de la humanidad. Parece que cada vez habida cuenta de la multiplicidad de intereses sociales, en ocasiones contrapuestos, y en la propia dialéctica de las necesidades que se suscitan en la convivencia, resulta más difícil para quienes detentan el poder legislativo el promulgar unas normas que satisfagan las aspiraciones de los más amplios sectores políticos y que, a la vez, estén a la altura de las exigencias de un mundo en continua transformación. Este problema se ha agudizado con el paso del tiempo. En efecto, la persona o asamblea que en la *polis* griega o la *civitas christiana* del medievo se enfrentaba con la responsabilidad de la legislación poseía una experiencia inmediata o, en todo caso, una idea muy aproximada de lo que debía constituir el bien común de su núcleo social, y además, desarrollaba su función en las coordenadas de una tecnología incipiente que se desenvolvía con lentitud. Este panorama ha cambiado radicalmente, y hoy quien tiene ante sí la misión ardua de legislar pocas veces posee una vivencia de la mayor parte de los asuntos sobre los que se proyecta su actividad normativa. Por ello se impone para el ejercicio de esta tarea el conocimiento de una amplia información, hasta el punto que bien ha podido decirse que, en nuestros días, la actividad de un parlamento se halla determinada por la información que recibe. Pues, bien, en la coyuntura actual este

cúmulo de informaciones, imprescindible para el adecuado ejercicio de la actividad legislativa, sólo puede ser facilitado por un buen servicio informático. Este tipo de servicio no es ya una aspiración sino un hecho en los parlamentos de los países más desarrollados, que de esta forma ponen a disposición de quienes los integran un amplio aparato informativo sobre las diversas cuestiones sobre las que versa su cometido.

Las incuestionables ventajas que de la aplicación de los servicios informáticos en sede legislativa se pueden derivar, no deben inducir al filósofo del Derecho a una aceptación incondicional del fenómeno. En efecto, un examen crítico no puede desconocer que los servicios informáticos no garantizan la objetividad de las informaciones que procesan; su misión no es otra que la de posibilitar el acceso en milésimas de segundo a los datos previamente introducidos en el ordenador. Es evidente, por tanto, que la computadora no crea los datos que transmite, sino que se limita a ordenarlos de acuerdo con las instrucciones de su programa y a facilitar su rápida recuperación. El filósofo del Derecho no puede, de este modo, dejar de preguntarse por la procedencia de las informaciones que se introducen en el ordenador, que pueden venir ofrecidas a través de empresas privadas o de empresas públicas ligadas, en mayor o menor medida, al ejecutivo. Ambas fuentes de información suscitan, como es obvio, serias reservas en cuanto a la imparcialidad de los datos que pueden suministrar, que en el primer caso pueden hallarse manipulados por intereses particulares, y en el segundo, conducir a un auténtico control del ejecutivo sobre el legislativo. Quizá la fórmula más idónea para evitar estos peligros sería la de crear un organismo público dependiente directamente del propio poder legislativo o un ente mixto integrado por los diversos sectores interesados en la informática jurídica (Colegios de Abogados, notarios y registradores, Facultades de Derecho, y representaciones del legislativo, el ejecutivo, y la judicatura—), encargados de recoger por sí mismos la información, o, en todo caso, de ejercer un control sobre la suministrada por empresas privadas o públicas.

Un paso más en la proyección de la tecnología sobre la función legislativa nos la ofrece el tránsito de la informática jurídica a la juscibérica. Así, por ejemplo, las investigaciones encaminadas a un control cibernético de los proyectos de ley mediante el cual se pretende: a) perfeccionar el lenguaje normativo mediante el empleo obligado de una terminología unívoca; b) evitar las antinomias; y c) suprimir las reiteraciones. Este tipo de trabajos puede contribuir notablemente al perfeccionamiento de la actividad legislativa, siempre que no pretendan reducir arbitrariamente las necesidades sociales a los esquemas de la lógica formal.

Por último se puede aludir, aunque sea en el mero terreno de la conjetura, a la *machine à gouverner*, esto es, a la máquina legisladora. Cabe, en efecto, imaginar la posibilidad de que en un futuro no muy lejano las imperfecciones de la legislación humana sea evitadas mediante una planificación legislativa según un modelo cibernético expresión de la objetividad de la técnica. Es evidente el grave menoscabo que en orden a la libertad personal subyace en tal posibilidad, que a cambio de remediar la incertidumbre de la vida social exige como precio una consciente, deliberada y primordial injusticia que viene presentada como única condición para la felicidad política de las masas.

En el terreno político la decisión acerca de los fines debe corresponder siempre al hombre, y difuminarla en el aparato anónimo de la técnica no conduce sino a irresponsabilizar la acción política. No hay que olvidar que tras la magia de la tecnología, que tanta admiración puede suscitar en las masas, se hallan las decisiones ideológicas de los hombres que la detentan.

3. *La tecnología y la función ejecutiva.*

Hemos visto como a nivel de la función legislativa la aplicación de la tecnología junto a innumerables ventajas puede suscitar también importantes reservas; sin embargo, parece que estas últimas no tienen ya razón de ser en el ámbito de la función ejecutiva a la que compete, fundamentalmente, la aplicación y puesta en obra de decisiones ya tomadas.

En el plano de la función ejecutiva han sido ya muy numerosas las aplicaciones de la informática jurídica, e incluso, de la juscibernética. Parece que pocas instancias de la vida jurídica se hallan tan necesitadas de un *aggiornamento* como la Administración, secularmente adherida a prácticas carentes de toda agilidad y plenas de un anacrónico y caduco formalismo. Por todo ello la tecnología al posibilitar la racionalización, simplificación, celeridad y seguridad de las prácticas administrativas, se presenta como una exigencia inaplazable para cualquier Estado que no desee vivir de espaldas al progreso. Ahora bien, en este terreno quizá estemos asistiendo a un exagerado uso de los medios electrónicos, lo que en muchas ocasiones más que una garantía para los administrados comporta una peligrosa ingerencia en su vida privada. El fenómeno del progresivo empleo de medios electrónicos por el ejecutivo se halla cada vez más extendido, hasta el punto de que se hace preciso velar para que tal empleo se circunscriba al cumplimiento de las funciones que le corresponden y no se actúe en detrimento de la intimidad personal; en otras palabras, es preciso que el ejecutivo vea en la tecnología un medio adecua-

do a las exigencias de nuestro tiempo, para hacer planamente efectivos los derechos públicos subjetivos, antes de que un mero aparato de control social.

Habida cuenta de la importancia que hoy reviste este proceso para la salvaguardia de las libertades fundamentales ante el posible abuso por parte del ejecutivo de las técnicas informativas, se hace cada vez más precisa la creación de un Centro Internacional de Informática Jurídica cuyas principales tareas serían las de definir las materias que pudieran ser objeto de tratamiento electrónico y facilitar a las personas y los grupos el libre e indiscriminado acceso a la información. De esta forma se podrían establecer unos principios generales sobre la proyección de la tecnología a las esferas más directamente relacionadas con los derechos humanos y, a la vez, evitar que los datos obtenidos con estos procedimientos fueran monopolio de grupos ideológicos determinados. Si se tiene presente que en la vida política actual las posibilidades reales de actuación se hallan determinadas por el acceso a las informaciones, se comprenderá la importancia que hoy reviste el garantizar un auténtico derecho público subjetivo a la información recabada por medios tecnológicos, sin cuyo reconocimiento las opciones políticas quedarían en la práctica desvirtuadas.

El Centro Internacional al que se ha hecho referencia debería estar integrado por representantes de los Centros Nacionales de Informática Jurídica que podrían responder en su estructura a la de los que al hacer referencia a la función legislativa se han denominado entes mixtos, integrados por los diversos sectores interesados en la materia.

Se trata, en todo caso, de que los avances tecnológicos no se conviertan en una pantalla ideológica que pretenda presentar con visos de racionalidad lo arbitrario, o lo que es igual, que no se transformen en medios modernos de incalculable eficacia puesto al servicio de actividades ajenas a las aspiraciones sociales de nuestro tiempo.

4. *La tecnología y la función judicial*

Es un hecho de todos conocido el ingente volumen de la legislación y la jurisprudencia en las sociedades contemporáneas. Este desarrollo cuantitativo de los materiales legales y jurisprudenciales supone una dificultad insoslayable con vistas a su conocimiento, tarea de la que depende la buena marcha de la administración de justicia. Esta dificultad puede venir superada por la aplicación de un adecuado servicio de informática jurídica encaminado a facilitar una información precisa sobre las disposiciones legales vigentes en la materia de que se trate y, también, sobre los precedentes jurisprudenciales relacionados con la misma.

Este tipo de servicio que puede ser utilizado conjuntamente por jueces y abogados, es ya una realidad en diversos países y supone una liberación del jurista de una serie de procedimientos rutinarios encaminados al acopio de documentación que a través de un servicio informático puede obtenerse con las máximas garantías de rapidez, seguridad y exhaustividad. De esta forma el jurista puede centrar su tarea en los niveles de la creación jurídica y la decisión.

En el plano de la función judicial el paso del nivel informático-jurídico al juscibernético se plantea con la posibilidad de que la máquina pueda substituir al juez en el momento de la decisión. A este respecto deben mantenerse reservas sobre la eventual substitución futura del juez humano por el juez-robot o la *machine made justice*. Es evidente que el desmesurado incremento de las causas sobre las que debe pronunciarse el juez, junto a la uniformidad de gran parte de ellas, motivada por la «standardización» de la vida moderna conducen, en ocasiones, de hecho, a un tratamiento rutinario de los procesos. Sin embargo, la actividad judicial ha sido siempre una actividad esencialmente humana basada en un proceso de carácter lógico-dialéctico que no pueden ser asumidos por la lógica formal del sistema binario alrededor de la que se articulan todos los procesos del razonamiento cibernético. Por otra parte, quien acude ante un tribunal en demanda de justicia plantea siempre una serie de alternativas que requieren una actividad de comprensión; y la máquina distingue y obedece a unos estímulos externos, pero no «comprende», en el sentido más auténtico del término. No debe olvidarse que toda persona que se halla sujeta a una decisión judicial aspira a que su caso sea tratado individualmente, porque en general posee el íntimo convencimiento de que su situación es irrepetible; por este motivo, una sentencia elaborada «en masa» significaría deformar la esencia misma del proceso.

En conclusión, en el plano de la función judicial, parece lo más oportuno mantener una actitud positiva y esperanzada respecto a los logros actuales de la informática jurídica y a los previsibles para un futuro próximo, a la par que se adopta una postura de reserva respecto a las posibilidades de proyectar el aparato tecnológico al momento de la decisión.

5. *La tecnología en el horizonte actual de las funciones del Derecho*

Las consideraciones precedentes se han dirigido a poner de relieve la profunda incidencia de la coyuntura tecnológica de nuestro tiempo en el plano de las que aquí se han denominado funciones internas del Derecho. El fenómeno no es nuevo, ya que las funciones del Derecho se han visto

secularmente afectadas por determinados acontecimientos históricos de carácter técnico o ideológico. Baste recordar, por lo que hace referencia al aspecto técnico, el impacto que supuso la invención de la imprenta, que hizo posible una difusión y seguridad sin precedentes de los distintos procesos, teóricos y prácticos, integradores de las funciones internas del Derecho; en tanto que en el plano de las funciones externas supuso un instrumento de idudable importancia para el tránsito de la organización medieval a las formas institucionales del Estado moderno. En otras ocasiones, han sido determinados movimientos ideológicos los que han contribuido a una profunda transformación de las funciones jurídicas. Así el clima espiritual de la codificación supuso, en el plano de las funciones internas, un planteamiento renovador sobre el significado, tratamiento y ordenación de los materiales jurídicos; mientras que en lo externo constituyó el vehículo a través del cual iba a reglamentarse la convivencia de acuerdo con las exigencias de la sociedad moderna. Si se tiene esto presente se valorará en su más exacta medida la instancia tecnológica que estamos viviendo. En efecto, la tecnología contemporánea mediante la cibernética que como se ha visto posee a la vez una dimensión técnica e ideológica supone *hic et nunc* una revolución sin precedentes en el ámbito de las funciones internas y externas del Derecho. Funciones para cuya consecución ofrece oportunidades antes inimaginables. Sin embargo, no por ello el jurista debe contentarse con ir a remolque del progreso técnico, porque ni siquiera la tecnología más perfecta puede prescindir de una ordenación jurídica, y es precisamente de esa ordenación de la que depende el que se convierta en instrumento liberador o esclavizador del hombre. En este sentido las funciones internas y externas del Derecho deben plantearse hoy como objetivo más inmediato y como respuesta al reto de nuestra era, la ordenación normativa, la programación y el control del fenómeno tecnológico en la pluralidad de sus aspectos.

PROF. DR. ANTONIO - ENRIQUE PÉREZ LUÑO
*Adjunto del Departamento de Filosofía del
Derecho de la Universidad de Barcelona.*

EL DERECHO Y EL CAMBIO SOCIAL

Si bien el concepto de seguridad es el signo del mundo burgués que no quiere buscarse problemas sino vivir en un clima de bienestar material para regodearse en una sociedad sofisticada de placeres y de dinero, el principio de justicia —para nosotros el basamento fundamental del Derecho— impele al hombre hacia nuevos estadios de progreso social y de reivindicaciones morales, inclusive corriendo el riesgo de poner en peligro valores muy preciados —como lo es la misma vida— y conquistas materiales que ha logrado al precio del trabajo y del sacrificio. Así, pues, el Derecho nos presenta la doble faceta de la seguridad y la certeza por un lado, para saber a qué atenernos cuando actuamos; y, por otra parte, la de la justicia, que tanto en el plano individual como en el colectivo nos proporciona incertidumbre e inseguridad, v. gr., cuando sometemos un conflicto litigioso a la jurisdicción del proceso judicial o administrativo; o también en los momentos históricos en que todo el ordenamiento jurídico se cuestiona por las mayorías populares por no responder ya a las exigencias de las nuevas realidades sociales.

Por eso se ha dicho que todo orden jurídico está siempre en crisis, salvo en las épocas históricas en que triunfante una revolución estructura jurídicamente la vida social en consonancia con la ideología imperante, porque entonces existe una adecuación entre sociedad y Derecho; sin embargo a medida que pasa el tiempo, que nos alejamos del punto de partida de la hora del triunfo, si el legislador no es avezado y diligente no descuidándose en tomar el pulso y diagnosticar para galvanizar los desajustes sociales que se vayan produciendo en el devenir histórico, el ordenamiento legislativo se irá endureciendo y entrará en estado de esclerosis y de esta forma aumentará el número de descontentos al verse golpeados por la injusticia social, que aspirarán a sustituirlo por otro más justo y más humano. Este es un grave problema que se le presenta al Derecho que habrá de estar atento a que de ningún modo el poder y la libertad sean subordinados al orden, sino tratar por todos los medios que

aquéllos alcancen ordenadamente la realización del bien común, mediante una armónica adecuación entre las necesidades sociales y los medios económicos que son susceptibles de extraerse del grado de madurez de la comunidad jurídica, para lograr así la identificación en lo posible entre el orden y la justicia (1).

No obstante las transformaciones sociales no llegan siempre por este suave camino de armonía entre los hombres por la existencia de una justa interdependencia entre la vida y el Derecho, sino que se producen bruscos desajustes sociales que no se pueden curar con paños tibios y que ocasionan no tan sólo la destrucción de expectativas legales, por ejemplo, la del legitimario antes de morir el causante, sino que se afectan derechos adquiridos que en los procesos revolucionarios se desconocen con toda naturalidad sin que prospere la exigencia de la indemnización correspondiente por esta violación del orden jurídico establecido. Aquí es cuando el Derecho debe cumplir una función de cambio social señalando pautas de justicia, libertad y bienestar moral y material (2); pues no vemos razón por la cual negar capacidad a la ciencia jurídica para ponerse al servicio de las nuevas necesidades e ideales de los pueblos. Porque si el Derecho tiene por objeto hacer imperar el orden en la sociedad, el verdadero progreso jurídico consiste en promulgar reglas nuevas que aseguren un orden mejor y más progresista, ajustándose así a los acontecimientos históricos, aún cuando desgraciadamente, por lo general, esto no sucede así, por no comprender el legislador el alcance y valor del instrumento jurídico que maneja para producir los cambios sociales.

De una parte, las doctrinas idealistas conciben el Derecho como un conjunto de normas que derivan de ideas o principios abstractos, o sea, mediante la aplicación del método deductivo, y así descuidan la confrontación legislativa con la realidad social porque les pasa desapercibido el cuadro cambiante de los hechos cotidianos que suceden en el mundo; y de otra, las positivistas que convierten al jurista en un simple exégeta de las leyes vigentes o un mero auscultador de la vida social —sociologismo jurídico— reduciendo el Derecho a una rama auxiliar de la sociología sin posibilidad de comprender el mundo de los valores en toda su gran trascendencia. De aquí la importancia de que impere un realismo jurídico de fuerte contenido axiológico capaz de superar a las fuerzas conservadoras que se oponen a toda especie de evolución social y, por lo tanto,

(1) LINO RODRÍGUEZ-ARIAS, B.: *Concepto y fuentes del Derecho civil español*, Barcelona, Ed. Bosch, 1956, págs. 191-192.

(2) LUIS RECASÉNS SICHES: *Introducción al estudio del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1970, págs. 114-115.

esté sensibilizado a los movimientos socio-económicos de signo reivindicativo siempre creadores de un Derecho nuevo.

Entre las fuerzas conservadoras se nos presentan los prejuicios consuetudinarios y los fanatismos religiosos que hunden a las gentes en una sociedad inmovilizada, lo mismo que ocurre con los poderes económicos que en todo momento están alerta a la defensa de sus intereses, oponiéndose tesoneramente a toda novedad legislativa. En cambio contamos con otras fuerzas que se afanan por avanzar y progresar como tenemos en el mundo del trabajo —los no poseedores— que luchan por una vida más digna y mejor y son los más numerosos y cuentan en sus manos con valiosas herramientas de cambio, ora sea por la presión popular (ejemplos, la huelga, la violencia), ora sea por medio del sufragio o la participación activa en las instituciones y comunidades; y también contamos con las fuerzas ideológicas que actúan en todo instante, bien lo hagan clandestinamente (ejemplo, en las dictaduras), bien mediante la protesta en los regímenes de libertad tratando de captarse la adhesión de las mayorías populares para hacer triunfar nuevos ideales en la sociedad (3).

Luego estamos en presencia de una sociedad que ha rebasado el campo del Derecho creándose formas sociales que prescindan de los principios normativos porque el ordenamiento legislativo no se ha renovado de acuerdo al dinamismo de la vida social, debido a que se han impuesto las fuerzas conservadoras; o, por el contrario, desde el punto de vista jurídico se construye toda una estructura suficiente para inspirar los cambios sociales proyectándose en la conducta de los hombres y de las instituciones que se orientarán en conformidad de los valores específicos de la modernidad, siempre dentro de una atmósfera que haga posible la transformación de las actitudes humanas, de modo que el Derecho aparezca influyendo en la planificación para el desarrollo y el progreso de la sociedad (4), en cuyo caso el legislador se convertirá en una figura relevante en la problemática nacional.

Sin duda alguna, que la gran dificultad que presenta esta concepción social radica en la creación del engranaje que sepa conciliar la independencia o libertad del ser humano con su subordinación al bien común; pues la pregunta que se nos presenta es llegar a saber hasta dónde se extienden las atribuciones del Estado para formular exigencias a los individuos en nombre del bien común, sin menoscabar con ello los derechos

(3) GEORGES RIPERT: «Evolution et progrès du droit», en *La crisi del Diritto*, Padova, CEDAM, 1953, págs. 4-6.

(4) LEONOR ARANA: «El Derecho, en el cambio social», en *Revista Comunidades*, Madrid, 1970, núm. 15, págs. 34-35.

de la personalidad (5). Porque todo cambio social implica un proceso mediante el cual se producen alteraciones en la estructura de la sociedad (6), de modo que surgen mecanismos aptos para imponer una nueva forma de vida más ajustada a las aspiraciones de las mayorías populares. Ya que el peligro que nos acecha es que la socialización del Derecho nos conduzca a la deshumanización del hombre, bien ocurra ello por la presión física o psicológica que se ejerce sobre él o bien porque en el Derecho para el desarrollo impere un criterio economicista que desvirtúe los auténticos derechos de la persona humana. A fin de evitar lo cual se propone examinar la realidad del Derecho bajo estos puntos de vista:

- 1) El punto de las conductas jurídicas y de su libertad intersubjetiva;
- 2) El punto de vista concreto sobre la justicia y los criterios normativos.
- 3) La institucionalización de las conductas y el mecanismo de la sanción jurídica; y
- 4) El sistema de legalidad en general (7).

Y es que tenemos que evitar el crear un Derecho de masas que venga a incrementar la intensificación de la masificación —que es tanto como hablar de la deshumanización del hombre—, en el sentido de regular exclusivamente la satisfacción de sus necesidades materiales sin prestar atención a la dignidad de la persona que va a satisfacerlas con unos anhelos más elevados en el mundo de la espiritualidad, que exige también estímulos a su iniciativa particular y responsabilidades en el ejercicio de sus libertades. Es por ello que está bien que por una razón de justicia el Estado moderno se ocupe en proteger a los sectores más desvalidos a través del Derecho Laboral, de la Seguridad Social, de la democratización de la enseñanza, de la redistribución de la renta nacional, de la política del pleno empleo, de las viviendas de protección estatal, etc., y en suma, en la dirección y planificación económica (8); empero el Derecho nuevo que impulse el cambio social no tan sólo ha de brotar de arriba abajo,

(5) EDUARDO NOVOA MONREAL: *La renovación del Derecho*, Concepción (Chile), 1968, págs. 9-10.

(6) EVERETT M. ROGERS: *Elementos del cambio social en América Latina*, Bogotá, 1966, pág. 38.

(7) ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE: «Las características del Derecho de una sociedad en desarrollo», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1963, tomo X, páginas 116-118.

(8) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, Editorial Taurus, 1969, págs. 237-238.

cayendo en la aberración de la colectivización, sino estimular al individuo para que participe en su creación y así surja de abajo arriba como producto de la imaginación impulsiva y valorativa del ser humano.

Una postura del legislador de este estilo abierta a la sugerencia de los ciudadanos y al palpar vital de los pueblos contribuye al desarrollo de las instituciones y comunidades y a la promoción de un cambio social global que incide en la actitud de los individuos frente al Derecho que deja de ser para ellos una pura entelequia que manejan con habilidad acomodaticia los magos de las leyes y se convierte en un auténtico instrumento de convivencia humana. De este modo el Derecho pasa a tener un papel educativo que se traduce en una participación efectiva de la población en la gestión de su propio desarrollo, educándola para tomar decisiones, lo cual exige optar entre diversas alternativas y comprometerse en tareas concretas que impulsen el cambio social y desarrollen en los individuos facultades psico-sociales que les liberen de la dependencia paternalista y motivan en ellos un sentimiento de eficacia personal de proyección comunitaria dirigida a las transformaciones estructurales de la sociedad (9).

En consecuencia, enrumados por estos derroteros, nos ponemos en disposición de elaborar un Derecho de contenido popular que venga a ser expresión positiva de las características nacionales de la normatividad jurídica (Martí) (10) y que, por lo mismo, es abarcador a todas las apetencias y necesidades de la sociedad, mejor dicho, totaliza la vida social en su plenitud. De esta manera la evaluación de las instituciones jurídicas no se formula desde un plano lógico-formal, sino tomando en consideración las exigencias socioeconómicas, con lo cual no nos movemos dentro de una «cosificación» conceptual sometida al *numerus clausus*, es decir, incapacitada de abrirse a las posibilidades que ofrece todo cambio social sino que, por el contrario, nuestra posición acoge toda la riqueza que puede incorporar una política seria y científica del *numerus apertus* para que nada escape a la proyección legislativa en su afán por no sólo estar al día, más por adelantarse a los acontecimientos económico-sociales.

(9) CAROLA RAVELL, RAMÓN PIÑANGO y GIOVANNA GONZÁLEZ: *El desarrollo de la comunidad como técnica de inducción del cambio social*, Caracas, 1969, págs. 43-48 y 53-54.

(10) BORIS KOZOLCHYK: «En busca de una teoría del Derecho en el desarrollo económico: El proyecto de reforma jurídica USAID-ROCAP-Universidad de Costa Rica», en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, 1972, núm. 19, págs. 100 y 104-105.

Y es que el legislador siempre tiene en sus manos herramientas legales para forzar un proceso de cambio social por los cauces de un Estado de Derecho y así poder evitar que la efervescencia de los movimientos subversivos tomen cuerpo suficiente para imponerse por la violencia, la destrucción y la anarquía, con lo cual hay que empezar de nuevo a construir toda la estructura de la vida nacional que se ha venido abajo por la irrupción de las masas populares acaso conducidas demagógicamente. Luego alertemos al legislador y al jurista para que no se encierren en sus torres de marfil y se lancen a las calles para confundirse con sus pueblos y así pulsar de primera mano sus anhelos y sus necesidades vitales para después traducirlas en disposiciones legales movedoras y progresistas.

DOCTOR LINO RODRÍGUEZ - ARIAS BUSTAMANTE

*Profesor en Disponibilidad Ad Honorem de la
Universidad de Panamá. Profesor Titular e
Investigador-Coordenador de la Universidad de
Los Andes (Mérida, Venezuela)*

REFLEXIONES SOBRE LAS TAREAS DEL DERECHO

I

Uno de los temas más frecuentados por las plumas de los intelectuales del derecho, es aquel relativo a las llamadas *tareas del derecho* o expectativas de la norma con relación al grupo social que se analiza. Lo que se espera que sea, haga o condicione, el derecho no puede estar desvinculado, por supuesto, de aquellos que lo elaboran, lo crean, lo difunden y lo estudian. Por esta razón hablar del derecho en sí y para sí no deja de ser una reificación, una cosificación, de acuerdo al lenguaje de Lukács. Nada más alejado de nuestro interés que coadyuvar en la labor de construir cosificaciones.

Para obviar la tentación de caer en alguna reificación o fetichismos jurídico-sociales, se debe plantear la tarea del derecho desde las coordenadas impuestas y propias de la sociedad en la que se gesta, se desarrolla y aplica. Con ello caemos en el tema de la sociología del derecho, entendida como aquella disciplina encargada de analizar y comprender las correlaciones existentes entre «derecho» y «sociedad», por medio del estudio de las relaciones sociales de producción y de distribución de bienes y de servicios, y de la estructura de poder del país de que se trate.

Dejamos a un lado otra labor. Aquella referida al campo de la sociología del conocimiento «jurídico». Es decir, la atañente a la ligadura dada entre las ideas jurídicas y su respectivo grupo social: intensidad, dirección, y con qué velocidad se da una relación entre las tesis prevalentes sobre la moral, el derecho y la justicia, y su respectivo referente empírico.

II

Pero, sin embargo, lo que llama la atención es por qué un sector apreciable de los cultivadores del pensamiento jurídico insisten en concebir el derecho como un *factum* funcional y vivencial desde y para la letra

de la ley, la oficina del burócrata neurotizado por la «organización», y desde los tratados de derecho. Se podría decir que, por regla general, el derecho occidental no es crítico, sino al contrario conservador del *status quo*. Y, esto es una perogrullada, porque la ley está al servicio de quienes tienen el poder, ya que entre otras cosas, tales «élites del poder», son los dueños y manipuladores de los mecanismos fabricantes; distribuyentes y de difusión de lo que se debe pensar sobre el derecho. Se ha olvidado o se es indiferente al hecho de que la función primaria de la ley es la de mantener el *establishment*.

Eso sí, debiendo tener presente que la afirmación hipotética es que el derecho como parte del «social control», tiene una naturaleza de conservación del régimen socio-político de que se trate, ya sea este capitalista o socialista. Y, en cada régimen las ideas dominantes serán aquellas legitimadas por los que tienen el poder, Frase hecha; pero con un hondo sentido heurístico. Ya Marx la puso por escrito.

Ahora bien, lo que llama la atención cuando se leen ensayos o libros sobre la filosofía del derecho es que se repiten las tesis ya expuestas en la Antigüedad, la Edad Media y la Edad Moderna. Pero se repiten de forma caricaturesca en relación con los respectivos originales. La pregunta que nace con relación a esta circunstancia es de por qué los que reflexionan sobre el derecho tratan de legitimar su posición como intelectuales burgueses y al servicio de las «élites de poder» de cada país donde predomina el sistema capitalista de producción de bienes y servicios. La situación puede llegar a tal extremo que cabría plantear a modo de hipótesis la tesis de que el derecho en Occidente, y un apreciable sector de los filósofos del derecho están, directa o indirectamente, al servicio del sistema político y económico imperante en sus correspondientes países. Formando parte de ese equipo de legitimadores y racionalizadores del régimen social en que viven.

III

Preguntas como: ¿cuál es la clase social a la que pertenecen los obreros del pensamiento dedicados al derecho?, ¿cuál es la fuente de sus ingresos?, ¿cómo invierten esos ingresos?, ¿quiénes son sus patronos y empleadores efectivos?, ¿qué intereses, de hecho, protegen sus ideas sobre el derecho?, ¿qué relación efectiva tienen con los miembros de la «élite del poder»? ¿cuáles son las restricciones de su libertad intelectual?, ¿cuál es el papel real de los abogados en una sociedad capitalista?, ¿cómo se nombran a los jueces?, ¿qué relación tienen, tanto los abogados, los jue-

ces y los profesores de derecho con los partidos políticos o con los sistemas políticos de maniobra y acción de sus respectivos países?, ¿cuál es la función y el *rôle* que llevan a cabo los abogados de los grandes consorcios empresariales, tanto en los países de economía relativamente sólida, como con respecto a los países de economía dependiente?, ¿de qué forma y, cómo las ideas prevalecientes sobre el derecho pueden proteger los intereses de las clases dominantes de cada país?, ¿de qué forma y, cómo influye el hecho de que un sector de los escritores del derecho pertenezcan a la clase burguesa?, etc.

IV

Por supuesto que caben hacerse muchas más preguntas. Claro está que no siempre serán bien recibidas por los usufructuadores del poder político y económico y por sus servidores. Hacer a un lado el hecho de que hay un grupo de intelectuales que está al servicio de un determinado régimen político, y otros, que impugnan este sistema de poder, devendría en asumir una posición de miopía o de ingenuidad. Hay intelectuales que están comprometidos a la derecha y otros que están comprometidos a la izquierda. Esto es una perogrullada. No se puede hablar de intelectuales no comprometidos. Todos estamos comprometidos. Unos a favor de un sistema político y económico y otros en su contra. De esto hasta el clásico Max Weber también demostró su compromiso con «su» Alemania y en favor del capitalismo alemán y de los burgueses alemanes. No en vano afirmaba que él era un burgués con conciencia de clase y que era consecuente con su pertenencia a la clase burguesa. Y, esta postura se encuentra en Max Weber. Precisamente en uno de los pensadores más responsables y honestos de la historia de la humanidad. Y, que, cabalmente, por su honestidad y sinceridad intelectual fijaba su pensamiento. Por ello, lo censurable no radica en que se defienda al sistema capitalista y a sus beneficiarios, los capitalistas y a sus parásitos, los burgueses. Lo censurable se encuentra en la postura que se plantea de un derecho más allá de la sociedad de clases, de un derecho más allá del juego de intereses de la clase dominante, más allá del control de la maquinaria político-económica en manos de las oligarquías plutocráticas de cada país.

Precisamente, como miembro de la comunidad de los países latinoamericanos (explotados secularmente por los imperialismos de ayer y de hoy, y quizá de mañana), ¿cómo puedo quedarme sin reaccionar ante el hecho de que un sector de intelectuales del derecho postulen una norma legal en el vacío sin ninguna relación a la realidad cotidiana de sus perti-

nentes países y de las estructuras sociales y de poder de los mismos? Máxime cuando esos pensadores son latinoamericanos. ¿Qué futuro podrá tener una filosofía del derecho elaborada en América latina preocupada, fundamentalmente, en el manejo a su gusto y antojo de los clásicos griegos?, ¿qué porvenir le espera a la filosofía del derecho en la América latina, si ella está fabricada esencialmente por intelectuales de la burguesía interesados más que todo en afirmar su *status*, sus «honorarios», su influencia política y económica?

V

En virtud del conservadurismo presente en la porción más relevante del pensamiento iusfilosófico latinoamericano, es que cabe indicar que la sociología del derecho tendrá mucho que decir y que hacer. Los ejemplos del filósofo y del sociólogo están claros en Marx y en Max Weber. Aquella exclamación de Marx sobre los filósofos que se han ocupado de interpretar desde su perspectiva, por supuesto, el mundo, olvidándose de su correlativa transformación sigue en pie. Un buen porcentaje de filósofos del derecho insiste en legitimar el sistema capitalista o el socialista, respectivamente. Siguen ejerciendo una función de legitimación del sistema. ¿Qué motivos los conducen a ello? ¿Por qué evitan la tarea de erosionar el *establishment*?

VI

Otro ejemplo cabe en relación con el sector de la intelectualidad estadounidense preocupada por los datos, por medir las correlaciones entre el número de expedientes o casos presentes o para ser resueltos en las judicaturas. Este sector de expertos en la casuística de los tribunales, y en correlacionar las variables «desarrollo económico» y «nivel de conflictos en los tribunales» no cuestionan el sistema capitalista respectivo. Lo dan por supuesto e incuestionado. La labor de este tipo de trabajo intelectual es la de hacer más racional el sistema y de darle los dispositivos para hacerlo más funcional. Todo ello dentro de los prerrequisitos del régimen. Lo relevante de esto es que, debido al radio de acción y la hegemonía que ejercen los grupos de poder de los Estados Unidos de América en los países de América latina, tales proyectos jurídicos se están transplantando a algunos de estos países. Todo lo cual va orientado, en última instancia, hacia la legitimación y racionalización del sistema político y económico imperante en estas neocolonias del «im-

perio romano de hogaño», cuyo poder y posición de gendarme occidental está siendo cuestionado e impugnado.

VII

Que sean estas palabras mi contribución al presente Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social.

Palabras que conllevan la preocupación por un derecho habilitante del cambio social, dentro de lo que se puede esperar de los que lo fabrican en las cámaras legislativas de las naciones.

Por definición el derecho es conservador. Por su función de mantener el «equilibrio social» y el «orden social», también. Con más razón lo es desde el ángulo de sus creadores, difusores y publicistas plegados a la «seguridad jurídica». Tarea que debe replantearse es la de ejercer la crítica de la ley, del sistema legal y de los burócratas que aplican el derecho, además de las clientelas burocratizadas sujetas a las maquinarias de la burocracia judicial, verdaderas trampas distorsionantes de la norma legal y de su pertinente administración o posología.

Nuevas tareas esperan a la filosofía del derecho. Valga el ejemplo de la irrupción del problema de la juventud a nivel mundial para hacer reflexionar a los intelectuales del derecho acerca de las convenientes respuestas que está obligado a proporcionar el que fabrica, difunde o impugna el derecho. Se viven novedosos signos de los tiempos y frente a ellos, el filósofo de la norma legal tiene el reto de pronunciarse. Una colaboración estrecha entre sociólogos del derecho y filósofos del mismo, traería como consecuencia un entendimiento y una comprensión adecuada de la realidad de cada pueblo y del plano internacional que constriñe las fronteras de cada país.

JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ
*Profesor de la Universidad de
Costa Rica, Facultad de Derecho*

LES FONCTIONS DE LA CONSCIENCE JURIDIQUE EN RPB

Selon le marxisme-léninisme le droit en tant que produit de conditions sociales dans chaque société concrète donnée de même que comme résultat de la conscience juridique créée reflète et exprime le caractère de cette société. Dans ce sens le droit s'avère un phénomène de superstructure ce qui a été prouvé d'une manière profondément scientifique par le fondateur du marxisme Karl Marx dans l'avant-propos remarquable de son apport à la critique de l'économie politique (1). Marx et plus tard ses élèves et ses successeurs ont souligné que comme superstructure d'une base économique donnée le droit sert activement au développement de cette base et avec cela de la société toute entière dans laquelle il a surgi et se développe. Suivant la société à laquelle il se rapporte le droit contribue soit au progrès social, soit à la régression et au conservatisme.

Dans la société socialiste le droit contribue au progrès social systématique, il sert à assurer la consolidation et le développement des relations socio-économiques progressistes lesquelles de leur côté sont la base pour reconnaître et assurer les plus larges droits, libertés et possibilités aux travailleurs dans cette société socialiste développée qui est en train d'être édiflée maintenant chez nous en République populaire de Bulgarie; à la base des résolutions historiques du dixième Congrès du PBC de 1971, le droit socialiste est un des instruments les plus importants pour assurer le progrès social systématique et pour défendre les droits, les libertés et la belle vie humaine des citoyens et des citoyennes de la République populaire de Bulgarie indépendamment des groupes sociaux, chez nous étant présente maintenant une homogénéité sociale marquée de la société.

La conscience juridique socialiste contribue d'une manière particulièrement active à ce processus — la conscience des larges masses populaires

(1) Voir KARL MARX: *Zur Kritik der politischen Ökonomie*, Dietz Verlag, Berlin, 1956, p. 320.

de ce qui est légal ou non, comment il faut sauvegarder et consolider notre ordre juridique socialiste et comment améliorer et réformer la législation socialiste pour que notre droit devienne encore plus efficace tout en suivant la voie du progrès et du bonheur de tout le peuple bulgare. Naturellement tout cela est lié à l'élévation de la culture générale et juridique des citoyens en RPB (2).

C'est pourquoi le Parti dirigeant et le gouvernement populaire chez nous aident de leur mieux les efforts et la lutte de chaque citoyen pour élargir son instruction, entièrement gratuite chez nous, de même que sa culture générale et sa qualification spéciale. En même temps la conscience juridique socialiste dans notre pays est renforcée par le fait que chaque citoyen de la République populaire de Bulgarie se rend compte que les lois et les actes juridiques forgés par notre Assemblée nationale expriment la volonté de tout le peuple bulgare et défendent les intérêts de tous les citoyens de notre pays. Ce sont ces lois et ces actes juridiques qui défendent la propriété socialiste des moyens de production dans les villes et les villages de notre pays de même que le droit au travail, au repos et à la rémunération juste et suffisamment élevée du travail suivant la quantité et la qualité conformément aux principes du socialisme.

Les citoyens de notre pays se rendent bien compte que notre droit socialiste leur assure les droits et les libertés les plus larges en tant que travailleurs libres dans une société nouvelle - la société socialiste développée. Ils savent bien que le droit socialiste bulgare est humain et défend l'homme non seulement comme membre d'une collectivité donnée mais en général comme individu ce qui est postulé explicitement par l'art. 3,1.F. de la Constitution de la RPB. C'est encore le droit socialiste de notre pays qui sert d'instrument pour lier notre pays par des rapports d'égalité en droits avec les autres pays et plus particulièrement avec les pays du système socialiste mondial afin d'assurer la coexistence pacifique entre les pays de régime social différent et la coopération et l'entraide fraternelles entre les pays socialistes.

Dans ce sens le droit socialiste bulgare assure la consolidation et l'approfondissement de l'amitié et la coopération vivifiantes et salutaires pour le peuple bulgare avec le grand pays qui édifie le communisme l'URRS, qui apporte une aide active et désintéressée à la République populaire bulgare dans sa voie vers un essor multilatéral. De cette manière notre droit s'avère un instrument d'internationalisme socialiste et de

(2) Voir *Théorie de l'Etat et du droit* sous la rédaction de A. I. Denissov, Moscou, 1972, p. 381.

consolidation de la paix mondiale. C'est de cela que notre peuple se rend parfaitement bien compte et c'est pourquoi sa conscience juridique est nettement progressiste et créatrice. Elle sert non seulement de point d'appui à notre législature socialiste dans son souci de rédiger des lois progressistes et efficaces qui règlent les rapports sociaux de telle manière que les pays soit libre et florissant, mais aussi que soient réalisées les exigences de l'art. 8 de la Constitution de la République populaire de Bulgarie suivant lequel le pays est gouverné juste d'après la Constitution et les lois existantes, que la stricte observation de la Constitution et des lois est une obligation fondamentale pour tous les organes d'Etat, fonctionnaires organisations sociales d'Etat et citoyens. Dans son dernier paragraphe ce texte constitutionnel remarquable déclare que le souci de consolider la légalité et de prévenir les crimes et les atteintes aux lois est un devoir pour l'Etat, les organisations sociales et les citoyens.

Se rendant parfaitement compte que c'est de cette manière qu'on crée un ordre juridique solide pouvant sauvegarder l'ordre social nettement progressiste de même que les droits et les libertés les citoyens dans notre pays accomplissent consciemment les prescriptions de la Constitution et des lois et tâchent de persuader les autres à faire de même. C'est ainsi que les cas des conséquences sanctionnelles des normes juridiques de caractère pénal et civil pour réaliser les conséquences juridiques dans les relations entre les citoyens lors de l'intervention des organes de l'Etat socialiste bulgare, deviennent de plus en plus rares. Certains auteurs appellent avec raison ce phénomène «moralisation du droit» ce qui signifie au fond qu'à part sa fonction de régulation et coercitive, notre droit s'affirme de plus en plus dans sa fonction morale et culturelle (3).

Le droit bulgare socialiste réalise ses exigences au titre de régulateur du travail et de la consommation par des méthodes qui rappellent le droit socialiste soviétique. Cela se manifeste surtout par la présence d'une circonstance très importante, notamment, la création grâce à l'action de la conscience juridique des larges masses populaires dans notre pays des ainsi nommées règles de la communauté socialiste, des normes morales dont les exigences sont réalisées non seulement en sanctions morales mais aussi en sanctionnant certaines normes juridiques liées organiquement à ces règles. La Constitution de la République populaire de Bulgarie en est un exemple, tels art.art. 19,21 et d'autres de celle-ci et les

(3) Voir M. G., AL. P.: *Les règles de la communauté socialiste*, Sofia, 1970, pág. 105.

art., 2,26 et autres de la loi des obligations et des accords, maintenant en vigueur dans notre pays.

De cette manière la fonction du droit en tant que régulateur est liée à celle de la morale dans notre société socialiste en vue d'une conduite humaine progressiste visant l'amitié et la coopération entre tous les membres de cette société. Il en résulte un nouveau droit socialiste bulgare qui se met de la manière la plus conséquente au service du progrès social dans notre pays. Ce droit se développe de plus en plus. Il se perfectionne à la base de sa réforme dans l'esprit de la nouvelle Constitution (datant de 1971) et se transforme déjà en droit socialiste populaire, c'est à dire droit de tout le peuple bulgare, défendant les intérêts de tous les citoyens et citoyennes de notre pays, sans aucune exception, exprimant la volonté de toute notre société socialiste.

PAR PANCHO ROUSSEV ET DOBRINA ROUSSEVA

Sofia.

FUNCIONES DEL DERECHO EN LA SOCIEDAD CAMBIANTE DE NUESTROS DIAS

«El Derecho —dice poéticamente Gabriel D'Annunzio— es un ritmo de la vida». Y esto —afirma Del Vecchio— me parece exacto y creo que se podría añadir que es un ritmo necesario y constante de la conciencia de los individuos y de los pueblos.

De los individuos porque, ciertamente, eso que llamamos «Derecho» es algo que acompaña al hombre en todos los momentos de su vida, aún antes de nacer, y en todas sus proyecciones sociales hasta más allá de la muerte. Y como los modos de la actividad humana son infinitos, así lo es la presencia del Derecho como realidad social, como forma y norma de vida social que preside las actividades humanas de relación, desde las más privadas de la familia, los intereses económicos y morales hasta la regulación de las relaciones del hombre con la sociedad y el Estado y de los Estados entre sí. En una palabra: El mecanismo entero del mundo social, sin el cual la civilización no podría existir siquiera, ya que supone un principio directivo sin el que el orden se convertiría en caos anárquico. Por eso pudo decir sabiamente Cicerón: «*Ubi homo ibi societas, ubi societas, ibi ius*».

El Derecho es permanente en sus principios, pero cambiante en sus sucesivas aportaciones. La parte móvil consiste en la variación indefinida de las instituciones jurídicas; constituye lo perpetuo disponible del Derecho —dice Picard (*Le Droit Pur*, París 1899)— «tan pronto va al paso como emprende el galope, con lentitud como bruscamente».

Si el Derecho es, pues, forma de vida social y ésta, cada vez más compleja, es tan amplia, mudable y progresiva, de aquí la posibilidad del progreso y desarrollo del Derecho. A una sociedad cambiante corresponde un Derecho progresivo.

De los pueblos porque la historia del Derecho es, en cierto sentido, la historia de la sociedad total, la historia de la conciencia humana misma. Porque más que ninguna otra institución, el Derecho traduce los suce-

sos espirituales de la conciencia humana; más que ningún otro símbolo es la manifestación adecuada de la sustancia de la vida colectiva.

Es indudable —afirma Lachance (*Le Droit et les droits de l'Homme*, París 1960)— que si se quiere considerar en el Derecho su valor de «signo», aparece como el hecho social en el que el alma de los pueblos se proyecta más completamente y se expresa más fielmente. Confrontando con otras realidades este valor común, el Derecho tiene, sin embargo, una esencia propia: mantiene con la naturaleza del hombre relaciones definidas y ejerce en las sociedades funciones específicas. Y gracias a estas notas y a este papel característico, el Derecho es el principio de la civilización.

Ya Juan Bautista Vico veía en el Derecho y en el lenguaje los testimonios inconscientes de la sabiduría de los pueblos. En su *Scienza nuova*, buscando la evolución de las instituciones, las encuentra en el Derecho y en la filología. El Derecho le parece el reflejo más fiel de la conciencia de los grupos humanos, porque al mismo tiempo que marca las etapas de su evolución en el interior de los ciclos definidos y recurrentes, decide la significación de sus instituciones.

Y siendo el Derecho como realidad social, inseparable de la sociedad en la que está inmerso y cuya vida estructura, organiza y regula, no es posible considerar el progreso del Derecho sino en relación con el progreso de la sociedad. Y como el progreso social es, a su vez, el progreso de la civilización y de la cultura, de aquí que el progreso del Derecho refleje no únicamente las formas jurídicas, sino las de la civilización y la cultura de la sociedad que le dan vida.

Derecho y cultura aparecen indivisiblemente ligados, y cuando los historiadores intentan caracterizar una cultura dirigen sus investigaciones al campo jurídico. Porque nada mejor que el Derecho puede ofrecer el conocimiento de la distancia que separa hoy dos culturas: la actual cultura occidental y la oriental. Y es que el mismo hombre puede hablar dos lenguas diversas, pero obra según un sólo sistema de Derecho. El arte puede elevarse sobre la realidad circunstante para alcanzar los motivos más profundos; el Derecho mira siempre lo que acaece y lo que se hace. «Pocas líneas de la Constitución soviética comparada con los principios de la Constitución de los Estados Unidos —dice F. Costa (*Filosofía del Diritto*, Bari, 1947)— bastan para caracterizar dos culturas, dos mundos». Porque es en él Constitución —afirma René Hubert— donde la sociedad define y fija sus creencias y en la que la conciencia humana objetiva sus fines. (*Science du Droit, sociologie juridique et philosophie du Droit*. APDSJ. núm. 1 y 2).

La historia está llena de apariciones sucesivas del Derecho y se la puede dividir en estadios jurídicos correspondientes a los grandes cambios de la civilización.

El Derecho deberá cumplir una función progresiva y evolucionar de acuerdo con la época y con la realidad y relaciones cuya vida regula. Históricamente, no sólo en los grandes cambios estructurales de la sociedad (por ejemplo, de una sociedad rural a la industrial, o de un sistema capitalista al socialismo), sino que las transformaciones económicas con predominio industrial, agrícola o comercial que reflejan y condicionan la realidad social y política, llevan como consecuencia inmediata un cambio en el Derecho regulador de esas estructuras, con predominio, no sólo de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico, sino de las correspondientes normas positivas y concretas que han dado lugar históricamente a otras ramas del Derecho, creadas por y para el servicio de aquellas realidades que una sabia prudencia política se ha visto precisada a regular. Los modernos derechos «agrario» o «minero», Derecho económico, Derecho social, «laboral», «aéreo» «nuclear» o «espacial» responden a realidades sociales que es preciso regular, y a la política que impulsa esas realidades. Una política legislativa que desconociera las cambiantes realidades cotidianas y no acudiese pronta a preocuparse de su normación jurídica, sería ciega e ineficaz por vivir de espaldas a la realidad. En este sentido decía Ihering que las leyes se pueden amontonar en el cielo, pero cuando pasan rápidamente sin dejar huellas, son míseras tronadas y escapadas a la historia.

¿Pero evoluciona siempre el Derecho en sentido progresivo? ¿Es siempre el movimiento y cambio del Derecho un *progredive* en el sentido ciceroniano de la *rerum progressio*?

¿Y en qué consiste el progreso?

Para el sociólogo francés André de Maday (*Le Progrés*, París, 1913), el progreso es sinónimo de «desarrollo», «evolución», que en el dominio social puede ser progreso antropológico, intelectual, técnico y político, que es el perfeccionamiento de las relaciones que los hombres establecen entre sí, para satisfacer sus necesidades que son reguladas por el Derecho o por la moral, porque la experiencia universal nos enseña —dice— que toda acción y toda institución humana tienen por fin satisfacer necesidades espirituales y materiales.

Distinguen otras tres formas principales de progreso: material, intelectual y moral, a los que puede reducirse la enumeración más amplia que hace A. Perpiña (*Concepto cristiano del progreso*, Madrid, 1965), en progreso técnico, científico, económico, social, político-administrativo,

cultural, vital y moral. Pero si del progreso material o científico intelectual —que son medios— se hace fin en sí mismos, se les convertiría supervalorándolos, en ley del bien. Aquí radican el desorden y los errores de juicio en torno al progreso. El progreso moral es, evidentemente, la forma más elevada espiritualmente y debe por ello regir las otras dos formas y armonizarlas en una perfecta unidad.

En este sentido progresar —lo que significa para toda naturaleza tender a su principio y realizar su fin, es para Maritain (*Art et Scolastique*, París, 1927), «*passer du sensible au rationel et du rationel au spirituel: civiliser c'est spiritualiser*».

Y así lo entendieron Donoso Cortés y Jaime Balmes que señalan un orden jerárquico en la dignidad del progreso que va de la mayor técnica, civilización y cultura posible a la mayor espiritualidad posible.

Pero esa dignidad y jerarquía del progreso, ese orden ascensional es, para el individuo-portador y realizador de una escala jerárquica de valores-progresar, y para el género humano civilizarse. En este orden todas las formas de la actividad humana asumen una dirección y una consistencia: moral, Derecho, economía, ciencia, arte, etc.

Por eso el concepto de progreso es de los más complejos y tiene razón B. Croce (*Teoría e storia della storiografia*) cuando recaba para él el rango de problema filosófico al afirmar que todas las controversias acerca del progreso que los historiadores y sociólogos reputan como de su competencia, se reducen a problemas de filosofía conexos con todos los otros de que trata la filosofía.

Dentro del marco filosófico subrayaríamos nosotros el aspecto ético porque, como dice Del Vecchio, «la creencia en la posibilidad y en la necesidad del progreso (en el sentido de *deber ser*) tiene por sí misma un valor ético». Y traducido al objeto de nuestro estudio significa que la función progresiva del Derecho debe realizar los valores.

Pero dentro del *perpetuum mobile* a que está sometido el universo y su devenir, los diversos momentos tienen entre ellos relación de causa a efecto, siguiendo unos una línea incesantemente ascendente, otros una marcha regresiva, o una ondulante quebrada o mixta. Son *progressus et regressus* a los que se puede aplicar la bella frase de Pascal: «Dos pasos adelante, después uno atrás, una vacilación, un descanso. Después tres pasos adelante y uno atrás: un alto. Y ahora, definitivamente adelante.»

Esto le permite a Del Vecchio hablar de «evolución» e «involución» del Derecho (*Evoluzione ed involuzione nel Diritto*, Milán, 1958), como Vico de tanta influencia en Del Vecchio, habló de los *corsi et ricorsi*.

Pero hay progreso —dice Constantin M. M. Periphanakis— (*Evolu-*

tion sociale, progrès juridique et progrès moral, Athenes, 1960), si el esfuerzo se aproxima al fin al cual tiende. Progresará, pues, el Derecho que tienda y realice, en cuanto sea posible, sus fines o funciones. Para eso está.

El Derecho, en su doble aspecto, como idea ínsita de nuestra mente y como hecho social, histórico o positivo admite un doble progreso evolutivo: en el primer aspecto, es una necesidad lógica por la cual la conciencia subjetiva comprende, además de la propia, la subjetividad de los demás. Ya Vico pretendía una conciliación de la *idea* y del *hecho*, de la «verdad» y de la «certeza», según sus mismas palabras que expresa en el axioma «*verum et factum convertuntur*», que constituye la novedad de su pensamiento innovador.

La Escuela Histórica de la que Vico fue precursor, considera el Derecho como una manera de vegetación natural, sacada del alma popular y manifestada por la costumbre que los jueces deducen y el Estado formula en ocasiones. El Derecho realiza la cultura nacional y es, como ésta, cambiante. El Derecho tiende a progresar y a abrazar todos los fenómenos de la vida social.

El Derecho cambia más o menos profundamente y más o menos lentamente. La estabilidad y permanencia del Derecho que crea su certeza y contribuye a la seguridad jurídica, es siempre relativa. Cuando el «Doctor eximio» Francisco Suárez (*De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), comprendió en su definición del Derecho el carácter de estabilidad —«*praeceptum commune, justum ac stabile sufficienter promulgatum*»— no pudo pensar en una petrificación e inamovilidad del Derecho que precisamente en la doctrina suareciana había de regular la materia *mutabilis et difformis* de la sociedad. Y diez siglos antes, San Isidoro había exigido que la ley positiva —el Derecho— fuese «según la costumbre» y «conveniente al tiempo y al lugar» y éstos son cambiantes.

El Derecho sigue los continuos cambios de la realidad regulada. Si no los siguiese sería un Derecho muerto. Toda institución jurídica tiene su vida: nace, se desarrolla y muere. El Derecho es orden y el orden propiamente dicho no es estático, sino esencialmente dinámico, ordenación. El orden no consiste en que las cosas se perpetúen; esto sería, por el contrario, la destrucción de todo orden. El orden exige que haya cambios; exige que cuando una forma de asociación o un complejo de relaciones sociales o jurídicas sea ya insuficiente para contener dentro de su esfera, a la realidad social, debe desaparecer, siendo reemplazado por otro que se adapte mejor a las circunstancias del momento.

No obstante las objeciones y reservas que pueden hacerse a las leyes

evolutivas, ello no autoriza a concluir contra la posibilidad del progreso del Derecho, ni contra el deber de promoverlo. Ni aún reconociendo que los períodos progresivos se alternan con los regresivos y que un progreso puede ser parcial y neutralizable por un regreso en otra parte del sistema jurídico, no se niega que la producción del Derecho, como toda obra humana, es perfectible y sujeta a un imperativo moral. No existe forma de actividad humana que se sustraiga a la ética, y la creencia en la posibilidad y necesidad del progreso en el sentido de *deber ser*, tiene un valor ético, por lo que el deber de perfeccionar el Derecho no puede ponerse en duda, siendo esto una consecuencia del progreso en general.

Al progreso del Derecho se debe, pues, tender con todas las fuerzas asociadas. Aparte de todo ciego optimismo, la fe en el progreso es un elemento positivo de su realización.

Evoluciona y progresa el Derecho cuando significa la sucesión de las partes en el todo —uno de los siete sentidos señalados por Rickert al término evolución-progreso—, o marca el pase —en sentir del Del Vecchio— de la particularidad a la universalidad y humanización jurídica. Pero progresa también el Derecho cuando éste desciende de su generalidad para buscar en las aplicaciones prácticas particulares y concretas de la vida, los *finés* y *valores* que debe realizar.

Hemos llegado a uno de los significados de la evolución del Derecho al que concedemos superlativa importancia porque de él hacemos depender el progreso jurídico o, por el contrario, el regreso o involución del Derecho. Y de él también depende cuál ha de ser el presente y el futuro de la Filosofía jurídica como visión de totalidad sobre el Derecho. Nos referimos al sentido que entiende por evolución o progreso del Derecho la dirección hacia un fin.

El criterio de los fines y de los valores que el Derecho, como forma y como norma de vida social realiza determina el progreso del Derecho. Y la pluralidad de los fines y valores a que sirve el Derecho inspiran y orientan el progreso jurídico.

Siempre hemos creído, no obstante, ser el objeto lo que especifica las cosas y las instituciones, que el fin, que no es, desde luego, el objeto, es elemento de primer orden para comprender la naturaleza de aquello que se trate de definir y buena nos parece una definición que, atendiendo al fin, nos diga lo que las cosas son.

El Derecho tiene sus fines y tiende —o debe hacerlo— a realizar unos valores. Para eso está y esa es su función. Esos valores y esos fines son los que mueven al Derecho, y el movimiento jerárquico y ascendente es progreso.

El Derecho se inspira en valores, los cuales se refieren a los fines principales a los que tiende todo ordenamiento jurídico. El Derecho es un complejo sistema de valores que están en función uno del otro, en sentido positivo o negativo.

Y sin caer en el relativismo de Radbruch (al menos del Radbruch anterior a la Segunda Guerra Mundial), es indudable que esos fines y valores están en razón, muchas veces, de circunstancias históricas y sociales que hacen que sea función del Derecho, dar preferencia a la realización de unos u otros, pero sin que exista entre ellos la antinomia que creía inevitable el docto jurista germano. Por el contrario, se complementan y postulan mutuamente. Puede decirse que cada sistema jurídico representa una tentativa de conciliación entre el valor de orden y el valor de libertad, entre el valor de seguridad y el valor de justicia, entre el bien común y los bienes individuales, porque ninguno de ellos puede disociarse de los demás, aún cuando para asegurar en mayor medida uno de esos valores parece inevitable que el otro, en cuanto pueda considerarse como su antítesis debe ser correspondientemente limitado y sacrificado.

Mediante el Derecho tratan los hombres de conseguir una situación de *certeza y seguridad*, es decir de orden y de paz en sus relaciones sociales; una situación que descarte el capricho del individuo y la arbitrariedad de la fuerza, y éste es para Recaséns Siches (*Tratado General de la Filosofía del Derecho*, México, 1959-1961), el fin primero del Derecho aun cuando no sea axiológicamente el principal). Pero, además, y sobre todo se aspira a que esa situación ordenada y pacífica sea justa. Sin alguno de esos fines no podrían conseguirse los otros. No hay antagonismo —como pretendía Radbruch— sino armonía conciliadora entre ellos. El orden, la libertad individual, la organización social, la justicia, el bien común y el progreso social son los fines principales del ordenamiento jurídico que tienen las proyecciones y derivaciones más variadas en el campo de las distintas ramas del Derecho, cuando una buena política legislativa quiere concretarlas en las realizaciones sociales existenciales: libertad e igualdad de todos ante la ley, la promoción de la mujer, la protección de la familia tan afectada en la sociedad de nuestros días, caracterizada por una velocidad de cambio mayor que en ninguna otra época, por la «revolución sexual» y las legislaciones sobre el aborto y el divorcio; la protección del trabajo y de la propiedad, fomento y desarrollo de la educación, difusión de los principios políticos, internos e internacionales, etc. En una palabra los derechos de la persona humana —considerada «*uti singulus*» y «*uti socius*», que es decir también de los grupos y pueblos de que forma parte—, cuya conservación y garantía son

otros tantos elementos y fines del progreso jurídico y función primordial del Derecho.

Esos valores y esos fines no han sido inventados ni deducidos «*more geometrico*» a través de métodos matemáticos ni por puros procedimientos lógicos. Por el contrario proceden de la misma naturaleza del hombre y de sus fines, y son recabados de su condición social y del estudio de la historia; son los valores más buscados y a los que se ha otorgado un mayor aprecio, y que se encuentran en la base de la mayor parte de las reglas jurídicas para legitimarlas.

Ha sido, sobre todo, en los tiempos modernos tema de las mayores preocupaciones que se han formulado los científicos y, sobre todo, los filósofos del Derecho: el de cómo se puede conseguir mejor un orden social firme, seguro, estable y a la vez justo orden. Justicia y progreso social marcan rumbos a los métodos de investigación del Derecho y a las consiguientes actitudes que respectivamente adoptan de modo ponderante el legislador, el juez y el jurista. Se trata de filosofar sobre los criterios que deben inspirar la elaboración del Derecho y sobre los procedimientos de ésta.

El Derecho es la tendencia, tiene como función la realización de sus fines y valores. Entonces progresa. Pero ¿cuáles son los medios o métodos de la marcha o progreso del Derecho? ¿Una evolución inteligente —doctrinal y legislativa—, judicial, o una revolución y lucha constante por la justicia?

La vida del Derecho —dice Ihering en conocida obra cuyo título es altamente significativo (*La lucha por el Derecho*)— es una lucha pregre-siva contra la injusticia, aunque a veces —como agudamente observa Del Vecchio— las más graves ofensas a la justicia no ocurran tanto en oposición a las leyes cuanto por obra de las leyes mismas.

La lucha por el Derecho revela, en sentir de Croce, la profunda necesidad por la cual el Derecho alcanza su verdadera fuerza: la necesidad de afirmar con coraje y firmeza el sentimiento del Derecho. Pero la lucha por la justicia —aquilata Del Vecchio— no se agota en la lucha por la legalidad y mucho menos en la litigiosidad judiciaria.

Separar el contenido del Derecho de la idea de justicia se ha presentado como una conquista de la ciencia positiva, pero en esta separación puede verse el divorcio ya denunciado por Vico, entre autoridad y razón: «*quasi auctoritas ex libidine nasceretur nec rationis pars quaedam esset*» (*De universi juris principio et fine uno*).

Pero es indudable que mientras los demás fines permanezcan relativos, el fin esencial del Derecho positivo no puede ser sino la justicia.

En el fondo —afirma F. Geny (*Science et technique en Droit privé positif*, Paris, 1924-1930)—, el Derecho «ne trouve son contenu propre et spécifique que dans la notion du juste, notion primaire, irréductible et indéfinissable, impliquant essentiellement, ce semble, non pas seulement les préceptes élémentaires «noeminem laedere», et «suum quique tribuere», mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre les intérêts en conflit, en vue d'assurer l'ordre essentiel au progrès de la société humaine.»

Pero no hay una exigencia humana del sentimiento, una voluntad de justicia, una lucha contra la injusticia que puedan considerarse satisfechas de una vez para siempre. Como la verdad, también, la justicia es una cotidiana conquista, un perfeccionamiento, un correr incesante en la profundidad de la conciencia, el progresivo e indefinido realizarse de un ideal inagotable y eterno (G. Lumia. *Su alcune recenti concessioni del Diritto naturale*, RIFD, 1959).

Si el Derecho —diremos con Legaz Lacambra (*Filosofía del Derecho*, 1972), es «un punto de vista sobre la justicia», el Derecho estará en continuo progreso para alcanzar ese punto de vista, o para que éste sea lo más amplio y perfecto posible *progredire ad*—. Pero ¿cómo?

Esto nos lleva a distinguir entre el progreso *formal* y progreso *sustancial* del Derecho. El primero responde al problema de encontrar para cada exigencia de justicia, positivamente reconocida, la expresión legislativa más adecuada a definirla. Esto consiste no tanto en la bondad del contenido de la norma jurídica cuanto en la conveniencia de ésta con el fin a que se dirige y, por tanto, en su claridad precisión y lógica inserción en el sistema. En otros términos, es la *técnica* más idónea para la mayor eficacia de las normas.

Cierto que el Derecho es ciencia y es técnica, pero no es sólo y exclusivamente ciencia y técnica. Una y otra son valiosas e imprescindibles aportaciones al progreso del Derecho, pero ni una ni otro, entendidas en sentido formal, suministran pleno perfeccionamiento del Derecho. En la legislación es posible y deseable el tecnicismo. Una técnica legislativa es un poderoso elemento de precisión en la elaboración y confección de las leyes. No en vano definían los romanos el Derecho como «arte» —*ars aequi et boni*—. Pero no un arte cualquiera, sino el arte de lo bueno y de lo justo, es decir, pongamos en términos modernos: la técnica al servicio del contenido, y éste es ético.

La perfección y el progreso técnico-científico del Derecho es un *medio* eficacísimo (y no por calificarlo de medio le restamos importancia) para el progreso legislativo, El progreso técnico-formal puede proporcio-

narnos muchas y depuradas leyes. Pero ni en el número de éstas ni en su tecnicismo está, exclusivamente, el progreso del Derecho. La abundancia de las leyes, ya denunciada en su tiempo por Tácito y Luis Vives e ironizada en nuestros días como «inflación legislativa» por Carl Schmitt, no es menos grave y perturbadora que otras inflaciones.

¿Leyes? las precisas y eficientes para cumplir sus fines; no menos, pero tampoco más ya que, lejos muchas veces de aclarar confunden y entorpecen. Y la perfección y el progreso del Derecho no está en la producción masiva de leyes, sino en su adecuación a las circunstancias de todo orden que regulan.

Es preciso acudir al progreso *sustancial* del Derecho. Y en éste, el objeto sobre que versa y el fin a que tiende refleja la bondad intrínseca de las máximas y normas jurídicas y la legitimidad de su contenido.

No es tanto una «legalidad formal» como una sustancial «legitimidad» lo que constituye el progreso jurídico: No tanto una cuidada técnica legislativa, sino los fines y valores que las normas están llamadas a realizar es lo que constituye una ley en perfecta y determina las funciones del Derecho.

Y aquí y acerca de estos grandes temas tiene mucho que decir la filosofía jurídica y social del presente y del futuro. Porque el tema de los valores es hoy predominante en el campo de la especulación insfilosófica. La Filosofía del Derecho como teoría de los valores jurídicos debe expresar de un modo claro, cuáles son esos valores; señalar el contenido ontológico de los valores como algo objetivo; fijar los fines del Derecho a los que éste debe tender, para que podamos hablar, en el sentido que lo estamos haciendo, de progreso sustancial del Derecho.

La filosofía moral, jurídica y política actual urgen soluciones nuevas a los nuevos y cambiantes problemas.

Y el problema de los «derechos de la persona humana», cuya proclamación y defensa, al menos teórica, acaso sea el único denominador común que ha podido unir en nuestros días a las tendencias más dispares y aún opuestas, no ha sido, no está siendo una conquista rápida y fácil. En estos como en los otros fines y objetivos del Derecho, se muestra el progreso jurídico, político y social que es progreso de la Humanidad.

Por los caminos más diversos se ha llegado en la época moderna y contemporánea al reconocimiento de la dignidad de la persona humana, en el que se fundamenta la afirmación, declaración y garantía de los derechos del hombre; reconocimiento íntimamente relacionado, en el terreno político y económico, con el respeto a la libertad humana que es una fuerza creadora constante en el progreso mismo del Derecho.

Con la restauración de la persona humana y sus derechos en la doctrina y en las legislaciones de la postguerra, ya no es posible dar marcha atrás. Ni siquiera pararse en el camino del progreso jurídico que marca las funciones del Derecho.

La persona humana y sus derechos son algo tan profundamente arraigado en la mente y en la doctrina jurídico política y, lo que es más, en la mente y la conciencia de los hombres y de los pueblos que no es posible desconocerlos en el futuro. La función del Derecho en la actualidad será incorporarlos al bien común, fin de la Ley y de la comunidad, para que, al procurar el bien común garanticen los Estados una verdadera y eficaz tutela de esos derechos, en cuyas exigencias encuentran la omnipotencia legislativa y política positivista de nuestro tiempo —«pecado capital» del positivismo, como dice Welzel— la mayor limitación.

Y esto no es una vuelta al liberalismo e individualismo del siglo pasado, sino una afirmación de un *personalismo social*, que gana cada día más adeptos entre los filósofos y juristas de nuestra época, y que no sólo es compatible sino que ha de conjugarse con la idea comunitaria en la que ni la función del Estado ni de las diversas comunidades y entes intermedios (familia, profesión, municipio, iglesia, formas de «socialización») son desconocidas, sino que, por el contrario, como afirma Legaz (*Contrato y persona*) es «en la comunidad, en las distintas comunidades de vida donde desenvuelve la persona humana la plenitud de su vida ética en sus más variadas manifestaciones».

En la concepción personalista, la sociedad, el Estado y las comunidades (que también tienen derecho) funcionan ordenada y jerárquicamente en servicio de la persona. Así, pues, la perspectiva personalista se conjuga y completa con la perspectiva comunitaria de su fundamentación social.

Sólo un personalismo y humanismo jurídico cristiano, que proclame el valor de la personalidad humana y armonice los fines individuales y sociales en orden al bien común y las exigencias que de él derivan, para hacer posible la «convivencia en la *verdad*, en la *justicia*, en el *amor* y en la libertad, puede ser el presente y el futuro de la Filosofía del Derecho.

Y la Filosofía del Derecho como visión de totalidad del Derecho, como lógica y ontología, fenomenología e historia, ética y técnica jurídica; como indagación de los principios y de las causas que fundamentan el Derecho, de los valores y de los fines, de las circunstancias cuyas exigencias condicionan y postulan su progreso sustancial y formal, será la que marque y urja al Derecho (y a sus hombres: legisladores, jueces y

súbditos) las funciones que éste ha de cumplir en una realidad y comunidad social cambiante como es la de nuestros días.

La función del Derecho es recoger esa realidad social cambiante y regular sus múltiples relaciones jurídicas con fines de seguridad, certeza, y bien común, que son fines del Derecho. Pero que esa «legalidad» resultante, que la prudencia política exige que sea, al igual que la realidad social, cambiante y progresiva, sirva siempre o al menos tienda a ello, al fin primordial del Derecho que es la justicia. Que la legalidad dé vida a la legitimidad de un orden de convivencia pacífica. Porque, en definitiva *«operationes justitiae ad servandum pacem inter homines ordinantur per hoc quod unusquisque quiete quod suum est possideat.»* (Sto. Tomás Sum. C. G.).

EMILIO SERRANO VILLAFANE
*De la Universidad Complutense
de Madrid.*

BASISPROZESSE IN DER RECHTSGESELLSCHAFT. EIN VERSUCH

A) *Das Problem.*

In dieser Arbeit möchte ich versuchen, in folgendes Problem einzudringen: Theoretiker und Praktiker der Soziologie, eingeschlossen der Gesellschaftspolitik, rechnen bestimmten Handlungsweisen erhebliche Bedeutung zu, ohne jedoch diese Handlungsweisen und ihre gesamtgesellschaftliche Bedeutung näher zu analysieren. Es handelt sich dabei um relativ ungebundene soziale Prozesse, welche offenbar die Qualität einer Sozialstruktur beeinflussen. Ich bezeichne diese Prozesse als *Basisprozesse*. Sie sind möglicherweise —wiewohl über sie, wie zu zeigen ist, nur Vages und meist nur etwas im Hinblick auf unbestimmte soziale Einheiten ausgesagt wird— von ausserordentlichem gesellschaftspolitischen Interesse, jedenfalls halten die soziologische wie die politische Theorie, des weiteren einige «klassische Wissenschaften», ungezählte Hinweise auf sie bereit. Es hat sogar den Anschein, dass Bestrebungen und Verheissungen zur gesellschaftlichen Erneuerung auf derartige Prozesse abzielen, sie wiedererwecken oder neuerwecken wollen, weil sie der menschlichen Existenz für angemessen, für menschlich, für typisch menschlich, für nicht «entfremdet», gehalten werden. Es wird sich erweisen, dass auf diese Prozesse das heute häufig (dilletantisch) gebrauchte Etikett «herrschaftsfrei» nicht anwendbar ist.

Das hier infragestehende Problem lässt sich —gewiss sehr pointiert— an (hypothetischen) Beispielen aus der politischen Soziologie und der politischen Tagespraxis so veranschaulichen: Wenn Bezeichnungen für Sozialstrukturen gebraucht werden, wie «westliche Demokratien», «Sozialstrukturen des Ostblocks», «afrikanische Sozialstrukturen» und ähnliches, dann werden meines Erachtens damit gewisse (wesentliche) Spezifika gründlich zugedeckt. In anderen Worten: wenn alle «westlichen Demokratien» verfassungsmässig gleich strukturiert wären, und gleiche rechtliche Normsysteme hätten, beständen gleichwohl prinzipielle Unters-

chiede in der Ausfüllung des «demokratischen» Systems, wie auch der rechtlichen Normsysteme. Mit dem Bereich solcher Unterschiede konstituierender Prozesse hat es diese Arbeit zunächst zu tun. Es sind offenbar Prozesse (verfassungsrechtlich, wie überhaupt rechtlich latent) wirksam, welche die Verfassungswirklichkeit ausmachen.

Basisprozesse sind wohl in allen Sozialstrukturen nachweisbar, wenn auch in höchst unterschiedlicher Ausprägung, damit mit verschiedenem Einfluss auf das äussere Erscheinungsbild der jeweiligen Sozialstruktur, auf die Wirkungsweise der rechtlichen Normen. Es scheint sogar, dass es Sozialstrukturen gibt, die, hochgradig segmentiert, fast ausschliesslich ihre soziale Ordnung auf solchen Prozessen aufbauen. Letztere können als Kriterium dienen für die Charakterisierung, auch für die wissenschaftliche Bestimmung von Sozialstrukturen. Sie können sich als Ansatzpunkte für eine demokratische Gesellschaftspolitik erweisen; vielleicht setzt von ihnen aus eher eine Reformierung einer Gesellschaft, insbesondere einer modernen, ein —im Sinne einer Entwicklung von unten— als auf den herkömmlichen evolutionären oder revolutionären Wegen. Andererseits könnten sie sich als Garant dafür bewähren, dass —im Endeffekt— menschenfeindliche, ausschliesslich an Destruktion orientierte Prozesse, die bestehende Gesellschaft ruinieren. Von daher der Zusammenhang zwischen Basisprozessen und Sozialstruktur.

Zwischen beiden Bereichen besteht ein besonderes Interdependenz-Verhältnis, das ein dialektisches sein kann, das es in den modernen Gesellschaften aber vielleicht immer weniger ist —und das nicht nur, weil sich offenbar mehr und mehr «intermediate powers» mit Filter— oder Katalysator-Wirkung zwischen beiden Bereichen etablieren. Das Problem, das hier zu behandeln ist, betrifft auch das Verhältnis von Basisprozessen und diesen «intermediate powers»: Es ist auch immer weniger ein dialektisches, da sich zwischen beide Bereiche eine (noch zu erläuternde) «Entfremdungsbarriere» schiebt, vielleicht auch, weil sich hinsichtlich dieser (latenten) Prozesse einmal eine zunehmende Desorientierung, zum andern eine zunehmende Vielfalt ihrer Gestaltung nachweisen lässt. Eine Konformismustendenz, die der modernen Gesellschaft immer wieder nachgesagt wird, stellt sich hier dar allenfalls in der Form gleichzeitig wirksamer und sich überschneidender Gruppenkonformismen.

Unter Sozialstruktur sei verstanden ein relativ stabiles Gliederungsmuster eines sozialen Systems, gleichgültig welcher sozialen Komplexität; ein Gliederungsmuster, das sich analytisch in eine unbestimmte Zahl von Handlungsabläufen aufliedern lässt. Damit lehne ich mich der Definition von Theodor Geiger an, der Sozialstruktur begriffen hat, «als

Abstraktion gemeinsamer Grundlinien und durchgehender Leitmotive aus der Fülle der herrschenden Handlungskorrelationen» (1947/1964, S. 52). Ich möchte diesen —nur unwesentlich voneinander abweichenden— Definitionsvorschlägen nicht weiter nachgehen, da sie in ihrer relativen Unbestimmtheit den Nachweis des hier interessierenden Problems immer noch zulassen; dieser Nachweis gelänge selbst dann, wenn eine andere heute geläufige Definition zugrundegelegt würde, gleichgültig ob dabei von Max Weber, Talcott Parsons, Karl Raimund Popper auf der einen oder einen marxistischen Theoretiker auf der andern Seite ausgegangen würde. Es ist in unserem Zusammenhang auch unerheblich, welche soziale Einheit in Frage steht, ob «Gesamtgesellschaft», ob «Globalgesellschaft» im Sinne Gurvitchs, ob Gruppe im Sinne Murdocks, «ethnische Einheit» im Sinne Muehlmanns oder der Handelnde im sozialen Feld nach den unterschiedlichen Ansätzen von Max Weber, Talcott Parsons, Peter M. Blau oder Kurt Lewin. Allerdings erscheinen mir die nachfolgenden Überlegungen vorab von besonderem *gesamtgemeinschaftlichen* Interesse.

Es scheint mir auch nicht erheblich, in diesem Versuch «Einheiten» nicht ausschliesslich sozialer Zusammensetzung einzubeziehen, so wie es beispielsweise —vielleicht in Anlehnung an grosse Vorbilder wie Montesquieu— von Marcel Mauss hinsichtlich seines «*phénomène social total*» oder von Kurt Lewin in seiner «Feldtheorie» unternommen worden ist. Zur Erhellung der hier gestellten Frage reicht die strikte und ausschliesslich soziologische Argumentation meines Erachtens aus. Diese ist dabei keinesfalls «soziologistisch»; es sei nicht geleugnet, dass der «interdisziplinäre» approach wünschenswert wäre, doch liefe man dabei Gefahr, in einem «multidisziplinären» stecken zu bleiben. Das Verhältnis zwischen Basisprozessen und Sozialstruktur dient mir als ein Kriterium zur Bestimmung von Sozialstrukturen und von politischen Systemen. Es kann zum Klassifikationschlüssel für Sozialstrukturen und politische Systeme werden.

Bei der Behandlung des Zusammenhanges «Basisprozesse —soziale Partizipation— Sozialstruktur» möchte ich über die folgenden Stufen vorgehen:

A) Es soll gezeigt werden, wie bisher zu diesem Problem vorgegangen worden ist —aber eben nicht in dieses eingedrungen worden ist—, was also die sozialwissenschaftliche Theorie darüber ausgesagt hat. Das soll hier nur in sehr geraffter Form geschehen.

B) Alsdann soll versucht werden, den sozialen Raum abzustecken, in dem Basisprozesse erweislich auftreten.



Es sei noch darauf hingewiesen, dass es sich hier um ein Forschungsproblem handelt. Selbst eine teilweise Lösung erhebt nicht den Anspruch auf Gültigkeit. Das Problem sei und bleibe ein zethetisches.

B) *Charakterisierung des Forschungsstandes - das Problems im Schrifttum*

1) Bei Durchsicht der einschlägigen Literatur fällt auf, dass Analysen von Sozialstrukturen, vornehmlich von Sozialgebilden vom Typus einer modernen Grossgesellschaft, der verbreitetsten wissenschaftlichen Tradition entsprechend *makrosoziologisch* durchgeführt werden. Dabei werden formale *Rahmenbedingungen* in der Regel gesetzt, die leicht für die «Wirklichkeit» gehalten werden, oder aber die für ein hinreichendes Erklärungsinstrument für gesamtgesellschaftliche Strukturen angesehen werden. Solche formalen Rahmenbedingungen sind meistens angesprochen, wenn charakteristische Unterschiede vergleichbarer Sozialstrukturen entsprechend den Verfassungstexten herausgearbeitet werden. Es ist dann durchaus möglich, entscheidende Charakteristiken zu benennen — eben entsprechend den verfassungsmässig dargestellten *Staatsformen*. Es ist aber nicht mehr möglich, auf diese Weise gesamtgesellschaftliche Systeme mit ähnlichem oder sogar gleichem verfassungsmässigen Ueberbau unterscheidbar zu machen, wie es auch nicht möglich ist, Erscheinungen des sozialen Wandels innerhalb dieser Rahmenbedingungen mit Hilfe dieser Bedingungen zu erklären. «Erklären» im Sinne Max Webers als «Erfassung des Sinnzusammenhangs, in denen, seinem subjektiv gemeinten Sinn nach, ein aktuell verständliches Handeln hineingehört» (Soziologische Grundbegriffe § 1, Abs. 5).

Diese beiden Probleme sind in verschiedenen sozialwissenschaftlichen Disziplinen schon längst gesehen. In der Rechtssoziologie, im Staatsrecht, im Verfassungsrecht deuten schon die Titel grundlegender Werke auf das Problem hin: «La révolte des faits contre le code» (Gaston Morin), «Verfassung und Verfassungswirklichkeit» (bei verschiedenen Autoren, so bei F. A. Hermens, Hrsg., Verfassung und Verfassungswirklichkeit), «Recht und Wirklichkeit» (Hans Fehr), «Die soziologische Grenze der Grundrechte» (Erich Fechner) und aus jüngster Zeit «Grundrechte im Wandel» (Peter Saladin).

Für unsere Fragestellung wird m. E. erhärtet, dass eine makrosoziologische oder eine rechtsdogmatische Strukturanalyse von Gesamtgesellschaften untaugliche Instrumente sind zur Erfassung struktureller Spezifika, die als Unterscheidungskriterien dienen könnten. Gleichwohl müs-

sen bei unserer Fragestellung die makrosoziologisch gewonnenen Ergebnisse in Rechnung gestellt werden, wiewohl ihr Informationsgehalt geringer ist, als gemeinhin vorgegeben oder erwartet wird. Eine makrosoziologische Strukturanalyse erfasst vorwiegend einen formalen Rahmen, die Formalstruktur. Diese muss bei einer mikrosoziologischen Analyse in Rechnung gestellt werden. Denn dieser Rahmen kann eine *Eigendynamis* entwickeln, umsomehr als die formalen Rahmenbedingungen «verpersönlicht» werden, als Ermessens- oder Kompetenz-«Spielräume» verstanden werden, von Menschen mehr oder weniger ausgefüllt oder verwaltet werden. Die Weite des Spielraums solcher Eigendynamik dürfte in den einzelnen Rechtsgesellschaften sehr unterschiedlich abgesteckt sein. Die Mittel des Absteckens, die Barrieren, wie weiter unten erläutert werden wird, dürften ebenfalls inhaltlich voneinander abweichen.

Des weiteren: Die gebräuchlichsten Determinanten zur Bestimmung von Sozialstrukturen, wie insbesondere Determinanten der sozialen Schichtung, inklusive das Verhältnis zu den Produktionsmitteln, Wahl- und Abstimmungsrechte und ihre in Wahlstatistiken dokumentierte Verwirklichung, erfassen kaum wesentliche Unterscheidungsmerkmale. Bei dieser Art Strukturanalyse sind signifikante Unterschiede vergleichbarer Sozialstrukturen kaum möglich: Die Sozialstrukturen westlicher demokratischer Staaten beispielsweise erscheinen dabei bis zur Deckungsmöglichkeit angenähert. Es sollte jedoch einen Weg geben, die angeblich nur feinen Unterschiede, aber eben entscheidenden, präziser zu fassen. Es sollte erfasst werden, was das *Typische* sozialer und politischer Prozesse in zwar verschiedenen, doch vergleichbaren, scheinbar ähnlichen Sozialstrukturen ausmacht. Ralf Dahrendorf hat dafür einen Hinweis geboten: Sozialstrukturen können, wenn man von ihnen ausgeht, mikrosoziologisch in den vier Dimensionen «Teilnahme», «Arten der Konfliktlösung», «Vielfalt der Elite» und «Grad der Öffentlichkeit bei den vorherrschenden Werten» erklärt werden. Interessant, dass hier das positive Recht keine Erwähnung findet. Dahrendorf erläutert dazu: «Dass liberale Demokratie nur wirksam werden kann in einer Gesellschaft, in der

1. die bürgerlichen Gleichheitsrechte wirksam durchgesetzt sind,
2. soziale Konflikte in allen Bereichen anerkannt und geregelt werden,
3. die Eliten in sich die Buntheit und Vielfalt sozialer Interessen spiegeln und,
4. die öffentlichen Tugenden die vorherrschenden Wertorientierung der Menschen darstellen».

Ich gehe darauf nicht näher ein; dieser respektable Entwurf Dahrendorfs diene hier quasi als Kontrastprogramm zu dem, was folgt.

Ich möchte hier die Akzente anders setzen und darauf nachher zurückkommen: *Ausmass*, *Tragfähigkeit* und *Ausstrahlung* «freier» sozialer Prozesse, ferner die Kontrolle von Delegationsstufen erscheinen insbesondere in unserer historischen Situation als taugliche Kriterien der Erklärung und Unterscheidung.

2) Ich meine nun, dass es verschiedene Wege gibt, die entstandenen Lücken zu überbrücken, nämlich durch eine genauere Analyse bestimmter «sozialer Räume», die von den Verfassungen —und Rechtsnormen überhaupt - nicht abgedeckt oder erfasst werden - obwohl sie für die Beschaffenheit, die Wirkungsweise eines sozialen, oder politischen Systems und jener Normen selbst, von weitreichender, vielleicht ausschlaggebender Bedeutung sind. *Ich gehe also von der Hypothese aus, das die Beschaffenheit eines politischen System —etwa vom Typus eines Staates oder eine Kantons— wesentlich bestimmt ist durch die Qualität vornehmlich latent wirksamer sozialer Prozesse.* Der Ansatz von E. K. Scheuch, der in ähnlichem Zusammenhang auf die Notwendigkeit der Analyse von Primärgruppenbeziehungen verweist, trifft nur ein Randgebiet des hier behandelten Problems. So auch erweist sich für unsere Fragestellung die ehemals wohl —in Anschluss an A. De Tocqueville— überbewertete Einschätzung von «voluntary associations» für das Funktionieren der Demokratie als nicht mehr zentrales Problem; darauf ist kürzlich beispielsweise von J. Curtis hingewiesen worden. Hingegen ist L. Neidhart zuzustimmen, der unter Nutzung der Rollentheorie das komplexe Faktorenfeld für analysierbar hält: «Es handelt sich dabei darum, die je spezifischen Motivationsstrukturen, Sanktionen, Erwartungen, Einstellungen, subjektiven Bewertungen und objektiven Abhängigkeiten, aber auch die bei den politischen Zugangsmöglichkeiten entsprechenden Kommunikationsstrukturen und Meinungsbildungsprozesse aufzudecken und darzustellen.» Dieses anspruchsvolle Vorhaben scheint mir realisierbar, namentlich dann, wenn die Theorie der *sozialen Kontrolle* mitberücksichtigt wird. Ferner ist dem Ansatz von D. F. Thomson zuzustimmen, der mit dem Begriff des «citizenship» auf den hier interessierenden Raum hinweist: «Citizenship is a precondition of influencing— processes and institutions», und «To what extent and for what purposes citizens should share in governing depends on how citizenship is interpreted in light of empirical evidence».

Von jenen latenten sozialen Prozessen wird —allerdings unter sehr

unterschiedlichen Bezeichnungen— im Schrifttum mehr und mehr gesprochen. Einige charakteristische Beispiele möchte ich kurz erläutern:

a) So wird von E. A. Ross in seiner Theorie der sozialen Kontrolle auf soziale Prozesse verwiesen, die relativ «frei», selbstregulierend, ausserhalb, jedenfalls neben dem kodifizierten Recht wesentliche Bereiche der gesellschaftlichen Ordnung ausmachen. Da wird soziale Kontrolle verstanden als (einmal) «—jene mehr gewollte Lenkung der einzelnen durch die Gruppe, häufig durch besondere Organe, die mehr oder weniger formalen Charakter haben und durch die Gesellschaft unterhalten werden, aber auch durch informelle und spontan sich bildende Instanzen, die bewusst oder unbewusst dem Gesamtinteresse der Gesellschaft dienen» (nach R. Koenig, S. 277 f).

Ross steht mit seinen Ausführungen am Anfang einer Entwicklung der analytischen Soziologie, die sich der Funktion solcher sozialer Ordnungsgefüge neben der Rechtsordnung zugewendet hat.

Soziale Kontrolle kann verstanden werden einmal als

- Realisieren abweichenden Verhaltens,
- Reaktion auf abweichendes Verhalten,
- bewusstes oder unbewusstes Inbetrachtsetzen solcher Reaktionen durch den (abweichend) Handelnden,
- vorrechtliches, unmittelbares, elastisches Ordnungsregulativ, das seinerseits «kontrolliert», aber auch selbst kontrolliert werden kann,
- wirkende soziale Selbstregulierungsmuster in Konfliktfällen (aussergesetzliche Konfliktlösung),
- Kontrolle eingespielter und neuentstehender Ordnungsmechanismen durch die Gesellschaft unmittelbar, nicht mittelbar über Institutionen (ausgeklammert: «Social control through law» nach dem Titel eines berühmten Werkes von Roscoe Pound).
- Ueberwachen von Delegationsstufen, d. h. vor allem in einem demokratischen System; Kontrolle der (gewählten) Vertreter,

Ueberwachen eingespielter sozialer Normen und gesetzter Grundwerte, bzw. —rechte, zum andern als

- Ermöglichung der «Bewusstwerdung» zu obigem, d. h. weitreichende Ideologiekritik im Sinne eines erkenntnistheoretischen Begriffes der Ideologie (Theodor Geiger), der durch K. Mannheims, «Totalideologie» (idola tribus) ergänzt werden muss.

Inzwischen sind hierzu exzellente Arbeiten erschienen, welche die Existenz darunter fallender Ordnungsgefüge nachgewiesen haben. Zu verweisen ist hier auf Arbeiten von Talcott Parsons, Theodor Geiger,

Hermann Kantorowicz und —nicht zuletzt auch Heinrich Popitz, insbesondere mit seiner Basler Antrittsvorlesung über «Soziale Normen». Kantorowicz hat übrigens— wohl als erster—unterstrichen, dass *sozialen* Normen in der modernen Gesellschaft grössere Bedeutung zukomme als den *Rechtsnormen*.

Zwei ganz entscheidende und sehr komplexe Fragen hat die analytische Soziologie bisher nicht beantwortet: nämlich nach der *Funktion* der angedeuteten Prozesse oder Normen in der Gesellschaft, insbesondere in der gesellschaftlichen Entwicklung, also in der Gesellschaftspolitik, ferner nach den Inhalten dieser Normen und ihrer faktischen Wirkung auf ein polistisches System. An die Stelle differenzierender Analyse der Bereiche soziale Norm und Rechtsnorm tritt neuerdings wieder eine rechtspositivistisch anmutende Tendenz, das Trennbare in ein juristisch etikettiertes Kontinuum einzubringen. Damit werden fundamentale Unterschiede zwischen sozialer Norm und Rechtsnorm, die zumindest graduelle sein mögen, verwischt, als da sind: Unterschiede hinsichtlich der Elastizität und Fixierbarkeit, des Geltungsbereichs, der Art und Weise der Durchsetzung, des «Ueberbau» - Charakters. Uebrigens irrt N. Luhmann, wenn er kundtut, die Interdependenz beider Sphären sei von manchen Rechtssoziologen nicht gesehen worden. H. Ryffels Kritik an der Hauptschrift Theodor Geigers geht m. E. von einem Missverstehen dessen aus, was Geiger unter einer *Genesis* versteht.

b) Ueber den hier interessierendem Raum der sozialen Wirklichkeit finden wir Hinweise in der Geschichte der sozialen Ideen, spätestens seit Platon; ich kann die Entwicklung nicht nachzeichnen, sondern möchte nur symptomatische Beispiele seit Beginn der Neuzeit, erwähnen.

...so bei Nicolo Macchiavelli mit seiner Unterscheidung nach rechtlichen und sozialen, bzw. sittlichen Normen.

...so bei Jean Jacques Rousseau, wenn er von unverfälschten, vermeintlich «natürlichen» Sozialbeziehungen in der Urgesellschaft spricht, die durch «Deputation» verfälscht werden;

...so bei G. W. F. Hegel in seinen Ansätzen zur Entfremdung, als «Entäusserung» und «Selbstentfremdung», die durch Selbsterkenntnis überwunden werde und bei Marx in seinen theoretischen Sätzen zur «Entfremdung» durch die objektiven ökonomischen Verhältnisse der Gesellschaft.

... so bei Ferdinand Toennies in seinen von Marx zu unterscheidenden Sätzen über das Problem der Entfremdung, welche bei ihm durch den Uebergang von Gemeinschaft zu Gesellschaft zwangsläufig auftritt, was

bei Marx eher im Sinne der Verselbständigung des Individuums begriffen wird.

(Zur Theorie der Entfremdung sind in den letzten Jahren exzellente Arbeiten, insbesondere zusammenfassende Darstellungen erschienen, so von A. Schaff, L. A. Coser und G. Kl. Kaltenbrunner).

Allen gemeinsam: das *zoon politikon* ist im Geschichtsverlauf eher verkümmert, seiner eigentlichen menschlichen Existenz mehr und mehr entäußert worden. Der «politische Bereich» hat sich offenbar mehr und mehr vom «sozialen» getrennt; die gegenseitige Beeinflussung wird nur andeutungsweise im Schrifttum behandelt.

c) Die Geschichte der sozialen Ideen hat dieses Problem seit langem weitergereicht; die analytische Soziologie hat das Problem —wie gezeigt wurde— positivistisch oder auch soziologistisch behandelt; die gesellschaftspolitische *Relevanz* wurde, soweit ich sehen kann, am deutlichsten von marxistisch-leninistischen Theoretikern herausgestellt, leider nur im Rahmen einer «Kampftheorie», die allerdings am Kern der Sache vorbeikämpft. Allein der Umschlag in die Praxis fand bis heute nicht statt, wurde eher im Einflussbereich des Marxismus-Leninismus noch verhindert.—Es wird die Rückbesinnung auf soziale Normen - selbst bürgerlicher Provenienz der heutigen marxistischen Rechtstheorie deutlich: Wie wird die soziale «Ordnung nach Absterben von Staat und Recht «aufgefangen»?

In der Theorie scheint mir kürzlich Georg Lukacs (1968/dt. 1970) andnüpfend an Lenin am weitesten vorgedrungen zu sein. Die wichtigsten seiner Gedanken für unseren Zusammenhang scheinen mir die folgenden zu sein:

Ich muss dies etwas ausführlicher darstellen und mit Zitaten belegen, da es sich hier um einen entscheidenden Beitrag handelt, in dem die *Gesellschaftstheorien* in Ost und West hinsichtlich eines sehr begrenzten, aber gesellschaftspolitisch bedeutsamen Problems sich anzunähern beginnen. Diese Annäherung liegt durchaus auf der Ebene anderer Konvergenzen, die teils bereits nachgewiesen oder beim Namen genannt («Leistung», «Arbeit» u. a.), teils als Faktizitäten des wissenschaftlichen Aufweises bedürfen.

Diese Annäherung betrifft den hier infragestehenden sozialen Raum. In dem einen System wird dieser für eine spätere Phase der gesellschaftlichen Entwicklung gefordert; in dem andern ist dieser Raum vergleichsweise weit entwickelt, dabei erweiterungsfähig, nicht ohne (positiven) Einfluss auf die Entwicklung des Gesamtsystems, das absichtsvoll vereinfachend als «kapitalistisches» bezeichnet wird

Es geht bei Lukacs um die «Fragen der Uebergangsperiode», zunächst um das Problem der «Umwandlung einer kapitalistischen Gesellschaft in eine sozialistische», dabei insbesondere um die Frage, welchen Einfluss das wirtschaftliche Entwicklungsniveau in der zu wandelnden Gesellschaft erreicht haben muss, damit eine soziale Erneuerung sinnvoll durchgeführt werden kann. Bekanntlich war ja der Kapitalismus in Russland 1917 nicht soweit entwickelt, dass die wirtschaftliche Basis für die «revolutionäre» Erneuerung ausgereicht hätte (Eine «revolutionäre» Situation im Sinne Lenins lag aber gleichwohl vor). Dazu Lukacs:

«Für Marx ist die Welt der Oekonomie—'das Reich der Notwendigkeit'—in einer nie aufhebbaren Weise die Basis jenes Sichselbsterschaffens der Menschengattung, das er als 'Reich der Freiheit' bezeichnet hat.»

Weiter:

«Der nicht 'klassische' Charakter der Revolution 1917 beruht also vor allem darauf, dass der Sozialismus in einer Entwicklungsetappe verwirklicht werden muss, wo die faktische ökonomische Produktion und Distribution noch weit davon entfernt sind, als Basis nur der konkreten Vorbereitung des 'Reichs der Freiheit' zu dienen. Es muss also eine Zwischenperiode eingeschaltet werden, in welcher diese ökonomische Rückständigkeit eingeholt wird...».

Das grosse Problem, vor dem Lukacs steht, ist die Frage:

«...wie in einer derartigen Uebergangszeit das Verhältnis zwischen der rein ökonomischen Praxis, die diese Zurückgebliebenheit einfach aufzuholen hat, und zwischen den auf den sozialistischen Gehalt direkt einwirkenden, die proletarische Demokratie fördernden *Handlungen und Institutionen* beschaffen sein soll.»

«Handlungen und Institutionen», die uns aus nicht marxistischer Perspektive anschliessend zu beschäftigen haben werden...

Lukacs zusammenfassend:

«Die bisherige Theorie hat keine theoretische Lösung für diese Frage gegeben, konnte sie nicht geben. Lenin war sich dieses Mangels —auch bei den Klassikern— stets bewusst:»

Dazu Lenin:

«Nicht einmal Marx kam auf den Gedanken, auch nur ein einziges Wort darüber zu schreiben.»

Am Rande sei hier schon angemerkt, dass auch die vermeintlich «bürgerliche Soziologie» über solche «Handlungen und Institutionen» wenig—nämlich fast nur Formales ausgesagt hat.

Die Berührung dieser Sachverhalte mit unserem Thema wird noch in einem anderen Zusammenhang deutlich: Dass nämlich die im «Reich der Freiheit» zu praktizierenden Handlungen und Institutionen weder formal noch inhaltlich prinzipiell *neue* Erscheinungen in der Geschichte der Menschheit seien; dazu

Lenin:

«Nach Ueberwindung des 'Kapitalismus'... werden sich die befreiten Menschen nach und nach *gewöhnen*, die elementaren, von alters her bekannten und seit Jahrtausenden in allen Vorschriften gepredigten *Regeln des gesellschaftlichen Zusammenlebens* einzuhalten—»

...In anderem Zusammenhang spricht er von

«den wertvollsten Errungenschaften des bürgerlichen Zeitalters», die sich der Marxismus 'aneignete' und die er 'verarbeitete'.»

Und dazu —abschliessend zu diesem Komplex— Georg Lukacs:

«Es ist sicher manchem Leser ... aufgefallen, dass Lenin ... jene Regelungen des menschlichen Zusammenlebens und Zusammenwirkens, die die sozialistische Demokratie charakterisieren, keineswegs *als radikal neue*, erst in dieser Entwicklung überhaupt entstandene Lebenstendenzen betrachtet, sondern als elementare, seit Jahrtausenden wirksame Kräfte, die freilich *ihre gesellschaftliche Allgemeinheit* erst im Sozialismus erlangen können.»

«Ihre gesellschaftliche Allgemeinheit», das könnte heissen, dass solche Prozesse tragend, allein ausschlaggebend für die soziale Ordnung werden, wenn —nach der berühmten These Marxens— «Recht und Staat» im herkömmlichen Sinne erts einmal abgestorben sind. Ich möchte dem entgegenhalten, dass diese «wertvollsten Errungenschaften des bürgerlichen Zeitalters» ihre hohe Bedeutung ohne Zweifel auch im sogenannten Spätkapitalismus haben, die soziale Ordnung wesentlich tragen - allerdings aus dem Bewusstsein des Bürgers verdrängt zu sein scheinen. Solche «Errungenschaften» wirken auf das politische System, bestimmen das politische Verhalten, haben sich in diesen so verfestigt, dass sie vom Bürger offenbar völlig mit dem politischen System vermischt, bzw. identifiziert werden.

Die vorhin schon genannte Auffassung von Hermann Kantorowicz (auch Hans Schulz/Bern wäre hier zu nennen), als Vertreter der «westlichen» Rechtssoziologie, zeigt, wie dieses Problem offenbar ein «weltweites» ist; Kantorowicz hatte ja unterstrichen, dass sozialen Normen grössere Bedeutung zukomme als Rechtsnormen - in der modernen Ge-

sellschaft. In diesem Punkt haben sich also westliche und östliche Theoretiker auf bemerkenswerte Weise einander angenähert.

Diese Gemeinsamkeit in einem Teilbereich bricht jedoch mit und nach der Ära Stalin ab; hin und wieder flackert das Gemeinsame noch auf, wird jedoch von den herrschenden gefliessentlich ausgetreten. Ich denke in diesem Zusammenhang an östliche Sozialwissenschaftler wie Stanislaus Ehrlich, Adam Schaff, auch Leszek Kolakowski, ganz zu schweigen von den «beseitigten» Vertretern eines «demokratischen Sozialismus» in der Tschechoslowakei.

Ich ziehe aus den obengenannten Textstellen folgendes Fazit, das zugleich den nächsten Schritt zu dieser theoretischen Grundlegung einleitet:

Es werden hier «Lebentendenzen», «wirksame Kräfte», jedenfalls soziale Prozesse angedeutet —ich nenne sie *Basisprozesse*, in denen soziale Normen spielen— die sich mit jenen, die wir eingangs aus anderer Perspektive betrachtet hatten, berühren oder decken könnten. Es bleibt jedoch —hier wie dort— bei Andeutungen; das Umsetzen in die Praxis ist mangels formaler Vorarbeiten, aber auch inhaltlichen Fixierung nicht behandelt, vielleicht auch theoretisch nicht gelöst. Die Lösung wird in den nachfolgenden Teilen dieser Einführung auch nicht gelingen; doch unternehme ich den dreisten Versuch, dieser Lösung näherzukommen.

Vielleicht sind die «wertvollsten Errungenschaften des bürgerlichen Zeitalters» noch fassbar, möglicherweise in der gesellschaftlichen Praxis des «kapitalistischen» Systems wirksam. Vielleicht sind solche Errungenschaften auch in anderen gesellschaftlichen Systemen —«nicht-bürgerlichen»— wirksam. Dies lässt sich selbst aus den Lenin'schen Worten schliessen, denn jene «elementare Regeln» sind ja «seit Jahrtausenden (d. h. doch wohl in qualitativ sehr unterschiedlichen Epochen der abendländischen Geschichte, P. T.) in allen Vorschriften gepredigt» worden. Erstaunlich, dass solche Regeln «elementar» sind, offenbar auch bekannt sind, dass sich aber in wissenschaftlichen Theorie und politischer Praxis so erbärmlich wenig darüber findet.

C) *Der Bereich sozialer Basisprozesse im Schrifttum*

Hier geht es zunächst um die *Formalstruktur*. Ich knüpfe damit an rechtssoziologische Forschungen an, die in den letzten Jahrzehnten vorgelegt worden sind. Diese zielen auf verschiedene Weisen entweder auf die elastischen, der sozialen Kontrolle unterworfenen Prozesse der unmittelbaren sozialen Interrelationen unter Interdependenzen also auf einen

vorrechtlichen oder ausserrechtlichen Raum sozialer «Ordnung» — oder auf den Typus einer gewissen Art von Zukunftsgesellschaft, in der «freie», nicht in abstrakten Ordnungen *entfremdete* soziale Prozesse Gesamtgesellschaften bestimmen. Die Reichweite solcher Prozesse, ihre Tragfähigkeit für und in Gesamtgesellschaften — nur von diesen soll im weiteren gesprochen werden — steht hier zur Debatte. Es wird ein Versuch unternommen, über die Analyse von Basisprozessen und ihrer Funktionen Grossegesellschaften im eingangs zitierten Sinne Max Webers zu *erklären*, ähnliche *vergleichbar* und in ihren Spezifika *abgrenzbar* zu machen. Das heisst; die Ordnungsprozesse, die gesamthaft eine Gesellschaft (Gesellschaft als Prozess) ausmachen, werden hier nach einer von Theodor Geiger so bezeichneten Perspektive «anaskopisch» betrachtet. D. h. von der Basis der Ordnungsgefüge ausgehend den «Ordnungsprozess» in seiner ebenfalls von Theodor Geiger geprägten Terminologie geht es um den Zusammenhag von «Handeln - und Zustandsordnung».

Es könnte auf der Hand liegen, dass die Analyse von Basisprozessen der Theorie der Demokratie Entscheidendes liefern könnte. Soziale Auswirkungen eines *demokratischen Bewusstseins* könnten ja gerade in solchen Prozessen wirksam werden und — aus dieser Perspektive — die «Basis» demokratischer Ordnungen ausmachen. Die Theorie der Demokratie wird also hier aus einer (merkwürdigerweise) selten gewordenen Perspektive anvisiert, wie gesagt, der anaskopischen. Sie ersetzt, zumindest ergänzt, die meist gepflegte kataskopische Betrachtungsweise, die sich tatsächlich hinter Wendungen wie «parlamentarische Demokratie», «konziliäre Demokratie» (M. Imboden) und anderen Wendungen verbirgt.

1) *Basisprozesse im vor— oder ausserrechtlichen oder subinstitutionellen Raum*

Basisprozesse betreffen zunächst vorrechtliche Interrelationen auf der Horizontalen, d. h. auf *einer* Stufe der Autonomie gegenüber rechtlichen Normen und Institutionen, wiewohl sie unter deren Eindruck oder Einfluss stehen können. Ich möchte diesen Gesichtspunkt, nämlich die Interdependenz von sozialer Sphäre und Rechtssphäre, hier nicht weiter verfolgen (vgl. P. Trappe, Zur Situation der Rechtssoziologie, Tübingen 1968); dieses Verhältnis könnte interpretiert werden, wie auch immer - es würde unseren Problembereich nicht wesentlich tangieren. Unter Basisprozessen sollen also soziale Interaktionen verstanden werden, die nicht formell institutionalisiert sind, erst recht nicht in die Rechtssphäre erhoben worden sind. Solche Prozesse erscheinen meist latent, worauf Th. Geiger schon hingewiesen hat. Als Basisprozesse können also in Betracht kom-

men soziale Vorgänge, die unter die Bezeichnung «soziale Interrelation» und «soziale Interdependenz» fallen. Diese Prozesse können «regelmäßig» wie «regelmässig» (einer Regel gemäss) auftreten.

«Soziale Interaktionen» betreffen einmal —der einschlägigen soziologischen Theorie gemäss— eine horizontale Dynamik. Sie können aber auch in der Vertikalen wirksam werden, also zwischen Individuen oder Gruppen einerseits und Institutionen —welcher Komplexität oder welchen Ranges auch immer— andererseits.

Einige Worte zum Begriff der Basis. Basis kann vieles bedeuten, in unserem Zusammenhang jedoch nur eine: *An der Basis der sozialen Ordnungsgefüge*. Damit hat es folgende Bewandnis: Der Ordnungsmechanismus in seiner Gänze kann, wie es in brillanter Form von Theodor Geiger dargestellt worden ist, *genetisch*, nicht historisch, in eine Stufenfolge quasi autonomer Teilordnungen aufgegliedert werden. Dabei lässt sich einmal unterscheiden nach dem Komplex rechtlicher Normen und zum andern dem sozialer Normen, der aufgegliedert werden kann in eine Reihe von Ordnungsgefügen, die sich prinzipiell voneinander unterscheiden. Unterschieden werden sie nach Geiger —und dem schliesse ich mich an— entsprechend den *Reaktionsmechanismen*, die auf abweichendes, normwidriges Verhalten hin einsetzen. Dies lässt sich erweitern: Kriterium ist einmal die Beschaffenheit der Reaktionsmechanismen; Kriterium kann weiter sein die Elastizität der Sanktionen auf abweichendes Verhalten. Die Elastizität unterscheidet sich jeweils graduell zwischen den möglichen «Polen» einer näher zu erklärenden Problemlösung aus dem sozialen Prozess (ohne Verzerrungen durch Formalisierung) und der monopolistisch gehandhabten Sanktionsverhängung durch eine bestimmte (übergeordnete) Instanz. Mit dieser Terminologie knüpfe ich ausdrücklich an, der erweislich einen führenden Rang in der neueren Rechtssoziologie innehat. Zu Recht schreibt M. Rehbinder: «Niemand sollte ... an der heute immer noch führenden Rechtssoziologie von Theodor Geiger vorübergehen.» Zu Recht stellt N. Luhmann fest, bei Theodor Geigers «Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts» handele es sich um «die einzige bedeutsame Neuerscheinung der Rechtssoziologie». Geigers Aufgliederung der sozialen Ordnung in (quasi autonome) «soziale Ordnungsgefüge» ist für zahlreiche neuere Rechtssoziologen ein heuristisch wertvoller, nicht infragegestellter Entwurf einer Ordnungs-*Struktur*. Zu diesen Ordnungsgefügen zählt Geiger Gewohnheit, Brauch, Sitte, Sittenregel, Konvention. Hermann Kantorowicz hat, nach einem nichtformalistischen Verfahren vorgehend, weitere gezeigt, wie beispielsweise Ehrenkodices, Regeln der Etikette, des Anstands und dergleichen..

Hierhin gehören Ueberlegungen, die heute in Theorie und Praxis an Bedeutung gewinnen. Nur beispielhaft einige Hinweise: Die Funktion «freiwilliger Selbstkontrolle» wird ja gerade in diesen Tagen hier im Lande, aber auch in anderen westeuropäischen Ländern, lebhaft und kompetent diskutiert, wie in den U. S. A. die juristische Relevanz einer «fairness doctrine» Theoretiker und Praktiker zunehmend interessiert; Beispiele aus anderen Ländern wären zu nennen, so die Forderung des «orderly marketing» in Japan und anderes mehr.

Ohne Zweifel ist Geigers Entwurf auf einen ähnlichen Max Webers zurückzuführen. Geiger hat diesen durch die Herausarbeitung struktureller Spezifika, geeigneter Unterscheidungskriterien wesentlich verfeinert. Er hat gerade den vorrechtlichen Bereich sozialer Ordnung in seiner Komplexität durch Auflösung in *strukturell unterscheidbare* Teilordnungen verdeutlicht. Darin ist Geiger unübertroffen. Gewiss ist er nicht der einzige Sozialwissenschaftler, der sich diesem Bereich sozialer Ordnung zugewandt hat. Talcott Parsons, Georges Caspar Homans, Peter M. Blau, Don Martindale u. a. haben sich diesem Raum zugewandt, ohne ihn jedoch schlüssig in den weiteren Rahmen einer Gesamtordnung einzupassen. Es ist gewiss nicht auszuschliessen, dass Geiger auf Talcott Parsons erstem grundlegenden Werk, *The Structure of Social Action* (1937), aufgebaut hat. Theoretische Sätze der späteren Homans und Blau sind bei ihm nicht nur längst ausgesprochen, sondern auch noch wesentlich verfeinert in einem der sozialen Ordnungswirklichkeit angemessenen umfassenden Rahmen gebracht, nämlich des «Ordnungsmechanismus in seiner Gänze» in der modernen Grossgesellschaft.

Lange nach Geigers «Vorstudien» hat sich C. Homans mit den «elementaren Formen» sozialen Verhaltens auseinandergesetzt (1961). Das Werk von Homans spricht in seinem Untertitel schon von «elementaren Formen»; ich nehme an, es geschieht unabhängig von den gleichlautenden Fragestellungen bei Lenin-Lukacs (s. oben). Unter diesen elementaren Formen versteht er «ordinary, everyday social behaviour».

Derartiges Verhalten, das durchaus strukturiert ist, wird von ihm abgesetzt gegenüber formalen Regeln und sozialer Normen:

«It is not simply from strict obedience to the normal rules of an organization that elementary social behaviour is to be distinguished. It is also to be distinguished from obedience to the norms that a society has *inherited from its past, whether or not they are embodied in any formal organization*».

Weiter:

«...elementary social behaviour might be called subinstitutional» (S. 6;

anknüpfend an Talcott Parsons, *The Social System*, Glencoe, III, 1951, p. 552).

An Bedeutung steht diesem Ansatz Homans' derjenige Peter M. Blau's um nichts nach. Auch er zielt in den Bereich des uns interessierenden sozialen Raums (1964):

«The aim of this book is to contribute to an understanding of social structure on the basis of an analysis of the social processes that govern the relations between individuals and groups. The basic question that is being raised is how social life becomes organized into increasingly complex structures of associations among man».

Dieses Durkheim-Problem wird von ihm differenziert behandelt, ohne dass jedoch die Gleichzeitigkeit der verschiedenen Systeme in ein und derselben Gesellschaft verdeutlicht wird. Die, *genetische* Abfolge scheint sich —wie es bei der Rezeption Durkheims ja allzu häufig geschehen ist— unter der Hand in eine *historische* zu verwandeln. Blau geht es zu Beginn einer Stufenfolge um «the, simpler processes that pervade daily intercourse among individuals and their interpersonal relations». «It is (the) fundamental concern with utilizing the analysis of simpler processes for clarifying complex structures» Dieser Gedanke —der im übrigen Th. Geigers «Vorstudien» als roter Faden durchzieht— wird in dieser Arbeit vor allem weiterverfolgt: *Es besteht ein grundlegender Zusammenhang zwischen den hier so bezeichneten Basisprozessen und den umfassendsten sozialstrukturellen Spezifika einer Gesellschaft. Basisprozesse und politisches System sind interdependente Bereiche ein und desselben Kontinuums.*

«Basisprozesse» ist hier also eine Bezeichnung für die vermeintlich einfachen Formen des mehr oder weniger genormten sozialen Verhaltens, Bezeichnung des Raumes sozialer Normen, der sich ausserhalb des institutionalisierten und/oder rechtlichen Raumes abspielt. Basis bedeutet hier also nicht «Basis» der Sozialstruktur im Sinne etwa der sozialen Schichtung; es bedeutet ferner nicht Basis im Sinne eines «Vorfelds» Nachbarwissenschaften wie der Psychologie, der Anthropologie, auch der Theologie. Basisprozesse spielen sich in einem relativ freien Raum ab, den ich als *sozialen Raum* bezeichne, der auf vielfältige Weisen begrenzt wird. Als Grenzen des Raumes lassen sich typische *soziale Barrieren* nachweisen, die gegenüber «freien sozialen Prozessen» unterschiedlich durchlässig sind. Der tatsächliche Umgang mit solchen Barrieren kann sich als weiteres Unterscheidungsmerkmal zwischen Sozialstrukturen analytisch verwerten lassen. «Relativ freier Raum» —wie ich sagte— deutet nun nicht auf Inderterminismus hin, wiewohl in jenem Raum eine relati-

ve Autonomie des Individuums oder der Gruppe gegeben sein kann. Die «Autonomie» betrifft die relative Unabhängigkeit von *entfremdeten*, entpersönlichten, durch Delegation («Deputation» nach Rousseau) entstandenen, verfestigten, *nicht mehr unmittelbar* kontrollierbaren Ordnungsinstanzen. Ein analoges Problem tritt in der rechtssoziologischen Forschung auf: «Verlust der sozialen Unmittelbarkeit der Norm».

Ordnungsinstanzen entwickeln eine soziale *Eigendynamik* (Prozesse auf einer höheren Ebene, also nicht mehr Basisprozesse); damit werden sie den spontanen Prozess der sozialen Interdependenz entrückt (soziale *Entfremdung* durch Kristallisierung von Ordnungsbereichen). Dennoch kann angenommen werden, dass Basisprozesse auf *verschiedenen* Ebenen sozialer Ordnungswirklichkeit zur Wirkung kommen. Zwischen den Basisprozessen und den Ordnungsinstanzen besteht eine —wie mir scheint— qualitative Beziehung. Ich glaube, diese ist angesprochen, wenn in der Theorie der Demokratie von der «Zugängigkeit» zu Ordnungs— oder Verwaltungsinstanzen durch das Individuum oder die Gruppe gesprochen wird. Kurt Eichenberger hat auf diesen Sachverhalt in seiner Basler Rektoratsrede hingewiesen (1969).

Allerdings kann auch eine an Basisprozessen orientierte Wirkung von den Instanzen auf die «Basis» ausgehen: Humanisierung in der Verwaltung, nicht unter dem Mantel scheinbarer Verwaltungsrationalität eine *weitere Form der Entfremdung*, die sich in vermeintlich anonymen Verwaltungsakten äussern kann.

Der Zusammenhang von Basisprozessen und Ordnungsinstanzen ist nach der bisher ermittelten Theorie in annähernd vollem Umfang nicht leicht auszumachen: Er ist gewiss genetisch bestimmbar. Der Versuch Geigers, Ordnungsinstanzen in «Wirklichkeitszusammenhänge» aufzulösen, könnte diesen Zusammenhang nicht erklären: Basisprozesse lassen sich —ausgehend von Geiger— durchaus als Wirklichkeitszusammenhänge fassen —Ordnungsinstanzen sind demgegenüber nur mittelbar Wirklichkeitszusammenhänge, insofern— vor allem— weil die Betroffenen diese Instanzen nicht mehr wie Prozesse empfinden. Sie erleben und erschaffen nicht mehr Prozesse spontan, sondern (vielleicht nur im Unterbewusstsein) tradiert, sie *übernehmen*. Teilbereiche der sozialen Kontrolle (s. oben) werden durch das Entstehen von Ordnungsinstanzen eingengt oder gar stillgesetzt.

Dieser subjektive Aspekt ergänzt tatsächlich nur einen objektiven: Ordnungsinstanzen sind aus Wirklichkeitszusammenhängen *delegiert*, dadurch aber der sozialen Wirklichkeit im Sinne eines elastischen Prozes-

ses auf bestimmte Weise entzogen, entrückt. Die Wirkungsweise wäre im Geigerschen Sinne «wirklich», die Instanz selbst nicht.

Die praktische Relevanz dieser Ueberlegungen sei jetzt hier nur angedeutet: Es ist eine Tatsache, dass der «demokratische Spielraum» für den Bürger westlicher demokratischer Systeme recht unterschiedlich weit gefasst und ausgefüllt wird. Die Bereitschaft der Bürger, die Kontrolle und Ausübung von Freiheitsrechten an die Instanzen des politischen Systems zu delegieren —um die «politische Ruhepause» zu finden— scheint mir beispielsweise in Westdeutschland wesentlich grösser als in der Schweiz. Des weiteren scheint mir ein Hang zum Rechtspositivismus und zum Panlegalismus mit einer Geringschätzung nicht-rechtlicher Ordnungsgefüge Hand in Hand zu gehen. Das rechtspositivistische und panlegalistische Grundhaltungen zumal bei kodifizierten Rechten —a— oder sogar antidemokratisch sind, scheint mir unstrittig.

Ich möchte diese theoretischen Ueberlegungen hier abbrechen; sie dienen hier gewiss nicht der Unterhaltung, vielleicht nicht einmal der intellektuellen Erbauung. Nur noch ein Hinweis: Wie ich eingangs schon sagte, kann die Analyse sozialer Basisprozesse Entscheidendes beitragen zur Bestimmung einer Sozialstruktur und eines politischen Systems. Sie können so Ansätze zumindest für mikro-soziologisch orientierte Gesellschaftsanalysen sein. *Es liessen sich Typologien von Sozialstrukturen entsprechend der Dichte und Wirksamkeit von Basisprozessen im Feld der Störfaktore entwickeln.* Dabei könnte jeweils gefragt werden, welche Arten von Barrieren den relativ freien Raum solcher Prozesse begrenzen oder beeinträchtigen. Es handelt sich dabei um Barrieren, die offenbar zwangsläufig aus dem sozialen Prozess heraus wirksam werden — und das selbst in den als «frei» konzipierten Zukunftsgesellschaften, gleichgültig welcher Provenienz. Die auftretenden Barrieren unterscheiden sich graduell, mögen sie auf den sozialen Phänomenen der Machtfaktoren, der Herrschaft, der Organisation, der Institution, des Rechts (als oberstem Ordnungsgefüge) oder auf anderem beruhen.

Sozialstruktur kann dabei erscheinen als Gliederung oder Gewichtung oder selbst als Mischungsverhältnis von Basisprozessen innerhalb eines gesamtgesellschaftlichen Rahmens. Diese Gliederung (Gewichtung, Mischung) ist empirisch-analytisch feststellbar.

Dem besagten «freien» Raum kommt in verschiedenen Gesellschaften eine höchst unterschiedliche Bedeutung zu, ja, es sei hier die Hypothese formuliert: Eine Typologie der Sozialstrukturen lässt sich —neben anderen Möglichkeiten— gerade anhand der Bedeutung und Reichweite jenes freien Raumes entwickeln, Bedeutung und Reichweite könnten sich ermit-

teln lassen, aufgrund folgender hier noch recht allgemeiner formulierter Kriterien:

a) an der Möglichkeit für die Träger dieses freien Raumes, expansiv zu wirken, d. h. die Barrieren des Raumes hinausschieben oder ihren Bestand zumindest zu wahren.

b) an der Möglichkeit, im «Vorhof» von Ordnungsgefügen höherer Ebenen wirksam zu werden (das Problem der Zugängigkeit oder der vertikalen Interaktion also).

c) in der Art und Weise, wie solche Möglichkeiten im Bewusstsein der beteiligten Individuen oder Gruppen verankert sind.

d) an der Möglichkeit, wie die Ordnungsgefüge der höchsten Ebenen, vor allem das Ordnungsgefüge Recht, freien Raum oder ausdrücklich bestimmte freie Räume lassen (z. B. durch Generalklauseln).

e) an dem politischer Macht und Herrschaft überlassenen Raum und an der sozialen Kontrolle dieses Raumes.

Dies liesse sich beim jetzigen Forschungsstand auch konkreter fassen. Die Reichweite liesse sich bestimmen entsprechend der Rechtsdogmatik, so wie sie nämlich legitime Eintrittspunkte für soziale Normen bereit hält; interpretierbar belassene soziale Erscheinungen, Sozialadäquanz, Sittenregel, Sittengesetz —in der allgemeinsten Formulierung, welchen Raum sie der sozialen Kontrolle belässt, des weiteren—, in Anlehnung an das Dahrendorf-Zitat: Wie Kontrolle von Führungspositionen erfolgt oder wie «Teilnahme» (Partizipation) tatsächlich spielt und das politische System trägt und welche Kräfte —auch systemimmanente— diesen entgegenstehen.

Ich glaube, damit über die *Formalstruktur* solcher Prozesse hinreichendes ausgesagt zu haben. Die Frage, nach den konkreten Inhalten lässt sich heute kaum erschöpfend beantworten. Mir scheint, dass diese eindeutig ableitbar sein können aus den Grundwerten, die unsere Gesellschaften sich in ihren Verfassungen oder Parteiprogrammen gesetzt haben. Sie sind auch nach einer längst bewiesenen prinzipiellen Unterscheidbarkeit zweier Lebensbereiche ableitbar, die makro-soziologisch nachgewiesen worden sind, nämlich dem herrschaftlichen und dem genossenschaftlichen (F. Oppenheimer, A. Gasser, A. Ruestow u. a.). Der von Dahrendorf zu Recht gesehene und eingeschätzte «Grad der Öffentlichkeit» bei den «vorherrschenden Werten» ist, gleichgültig auf welchem Niveau, *conditio sine qua non* für alles Gesagte. Gewiss sind es diese Rahmenbedingungen, die mehr als einen Lebensstil postulieren, die als «Richtschnur» im Sinne Carl Emges wirken können. Von einem «neuen Bewusstsein» braucht hier nicht gesprochen zu werden, da es sich —ich

verweise auf das Lenin-Zitat— keineswegs um etwas prinzipiell neues, eher um etwas Immanentes durch traditionelle Uebung Internationalisiertes handelt. Die Rahmenbedingungen sind wohl in den meisten politischen Systemen aus sozialen Prozessen entstanden oder aus diesen abgeleitet worden; ihre soziale Unmittelbarkeit ist allerdings in unterschiedlichen Graden verlorengegangen. Gleichwohl wirken in den sozialen Prozessen Werte, welche nicht ohne Einfluss auf die *politische* Partizipation sind.

PAUL VON TRAPPE
Bassel

THE FUNCTION OF LAW AND CODIFICATION

This paper is not concerned with the function of law *in general* or to study how the law by giving expression to the interests of a definite class or classes of society discharge its political and normative functions. As is known, in Marxist theory the law appears as a phenomenon depending on other social, in the first place economic and political conditions. This dependence, however, far from being unidirectional or complete one, implies determinedness *in the last resort* only, and so it does by far not preclude the *relative* emancipation of law as an element of the superstructure from the economic basis or other superstructural elements, and its repercussions on these exactly owing to its relative autonomy. In the overall process of social evolution the evolution of law, with the effect of advancing the former or hempering it, is directed to promote the preservation of established or enforced social relations on the one hand, and the creation of social relations earlier unknown or not sufficiently general and their acceptance by force, on the other. Here in the function of law, in the service of preservation and change what role codification has undertaken, or may do so, in the realization of that function by defining the patterns of preferable, permissible or prohibited conducts in a *comprehensive, systematic form*.

1. *Dialectics of the social change and preservation in the historical development of codification*

The delimitation of codification as a possible technique of law-making will by itself reveal but little. As a matter of fact historically codification is not a wholly homogeneous phenomenon: its physiognomy is influenced by the evolution of its ideologies, by the modification of its functions to an extent that retrospectively we have to speak of formation of more or less autonomous types of it.

The historical types of codification manifest themselves as dependent.

on the components of social and legal evolution, embedded in the interrelations of them. In the definition of these types, however, exactly owing to their adhesion to the function of law, an extremely decisive role has been played by the *concrete* prevalence of the dialectics of change and preservation, by the extent to which the type in question has undertaken the conservation and development of the relations characteristic of the given social formation. As a matter of fact change and preservation accompany codification throughout its life as a dialectic unity. In the relative equilibrium of this unity, however, the stress on the change on the preservation, their ratio, parallelism, on the the mutual transformation of one into the other constitute the characteristic, determining sign of the particular types.

If now the codificational pre-forms of *antiquity* are surveyed, it appears that the *birth* of codification were somewhat clung to the change of law. In the exclusiveness of customary law organically combining with social life and its slow evolution, written law, i. e. the externalization and objectivization of the law made their appearance at a time when the metamorphosis of the earlier communities into widespread empires giving rise to accelerated development and social differentiation demanded law-reforms of *imperial*, dimensions, to be enforced *immediately* and *uniformly*. The codificational products of more than seven centuries extending from the «reforms» of Urukagina to the Code of Hammurabi, with their prologue, intentional want of completeness and as appears from other knowledge we have, bear testimony to their birth from the demand for reforms and from the need for a conscious, planned and controlled change of society and law. These reforms and changes served the creation of a separate order, however, they did *not* have the relief of customary law as their goal. At least primarily their purpose was not the comprehensive establishment of the law, and so the function of preservation was in all appearance a merely subordinate one.

Whereas at the cradle of these early codificational products there stood *material* complaints referred to the actual conditions, it was characteristic of the following codifications of Antiquity the laments were more of a *jurisdictional* nature, —forthcoming from the confused, uncertain or rather anarchic state of the sources of law of the time. Thus in the development of the pre-forms of Antiquity codification extending from the collections of the Hittites, through the early Chinese codes and the Law of XII Tables /as told by Livy/ to the codification of Justinian almost exclusively the function of *preservation* with special stress on it comes to the fore. The intention to supersede customary law and

other non-written forms of law, to eliminate them and to transform the system of the sources of law manifests itself here. Incidentally as a means of social change, in particular in Rome, it is *not* codification that acts a part; codification has as its end preservation and comprehensive establishment of the law, and only by way of exception, and in conjunction with them, its inevitable actualization. The work of Justinian, as is known, succeeded neither in preserving earlier conditions presenting a higher degree of development, nor in superseding the earlier system of the sources of law. Thus the Code of Justinian served as a *tabula rasa*, which became the foundation of a new judiciary and customary development of law.

What the *Middle Ages* inherited was the idea of a comprehensive law-establishing code. In this manner the mediaeval and early modern precursors of codification present a striking similarity to the pre-forms of late Antiquity. It appears as if they had in reality laid the foundations of an in its intentionally absolutistic form unquestionably distorted statement namely that «à côté de la forme et du contenu qui lui sont propres le code est caractérisé par divers atributs, qui ont tous en commun qu'ils contribuent à permettre une meilleure connaissance du droit» (1). These were *law-books*, *statute-books* in the strict sense of them: they had as their end the change of neither society nor the law. In the majority of the cases they did not even purport such changes. Strictly speaking their function was merely preservation of law and social conditions as transmitted by the comprehensive establishment of law.

The first examples of the *classical* type of codes were some German attempts at codification. In these codes, unlike the precursors referred to earlier, instead of the quantitative comprehension of the sources of law the *qualitative* grasp of definite branches of the law came clearly to the fore. The classical age of codification was at the same time the age of bourgeois revolutions whose most typical manifestation was the Code civil of the French Revolution. Breakink away from the casuistic system-creating attempts of the previous forms the *Code civil* served as an example not only for the creation of a more abstract *system*, but before all for the use of codification as a means of social change. From the *Code civil* to the Swiss codification and even beyond there is the process of intertwining the demands for social and legal *reform* wich their modern codificational solution. Advance or challenge of social change by way of codification manifested itself in an even more drastic form in

(1) VANDERLINDEN, J.: *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle*, Brussels, 1967, pág. 163.

their South-American and Afro-Asian receptions. A further characteristic of this type is given by the fact that its trend towards reform, transmitted by the rigidity of an exegetic spirit, soon swings into the exclusiveness of *preservation*. This change of function before long will necessarily turn up as the *barrier* of further progress: as is known, the exigencies of monopol-capitalist development has primarily found expression in judicial practice, *opposed* to the codes. And the code more and more become the memory of times bygone. It survives as a skeleton, as a fossil kept alive. And recodification, before it takes place, becomes obsolete: somehow it has lost its timeliness.

Socialist societies have revived recourse to codification as means of consolidating far-reaching social, and legal changes under the conditions of the socialist revolution. All this has presupposed the use of earlier experience. Still socialist codification constitutes a qualitatively self-dependent autonomous type. Among the sources of its new quality there is one which at present calls for a study. Namely, socialist codification does not end with a fundamental change of society and law: it strives for the *maintenance* of its reforming character and of its living, unbroken association; at least periodically actualized, with the processes of social change. This codification does not merely purpose the maintenance of a relatively stable framework, but by undertaking and willing re-codification to become the conscious and controlled means of planning the future, resorted to as fundamental and established.

2. *The problem of codification as a basic legislative means of social change*

As regards the translation into reality of the dialectics of social change and preservation, the types preceding socialist codification may, for their historical existence, be considered such as have given evidence of the performance of their functions under given conditions. On the other hand, apart from certain sporadic experiences, the reality of Anglo-American codificational conceptions is still an open question. For more than two centuries all *Anglo-American* efforts tending to the comprehensive re-formation of the system of sources of law are essentially on the level of the *pre-forms* of Continental codification. As an open question of today the endeavours of the *developing* states manifest themselves to codify their law. Codification in these countries have as its ideal classical Continental type, or type of reception, or Anglo-American or socialist type, or combination of these ones.

The socialist type of codification is to some extent a transitory one. As a matter of fact experience dating back to several decades are already at disposal, still development of the systems of socialism cannot by far be considered fully completed. In general socialist codification has completed the radical transformation of the legal system, in a way also affecting the system of sources of this law. What may therefore turn up as a problem is whether codification may be resorted to as a standardized, *established* means of planning the future development.

The limits of codification partially coincide with those of the law. Therefore the changes of codification in the overall process of social evolution in general do *not* imply a specific problem for codification. On the other hand in a manner characteristic of codification the problem of the *maintenance of association* with social change may turn up. As a matter of fact codes are written legal instruments which offer the regulation of a definite *quality* of a considerable /coherent/ *quantity* of relations brought under regulation. I. e. already pursuant to this quantitative factor, social evolution affects the products of codification, their adequacy with greater frequency and intensity. Special stress will be laid on this by the qualitative determinedness of codes, by the specificity of their *system-creating character*, which operates towards the increase of their *power of resistance* to changes of any kind. As is known from the practice of centuries, comprehensive or partial amendments of the codes call for the suppression of a considerable internal resistance: they necessitate rather circumspect preparatory work and the acceptance of a greater number of risks. Hence the code with its established form in any case stands for *discontinuity* in the continuous development of society. This contradiction will, if it looms up, be first mostly lifted by judicial practice. On the other hand when social evolution enforces the adaptation of the code in this manner, when legal practice discharges such an occasionally unlawful, yet *de facto* sanctioned corrective function, it may happen that notwithstanding its original reformatory trends re-codification will *not* bring about, perhaps not even advocate, social change. Moreover its function in legal change might become limited to the mere *legitimation* of the results of law-making by judicial practice.

Such a practice of codification and its renewal already owing to its conflict with rule of law considerations, cannot be preferable for socialist codification. In general in order that in the process of social evolution law might serve as the means of change, yet at the same time not become unreal, conditions have to be brought about for a continuous interaction between law and its determinants within a permanent process of *feedback*.

As is known, the first attempts of socialist legislation were permeated by revolutionary *illusions*. Bukharin and the law reviewer of the Hungarian Republic of Councils of 1919 almost simultaneously gave expression of their belief that codification of the fundamentals of revolutionary law would produce a *general* source of law which would throw out *no* problems of legislation anymore (2). The Hungarian version of this tendency was formulated in the following manner: «the order of production of Communist society will be a planned one, simple and natural and the legal order suiting it will be *no* need for *voluminous codes* of the kind of the Talmud, *only* for basic principles clearly formulated and understandable by all, whose consequences for particular details may be drawn by anybody both at the management of his own affairs and at the settlement of the causes of other proletarians.» This expectation was, however, confuted by life. Still it would appear as if the generalization of the content of code *increased* its useful life in the same way as the «reinterpretation» of its superannuated institutions might operate towards the maintenance of its validity. And although cases of this kind may occur, still it would amount to *self-deception* to believe as if in this manner codification had become a factor of social change, as if it had accepted a creative part in putting forth one phenomenon or another one. To assume this would be as preposterous as to consider the present day revival of centuries old English precedents the reaping of the fruits of a provident «social engineering» of yore in the present age.

Socialist legal order, after completing the task of its foundation and elaboration, has anyhow reached a point in the development of its codification where what may be termed the *second* phase of codification begins (3). The reformation of codes bear testimony to the fact that socialist codification in a truly unsophisticated manner wants to remain the factor of social *change*, and not only one of preservation. Therefore it is before all important that within the sphere of particular, circumscribed by the general and the individual, we discover the *optimum* level of regulation where it will in an appropriate depth even from the point of view of the application of law, be able to anticipate the social relations to be shaped; i. e. to grasp the *typical* in a way not detached from

(2) BUKHARIN, N.-PREOBRAZHENSKY, E.: *The ABC of Communism*, Alfavit kommunizma, Peterburgo, 1920, ed. by E. H. Carr, Harmondsworth, 1969, Section 72; FÖLDES, I.: *Laikus bírászkodás és anyagi jogszabályok*, Lay jurisdiction and provisions of substantive law, Proletárjog, 1919, N.º 7, pág. 50.

(3) Cf. SZABÓ, I.: *A kodifikáció időszerű általános kérdései*, Current general problems of codification, Jogtudományi Közlöny, XXIV, 1969, N.º 10, pág. 494-495.

the future; to anticipate a development which during lifetime of the code might *simultaneously* figure as the factor of change and preservation. Furthermore it is indispensable that theory and practice of socialist law unambiguously make it clear that the act of codification, be it ever so fundamental, is but a *single* act in the evolution of law: birth and decay of the codes are *equally* necessary processes. Thus when the legislator is lagging behind with the adaptation of his code to the new needs of development, correction will of necessity break a way for itself through judicial practice. Therefore it may be argued whether the standpoint which in the otherwise rather sporadic cases of judicial law-making wants to discover abuses only, and in the shadow of these considers the critical element of a socially sometimes well-defined necessity negligible in its totality, is theoretically properly founded. Finally in view of this contingency it is essential that for its possible possible restriction socialist codification should not only undertake the advancement of social change and be willing to bring it about, but also accept as *natural* consequence the inevitable obsolescence and the need for repeated replacement by newer ways and means. As a matter of fact the need for planning will entail the further need for repeated re-planning: the reform will be permanent in codification only when it is conscious of the necessity of its own wear and tear, if it accepts the reform with its outlook of continuous self-reformation.

3. *Parallelism of changes in society and its codes: feedback in the socialist codification*

We have seen from what has been set forth that socialist codification cannot become a lasting factor of social change unless it effectively guarantees feedback, and that as its *basic* form we accept *recodification* following upon codification. This is as a matter of fact the form which primarily guarantees the *renewed* recourses to codification as a means of conscious and controlled social planning *without* prejudice to the sphere of activity reserved for the legislator. Re-codification may manifest itself as codificational amendment, supplementation, or repeated new codification. The choice will be influenced partly by the rate of development of social conditions, partly by the demand for constancy operating against any kind of change of law.

Re-codification, with its frequency defined by the rate of social development, however, will in legal evolution bring about discontinuity and *abrupt* adaptation in all instances. This will be the case the more because when practical considerations are borne in mind, repeated reco-

dification *within* periods of a decade or two may hardly appear as expedient or possible. *Within* the basic form of feedback of codification - re-codification, within the field circumscribed by their terminal points, such *further* forms of feedback will have to be developed as will guarantee the *continuity* of adaptation whilst the discontinuity of the change of law. This continuity of adaptation, not prejudicial to the constitutional separation of law-making and law-applying activities and transmitted by the structural-systematic formation of the code is embodied by the judicial practice. Thus the grasp of typical in the sphere of particular will already in the province of level of regulation afford facilities to the legislator which will permit him to define the social relations in their *flux*, in the dialectics of their preserving by termination, And the way of presenting them in their dynamics affords the possibility of a *simultaneous* assistance of social change and preservation, which presupposes *creative* work on the part of the judge, yet does not of necessity assume an actual law-developing or law-modifying effect of this work.

This definition leaving elbow-room for regulation and its level is in this way calibrated to the *typical*. However, the codes reckon also with the subjective *atypic* arising in the wake of shortcomings of the formulation of law, and with the objective atypic forthcoming from new development. In the settlement of these problems socialist codification has opened a new path. Essentially this means that codifiers by formulating rules, principles or clauses of a *general* content the *comprehensive* policy-making framework of the regulation in question, offer an opportunity for those responsible for law-application to set aside an *otherwise* relevant provision and determine the case on the ground of *other* norms. By declaring the obligation of proper use of rights, or more precisely, by making these rights conditional on this principle /a principle which appears as the generalized reversal of the prohibition of the abuse of rights introduced by nonsocialist Continental codes, socialist civil codes e.g. have relativised the legal consequences specified for the typical by a mobile evaluation gaining a concrete form in the process of law-application. By this the atypic here appearing, *strung* to the proper use of rights, will become the component of a *special* order: it will not anymore demand either for an artificial /but formally unlawful/, or a socially unacceptable /though formally lawful/ solution. In criminal codes the segregation of the atypic takes place in a way that the codifier combines the factual elements defined in the general and special parts of the code /and known also in classical Continental codes/ of the existence of crime and/or the imposition of punishment, with the con-

crete danger the act constitutes to society. Since the codifier has by this drawn the limits of the typic, he has at the same time offered the judge the opportunity for a *creative* confrontation with social reality not presupposing necessarily law-developing or law-modifying effect: an opportunity for both correction and adaptation.

The systemic determinedness of the code, its division into general and special parts; the dialectics of its level of regulation mediating between the general and the individual on the level of particular; its structural elements, before all the preamble owing to its evaluating character providing a direct transition to the social content of regulation and offering guidance equally in the interpretation, gap-filling and continued development of law, and the general rules, principles or clauses providing normative basis for the segregation of atypic —i.e. *all* components of the code-system taking part in the regulation jointly and severally help to close down codifying work *and* to keep it relatively open, to resist modifying interference *and* to encourage its development, or at least to channel them into a given river-bed. Hence as for its material the code is from the outset with itself identical only as far as the *trend* of its movement is concerned. It carries a structural content, determinedness developing even in its fixedness, and unfolding in its closedness. In the service of the dialectics of social change and preservation demanding continuous feedback it is this determinedness which furthers to realize the reform of reform: a continuous and, because embedded in the code-system, pre-planned adaptation and a re-codification starting *new* processes of change and preservation, built upon the foundations, framework, structure and perhaps system of the earlier codification.

CSABA VARGA

*Institute for Legal and Administrative
Sciences of the Hungarian Academy of
Sciences,*

BUDAPEST

LES FONCTIONS DU DROIT SOCIALISTE COMME MANIFESTATION IMMEDIATE DE SON ESSENCE

Dans chaque société de classe existe une nécessité objective du droit comme partie intégrante du système de la régulation sociale consciente de l'organisme social. Cela est déterminé par la nécessité et la possibilité du droit de réaliser certaines fonctions politiques et de classes dans la réalité sociale objectivement existante.

Les fonctions du droit socialiste représentent les tendances fondamentales de son influence sur les rapports sociaux socialistes par égard de la réalisation de ses tâches de classe et le but définitif historique de la classe ouvrière—l'édification d'une société communiste développée. Dans le processus dialectique compliqué de rapprochement et la fusion des classes et des groupes sociaux variés dans la République Populaire de Bulgarie ce but devient un but historique définitif de tout le peuple. En même temps les fonctions renferment aussi l'activité juridique elle-même dans la réalisation des tendances principales de l'effet du droit sur les rapports sociaux socialistes.

Les rapports sociaux socialistes —objet de l'effet juridique— ont un caractère compliqué et contradictoire ce qui impose à l'Etat socialiste d'exercer de l'influence par ses propres leviers et moyens de manière différente. Le plus important entre eux c'est le droit socialiste comme systèmes de normes juridiques représentant la volonté de la classe ouvrière introduite en loi, respectivement la volonté de tout le peuple. Le caractère de l'effet du pouvoir d'Etat /par conséquent aussi du droit comme son instrument/ a selon F. Engels une triple tendance: a/ Le pouvoir d'Etat peut être exercé dans un sens qui est identique avec le développement objectif; dans ce cas ce développement va s'accélérer; b/ le pouvoir d'Etat pourrait être exercé aussi en contradiction avec le développement objectif et alors après un certain temps, il subira un krach et enfin c/ le pouvoir d'Etat pourrait mettre des barrières à certaines tendances de

l'évolution sociale, ou bien en d'autres cas - la pousser en avant. Ce cas est réduit au bout du compte à l'un des précédents (1).

Ce caractère de l'effet du pouvoir d'état socialiste objectivement déterminé, définit les tendances principales de l'influence juridique sur les rapports sociaux socialistes. En tant que partie déterminante essentielle de la conduite humaine, le droit socialiste a un rôle de motivation positif ou négatif. En accord avec cela il réalise deux fonctions principales - *régulatrice* et *protectrice*, de sauvegarde. La fonction régulatrice du droit socialiste a une importance primordiale et déterminante. Par elle, d'une part les rapports sociaux socialistes se stabilisent comme prédominants et inviolables. C'est sa fonction statique régulatrice. D'autre part, par elle se créent des conditions pour leur évolution progressive. C'est sa fonction dynamique régulatrice. La fonction protectrice a également une grande importance. Elle est déterminée par les rapports sociaux qui sont en contradiction avec les principes socialistes, avec les intérêts de la société. Par elle est assurée la protection - la sauvegarde et la défense; des rapports sociaux socialistes.

Les deux fonctions fondamentales indiquées - régulatrice et protectrice - du droit socialiste se réalisent dans les différentes sphères de l'organisme social socialiste avec l'aide des fonctions sociales du droit socialiste-économique, politique, idéologique, défensive, de politique extérieur.

Ainsi tracées, les tendances principales de l'effet du droit sur les rapports sociaux socialistes représentent un système hiérarchique complexe. Comme un tout et dans ses parties intégrantes différentes, ce système représente une manifestation immédiate de l'essence complexe, variée et riche du droit socialiste, c'est-à-dire, «des propriétés internes et nécessaires, générales et fondamentales, principales et résistantes, des signes, des traits des phénomènes juridiques, l'unité et l'interdépendance desquels déterminent leur spécificité et la régularité d'évolution», du stable relatif, du résistant relatif, du «noyau» dans les phénomènes juridiques différents.

Le droit socialiste est un type supérieur historique de droit caractérisé par une richesse et une variété de son fond, par ses rangs et profondeurs différents. Dans les types exploitateurs du droit l'essence de classe épuise toute son essence. Dans le droit socialiste l'essence de classe existe et se développe dans l'action réciproque dialectique avec son essence socialiste, publique plus profonde.

Etant relativement calme et stable, l'essence du droit socialiste n'est

(1) K. MARX et F. ENGELS: *Oeuvres*, v. 37, p. 417, en russe.

pas une substance métaphysique invariable. Elle volue sans cesse et change grâce aux changements survenant dans la structure économique et et de classe de la société, socialiste. Dans le processus contradictoire de son mouvement elle passe par deux étapes principales d'évolution, ce qui détermine aussi da périodisation, les étapes d'évolution du droit socialiste - droit socialiste *prolétarien* et droit socialiste du peuple tout endier. Ce sont deux marches, deux degrés historiques successifs de l'évolution du droit socialiste depuis son apparition jusqu'à sa disparition, jusqu'à sa transformation en système de normes de communauté communiste.

Le droit socialiste *prolétarien* représente une volonté de la classe ouvrière introduite en loi. En même temps il exprime les intérêts essentiels de tous les travailleurs dans la société coïncidant avec les intérêts de la classe ouvrière. Le droit socialiste *du peuple tout entier* est une étape plus élevés, un degré plus élevé dan l'évolution du droit socialiste. Il n'exprime plus la volonté de tous les travailleurs coïncidant sur un nombre de questions radicales, mais il est l'expression d'un phénomène social-psychologique d'une communauté sociales qualitativement nouvelle - tout le peuple.

Ainsi caractérisée, l'essence complexe, riche et variée du droit socialiste trouve une expression dans le système complet de ses fonctions. Bien sûr, les fonctions du droit socialiste ne sont pas la manifestation unique, mais une des formes nombreuses de sa manifestation. «Le prédicat, l'essence n'épuise jamais son existence avec une unité, mais avec beaucoup d'unité» (3).

Mais le degré de la manifestation, la profondeur de l'expression de l'essentiel du droit socialiste dans les phénomènes juridiques différents est différente - dans certains phénomènes juridiques elle est plus spontanée, plus complètement et directement exprimée que dans d'autres.

Les fonctions du droit socialiste sont des attributs, des caractéristiques fondamentales, essentielles du système complet de normes juridiques, sans lesquelles le droit ne peut pas exister et réaliser sa destination sociale dans la société socialiste. Pour cette raison l'étude du droit /c'es-à-dire du substrat porteur de la propriété/ est indissolublement liée à l'étude des ses fonctions propriétés/ et vice versa-l'études des fonctions est impossible sans l'étude du droit lui-même comme porteur de ces propriétés, et surtout sans l'étude du «noyau» de ce porteur, c'est-à-dire de

(2) D. A. KERIMOV: *Problèmes philosophiques du droit*. M., 1972, p. 42, en russe.

(3) K. MARX et F. ENGELS: *Oeuvres*, v. 1, p. 248, en russe.

l'essence de classe et sociale du droit socialiste et des étapes de son évolution.

En rapport avec cela les fonctions du droit socialiste sont non seulement une des formes nombreuses de sa manifestation, de son existence, mais aussi une forme *directe, immédiate* de la manifestation de cette essence. Dans les fonctions du droit socialiste l'unité et la contradiction dialectique des différents rangs et profondeurs de son essence à chaque étape de son évolution trouve l'expression la plus directe et spontanée, en même temps la plus complète et la plus définie. C'est par la réalisation des fonctions du droit socialiste que se réalisent ses autres propriétés primaires objectives - caractère normatif, précision formelle, caractère coercitif et dynamisme.

En rapport avec cela on doit noter une tendance principale et régulière dans l'évolution de l'essence du droit socialiste et des ses fonctions, dans le processus d'évolution incessante et de perfectionnement du système de normes juridiques le fond du droit socialiste trouve un reflet toujours plus clair et plus complet dans ses fonctions, elles sont caractérisées toujours plus par leurs traits tout-publics, socialistes, créateurs et constructifs, Cela est due aux régularités du degré de la maturité du système se manifestant avec pleine force et trouvant une expression adéquate extérieure.

Grâce à la liaison étroite, immédiate et organique de l'essence du droit socialiste avec ses fonctions, la dialectique du système des fonctions juridiques suit la dialectique le son porteur - avec la disparition du droit /avec sa transformation en un système de normes de la communauté communiste/ disparaîtront aussi ses fonctions / elles se transformeront en un système de fonctions des normes de la communauté communiste/.

PROF. YANKO G. YANEV

le 23 juin 1973

SOFIA

EL DERECHO Y OTROS METODOS DE CONTROL SOCIAL

I. CONTROL SOCIAL Y DERECHO

Cualquier estudio realista sobre la naturaleza y la función del Derecho debe situarse hoy en el marco intelectual más amplio de lo que la Sociología contemporánea conoce como control social.

Podríamos decir que control social es lo siguiente: cualquier influencia que dentro de un grupo social se ejerce sobre sus componentes, principalmente mediante la comunicación de modelos de comportamiento y siempre con aplicación de una fuerza o presión engendrada por la propia existencia del grupo, para lograr un orden social determinado previniendo o venciendo actuales o eventuales resistencias de dichos componentes.

Es obvia la concurrencia de dos grandes campos de control social que podemos distinguir designándolos respectivamente como control inorganizado y organizado. El primero es ejercido sobre cada componente social por los diversos contornos, más o menos difusos, que lo envuelven dentro del grupo social. Es típicamente un control anónimo, es decir, un control cuyos vectores no son referibles de modo inmediato a un punto personal conocido y diferenciado socialmente; por eso se recurre a vagas entidades abstractas como «la sociedad» o «la gente» para imputar sus efectos a un autor. Cabe agregar también que se trata de un control fundamentalmente horizontal, esto es, que cada persona experimenta por virtud de la presencia y el pensar y hacer de sus «semejantes» dentro de los diversos contextos de relaciones sociales en que se halla prendida.

Esencial es, en cambio, la dimensión de verticalidad al control social organizado, pues en este concepto hemos de encerrar todas aquellas formas de influencia que se ejercen a través de los órganos del grupo. Supone, pues, este control una suma de condicionamientos de la vida humana que se manifiestan de modo inmediato en el proceder de ciertas personas especialmente realzadas para desempeñar de un modo más o menos duradero funciones de gobierno en el grupo,

Pero hay también una forma peculiar de control inorganizado que presupone la existencia del organizado —es decir, la existencia y actua-

ción de órganos sociales— y presenta como éste una dimensión vertical. Se concreta principalmente en esas dos especies que se conocen con los nombres de opinión pública y resistencia al gobernante. Si el control organizado es primariamente una influencia de gobernantes hacia gobernados —y sólo de un modo derivado y accesorio se muestra como acción de gobernantes hacia gobernantes, de gobernados hacia gobernantes y de gobernados hacia gobernados—, esta otra forma del inorganizado es característicamente una influencia de gobernados sobre gobernantes.

Concentrando ya la observación en los grupos políticos soberanos, descubrimos en ellos diversos métodos concretos de control social organizado. Se los puede dividir ante todo en métodos de control directo e indirecto. Dentro de los primeros, las múltiples manifestaciones concretas se dejan agrupar en estos tres conceptos: *persuasión*, *sugestión* y *coacción*. Por su parte, el control organizado indirecto consiste, junto a ciertas formas de coacción disimulada, en una serie de fenómenos que se pueden resumir en la idea de *manipulación*.

De este panorama tan sumariamente descrito nos interesa principalmente seguir el hilo del control organizado coactivo, para deslindar el recinto conceptual del Derecho. Pero antes de encaminarnos por esa dirección concreta debemos ofrecer unas breves explicaciones respecto a las otras especies indicadas, pues, ello ha de servirnos para entender la limitada función del Derecho en la ordenación de la vida social y su frecuente combinación con otras formas de influencia organizada.

Dada la frecuente concurrencia de aspectos persuasivos y sugestivos en unas mismas acciones de control social, vamos a referirnos conjuntamente a uno y otro método. De ellos encontramos estas dos modalidades generales o básicas: la *educación política* y la *propaganda política*. Luego nos aparecen otros diversos procedimientos de alcance limitado, entre los que podemos destacar tres: la acción *conciliatoria*, la acción *premial* y la acción de *fomento*. La mediación de órganos públicos en conflictos laborales, la concesión de títulos nobiliarios o condecoraciones y el ofrecimiento de incentivos económicos para la inversión industrial privada, son claros ejemplos de dichos procedimientos. En ellos es característico un efecto persuasivo —empañado en ocasiones con elementos de sugestión—, cuyo éxito responde al funcionamiento de resortes psicológicos en que actúa predominantemente, según los casos, la fuerza intrínseca de las razones argumentales, la sollicitación intelectualmente articulada de los sentimientos o la moción de los intereses reflexivamente calculados.

En el control manipulatorio se juega siempre con pasiones o apeten-

cias humanas y se busca suscitar en las personas unos determinados comportamientos ocultando la intención o aparentando una intención distinta. También aquí se observa una interesante variedad de formas concretas, que tal vez se podrían condensar en estos términos: control social *inductivo*, *inhibitorio* y *desviatorio*. He aquí unos ejemplos respectivos: difundir informaciones tendenciosas para provocar reacciones masivas de repulsa contra la oposición política; elegir los momentos de relajación o cansancio de las gentes para implantar medidas de gobierno que, en condiciones ordinarias, hubieran hallado resistencia en los afectados por ellas; cualquier aplicación del viejo principio de *pan et circenses* para que las energías psíquicas y las manifestaciones externas de las masas no se polaricen en determinadas demandas de libertad o participación.

Y pasemos ya al control coactivo. Consiste en general, en condicionar la vida de las personas aplicándoles una fuerza física o moral de que resulta un efecto más o menos penoso o colocándolas, con diversos grados posibles de intensidad, en la expectativa de sufrir dicho efecto. Con la acción coactiva se persigue, según los casos, motivar comportamientos de dichas personas o situarlas en condiciones insuperables de pasividad.

Si llamamos coacción real a la que supone privación directa y efectiva de un bien físico o moral, podemos distinguir en ella varias especies en razón de la función social que cumple. Hay dos que merecen especial mención: una es la que cabría denominar, para identificarla de algún modo, *coacción política radical*; otra, la que, recurriendo a un término completamente usual, llamaremos *coacción sancionatoria*. Si pensamos, por ejemplo, en la acción militar con la que se reprime un conato de secesión política o en el acto de impedir físicamente a una persona que abandone el país cuando carece de pasaporte, observamos dos manifestaciones de la primera. El efecto característico de dichas medidas coactivas consiste, por decirlo así, en el hecho radicalmente político de mantener plenamente implicadas en un determinado ámbito de soberanía a las personas sobre quienes recae. Por su parte, la coacción sancionatoria supone incumplimiento real o supuesto de una pauta necesaria de conducta previamente formulada, y sirve, entre otras cosas, para reafirmar la existencia de dicha necesidad y prevenir eventuales quebrantamientos futuros.

Para todas aquellas acciones de control social cuya función consiste en poner a las personas en condiciones de sufrir eventualmente una medida de coacción real podemos construir el concepto de *coacción virtual*. Su manifestación más familiar es la coacción *imperativa*, es decir, aquella que consiste en impartir mandatos, en comunicar las pautas necesarias de

conducta mencionadas antes. Pero el concepto de coacción virtual puede ser extendido de tal modo que en él quepa el hecho de colocar a unas personas en relación de dependencia respecto a la voluntad de otras que adquieren la capacidad de dirigirles mandatos. Tal vez el término coacción *organizatoria* sea de utilidad para designar el dato en cuestión.

Con las ideas de coacción organizatoria, imperativa y sancionatoria hemos determinado ya los tres estadios o niveles que se deben distinguir en el campo de la experiencia jurídica. Pero hemos de completar lo expuesto con otras observaciones para definir con la mayor claridad posible los límites del Derecho como uno de los métodos de control social en el Estado.

Atendiendo a las posibilidades que las personas afectadas tienen de prever y calcular la producción de medidas de coacción real o virtual que les vienen anunciadas o preparadas, siquiera sea de una forma condicional, por las relaciones de dependencia en que actualmente se encuentran, cabe hablar fundamentalmente de coacción *ponderable* y coacción *expeditiva*. En la primera, las posibilidades de previsión y cálculo son óptimas o al menos suficientes para el normal desarrollo de la vida de las personas; en la segunda, dichas posibilidades son mínimas y entran a formar parte, por decirlo así del *tantum* de facilidad que la convivencia social lleva consigo.

Plenamente ponderable es, por ejemplo, la eventualidad de sufrir una condena judicial si no se paga la deuda que se tiene, si bien nunca se puede afirmar que la consecuencia deba producirse de modo automático. Suficientemente ponderable es la posibilidad de quedar obligado por leyes distintas de las actuales, en cuanto dimanadas del programa político de un nuevo Gobierno instalado conforme a la Constitución, aunque el contenido de dichas leyes dependa en alta medida de cómo ejerzan sus poderes discrecionales los gobernantes soberanos. Mínimamente ponderable es, en cambio, el riesgo de padecer extorsión por abuso de poder de un gobernante: aquí se sabe que el hecho podría suceder, pero no cuándo, cómo ni por qué, pues, su acaecimiento depende de algo tan incierto como es la entera arbitrariedad de otras personas. Es precisamente esta arbitrariedad, en cuanto supone desconsideración hacia las pautas de gobierno previamente formuladas en el grupo político, lo que permite hablar en tal caso de una forma expeditiva de la coacción.

Con esto podemos ya decir que el concepto de Derecho estatal se corresponde con el de control social coactivo organizado y ponderable. El control expeditivo ha de ser excluido del ámbito conceptual del Derecho, incluso, cuando —como, por ejemplo, en el caso de leyes penales

retroactivas— se sirve de apariencias jurídicas para enmascararse. Pero hay que hacer la siguiente salvedad: que la primera raíz histórica de todo sistema jurídico es un complejo de decisiones políticas imponderables (yendo al caso extremo: ninguna revolución se hace «conforme a la Ley»), y que otro tanto se ha de afirmar respecto a todos aquellos quebrantamientos constitucionales que, al originar costumbres, dan lugar a mutaciones en el ordenamiento jurídico fundamental.

II. MARIDAJES DEL CONTROL JURÍDICO

Una de las principales razones por las que se sigue discrepando en torno a la naturaleza del Derecho es, en nuestra opinión, la frecuente combinación del peculiar efecto coactivo que tienen sus disposiciones con el ejercicio de alguna otra forma de control social.

Sucede a veces, incluso, que una formulación de pautas de conducta con apariencia de disposiciones jurídicas sólo es en verdad un medio para ejercer otro tipo de influencia directiva. Hay quienes recurren al argumento de que las disposiciones constitucionales carecen de sanción, para apoyar su tesis de que el Derecho no tiene como nota esencial la coacción. Aunque a esto se habría de responder directamente que el efecto coactivo propio de las disposiciones constitucionales ha de ser explicado recurriendo a la idea de coacción virtual organizatoria, en el sentido expuesto antes, lo que ahora interesa subrayar es esto: que puede darse el caso de que un texto constitucional determinado carezca de valor jurídico, sin dejar por ello de cumplir una función de control social. Su valor puede ser entonces, principalmente, el de un instrumento propagandístico, es decir, enderezado a producir efectos de persuasión e incluso de sugestión.

El despliegue de una intención persuasiva por medio de los textos legales ordinarios es un hecho de gran importancia. A esto apunta en realidad la clásica idea de la *vis directiva* de las leyes. ¿Cómo no advertir el dignísimo papel que al respecto desempeñan sus preámbulos? Harto familiar es también el carácter de meras exhortaciones que tienen algunos de sus contenidos dispositivos. Más ampliamente aún, sus diversas declaraciones ordenadoras pueden engalanarse en general con una sutil virtud persuasiva en cuanto se benefician psicológicamente más o menos de la máxima metajurídica según la cual las leyes «deben ser obedecidas» para bien de todos, en nombre de unos ideales éticos, etc.

Pero el efecto persuasivo ligado a la coacción jurídica de las leyes no se manifiesta únicamente a través de la conexión entre sus textos y diversos argumentos más o menos plausibles dirigidos al intelecto de sus desti-

natarios; también se advierte, a veces, y con especial fuerza, en conexión con motivaciones afectivas o apetencias egoístas de los mismos. Las relaciones entre Derecho y acción premial o de fomento son íntimas. Valor jurídico encierra, en más de un aspecto, la disposición por la que se concede a una persona una condecoración; pero sería errónea cualquiera de estas actitudes: reducir el análisis de la significación social del hecho a tales aspectos; reconocer su polivalencia funcional pero dando principal importancia a la faceta jurídica; o pretender ensanchar el concepto del Derecho diciendo que éste tiene dos tipos opuestos de sanciones: sanciones gremiales y sanciones coactivas.

Con el moderno fenómeno de la planificación estamos viendo proliferar el uso de la persuasión apelando a los intereses económicos de los ciudadanos. Con las disposiciones jurídicas que establecen incentivos para la inversión o el ahorro de los particulares se practica también el método persuasivo más seguro de todos: el ofrecer ventajas referidas a bienes inmediatos y tangibles. He aquí el producto de una sabiduría política que, con un dejo de pesimismo cuando no de escepticismo, desconfía de los hombres como seres dispuestos a moverse por consideraciones de bien común...

Pero hay también, a veces, en esas acciones de fomento, un segundo plano en la combinación de lo persuasivo y lo coactivo. Se trata de que, junto al efecto coactivo directo y aparente de las disposiciones imperativas mediante las cuales se ofrecen los incentivos —que fundamentalmente consiste en crear obligaciones para los funcionarios administrativos que hayan de realizar las prestaciones—, se puede producir en forma velada un ejercicio de coacción respecto a determinadas personas que discrepan de las finalidades perseguidas por los gestores oficiales del interés público. Así puede suceder, por ejemplo, que un empresario se vea indirectamente obligado a aceptar los «beneficios» que la Administración le ofrece, ajustando su actividad productiva a las condiciones que ésta señala, para evitar el hundimiento de su negocio a causa de una competencia ruinosa. Esta coacción indirecta, en la que podríamos ver una concurrencia de matices pertenecientes a la coacción expeditiva y a la manipulación, es uno de los problemas que actualmente preocupan a los investigadores interesados por la suerte de los derechos fundamentales de libertad en la era de la planificación.

Hay otros casos en que la realización de un control manipulatorio utilizando las vías jurídicas es aún más notable. Baste pensar en una fuerte elevación de los impuestos sobre determinados productos para reducir el consumo y por tanto la elaboración de los mismos. De nuevo

aquí los defensores de los derechos de libertad pueden hallar motivos de preocupación, sobre todo desde la perspectiva del principio de igualdad.

También el plano de la coacción sancionatoria ofrece interesantes muestras de conjunción entre control jurídico y no jurídico. Señalaremos únicamente dos que se advierten en el plano de la actividad jurisdiccional.

Es innegable el carácter persuasivo que revisten las actividades de conciliación realizadas por los jueces para evitar que se planteen definitivamente los litigios. Aunque el eventual éxito de su influencia tenga trascendencia jurídica semejante a la de una decisión jurisdiccional, el hecho en sí de la conciliación es una actividad metajurídica.

En la jurisdicción penal, los esfuerzos por obtener la confesión del inculcado presentan matices de persuasión y sugestión. A muy delicadas consideraciones críticas se presta esa práctica de sugerir al presunto culpable, siquiera reservadamente, que confiese para obtener así una condena más benigna. Pero aún más digna de meditación es la fuerte presión psíquica del aparato judicial, con su severidad ritual y su trasfondo de misterio para el no iniciado, sobre la persona que, ya inerme, lo siente trepidar sobre su vida. ¿Cómo no pensar que su confesión —que, seamos sinceros, allana el camino para el fallo— es, en ocasiones, producto de un sentimiento fatalista de perdición, de un anonadamiento de la personalidad, que, con el criterio nublado, se deja arrastrar por la fuerza del misterio? ¿Por qué esa grata propensión a interpretarlo la mayoría de las veces en términos de arrepentimiento? ¿Nos preguntamos con el debido detenimiento si la carga sugestiva del proceso judicial no enturbia el funcionamiento de la conciencia moral de quien la sufre? ¿Pensamos bastante en que una confesión por abandono fatalista puede llevar en las entrañas una pérdida definitiva de fe en los valores que tendemos a ver reconocidos con ella?

JOSÉ ZAFRA VALVERDE
Comunicación al Congreso de Filosofía Jurídica y Social en Madrid, septiembre de 1973

IV

Las funciones del Derecho desde el punto de vista del hombre.

Les fonctions du Droit du point de vue de l'homme.

The functions of law from view-point of man.

Die Funktionen des Rechts vom Standpunkt des Menschen.

COMPENSATORY JUSTICE: CASES AND PRINCIPLES

1) In English, the terms, 'compensation» and 'compensatory justice' are somewhat ambiguous, as they can refer either to: (a) *rewarding* a person for his contribution, e.g., a person's wage or salary is compensation for his labor, and the question can arise whether he has been adequately, or justly, compensated for his effort and accomplishment; or these terms can refer to: (b) *restoring* a person to the status quo ante some injury or loss, e.g., when a person is injured through the malice or negligence of another we might ask the latter to provide compensation to the former, and regard the failure to do so as doubly unjust (for the injury itself is unjust, and the neglect to remedy it is a further injustice).

That this ambiguity in 'compensation» and compensatory justice' is important can be seen from the way it bears on the *principles* of compensatory justice. When it is said that «unpleasant, onerous, and hazardous jobs deserve economic compensation» (1), a principle of compensatory justice in the (a) sense is being asserted. But this is not a principle of compensatory justice in the (b) sense. The reason is that this principle applies even if no injury occurs to the one who runs the risk; whereas the principles of compensatory justice in the (b) sense apply only to cases of actual injury.

Let us henceforth confine our attention here exclusively to injustice of this latter sort and to the principles governing its remedy.

2) I call the concepts of *compensation, restitution, reparations, redress* and all allied remedial notions *the progeny of diorthotic justice* because the first major attempt to grasp the idea of compensatory justice is in Aristotle's relatively neglected account of diorthotic justice.

Diorthotic justice applies to «transactions between man and man»

(1) JOEL FEINBERG: *Doing and Deserving* (Princeton University Press, 1970), p. 93.

(1131a1) (2), or between groups of persons; it has two divisions corresponding to the two originating principles of these transactions, viz., «the voluntary and involuntary» (1131a2). Under the voluntary, Aristotle included «such transactions as sale, purchase, loan for consumption, pledging, loan for use, depositing, letting» (1131a3-4). He calls these 'voluntary' presumably because *both* parties to such a transaction *consent* to it and to its terms. Diorthotic justice enters presumably because the transaction can *fail* to be executed as agreed, and thus one of the parties suffers some undeserved loss.

Under the involuntary Aristotle lists two sorts, those that he calls «clandestine», e.g., «theft, adultery, poisoning, procuring, enticement of slaves, assassination, false witness» and those that he calls «violent, such as assault... murder, robbery with violence, mutilation...» (1131a6-10). These are called 'involuntary' presumably because the victim does *not* consent to the «transaction».

Common to both the voluntary and involuntary cases is *an undeserved injury deliberately inflicted* by one party upon the other, and of *undeserved benefit* to the latter, resulting in an imbalance calling for rectification, by taking from the offender something appropriate to make up to the victim for his loss and thereby restoring the equilibrium of the status quo ante between them. It is this corrective action, imposed by a corrective judgment (typically though not necessarily from a third party in judgment upon a complaint by the victim) which is governed by the principles of diorthotic justice and which gives this class of actions its name in Greek.

3) The two branches of compensatory justice that Aristotle has identified are today dealt with under law in quite different ways. As to his voluntary acts, this class amounts to breach of contract, revocation of offerings, etc., and is the subject of long standing social interest in *private suits for civil damages*, including (but not confined to) restitution or money compensation. As to his involuntary acts, this class amounts to criminal offenses and not merely interpersonal involuntary transactions, and has become the subject of much interest in recent years. The subject of *victim compensation schemes*, paid out of the public treasury (3), is addressed precisely to this class of acts.

(2) *Nicomachean Ethics*, tr. W. D. Ross, Oxford University Press, 1925. All references in the text are to the Bekker pagination.

(3) For a recent discussion of this subject, see Donal E. J. MacNamara and John J. Sullivan, «Making the Victim Whole», *The Urban Review*, VI (1973), pp. 21-25.

4) Before it can be regarded as laying an adequate basis for a general theory of compensatory justice, Aristotle's theory of diorthotic justice needs to be expanded in one direction, contracted in another, and clarified in a third.

First, Aristotle entirely omits any mention of compensation for injuries that are neither violation of a contract nor commission of a crime, but that occur through culpable negligence or even through accident, mistake, ignorance, and the like, i.e., *torts* generally (4). It is as though Aristotle had no notion at all of an injustice consisting of an injury caused by negligence, etc. It is clear from discussion elsewhere in *Nicomachean Ethics* that he believes ignorance is one of many excuses which negatives responsibility. Perhaps he reasoned that in the absence of an intention on the agent's part, *no fault* accrues to him for any injury he causes another, and therefore he has *no liability* for corrective justice to the injured party in such cases. Yet to us, it seems only a slight extension of the transactional metaphor Aristotle uses to include under the scope of diorthotic justice also compensation for injuries owing to negligence and accident, etc., i.e., involuntary injuries. Surely, such injuries are not the less transactional because they are doubly involuntary (sought neither by the agent nor by the victim), and society has long agreed that it has an interest in imposing liability on those whose conduct failed to measure up to some standard of reasonable care, attention, foresight, etc. To put it another way, compensatory justice has to be concerned not only with malicious injuries but also with injuries to the innocent that arise from any or no motive or intention. All such injuries need to be rectified; at least, that is the perspective of compensatory justice.

Second, if this extension is made, then it will also follow that benefit accruing to the injuring party is not a necessary feature of cases under diorthotic justice. For, typically, in the case of accidental but compensable injury, no benefit is gained by one party as a result of the injury to another.

5) Third although Aristotle does see the difference between responding to an injury by punishing the offender and responding to it by making the victim whole again, it is also true that in his discussion of

(4) MAN HAMBURGER: *Mords and Law: The Growth of Aristotle's Legal Theory* (Yale University Press, 1950), p. 43, is quite wrong when he says that Aristotle's distinction between the voluntary and involuntary classes of acts subject to diorthotic justice corresponds to the modern distinction between breach of contract and tort.

diorthotic justice, the difference between «reparation of damage and punishment is practically suppressed or ignored.» (5) His attack on reciprocal or retaliatory (antipeoponthetic) justice, *lex talionis*, makes it quite clear that he sees the difference between these two (6). But Aristotle never clearly develops a contrast between diorthotic justice and punitive or retributive justice as such. This contrast is necessary.

It is important to see how punishment and compensation are alike and yet distinct. Both have in common that (a) they can be exacted from a person, and in the typical case the person who has to «pay up» in either way loses something he values, and (b) they are responses to the injuries of others after the fact and typically enforced upon those who inflict the injury by persons in authority acting under standing rules. The chief difference between punishment and compensation is that they are directed primarily at different persons. Punishment leaves the person subjected to it *worse off* than he was, by taking away some right of his which in the status quo ante he possessed, and punishment does not affect the originally injured party one way or the other. Compensation makes the injured party *better off* by restoring both parties, the victim and the offender, essentially to the status quo ante.

Although there is no inconsistency in fastening upon a given offender both the duty to compensate his victim and a punitive deprivation of rights (cf. compensatory and punitive damages in the law), contemporary society (at least in the United States) rarely does impose both requirements. Thus, the scope of injuries to which compensatory justice is applied under law tends to exclude the scope of injuries to which retributive justice is applied, roughly as the civil law and private suits are distinct from the criminal law and punitive actions. Why this is true and whether it would be wise to alter this arrangement are issues beyond the scope of this paper. Suffice to note here the standard view. It holds that there are many cases where «compensation for a wrong is out of the question», and that in such cases there is nothing but punishment to take its place (7). E.g., since there is no restitution possible for most bodily injuries, since the poor cannot provide compensation for most property damage, and since most injuries are of the latter sort, the prisons teem

(5) GIORGIO DEL VECCHIO: *Justice*, ed. A. H. Campbell (Edinburgh University Press, 1952), p. 53.

(6) See the commentary by W. D. Ross on *E. N.* 1132a1, and also the text, *E. N.* 1132b21-30.

(7) O. W. HOLMES: *The Common Law* (Little, Brown and Co., 1881), p. 40, 41.

with the lowest socio-economic classes in the name of exacting criminal *justice*.

6) How do cases calling for reparations or compensation differ from cases that give rise to claims of justice based either on desert or on need? Compensatory justice always seeks to make the victim whole again, but only in cases where he suffers injury at the hands of another person. It does not address itself to the cases where disadvantage, hurt, or loss is imposed upon a person by a «step-motherly nature» (Kant), «hardship» (Sidgwick) or «the natural lottery» (Rawls). Even though every case of some innocent person injured, intentionally or otherwise, by the action or omission of another constitutes a case where the injured person *deserves* and may *need* to be made whole again, the converse is not true. This proves that the *cases* in which claims of compensatory justice arise are not merely a subclass of the cases where claims of justice arise, but are a special species thereof. And this suggests that the *principles* of compensatory justice will not be a mere subset of the principles of justice generally.

7) Let us look now at the most general features about such cases and the principles governing them.

Cases calling for compensatory action and thus falling under the principles of compensatory justice tend to divide into several major classes.

First, there are those cases that exhibit *malice* upon the part of the injuring party, as distinct from those that do not. Within the latter, there are those cases that exhibit *negligence* upon the part of the injuring party, as distinct from those that do not. Within the latter, there are those cases where neither *malice* nor *negligence* rests upon the injuring party but where (faultless) *liability* is none the less fastened on him, in contrast to cases where he is not liable for the injury he caused. These distinctions bear upon the nature of the intention and the fault to be fastened upon the person doing the injury.

Another set of distinctions concerns the cases where the injury is such that *restitution* can be provided, in contrast to those cases where only *compensation* is possible. Compensation typically proceeds by providing the victim with some fungible commodity (usually money), whereas restitution (as I use the term here) will involve literally the return of the thing taken, or a simulacrum thereof. These distinctions bear upon the nature of the injury and the nature of the commodity available and acceptable to provide compensation.

Another distinction divides those cases where the injuring party also *benefits* through the loss suffered by the injured party, in contrast to the cases where there is no benefit coordinated with the loss.

Finally, there are the cases where the compensation or restitution is *direct*, from the injuring party to the injured party, in contrast to the other three possibilities all of which are *indirect* (viz., from a proxy of the injuring party to the injured party, or from the injuring party to a proxy of the injured party, or from a proxy of the one to a proxy of the other).

8) In order to see the principles of justice involved in cases of compensation for injustice, it is best to proceed by reference to a formal definition of this class of cases: Something, x , is a case of compensable injustice, and therefore falls under the principles of compensatory justice, if and only if

- (a) in x , A, a person or group of persons, has suffered an injury, y ,
- (b) A is innocent or faultless with respect to this injury,¹⁴
- (c) in x , B, some person or group of persons, through some act or omission, caused A's injury,
- (d) there is something, z , that can restore A to the status quo ante his injury.

These four conditions articulate what we can call the Principle of Compensation itself, viz., that anyone who causes an injury to an innocent other owes rectification of that injury. The foundation of this principle in our sense of justice and the price it is reasonable to pay to exact compensatory justice rather than to pocket injuries must be left for discussion to another occasion. Similarly, complications in the above definition, arising from the unavailability of the parties, which forces reliance upon proxies and which require a shift from restitution to compensation, must also be ignored.

9) Our concept of compensatory justice evidently involves a minimum of four different kinds of moral principles, all of which can be said to be principles of compensatory justice in so far as they are jointly necessary and sufficient to cope with the class of cases covered by the above definition.

First, of course, there is the principle I have called the Principle of Compensation itself. In addition, there are three other sets of principles.

There will be *Principles of Wrongdoing*, the rules or principles that

specify the rights, privileges, immunities, liberties the breach or violation of which constitutes an injury to a person. These principles will in effect spell out the circumstances behind clause (a) in the above definition. Without such principles, clause (a) is inapplicable, since nothing otherwise counts as an injury as distinct from a loss or harm inflicted by one person on another.

Next, there will have to be *Principles of Liability*, the principles that deal with intention (malicious or otherwise) and absence of care and knowledge (negligence), and thus determine the scope and degree of fault and liability to which the offender is subject. Clauses (b) and (c) in the above definition cannot be applied without such principles.

Finally, there will be *Principles of Evaluation*, needed to define the extent of the loss or injury and the character of the compensatory good needed to remedy the injury. Without such principles, clause (d) cannot be applied.

10) Discussions of justice, at least among philosophers writing in the English language, during the past decade or so, have concentrated almost entirely upon the principles of *distributive* justice (8). Many lawyers, however, would agree that the problem of justice is primarily the problem of «the redress of wrongs personally inflicted and incurred.» (9) If so, then the chief problems of justice are the problems of *compensatory* justice. This difference in perspective and interest between philosophy and the law need not trouble us. What remains to be done in the theory of justice is mainly to work out how the principles of distributive justice and of compensatory justice are related to each other.

HUGO ADAM BEDAU

Department of Philosophy

Tufts University

Medford, Massachusetts, U. S. A.

(8) See, e.g., the treatises by Otto Bird, Edgar Bodenheimer, Norman Bowie, Morris Ginsburg, H. H. Marshall, N. M. L. Nathan, Chaim Perelman, Nicholas Rescher, Julius Stone, and especially John Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971).

(9) Lloyd Weinreb, in *Harvard Law Review*, 76 (1963), p. 1968, note 10.

INDIVIDUAL AND GROUP: THE ECOLOGICAL REVOLUTION

Philosophically, the human individual may be taken to be real while the group is assumed to be a thought construct in the way that the sun, and the planets and their moons are real but the solar system is an idea. All who subscribe to this ontological postulate may in the present context be called *individualists*.

On the contrary, only groups of human beings may be thought to be real; the individual then is an abstraction. An individual separated from all group relationships past, present and future is in this view only a thing, but not a human being, in the same way that a hand severed from the body is not a hand. Let us call all those who accept this ontological postulate *collectivists*.

The application of law to these discordant metaphysical views is immediate. Since law must accommodate both of them we may expect the appearance of theories which attempt to constrain the meaning of law (1) to individuals only (2), to groups only and (3) to some combination of the two.

The Law of the Individual

The notion that law should ideally concern itself only with the individual human being runs into deepseated prejudices. Legal theorists instinctively regard law as a group or collective phenomenon. Some may concede that the notion that law exists only *for the sake of* the individual is a tenable hypothesis, though by no means a necessary or even a fruitful one. But even here, it is insisted that law itself exists only in the group. It is by nature collective. Its incidence falls alike on individual or group in a collective manner. Even in the criminal law, where the individual

(*) Part of the substance of this paper was presented to the Third Plenary Conference, Law and the Ecological Challenge, University of Kansas, Lawrence, Kansas, april 12-14, 1973.



stands against the group in the most dramatic way conceivable, it is felt that collective or communal interests are the real ones at stake. The criminal law, it seems, exists not for the sake of the individual, whether as accused or victim, but for the sake of society.

The result is the same in the civil law. The nineteenth century saw the high-water mark of the conflict in theories of individual as against group or social interests. Roscoe Pound examined this page of history in a series of superb studies of the effect of economic and political individualism as opposed to the rise of socialistic theories of the nature of law and the state. What has emerged in the late twentieth century is a strong consensus that economic and political individualism simply paved the way for the massive agglomeration of economic wealth in the hands of the few and the growth of collectivist state powers in response to demands for social security. It seems that the great mass of humanity, in order to protect its individual life interests, has agreed to have them redefined as social security interests and has consigned their protection to the social welfare state through law.

Our consideration of the hypothesis that law is a species of activity designed for the human individual in order to effect justice in the individual case has led us to massive collectivities as the the sole effective source of legal power. What remains of the Individual and the Law?

Law as Collective Norm

We have seen that the notion that man is a social animal can easily lead to the conclusion that man is only social. Law did not create this monstrous conception but the ease with which one associates law with collective action makes it seem natural that forces tending to collectivism will express themselves in law. Law becomes the chief mode by which collectivities benefit or oppress the individual.

All collectivities cost the individual more than he feels he gets from them. In collective action, there is always a residue of oppression. When the collective action takes the form of law, as it does increasingly in the modern world, the individual responds by violating the law. The more law-ridden the collectivity, the more lawless the individual becomes, and the more willing, paradoxically, to join in collectivities whose aims are lawless. These in turn attempt to foster their collective aims in the form of laws binding on their members and imposed upon their enemies if possible. Law as collective phenomenon can only result in greater emphasis upon collectivism. To revolt collectively against existing law is to invite greater collectivization in the future.

Radical individualism is a natural response to radical collectivism. Whether economic, political, legal or philosophical the two extremes are always in a state of dialectical tension and the predominance of one invites and stimulates the other. Collectivist tendencies throughout the world give rise to anarchical responses; anarchy entails collectivist repression. The law rides uneasily on top of this state of disequilibrium, finding itself used by both elements but disclaiming both since its true mission is to assist in the just ordering of human relations among both individuals and groups.

Radical individualism has had a long history in the Western World from the Sophists' principle of «Man as the Measure of All Things» to existentialism's profound rejection of all collectivist grounds of responsibility. The dramatic rise of collectivist modes of production of material objects and even of human beings; the devastating use of modern science, not to enrich individual human understanding, but to proliferate collectivist modes of exploitation of natural resources and to multiply mass means of transportation and communication; in brief, the apparently uncontrollable growth of all human activities, promises to those whose chief concern is with the human individual not only a total obliteration of the individual but the certain destruction of the entire race. Again, law is supposed to preside over this nightmare and to bring rational thought and action to its insane excesses.

From the hypothesis that law is only collective there results a state of anarchy, usually armed, in which individual revolt generates repressive collectivities and repressive collectives generate individual revolt. Law becomes only one of many prizes to be captured and used in such internecine warfare.

A New Synthesis: The Ecological Revolution

We witness today a new form of revolt against collectivism. Ecology is to save the individual from the excesses of collective action. The issue is private life against public life; the family against the market place; individual conscience against the public forum and the whole industrial system with its poisonous by-products and its self-serving nationalistic laws.

The base of the word ecology is *oikos*, the home. Hence ecology is the science of housekeeping. Its paradigm is frugal management of family resources to the end that each member will receive what help he needs from the rest and no one will exploit another. The basic assumption of happy family life is that the family exists as a self-contained entity. All

decisions are ideally to be made with the overall good of the family in mind. In modern terminology, the family is a «whole system» and properly speaking, it does not consist of «parts.» The idea that a brisk competition between members of the family will lead to the good of the whole is never even suggested for this configuration.

All members of the ideal family are expected to conserve its assets. Dissipation of the family goods hurts everyone. Pollution corrupts all; the family must clean up its own messes. Its virtue is cooperation, not competition; mutual trust, not armed security; love, not cool self-interest. Rather strangely, its working prescription for its members is a motto familiar in other circumstances: «from each according to his ability; to each according to his need.» This model is at present being pressed largely by the so-called advanced or highly capitalistic countries.

The ecological model is regarded with vast suspicion by countries coming into the full use of the modern industrial process. They suspect that the model is merely another ideological device for enabling the «haves» to retain their superior economic positions over the «have-nots.» Not surprisingly, the model is looked upon with interest if not benign approval by communist countries.

Our question here is this: what challenge does the ecological model pose for law. Is the proposal that the whole earth be treated as a home and humanity as all members of one big family something that law is familiar with and can feasibly implement?

The Ecological Revolution and Law

We have noted that the present-day ecological revolution seems inspired by the archetype of the universal family. This notion that the generalized family is the cure for all the world's wickedness has always been with us. And no wonder. The family is the only form of group organization that exists by nature, not only for *genus homo* but for countless of his animal congeners. All other forms of organization are taken to be artificial, born of the occasion, lasting only so long as the purpose which calls them into existence endures. The family has no purpose save its own. Its extinction is as natural as the end of a human being. Of all of man's complicated groupings, only himself and his family dies or dies out; other groups simply cease to exist.

The ideal of Christian communal living is the Holy Family. God is its father, the Church, its mother and the communicants, its children. No matter that the vast hierarchy that gets the work of the Church done, resembles nothing so much as the artificial creatures called businesses,

nations, world organizations. The paradigm of the family persists. That the Christian paradigm of the family neglects the Earth is understandable. We are only transients here. Our home is in heaven.

Outside the religious family all is governed by law; inside by love. Secularly, it is only in the Utopias that all are sisters and brothers, fathers and mothers, husbands and wives. Religion proclaims that its kingdom is not of this world, that is to say, that it is not political. Thus it insists that the peace which the ideal family is supposed to assure depends upon its separation from the affairs of outside life which is marked by conflict of interests. Law, though it may attempt to harmonize these divergences, really has nothing to do with family life in the Judaeo-Christian cultures. To the extent that law intrudes, according to ancient wisdom, the fabric of the family is destroyed.

We have mentioned above the common assumption that all the members of a family are supposed to help one another. They are forbidden to waste the family substance or to aggrandize themselves at its expense. Its resources are to be husbanded frugally. Its profligate sons are encouraged to return to the fold. The harsh sanctions of the law are not to be invoked by its members against one another. In the Roman law, the greatest crime is the offense against the household gods. But throughout all history, it has been thought by *practical* people that of course the family paradigm is applicable, when it works at all, only to the extended biological family and its retinue.

It would take a specialist in world history to trace the development of the current idea that the entire human race ought to regard itself as one large family. The earth has had to shrink until it could come in its entirety within the ken of the ordinary person as distinguished from the religious prophet or the ethical reformer. Moreover, all the formal systems of external control had to be seen to be in a state of disintegration for this last ditch refuge to be offered as a panacea.

The paradox that remains over from this state of affairs is that the family itself appears also to be in a condition of badly advanced demoralization, and it is obvious that this model presents us with deep perplexities. Not the least of these is the problem of how to bring law into the affairs of a family whose members are the entire human race.

Historically the human family has always tended to be a law unto itself. No only were the members of the family or clan bound into a single unit. Those outside the family unit scarcely can be regarded as having legal personality at all. The legal person is the group of the kindred. Advance was seen when this legal unit was split up and legal capa-

city came to be recognized in the individual human being. That process has not yet been completed. What difficulties then face a proposal to return to the ancient mode of legal organization, this time on a worldwide scale! The pretensions of human ecologists match those who propose one law for the whole world. Fortunately, it is not necessary to test these proposals against the recalcitrance of human nature. They are in fact the perennial hopes, longings and vision that characterize most religions. Secularly, they are utopias, and as such are important philosophically, if not politically.

I believe that the «Ecological Revolution» is primarily a religious movement. And the central question raised by this way of looking at things is the form that law should take in the new eschatology. «Universal» religions and their law usually begin as local if not parochial affairs. They are seen by non-believers as serving only the special interests of their adherents. Indeed the believers usually exact from their gods precisely this mark of special concern. The religion of ecology is no exception. It is universal, yet the mark of special interest it bears is widely apparent. It need not surprise us that the very word Ecology, which so absorbs us, actually stinks in the nostrils of underprivileged peoples who see in the movement a conspiracy on the part of the rich nations to preserve their ill-gotten gains. It is a matter of common prudence not even to use the word Ecology in many parts of the world.

For, merely to preserve intact what one has, one's home, one's country, may be an outrageous form of exploitation. I have no desire to pursue this matter further. I merely state it as an instance of the dilemma which frequently impales those who set out to reform themselves.

The new religion of the Earth as Home raises other difficulties. The whole structure of world economy based on the conflict of individual and group interest must be set aside. It has no proper application within the home. Our traditional system of law is equally irrelevant. It has developed over the millenia as inapplicable within the sphere of the family. Law's embarrassment when confronted with conflicts within the home are summed up in the inept mess of legal entanglements known as Family law. It has generally been taken as a sign of the disintegration of the family when secular law has had to step in to regulate family affairs. How odd then that we are confronted with the homes as a model for the very possibility that the earth become a place fit to live in.

The rhetoric of the Ecology movement is familial. More than that the emotions and sentiments that traditionally have centered around the idea of the home are thought to be applicable to the whole earth. I

believe that before we can make any sense of the role that law can play in this Ecological Revolution we must first discover what we intend by the paradigm of the World as a Home. I have said that this sounds like religion to me. At the very least, it is philosophy. Law is far, far behind.

On the other hand, politics and policy science are decidedly in point, for it goes without saying that the movement to project the image of the world as a home—the very reverse of the image of the world as a «public»—should have immediate drastic consequences for policy science. Politicians pursuing business in their accustomed ways find themselves criminals. Not yet articulated but surely implied in the polemic of World as Home is a rejection, more or less impassioned, of the notion that the world is a political entity and that only correct public policy can cope with ecological disaster. For the cluster of images that the Greek word *oikos* evokes is the privacies of the home as contrasted with the public life of the *polis* (1). The virtue of the home is the well-organized family, each of whose members is to be taken care of in accordance with need. Management is shared between males and females following the hierarchical principles of the patriarchal family. Rule is authoritarian and benevolent.

The extended patriarchal family is a unit. Its peace and order are to be maintained communally. It offers repose and tranquility to the male adults whose proper business outside the home is politics and war. Inside the family, their word is inviolate. On the other hand, law proper, the governance of the *polis*, is not at all concerned with internal familial regulation. It is plain that the *Polis* people are in for a rough time from the *oikos* people.

The Rediscovery of the Individual

Between the human individual and the whole of his society stands the group. The eighteenth and nineteenth centuries saw the development in philosophy and in law of the rights of the individual. The late nineteenth and early twentieth centuries saw the development of the demands urged in the name of society as a whole. The late twentieth century is the time in which that in-between creature, the group, comes to legal prominence.

(1) I have leaned heavily in this account of the *oikopolis* relationship on the work of Hannah Arendt. See *The Human Condition*, University of Chicago Press, 1958, especially Ch. 5, «The Public and the Private Realm».

Man has always existed in groups. But like every other animal, he leads two existences. He is an individual being, living much of his time by himself however unrelentingly he may seem to be socialized. He ingests alone; withdraws into himself in sleep; he needs individualized attention at every level of his biological existence. On the psychic level, his greatest triumphs in art, science and religion seem to be the products of individual genius. For the rest, he is a member of a group.

Law has always expressed this dualism, as has indeed every other aspect of human life: its religion, its economy, its culture. The individual human being is not a late discovery of ancient Egypt, nor of the early Hebrews, nor of Greek culture nor finally of Christianity. That the human being is periodically «discovered» as something new in human history is itself a fascinating subject for the student of humanity. I do not feel capable of doing justice to that subject. I note it as a perennial mystery. Why is it so necessary that the individual should constantly need to be «rediscovered», while the social human being is taken for granted as a natural phenomenon? This is the first paradox that a study of Individual and Group confronts.

Philosophical speculation created the *notion* of the human individual. It is felt necessary to tell us that no two human beings are exactly alike; otherwise we constantly overlook this inconvenient fact. Left to our selves, we inexorably start to classify people. «We» are different from the «Other». Nevertheless, «We» are all alike, at least in some vital respect. «They» too are all alike. Foreigners resemble one another. Slaves all look alike; they are animals. Good people shine with a certain radiance; the evil have dark forbidding countenances.

How natural it is for us to put people into groups and how very unnatural to take them out again. The first process seems instinctive; the second must be learned consciously and at great sacrifice.

Not only philosophy teaches us the individuality of each member of the human race. Religion also tries to do so, not too successfully I am afraid. Law reflects the demand for individuation. But how successful would one say law is in recognizing and protecting the individual against the overwhelming instinct to put him into generalized categories?

September 1973.

THOMAS A. COWAN
Rutgers Law School
Newark, N. J. 07102 U. S. A.

THE ENFORCEMENT OF MORALITY AS A FUNCTION OF LAW

In considering the functions of criminal law Lord Patrick Devlin in *The Enforcement of Morality* (1968) argues a number of propositions, including the claim that «law must base itself on Christian morals and to the limit of its ability enforce them» (p. 25). This, as well as some of his other claims, have been contested by critics, H. L. A. Hart's criticism being the best known. The debate is far from finished, however, and this paper is an attempt to clarify some of the issues and to push them a little further toward their solution.

All parties to the debate seem to be more or less agreed that one justifiable reason for making conduct criminal is that such conduct would lead to harm toward others. There is less general agreement on whether another justifiable reason is that such conduct would lead to harm to the agent himself. But to raise question of whether the legal enforcement of the popular or conventional morality of a society is yet another justifiable reason for making conduct criminal is to introduce confusion into the discussion. For any action which either causes harm to another or to oneself (assuming that such harm is not necessary and is in some way unjust) is on most understandings of morality a *prima facie* immoral action. Hence a proper question is not whether morality should be enforced by the criminal law; rather we should ask how legislators are to determine which portions of morality are to be so enforced.

Lord Devlin is concerned with the judgment of the «reasonable man» in the jury box (p. 15). Hart argues cogently that reason as well as moral feeling should be considered in reaching any decision on the morality of an action. Yet while the legislator should considerer reasoned argument, Lord Devlin's point that the moral consciousness of the citizens of a society must be considered for law to be effective cannot be totally dismissed. For the legislator neither receives the moral law from on high in a privileged way, nor can he hand it on in a privileged way. His conclusion concerning the morality of an action should be rationally defensi-

ble and defended and should represent the enlightened thinking of at least some significant portion of the community. Otherwise it would be difficult to distinguish his conclusion from a personal prejudice or an idiosyncratic moral position. Furthermore, if the thinking he attempts to enforce is too far removed from the thinking of the people to whom the law is to apply, it is likely that the law will be ineffective.

If we were to proceed on the premise that the moral law is one for all mankind, then it would seem appropriate that the criminal law be one for all mankind. The fact that it varies in part from society to society is reflective of something other than the failure of right thinking in certain societies. Murder is generally a criminal offense; there is obviously less agreement from society to society on the status of infanticide, abortion, racial or sexual discrimination, adultery, divorce, homosexuality, and the possession and use of alcoholic beverages or of marijuana. The reason for the differences is not necessarily that only some societies have correctly discovered that these latter are or are not immoral; nor is it that the legislators in only some of these societies have correctly discovered the truth about the moral status of these actions. What seems more plausible is that though the morality of an action is a relevant consideration in the determination of its criminality, it is not the only relevant consideration. As a consequence it may be justifiable for a society at one stage of its development to tolerate actions which at another stage of its development it justifiably considers criminal, and the same thing is true cross-culturally from society to society at the same period in time.

I am inclined to agree with Lord Devlin that a sharp line cannot be drawn between private morality and immorality and the realm which is properly the law's business, while at the same time agreeing with Hart that there is a realm of private morality and immorality which is «not the law's business.» It is not the case, however, that we need either an unchanging principle or the emotional reaction of the reasonable man; rather what we need are the principles —both changing and unchanging— by which the reasonable man comes to accept or reject the reasoned justification of certain laws. Thus the degree to which morality should be enforced by law is not to be decided by a priori reasoning; it is a practical question which should be decided by considering a great many factors, including the reasoned applicable moral principles, the pertinent fact (e.g., whether any harm is done to society, and if any how much a calculation which may vary from time to time and from society to society for apparently similar actions), the moral feelings of the peo-

ple, the likelihood of various types of reaction by the people, the amount of education or reeducation necessary to convince people of the reasonableness of the law, the kind and amount of authority the legislators possess, the amount and kind of paternalism —if any— the people desire and are willing to tolerate and the legislators are empowered and competent to provide, the amount of individual liberty the people of the society desire and the amount of protection and security that is compatible with it, and so on.

The claims which are implicitly rejected in this approach are 1) that there is one best society or model which all societies must follow if they are to approach the ideal, and 2) that there is one and only one set formula concerning the correct relationship between morality and criminal legislation. It is entirely appropriate for a given society to attempt to draw some vague line, to attempt to justify certain legislation by appeal to certain principles, and to attempt to reach a consensus among the people about what is proper legislation for their society at a given time, without thereby implying that any other alternative is necessarily mistaken or that other societies to the extent that they fail to act in a similar way are therefore necessarily morally deficient and are either over —or under— legislating.

Not everything that is immoral can be legally forbidden, nor can everything that is morally praiseworthy be legally required. In what follows I shall offer a few broad principles within the framework outlined above which I think can be generally applied, though they obviously do not cover all aspects of the proper relation of criminal law and morality.

1. Whatever is seriously harmful to society should be prohibited by law. What is seriously harmful to society is usually at least *prima facie immoral*. There is little dispute, therefore, over whether murder should be a legal offense, or theft, or perjury, or the willful destruction of public property. These are legal crimes because they seriously harm society and the peace and security of its members, which is to say they are morally wrong. In these instances the legal enforcement of morality is right and proper.

2. What is immoral cannot legitimately be commanded by law. This is a negative restraint upon law. If segregation by race or sex or creed is in certain contexts unjust and hence immoral, any law which imposes such segregation, though passed in the normal way and so perhaps legal in this sense, is illegitimate.

3. The legislature should prohibit by law social practices which involve injustice being practiced against any of its citizens taken as a class. This means that the state may require by law what is required by morality though not currently practiced in a society and so not part of its «conventional morality».

Thus if illegitimate discrimination and segregation are *de facto* conditions of a society, it is legitimate to pass laws making such discrimination and segregation illegal. But unless one lives in a police state, laws are unlikely to be effective unless supported by a large portion of the people. One reason is that it is unlikely that a jury will return a guilty verdict if its members do not support the law in question. For a long period of time juries in the American South hardly ever returned a guilty verdict against a white man accused of harming a black man. Anti-discrimination laws were legitimately passed and have begun to take effect; but the people had first to be educated to them and a large number had to come to support them before the laws took practical effect. The process of education included public protests, marches, civil disobedience, publicity campaigns, public debates, court decisions, and so on. Discriminatory laws were always illegitimate; unjust discrimination as a social practice was always immoral; but it is at least plausible to maintain that anti-discrimination laws would not have been effective unless popular consciousness had become appropriately interested, educable, and aroused.

Legislation, however, may, as this instance illustrates, sometimes be appropriately used to help raise the level of conventional morality.

4. In order to prevent the predilections of a majority from being forced upon a minority, there should be safeguards of the basic rights of all members of a society and proper procedures applicable to all. This is a counterweight to the possibility of certain moral views held by the majority and not covered by the above principles from being imposed on the minority.

5. Where the morality of an action is a matter of dispute within a society, the morality of the action cannot serve as an adequate basis for legislative decisions. In such cases principles of procedure are especially important, both to guarantee the rights of the minority and to make some rational decision possible. The question of abortion in many states in the U. S. is a case in point. In the abortion issue if, as some claim, abortion is in fact the murder of an innocent person, then such persons deserve the protection of law; if, as others claim, abortion is the

removal of a parasite, then the right of the woman to decide whether or not to have an abortion is justifiable. It is because the conventional moral view has broken down that both the morality of abortion and the propriety of legislation against it are being questioned, with varying results in several states. Pertinent to the debate is not only the morality of abortion but also the possible human misery and other social evils which might stem from the prohibition of abortion, the support or lack of support for the prohibition, and the arguments in defense of permitting and of prohibiting abortion.

6. There is a basic difference, however, between prohibiting by law an action which causes harm primarily to someone other than the agent, and prohibiting an action which does harm primarily to the agent. Is legal paternalism a proper function of law?

The answer depends in part on the type of society, its system of laws, and the basis of its legitimacy. In a democracy where all adult citizens are considered responsible for their actions, and where the authority to pass laws is thought to come from the people, the case may be different from a society which is thoroughly governed from above and in which authority is seen not as coming from the people but as rightly vested in leaders who are believed to know better than the masses what is right or wrong and what is good for the people. Also pertinent is whether there is an accepted common end of society toward which all its members must work or whether the end of government is rather to facilitate the achievement of individual ends by the members of the society. Equally important is whether in the society the individual is considered primary in value or whether man taken collectively is the primary locus of value.

7. If the authority to make laws comes from the people, then the authority to make paternalistic laws also comes from them, if it is forthcoming at all. The attempt at legislation prohibiting the sale of alcoholic beverages in the United States was not tolerated by large numbers of people and the evils brought about as a result made the legislation more productive of evil than of good and led to its repeal.

8. The minimal requirements of morality vary from society to society, and law can be seen as helping to push those below the norm up to it, and as helping to maintain the norm already achieved. Law by itself will not raise the moral level; it requires acceptance by a significant number in a society (though not necessarily by the majority) which means

that for them it must already be seen as part of morality. But the law should not be used to force people to do what is beyond the minimal requirements for cooperative social life. It should not be used, for example, to force people to be courteous, or to require that everyone help a neighbor in need. In the first place what cannot be effectively enforced should not be made the subject of law, for it lessens the respect for law. In the second place where no harm is done to society it is improper to make criminal the failure to produce the good one might.

9. Law therefore should not be considered *in abstracto* with consideration given only to the morality of the question involved. Consideration must also be given to the public resistance or support and to the overall good which is likely to result. Education, and in particular the constant reciprocal moral education by which society as a whole continues to educate itself, is necessary in order to have a properly responsive population and properly responsive legislators and judges, since the latter are not especially moral simply by virtue of their office.

Though morality may be legally enforced, there are clearly limits; the limits, however, vary considerably from society to society, and the changing limits within any society are an indication of changing circumstances and changing moral insight, among other things. No sharp dividing line can be drawn once and for all; but none is necessary. *

PROFESSOR RICHARD T. DE GEORGE
Department of Philosophy The Uni-
versity of Kansas. Lawrence,
Kansas, 66044, U. S. A.

(*) Though written while I was being partially supported by a Project Grant from the National Endowment for the Humanities, the views presented in this paper do not necessarily represent the views of the Endowment.

LAS FUNCIONES DE UN DERECHO SUPRANACIONAL DE LA INFORMACION

1. La creación convencional del derecho de la información, que en el derecho interno de los Estados cumple una función individual y colectiva muy considerable, tiene otra manifestación progresivamente importante: la que se verifica a un nivel supraestatal, en la que, como sujetos de la emisión de la voluntad, actúan los Estados. Estamos aquí moviéndonos en la órbita del derecho internacional cuyo concepto usual se va ensanchando en un doble sentido. a) Frente a los que han defendido su fundamentación voluntarista se vuelve, como ha destacado Verdross, al origen iusnaturalista de la escuela española clásica, con todas sus consecuencias. Federico de Castro termina su homenaje a Antonio de Luna con estas palabras del maestro desaparecido: «Hay que proclamar que el jurista, sobre todo si es internacionalista, ha de estar por un lado firmemente enraizado en la realidad política, y de otra, levantar bien la cabeza para orientarse por esa estrella del cielo metafísico que es la Justicia». Los ejemplos podrían multiplicarse. b) Frente a la idea y a la misma denominación de derecho internacional --que D'Ors considera contradictoria en los términos-- se va alzando la imagen de un derecho universal, también con todas las consecuencias que de este cambio de orientación se derivan y que suponen una vuelta a las líneas directrices que los configuraron originariamente, según ha demostrado Poch. No es mera coincidencia la trascendencia universal de los derechos humanos proclamados por la Organización de Naciones, uno de ellos, el derecho a la información.

2. La reprimación del derecho internacional, que se produce ante nuestros ojos, ha sido consecuencia de la crisis que ha experimentado al mostrarse aparentemente incapaz de llenar todas las condiciones que una doctrina, que comienza a revisarse, exige a un ordenamiento jurídico, sea cualquiera su ámbito espacial de vigencia. La reacción ante esta deficiencia ha traído consigo lo que Truyol llama «reconstrucción» del dere-

cho internacional, que ha contado en las últimas décadas con aportaciones de tal autoridad e importancia que han hecho, con motivo, que se puedan diferenciar dos «espíritus» de las organizaciones internacionales, cronológicamente separados. Las consecuencias prácticas de las nuevas bases y las nuevas orientaciones ideológicas se van produciendo con más o menos lentitud, pero de modo constante. A todo este acervo de causas intelectuales y consecuencias prácticas no ha sido ajena la información en su aspecto técnico y en su vertiente jurídica.

Pero tampoco a la vertiente jurídica informativa le ha sido ajeno el derecho internacional en su entidad axiológica y en la revolucionadora reflexión que le ha llevado a la aproximación a sus orígenes. Y esto ocurre en tres sentidos, separables tan sólo al efecto de calibrar esquemáticamente su trascendencia: a) La comunicación en su acepción más genérica, y la información como parcela específica de aquélla, van ignorando cada vez más las fronteras. Los últimos medios técnicos de difusión, y los progresos técnicos de los más antiguos, van surgiendo ya con alcance espacial supranacional. Todas las situaciones y relaciones que de estos fenómenos dimanar claman por un derecho que los regule que, ni por naturaleza, ni por alcance puede ser nacional. El derecho de la información será cada vez más, un derecho internacional de la información. b) El dominio de los medios de información por los detentadores del poder político o, al menos, el control de estas eminentes fuerzas estatales de los medios de comunicación social han impedido la creación de una opinión pública internacional y, en consecuencia, de una mentalización de los hombres como componentes primarios y principales de la comunidad universal y como sujetos propios sibusistentes y directos del derecho internacional, activamente legitimados para defender sus derechos humanos frente a los ataques de poderes más o menos cantonalistas. c) El que, por seguir con la denominación acuñada, llamaremos derecho internacional tiene, como ordenamiento y como ciencia, muchos rasgos que se acusan en el naciente derecho de la información. Y esto no sólo en los pagos del derecho de la información en que se extienden de modo creciente las normas internacionales; sino también en aquellas otras zonas en que las normas, los principios y los métodos se encuadran en disciplinas jurídicas de ámbito todavía predominantemente interno.

3. La mayor posibilidad de una convivencia internacional efectiva y, por tanto, la mayor necesidad de cooperación en la comunidad internacional procede en gran parte del progreso y la internacionalización de las comunicaciones, como consecuencia decisiva de la revolución tecnoló-

gica. La internacionalización informativa exige una regulación a medida que va planteando problemas a la comunidad internacional.

Hacer un elenco de estos problemas va resultando cada vez más difícil. Las comunicaciones postales hacen que en cualquier momento se pueda disponer de los periódicos y libros publicados poco tiempo antes en cualquier parte del mundo, merced a tener resuelta su regulación; pero las posibilidades de composición simultánea a distancia de varios periódicos plantean la cuestión en términos totalmente diferentes. Desde hace ya tres cuartos de siglo está en liza la forma de coordinar las emisiones radiofónicas en un sentido amplio —emisiones auxiliares de otras actividades, como navegación, emisiones comerciales, emisiones privadas— que han traído consigo problemas de distribución de frecuencias, de proyección de programas para el extranjero, contenido de la emisión, de importación y exportación de grabaciones, del sistema internacional de comercialización e intercambio de emisiones, etc. Desde hace unos decenios hay que ir generalizando y adaptando de prisa toda esa problemática a otras formas de producción informática, la televisión por ondas, los «cassettes», discos vírgenes, los video-discos, los facsímiles, la televisión por cables, los satélites de comunicaciones indirectas y directas, etc. Todos estos problemas a los que hay que añadir otros ya también antiguos, como redes de agencias y de intercambios entre ellas, de monopolización de las noticias, etc., es necesario reducirlos en honor a la claridad y a la justicia a una cierta sistemática y a un nivel aceptable de generalización jurídica. Partiendo de la tesis de que la internacionalización de la información es un bien, que satisface un interés y un derecho, hay que llegar a una solución primaria: la eliminación de los obstáculos que se opongan a la libre circulación informativa.

Sin duda el principio enunciado es el más importante de los que, como solución, pueden darse. Pero su misma generalidad va exigiendo una adecuación cotidiana a los distintos supuestos técnicos, sociales, económicos y políticos, en el sentido realista que preconizaba el profesor Luna. Hay que ver, por ejemplo, qué quiere decir al hablar de la libre circulación de la información. Si representa un verdadero intercambio de informaciones en plan de igualdad, el principio juega de modo más absoluto que si es claramente lo que el Informe de la UNESCO CO/MD/26 de 10 de septiembre de 1971 ha llamado un *pipe line* de sentido único, desde los países desarrollados a los países en desarrollo o, más exactamente, desde unos pocos países, que son los que monopolizan la información y los que la distribuyen o la imponen, a todo el resto del mundo. Quizá sea casualidad, precisamente los países con balanza de pagos informa-

tiva más favorable se opusieron a la Convención internacional del derecho de rectificación de la ONU y han sido los más retardatarios en su adhesión, lo que ha hecho que prácticamente quedara sin ninguna efectividad. En tales casos la libertad de circulación internacional solamente tiene sentido cuando se la encuadra en el derecho internacional a la información. A veces los problemas negativos se resuelven positivizándolos: es decir, en lugar de dedicarse a poner obstáculos a la libre circulación de las informaciones, conviene afrontar la cuestión desde una perspectiva constructiva. En esta dirección lo que habría que determinar es, cuáles son los medios para poder hacer verdaderamente universal la información, sin perjuicio de los derechos de ningún país y, sobre todo, sin perjuicio de los derechos de los hombres. La solución de urgencia se advierte en unos acuerdos supranacionales que la misma UNESCO ha recomendado que se hagan por vía de ensayo y de integración paulatina en áreas regionales. En este sentido estamos viendo en Europa un período de experiencias en la actividad informativa verdaderamente interesante que no se pueden desarrollar por extensio aquí. La integración de la Alemania Federal en tales experiencias y su reciente acuerdo con la República Democrática Alemana, de contenido similar en cuanto a la información, es un puente tendido entre los dos trozos en que ideológicamente ha estado escindido el mundo hasta el extremo de hablarse de «dos mundos».

4. En el fondo y visto con una mentalidad exclusivamente nacionalista, que supone un obstáculo para la realización de un orden internacional, el problema más grave que en este momento tiene planteada la información a nivel supranacional en su sentido más amplio es el de la distinta apreciación psicológica de su virtualidad progresiva. Así como algunas tendencias consideran que el avance técnico universalizará la información y con ello se podrá hacer más común la opinión internacional dentro de un libre pluralismo; otras temen que se impondrán los valores culturales en los países que son deficitarios y, por tanto, tienen que vivir de su exclusiva importación. El problema tiene muchas implicaciones que no se pueden resolver afrontándolas en las mismas cotas en que se plantean, sino que hay que elevarse de nuevo a niveles de elaboración científica-jurídico internacional que aconseje soluciones justas.

Con un mínimo de perspicacia puede verse que las soluciones requieren realismo en la percepción de la variedad de situaciones y un agudo sentido de justicia. Se ha dicho que en ningún otro campo de la ciencia se muestra tanto la coincidencia entre una auténtica realidad social y los rasgos morales en su valoración como en el derecho internacional. En

efecto, tanto en un sentido comunitario como en el supuesto psicológico personal el derecho internacional descansa forzosamente en una contemplación moral de la vida. Quizá por eso ninguna otra rama del derecho esté abriendo tanto sus posibilidades ordenadoras desde hace muchos años. Las tendencias doctrinales más modernas acentúan su raíz moral a la vez que extreman la adaptación a los problemas existenciales en el mundo, precisamente, de hoy. Un mundo en que los problemas humanos en su dimensión social alcanzan repercusión universal y hacen su presencia en las relaciones jurídicas internacionales; y en que el ser humano solamente se realiza a escala mundial cuando se ha advertido que su condición de ser social, sobre todo desde el punto de vista de los derechos humanos, ha desbordado todas las limitaciones geográficas. Ha acertado con la expresión exacta Aguilar Navarro, cuando ha dicho que «el derecho internacional surgió de una visión humanista, de la creencia en un orden de la humanidad, que ahora vuelve, después de múltiples periplos, a encontrarse con sus orígenes. Con una diferencia, y es que en aquellos tiempos esa humanidad era ante todo una expresión ideológica, una reflexión ética, y ahora sería una auténtica realidad social». Realidad en la que hay que incluir el condicionante que la supone y la recrea, que es la comunicación.

Aparte de otras manifestaciones, de cómo el derecho internacional va acotando, conceptualizando y regulando la realidad social informativa, podemos ver con una perspectiva panorámica que en el preámbulo y en el articulado de la Carta fundacional de las Naciones Unidas se proclama, como uno de sus fines esenciales, «reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres». La realización de la cooperación internacional se funda «en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión». Más adelante se señala también como otro de los fines «la efectividad de tales derechos y libertades». Estamos, por tanto, en dos esferas, una de tipo general y otra de tipo concreto, que tienden en ambos casos a la realización de derechos humanos, una a la realización genérica; otra a la realización específica del derecho humano a la información. Lo que se llama información o comunicación social es una realidad internacional que sería necio desconocer. Más todavía, es una realidad que, en cuanto forma parte del orden internacional, ha sido y es necesario disciplinar y normativizar. Porque la información a nivel internacional puede ser, incluso, delictiva; la información se ha podido institucionalizar de tal

modo que se piense tan sólo en la seguridad del Estado o en perjuicio de otro u otros Estados o de la comunidad internacional. En esta actuación torticera es necesario asignar responsabilidades, concretas responsables y definir procedimientos de imputación.

Precisamente el tema de la responsabilidad es el que vincula los supuestos políticos y sociales al derecho. Y si es cierto que la sociedad internacional aparece como una sociedad en cierto aspecto formal no juridificada porque tiene unas formas de responsabilidad rudimentarias, también lo es que este aspecto elemental se va superando desde el momento en que se modifica el contenido de la relación internacional: va dejando de ser un sistema de poderes políticos para convertirse en un orden de cooperación entre hombres. De este modo se está observando una progresiva humanización del derecho internacional con una correlativa responsabilización que se propaga de modo reflejo de los hombres a los Estados. No se ha llegado ni muchísimo menos a la meta deseable. Y no se llegará mientras no se dé al individuo, un protagonismo verdadero de la vida internacional, otorgándole un control directo sobre los órganos de decisión política universal. No se trata de disolver el orden internacional en una anarquía individualista, sino más bien de establecer un orden cuyo destinatario sea el hombre. Y cuyo principal artífice —por vía de participación— sea también el hombre. En este sentido ha supuesto un avance extraordinario la proclamación de los derechos del hombre y la incipiente pero real posibilidad, estudiada por Díez de Velasco, Marín López o Virylly, entre otros, de realización de estos derechos —entre ellos el de la información— directamente ante las instancias internacionales.

5. Otro de los nuevos rasgos del derecho internacional en su actual estado reflexivo es que ha dejado de ser un derecho de la guerra para convertirse en un derecho de la paz, como ha destacado Sánchez Apellániz. En términos más sociológicos se había dicho ya con anterioridad que era menester ampliar sus horizontes teleológicos, desde una base de partida que se propusiera únicamente asegurar la convivencia, hasta una meta deseable que intentase establecer sobre bases justas la cooperación. Si vamos recordando las etapas por las que ha atravesado la información, a partir de 1945, veremos que este giro constructivo ha tenido también su reflejo en ella.

Es natural que existan resistencias incluso no conscientes, a este cambio. El «ciudadano del mundo» ha sido hasta ahora considerado una postura extravagante. La construcción del nuevo orden internacional soli-

dario se hace por hombres formados en una mentalidad nacionalista. La misma definición al uso de la virtud del patriotismo está inficionada por el espíritu parcelario de las nacionalidades. Hemos contemplado estos últimos años ejemplos personales eminentes y menos eminentes. Pero estos cauces, abiertos con criterios de un derecho estatal concreto, el del momento actual, han descubierto la relatividad histórica del Estado y de su derecho y han facilitado el deslizamiento hacia formas jurídicas de siempre, más hincadas en la realidad sustantiva de la justicia que en su instrumentalización al servicio del poder. La elevación de esta plataforma de observación científica ha traído resultados que sorprenden al no especialista en esta rama transnacional del derecho.

Por una parte se ha advertido que la rancia teoría del bien común, tan utilizada para legitimar aparentemente las limitaciones de libertad y los recortes de los derechos individuales hasta desvirtuarlos, únicamente puede darse para ser efectivamente un bien común al servicio del hombre y al de todos los hombres. Es decir, que únicamente es lícito su planteamiento *a radice* en el ámbito universal, según Sánchez Apellániz.

Por otra, se ha descubierto que el orden internacional descansa en la opinión pública universal. En el sentido de que las ideas comunitarias internacionales son válidas en tanto en cuanto pueden ser conocidas y compartidas por todos los hombres. Y en el sentido de que la vida del orden internacional descansa en el apoyo, en la adhesión, en la lealtad que le prestan los grupos naturales de convivencia y, en último caso, los hombres. Únicamente esta política de opinión pública en el mundo, apoyada en todos los medios y contenidos imaginables de la información, puede fundamentar y construir el que Aguilar Navarro ha llamado «patriotismo internacional», basado en un concepto más fundamentante de la virtud del patriotismo, una de las aledañas a la virtud cardinal de la justicia.

En la actividad informativa es antijurídico todo aquello que constituye un ataque, un desprecio o una trivialización de este espíritu universal, sobre todo si se hace al servicio de una idea doméstica y domesticada de la opinión pública. Debe ser rechazada por la misma motivación toda agresión a los experimentos más o menos perfectos, pero cada vez más perfeccionados de agrupaciones de antiguos Estados en formas parecidas a las federalistas. Son estadios intermedios de superación de la estrecha mentalidad *chauvinista*, que consigue formar conciencias continentales como ensayo general para las universales. El que las aproximaciones comunitarias obedezcan a razones naturales no es incompatible con su

carácter experimental, para mentalizar a los hombres, sea o no provocado de intento.

6. Si el derecho de la información es cada vez más un derecho internacional de la información, el derecho internacional es cada vez más un derecho de la información internacional. Ya lo hemos visto, lo que me evita justificar este aparente juego de palabras, que no deja de ser efectista, pero que encierra unas relaciones de semejanza más profundas que su verbal contraste impresionista.

El derecho de la información va haciendo suyos y adaptado a su especial objeto principios adheridos al tronco común del derecho. En términos académicos habría que decir que de la teoría general del derecho. La teoría general ha sido elaborada en los últimos siglos como una teoría nacionalista del derecho. Al llegar en el desarrollo de los planes de estudio al derecho internacional se verifica algo así como un cambio de clave de solfa. Quitando los atisbos universalistas de algunos autores de derecho romano, el derecho internacional era «otra cosa», mezcla de filosofía, utopía y buena intención. El derecho internacional, eso sí, completaba un *curriculum* formativo, hacía atisbar nuevos panoramas.

Algo de todo eso está ocurriendo con el derecho de la información. Podemos advertir que se va constituyendo a fuerza de que precipiten, positivizándose, principios diluidos en unos criterios éticos que pasan por la fase metamórfica de principios deontológicos. No otra cosa ocurre en el derecho internacional del que va tomando cada vez más esquemas ideográficos y morales. El derecho de la información ha equiparado la teoría general del derecho y la teoría del derecho internacional. Vuelve a la unidad sustancial del derecho y sufre en su propio seno las tensiones entre el derecho interno y el derecho supranacional.

Como el derecho transnacional, tiene ante sí una tarea tan difícil como ineludible: restaurar, tan modesta cuanto profundamente sea posible, un conjunto mínimo de juicios de valor que sirvan de principios ordenadores a las relaciones informativas, en cualquier grado de cristalización jurídica.

La comunidad internacional, entendida elementalmente como comunidad de Estados o fundamentalmente como comunidad de hombres, o también de una manera mixta, de hombres y naciones, supone un ordenamiento constituido por normas jurídicas que, para lo que hemos llamado derecho internacional de convivencia, supone un *minimum*, ético, en palabras de Luna; pero para un orden internacional de cooperación exige un equilibrio real. Cada vez más se van afrontando los problemas del derecho

internacional, no prescindiendo del idealismo de sus fundadores, pero sí de abstracciones peligrosas. El orden internacional va ponderando la realidad de las fuerzas sociales y la tensión evidente entre la unidad humana y los poderes políticos soberanos. Esta tensión se conjuga con la que introducen otros poderes internacionales que van teniendo vigencia en el mundo. No es desconocido el poder internacional de las finanzas. Tampoco lo es el poder internacional de la información.

Hay otro punto de contacto entre el orden internacional y el mundo de la actividad informativa. A diferencia del derecho estatal, que es un derecho principalmente de subordinación, el derecho internacional es un derecho de interdependencia y de coordinación, en el que el factor libertad priva sobre el de autoridad. En el que obligatoriedad moral y deber jurídico se entrelazan de tal modo que es difícil encontrar donde está el límite de uno y de otro, como ocurre con la información. En el que dada la fecundidad de la fuente convencional de producción de normas jurídicas —generales o paradigmáticas— eficaces, destacando continuamente la importancia de los supuestos morales frente a los voluntaristas, supuesto que las grandes fuerzas que manejan la actividad tanto en un orden informativo como en un orden político, se apoyan en supuestos simplemente utilitarios. Si en gran parte el orden en la actividad informativa está descansando en los Códigos de Ética Profesional, también para el derecho internacional se ha pedido un Código de honestidad.

Todavía existe otro campo de semejanza: el de la variedad y originalidad de las fuentes que obliga a replantear por insuficiente su teoría general aunando, la observación sociológica y los criterios de tamización jurídica. La reelaboración de la teoría se proyecta, incluso, en el campo de la clásica distinción entre *ius cogens* e *ius dispositivum* que se enriquece con los nuevos planteamientos. Como se enriquece también con la consideración del influjo que en el derecho y sus fuentes tiene el progreso técnico.

Son similitudes demasiado frecuentes para pensar que solamente son semejantes. La vuelta a los orígenes de la reflexión científica del derecho internacional nos advierte un grado de solidaridad profunda entre comunicación y comunidad internacionales, que puede constituir una clave de arco en la búsqueda de soluciones justas a los problemas internacionales —técnicos y humanos— de la información.

DR. JOSÉ MARÍA DESANTES

LE ROLE DU DROIT

Le rôle du droit dans une société organiquement constituée est celui de donner un sens civique à l'existence de chaque individu qui fait partie de cette société. Il est évident que toute société qui s'exprime librement et s'organise consciemment se détermine historiquement dans une manière qui peut être semblable à celle d'autres sociétés, mais qui ne réussit presque jamais à être identique. Les déterminations historiques du droit, c'est-à-dire celles qui se précisent et s'expriment dans tous les Codes, ont des physionomies particulières qui peuvent difficilement se répéter. Pour ça, lorsque on tente de appliquer à d'autres peuples un Code bien déterminé, celui-ci subit naturellement des modifications substantielles soit dans le contenu implicite de tout énoncé législatif, soit dans la réalisation pratique.

On pourrait donc tirer une inférence apparemment valide: le droit a sa raison d'être dans la contingence historique-géographique, et c'est pourquoi il s'agit d'un fait historique-positif. Cette inférence, toutefois, est valide en partie; s'il est vrai, en effet, que le caractère concret du droit a sa détermination positive dans l'histoire des différents peuples, il en est de même qu'il n'y aurait pas de droit sans de raisons et d'exigences propres aux hommes de tout temps et de tout lieu. Tous les individus et donc tous les peuples ressentent, chacun à sa manière, le besoin et le désir d'une vie civile et humaine.

Tout cela signifie beaucoup de choses dont nous chercherons à en éclaircir quelques unes.

— Le droit peut être institué seulement par les hommes. Les autres êtres vivants, beaucoup desquels sont associés dans des formes si parfaites qu'ils n'ont jamais besoin de lois ou de tribunaux pour observer leurs coutumes et ne s'érigent jamais en législateurs, mais ils obéissent à leurs us et coutumes en les perfectionnant leur vie durant. Les hommes, en effet, sont tels par leur choix conscient et la nécessité de se conformer complètement aux bénéfices de leur conservation et de leur progrès.

Le choix que chaque homme et chaque société d'hommes font, est une

possibilité heureuse et fortuite qui est le propre de la «nature» humaine. *Heureuse*, parce que sans elle on ne pourrait pas même survivre au choc des forces accablantes du monde extérieur. L'homme, en effet —à cause de la faiblesse de sa première condition de vie et de la multiplicité des besoins impérieux qu'il ne peut satisfaire «naturellement»— ne saurait pas imaginer des défenses et trouver des moyen de subsistance nécessaires et proportionnés à ses nécessités primordiales.

Fortuite, parce que tout choix entraîne bien des risques et il est toujours très facile de se tromper; on peut donc affirmer que c'est une entreprise ardue et responsable que d'obtenir le bien et le mieux sans l'intervention du hasard.

—L'omme est le plus fort et en même temps le plus faible parmi tous les êtres vivants. Il maîtrise les autres animaux par ce «sens particulier» qu'on appelle *raison* et qui n'est que le calcul ou la conscience du temps, pas seulement du présent mais du passé et de l'avenir. Il vaut mieux dire que pour chaque homme le présent lui-même est la richesse actuelle des expériences encore vivantes du passé, entrelacées aux inquiétudes, aux espoirs et aux inquiétudes de l'avenir. Pour l'homme n'existe pas le présent *pur* comme acte vital de son existence concrète. On parvient au présent pur par un effort d'abstraction grâce à laquelle on arrive, tant qu'il est possible, à apaiser la présence utile et impérieuse du passé et l'anxiété de l'avenir. Cette présence ne peut être supprimée complètement.

L'homme est l'être le plus faible parce qu'aucun être vivant a plus qu'un besoin que lui d'aide, de soins et de subsistances particulières. Il s'agit d'un engagement dur dangereux car cela heurte pas seulement contre la crue réalité de la nature propre à l'homme et au monde extérieur, mais aussi contre les égoïsmes et les besoins de ses semblables. Si, en effet, la nature extérieure n'est que la matérialité qu'on doit subordonner, les égoïsmes et les besoins des hommes sont, dans la réalité de la vie, des forces vivantes souvent en désaccord avec l'individu. La crue réalité naturelle et les forces opposées des égoïsmes et des besoins d'autrui sont si puissantes que l'individu serait une feuille dans la tempête sans l'autorité du droit qui équilibre, régleme et commande à ces forces en désaccord de respecter la justice et leur attribue de la valeur selon leur mérite dans le but de la conservation des hommes et de leur vie civile en progrès.

Mais comment les hommes qui sont toujours entraînés par le tourbillon infernal des intérêts et des égoïsmes individuels, parviennent-ils à instituer le droit, ou la loi? Celle-ci a, en effet, la force pour se faire respecter par tout le monde en réduisant les égoïsmes et en les contrai-

gnant à la modération, en dehors de laquelle on ne peut plus parler ni de justice ni de bien supérieur pour tous ceux qui constituent la société civile.

Il faut remarquer qu'il y a différentes formulations de la loi selon les diverses et différentes formes de la société. On parle, donc, de *gens*, de *clan*, de *civitas*, de *municipalité*, de *corporation*, de *province*, de *nation*, de *empire*, de *fédérations* et de *confédérations*. Chacun de ces types peut avoir nombreuses variations de sorte que la constitution et la définition de la loi prend des déroulements différents et multiples. Cette infinité vérifiable de variations historiques et contingentes de la loi qui régleme la vie civile, n'éclaircit ni épuise le problème de l'infinité des manières dont naît cette loi régulatrice. Malgré la grande richesse d'éléments, l'*empiria* historique pose encore la problème — pas plus empirique ou simplement historique — de la constitution de la loi. Il reste en effet à expliquer comment l'homme, tout en étant un égoïste, devient un être social et accepte le respect de intérêts des autres uniquement pour garder cette société qu'il ne considère plus comme une réalité subordonnée, mais comme une réalité dont il est partie intégrante.

Il nous paraît opportun de parler de l'*egoïtà* de l'homme et de son développement social. L'homme n'est pas un être raisonnable, mais un être qui sent l'exigence de la raison; l'homme n'est pas un animal politique mais un être qui aspire ardemment à la socialité et cherche éternellement Dieu.

Toute définition de ce genre (et il y en aurait beaucoup d'autres très intéressantes!) révèle que l'homme n'est pas un ensemble de facultés et de valeurs déjà naturellement constituées, mais un ensemble d'exigences énergétiques vitales qui s'expriment, et s'imposent et s'entrelacent de façon différente. On ne peut comprendre ces exigences et leur dialectique continue si l'on ne tient pas compte de la façon ou l'homme prend position en «substance». Nous nous référons à la «substance» qui est le propre de l'homme est son «inseità» qui prend position comme conscience aurorale ou mûre, c'est-à-dire comme avertissement autonome de soi dans l'affirmation ou dans le simple avertissement du «moi». Ce qui s'impose n'est ni le «moi qui veut» ni le moi qui pense» ou le «moi qui aime» mais le «moi esthétique». Ce moi est pure conscience de soi, même si elle est mélangée à la pensée, à la volonté, etc. La fonction du moi esthétique, en effet, est singulière et c'est ça qui fait de l'homme, un véritable homme.

C'est la faculté de se sentir «différent» de tout ce qui existe; c'est le sentiment de l'existence dans le monde. C'est l'autonomie de l'homme,

sa distinction, son être qui prend conscience de soi en se détachant du tout. C'est la pure «egoità», le sentiment qui distingue l'homme du tout.

Cette «autonomicità», ou conscience de ne pas être l'alterité, crée un état de séparation qui est en même temps singularité et liberté, de sorte que il faut dire que n'est pas le monde qui me détermine, mais c'est le moi qui me détermine autonomemement dans le monde. Le *moi qui veut* et le *moi qui ne veut pas* ce sont des moments de notre libre détermination qui ne se réalisent pas selon une nécessité mais selon notre libre choix. L'homme est le seul être qui peut dire «moi» et qui peut vouloir ou non en grande liberté. A travers ses choix libres, qu'ils soient bons ou mauvais, l'homme crée son monde qui est constitué par l'ensemble des libres relations entre le moi et la réalité du monde. Le moi donc est une «autonomicità» qui choisit et détermine ses relations avec «l'alterità» de sorte que chaque homme a son propre monde à lui, Voilà le site originaire de toute liberté, la source de toute existence concrète. "Legoità" est incontestable comme avertissement et comme affirmation du moi et elle restera telle à la racine de toute relation. On part toujours du moi, exprimé ou non : je pense, je veux, je prends, je donne, etc., ce sont des libres déterminations du moi qui engendrent les relations avec la réalité de la nature et de mes semblables. On ne peut pas supprimer ou ignorer le moi, car cela signifie qu'on ignore l'homme, quelle que soit la relation du moi avec l'alterità.

Si ce discours est valide pour le droit, il est nécessaire de mettre en évidence des principes qui sont la base de la naissance du droit et de sa fonction.

1. Le droit —la loi régulatrice des rapports sociaux— naît d'un contrat, c'est-à-dire de l'acceptation d'une relation bien déterminée entre différentes «egoità», d'où le caractère propre à toute loi juridique fondée sur le profit.

2. La réciprocité est le fondement de toute loi juste : pour que les contractants ne subissent pas de dommages ou d'offenses il faut donner à chacun le sien.

3. Il faut agir en bonne foi, c'est-à-dire il faut vivre honnêtement, selon la loi et pas déloyalement dans le but de viser à la justice dans l'observation et l'application de la loi.

4. Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fit à toi-même. Au cas où l'action serait dangereuse pour soi et pour les autres, il vaudrait mieux de préférer l'inaction à l'action. Le droit, donc, n'est pas seulement l'expression d'un contrat dans l'action, mais il est de notre

dévoir de ne pas agir quand l'action peut provoquer des dommages réels ou personnels. Toutefois il faut remarquer que le «ne pas faire» est un moment complémentaire de l'action loyale et on peut le considérer comme le premier dépassement du moment de l'égoïté régulatrice et suprême du contrat juridique.

Une lueur s'ouvre pour la vie morale qui est toujours don de soi aux autres ; mais si cette lueur est le point de jonction entre le droit et la morale ; elle n'autorise pas à confondre et mêler l'un avec l'autre.

De tout ce que nous venons de dire on peut tirer la réponse à la question relative à la fonction du droit. Celui-ci est la volonté régulatrice des égoïsmes individuels à travers la réciprocité, la loyauté et le respect de ses semblables dans le but de conserver les hommes et leurs biens dans la dynamique fondamentalement progressive de l'histoire.

VINCENZO DE RUVO
Bari. Italie

OBLIGACION ETICA PERSONAL Y ORDEN SOCIAL

Introducción

PERSONA, COMUNIDAD, SOCIEDAD, ORDEN SOCIAL

La persona, es constitutivamente relacional. Es innegable la irreducible unicidad o subsistencia de cada una de ellas —fundada en una relación singular y única al Dios Personal Creador— en virtud de la cual no puede fundirse ontológicamente jamás con otra. Es, en este sentido, incommunicable e independiente. Pero está también esencialmente ordenada a otras personas: es constitutivamente un ser con otros. No basta, a mi juicio, con que digamos que hay en el hombre una tendencia o impulso conatural a la sociabilidad, *consecutivo* al hontanar más profundo de su ser. El mismo *ser* personal sólo puede constituirse en apertura a los demás hombres. Es, en la misma medida, y en una mutua implicación, subsistente y comunitario.

1. *La subsistencia del ser personal.*

En el mundo de las *cosas inorgánicas* prevalece la cantidad. La actividad, exclusivamente transitiva, está estrictamente vinculada al movimiento local que se continúa indefinidamente en el universo. En el *vegetal* se encuentra ya alguna actividad inmanente: crece, se mantiene conservando, por nutrición de su medio (en equilibrio dinámico y reversible), una forma exterior típica y una duración propia; reacciona como un todo y, antes de desaparecer, se perpetúa suscitando organismos específicamente semejantes, destinados a recorrer una línea de evolución análoga. El organismo *animal* posee una unidad y cohesión mayores: está menos vinculado a la pasividad del mundo circundante, goza de una mayor independencia del medio y controla sobre él. Pero su actividad no se halla nunca libre de la presión necesitante —estimúlica— que le rodea. Manifiesta, sí, una cierta espontaneidad de movimientos inmanentes, cognoscitivos y apeti-

tivos. Siente su medio y su propia realidad en forma de «estímulo» y apetece de manera instintiva. Pero sus operaciones no le pertenecen en rigor como cosa propia: no responde de ellas, no es libre. En última instancia, son la resultante fatal de un proceso cósmico de estímulos y reacciones. Los animales y las plantas no «obran», pues, por «sí mismos» —más bien son movidos que se mueven— ni por consiguiente, «son en sí mismos». Manifiestan, sí, una actividad relativamente autónoma, porque cada ejemplar reacciona como un todo, y conserva durante algún tiempo su forma típica, sin que sea consciente de esta ley de su forma. Pero esta unidad de cohesión vital de la masa cósmica material, organizada en sus variadas formas, no tarda en ceder y disgregarse. El *distinctum ab alio* de la unidad propia del ser subsistente no está en ellos sino muy pálidamente realizado. Su *subsistencia* es, pues, muy imperfecta (un esbozo o *primordium*, de *individualidad*, mera *singularidad*). Son meras «cosas», elementos de la evolución constante del universo, pero no «supuestos» en sentido estricto.

Sólo el hombre que llega a la vida consciente, aunque vive en la materia, es capaz de despegarse de la ley determinante del universo gracias a una vida espiritual, plenamente inmanente; sólo él despliega una actividad espiritual, deliberada, libre y responsable que revela un ser *subsistente*, dotado de unidad «en sí», plenamente distinto de los demás. Sólo él es «persona» («*distinctum subsistens*»).

2. La apertura del ser personal.

La incomunicabilidad o independencia de la persona no son, absolutas. A despecho de su unidad subsistente —mejor diríamos, para que sea ella posible— debe declararse esencial y constitutivamente referida o religada a Dios (fuente de toda participación subsistente en el ser), y abierta —también constitutivamente, si bien con una respectividad a aquélla absolutamente subordinada— al cosmos irracional y a las otras personas.

A Dios, porque el ser personal participado —único y a otros irreductible— se debe en última instancia a una relación única y singular con Dios, Bien difusivo y Creador. Cada persona es la realización de un pensamiento creador particular e irreductible que manifiesta hacia afuera las perfecciones divinas. ¿Qué es la creación sino una relación al Amor difusivo que se entrega; llamada que afirma —voz en la nada— al objeto amado en sí y por sí? el ser personal del hombre ha sido certeramente concebido como una «respuesta ontológica» a un Yo divino: es yo en la medida en que es un tú.

Pero no agota el ser personal su apertura a un más allá de sí mismo con esta relación vertical. Debemos admitir, en segundo lugar, todo un conjunto de relaciones hacia fuera, constitutivas también de su ser, si bien sostenidas ellas —a su vez— por aquella primera y fundamental relación «vertical» religante. El ser personal sólo puede constituirse como tal en un entramado de relaciones «horizontales» al cosmos irracional y a los otros hombres.

Las relaciones del hombre con las cosas son de múltiples clases. La fundamental es el señorío del hombre sobre el cosmos irracional, fundado en su subordinación esencial a la persona humana. «Esta posición dominadora la debe realizar el hombre de una doble manera: en cuanto penetra el mundo con su espíritu —*ciencia*— y en cuanto lo configura con su dominio —*política, economía y técnica* en sentido amplio—, a fin de que el mundo sea para él una imagen llena de sentido; un lugar de seguridad, de abrigo y le alimentación. El hombre es un animal «racional»; y al mismo tiempo un *homo faber* y un *homo economicus*.

Pero es más radical la apertura del ser personal a los otros hombres. La estructura «dialogal» de la persona humana no se agota con aquella relación a Dios constitutiva de un ser —respuesta ontológica a una voz divina en la nada que la implanta en la existencia—: es también una respuesta ontológica a los otros *yo* humanos, que al hablarle, le hacen posible ser plenamente persona. Es más: la relación de la persona o los otros hombres no puede ser considerada tan sólo constitutiva de un desarrollo perfectivo de su ser *ya* constituido; sino —al menos (así lo veremos en seguida) en lo que conviene a las esferas inferiores de valor (vital y económica)— como radicalmente constitutiva también de su *ser* mismo personal. El *yo* humano está creado para el *tú*: es constitutivamente comunitario: como la actual filosofía existencial ha puesto de relieve con singular énfasis, trayendo de nuevo a la conciencia viejas ideas cristianas, la existencia humana es *constitutivamente coexistencia*.

3. Un *análisis fenomenológico* de la situación del hombre en el cosmos nos permite advertir, en una primera aproximación, que la persona se muestra a sí misma en una doble dimensión constitutiva: como *clausura* y como *apertura*.

Como *clausura*, porque goza —lo acabamos de ver— de un grado de independencia y distinción respecto al cosmos muy superior al de cualquier otra realidad intramundana. Sólo el hombre, dotado de vida consciente, aunque vive en la materia, está en condiciones de destacarse de ella, porque despliega una actividad plenamente immanente.

Se *autoposee* por una inteligencia abierta al *ser trascendental* y, en

consecuencia, es *libre y responde* de sus actos ante una ley *moral* vinculante, no físicamente necesitante. Sólo él despliega, en pocas palabras, una *actividad espiritual*, deliberada, libre y responsable que revela una realidad *subsistente e incommunicable, distinta* de todas las demás (*distinctum subsistens*).

Pero la descripción fenomenológica de la persona nos patentiza con claridad no menor que ella es también *apertura*, y que lo es en una dimensión radicalmente *constitutiva* de su ser, no meramente consecutiva o perfecta.

Nos descubre, en efecto, hasta qué punto se experimenta el hombre a sí mismo como pobreza ontológica; cómo ha de entregarse al mundo de las cosas y, especialmente, al mundo de las personas. Al experimentar la posibilidad de no ser como enemiga de su ser, se abre a la trascendencia. El ser del hombre se revela como siendo estructuralmente un ser *con* otros, *para* otros y *hacia* otros. Es constitutivamente comunitario.

Si distinguimos conceptualmente diversos estratos o aspectos del ser personal, podemos hablar por separado —como es usual en la axiología fenomenológica— de diversas esferas de *valor* —biológicos, económicos, culturales y estrictamente personales— jerárquicamente escalonados de menor a mayor dignidad y respectivamente subordinados a los siguientes.

En la esfera *biológica* depende totalmente de la comunidad. Cada hombre es como una desmembración de la corriente de vida que se derrama por la humanidad. «El sexo se manifiesta por una diferencia de indumentaria o de formas corporales. Pero no se puede definir esta profunda diversidad antropológica por fenómenos secundarios»: afecta ella a uno de los aspectos que hace posible la realización de valores biológicos y aún morales, como el amor paterno y filial) —situados fuera del alcance de lo individual— que aún el mismo Poder divino sólo lo podría conceder y hacer accesibles a seres sociales.

En la esfera *económica* de valor, relativa a la conservación y configuración externa de la vida corporal, observamos la misma dependencia total a la comunidad. Sólo ella puede procurar la experiencia técnica y económica en orden a proporcionar un mínimo suficiente de medios para vivir.

En lo que respecta a las *esferas superiores de valor* no es tan absoluta aquella dependencia. El ser espiritual del hombre deriva inmediatamente de Dios, y no puede decirse, en consecuencia, que se constituya en virtud de la comunidad; pero no es posible el menor desarrollo perfecto sin ella. En este sentido el hombre es «persona» anteriormente a toda

comunidad; pero «personalidad» —esto es, persona plenamente desarrollada— sólo puede serlo en y por la comunidad.

Las facultades espirituales, adviértase, yacen en el hombre como posibilidades en potencia. Para actualizarlas es indispensable la lengua, la palabra cargada de sentido pronunciada por otro espíritu. La inteligencia y la imaginación, los sentimientos y la voluntad se liberan solamente al contacto con la comunidad humana. Aún el hombre *culturalmente* desarrollado precisa de ella para no perder e incrementar sus valores adquiridos.

Sin ella no es posible que cobre tan siquiera conciencia de sí, ni por ende conciencia moral y libertad responsable. El amor al yo del niño libera de su encierro su personalidad, que es estructuralmente dialogal. Sólo provocando así la libre y recíproca donación del amor al tú puede encenderse la chispa del yo en la llama de la personalidad. «El amor, antes que una relación consecutiva a dos personas, es la creación originaria de un ámbito efusivo dentro del cual y sólo dentro del cual puede darse el otro como otro. Este es el sentido de toda posible comunidad de hombres».

La angustia que surge de la radical vaciedad de su pobreza ontológica, le impulsa a la actitud extática de entrega que alcanza su culminación en el amor —el valor más estrictamente *personal*—, que si es auténtico, transfigura al «otro» arrebatándole en una nueva existencialidad —ser intencional del amor— por el que existe en el ser del amante, dejando de ser estrictamente otro, aún siendo de él ontológicamente diverso. Sólo en este tejido de relaciones interpersonales logra el hombre *conquistar* una personalidad (en el sentido de ser perfección personal). Bien entendido, adviértase bien, que estas relaciones horizontales están integradas de alguna manera en la relación vertical a Dios. Cuando otro «yo» me llama «tú» deja de ser simplemente «otro» para mí, un simple vecino: ha pasado —al menos radicalmente (puede pasar)— a la categoría de «prójimo». Al presentarme su «tú» me ayuda a ser «yo mismo», porque me da la posibilidad de responderle llamándole «tú». Y me ayuda sobre todo a acelerar mi movimiento ontológico de retorno al Yo divino. «Existencialmente el hombre no es una persona completa, hasta que ha sido amado absolutamente, hasta que ha sido amado en y por un acto a quien él puede darse libremente y que "le dará" libremente —más bien "será" para él— el áncora del ser que tan desesperadamente necesita». Hay un sólo mandamiento de amor: por eso el *verdadero amor* humano, lejos de ser rémora, acelera el advenimiento del amor, y a la luz de la relación vertical a Dios aparecen los demás hombres como «otros yo», en todo su valor de prójimo, acelerando la destrucción del «egoísmo» del yo.

La fenomenología del *falso amor* que no sabe conjugar el «eros» de la pobreza ontológica con el «ágape» de la verdadera personalidad, manifiesta —se ha puesto en evidencia— cómo termina, a la postre, en frustración. «El intento de convertir al *ser de otro* exclusivamente en un *ser —para mí* termina en la transformación de mi ser en un *ser —para otro...* La pobreza ontológica no es vencida. Es, simplemente, acentuada».

Y no hablemos de la esfera de los valores *sobrenaturales* que de hecho afectan a la situación existencial del hombre. Su fin es comunitario: «la vida del más allá es realmente comunitaria. Las fuentes inspiradas nos lo presentan bajo las especies de un reino presidido por el Señor». Lo son también los medios: Redención, Iglesia, comunión de los Santos...

En resumen: nada tendrá sentido en el hombre si lo concibiéramos solipsísticamente, como un individuo aislado e incomunicado de los demás. En todas sus esferas vitales de valor se halla encuadrado en una comunidad constitutiva, en una necesaria apertura a los otros. Así lo confirman los análisis precedentes en lo que conviene a los valores biológicos y económicos. Y constitutiva de su desarrollo perfectivo —de su personalidad— respecto a las esferas superiores de valor. Pero aquellos estratos o esferas proceden de una estática vivisección conceptual de la dinámica y unitaria totalidad que es el ser personal.

A la luz de estos análisis sólo parece que la persona humana es *nihil per essentiam* —fuera de su existencial relación a Dios— sino que debería ser descrita mejor que en términos de incomunicabilidad en términos de comunión: la persona no es tanto un «yo» incomunicable, como un «nosotros»; significa primordialmente relación, trascendencia, encuentro, apertura.

4. *La metafísica tomista de la persona* permite la conciliación de estas dos dimensiones —singular y comunitaria— aparentemente antitéticas. La persona no es parte o determinación de otra: es en este sentido independiente. Pero tiene parte en la comunión que el ser es (forma parte de un orden de participación en el «esse»), y sólo a través de aquella participación es singular e incomunicable. Por ello su incomunicabilidad no termina en sí misma, sino que está plena y esencialmente abierta a las demás. El ser *subsistente* personal es constitutivamente un ser con otros.

La sabiduría revelada acerca del Misterio del Dios Uno y Trino permite profundizar con una nueva claridad en el último por qué de esta dimensión relacional y comunitaria de la persona. La realidad divina tal como nos la muestra la revelación es comunidad de tres Personas en una sola Naturaleza. La diferencia de personas va unida en Dios a la absoluta unidad de la esencia común. Sabido es que la especulación teoló-

gica occidental ha entendido el constitutivo de cada una de ellas como *Relatio subsistens*. El ser personal no dice en Dios, pues, nada «absoluto»: no significa «estar desligado o encerrado en sí mismo», sino que toda su esencia es donación, entrega, *esse ad*. Y son precisamente las distintas clases y direcciones del *esse ad*, generación activa (Padre), generación pasiva (Hijo), espiración pasiva (Espíritu Santo), las que distinguen en Dios tres personas.

Si el hombre —*imago Dei*, según la tradición cristiana— es imagen fiel del Ser Divino, debe poderse definir también como un *ser hacia*. No basta con decir que el ser personal del hombre procede de una relación, de su relación al amor difusivo del Dios Creador, sino que él es intrínsecamente *respectivo* a los demás. Si la humanidad refleja a la Divina realidad como una imagen fiel, las personas que la componen no pueden *subsistir* desligadas y aisladas, sino que han de estar mutuamente unidas en su esencia y existencia: «debe haber entre ellas una comunión que sea su constitutivo esencial, lo mismo que el ser de las tres Divinas Personas está "constituido" por su esencia una y común».

Vemos, pues, cómo el prototipo divino de comunidad nos permite profundizar más todavía en aquellas conclusiones sobre la dimensión comunitaria de la persona. Pues nos hace ver que lo comunitario no es posterior al individuo, sino más bien que ella al mismo tiempo está con y en lo individual, a manera de un pálido reflejo del resplandor misterioso que envuelve la personalidad Divina.

Pero hay más. Sólo en la comunidad pueden ser realizados ciertos valores que no hubiera sido capaz de realizar el individuo abandonado a sí mismo. «El hombre posee la facultad de construir campos culturales imposibles desde un punto de vista individual y que sólo cabe concebir como esferas entre individuos socialmente unidos. Pensemos, por ejemplo, en creaciones como la lengua, las obras escritas, la poesía, las cuales carecen de sentido entendidas como monólogo del hombre; su sentido pleno se encuentra en la comunicación espiritual, en el dar y el recibir, en la convivencia espiritual. Pensemos igualmente en los bienes morales, como, por citar un ejemplo bien claro, el amor paterno y filial, algo incomparablemente magnífico en la vida humana, pero completamente imposible, inconcebible sin la comunidad de vida que une naturalmente a padres e hijos. Vemos aquí valores reales, valores existenciales y morales, situados absolutamente fuera del alcance de lo individual, que aún el mismo poder creador divino sólo puede conceder y hacer accesibles a seres sociales. Para hacer posible la realización de estos valores quiso y creó Dios

al hombre como ente social». En este sentido se puede decir sin exageración que la comunidad es una revelación especial de la gloria de Dios.

Aquella constitutiva respectividad al orden de participación en el ser —que descansaba, a su vez, en la religación vertical a Dios creador— se concreta en toda aquella gama, indiscernible en su variadísima riqueza, de relaciones al cosmos material y a las otras personas, que canalizan de manera libre y contingente la necesaria e incoercible tensión al bien —al todo implícito — en que se manifiesta psicológicamente aquella constitutiva relación.

5. *La comunidad en cuanto es constitutiva del ser personal.*

Cada persona se vincula, decíamos, al orden de participación subsistente en el ser *por toda su realidad*. Esta respectividad es, pues, constitutiva de su ser. Si entendemos con los antiguos lógicos la palabra comunidad como la unidad que resulta de una conveniencia de muchos en algún valor común, cabe hablar de una *comunidad* de seres subsistentes fundándonos en la unidad relativa propia del orden de participación en el valor de ser. En este sentido puede decirse que el ser es *comunidad*. Cada persona es ser, pero el ser no es esta persona: las trasciende a todas. Sin embargo, no es «el ser» algo independiente de «los seres», un valor que flota sobre las personas aisladas. Sólo es real constituyéndolas, pero las trasciende. El ser no puede hacerse exclusivamente solidario de cada una de ellas. Su insondable riqueza las desborda, pero no es algo distinto junto a o por encima de las personas. No es exageración, pues, ver en la comunidad del ser un reflejo analógico de la *circuminincessio* trinitaria (absorción de las tres personas Divinas por una única esencia común, con las cuales se identifica ella sin residuo).

La fenomenología de la situación del hombre en el cosmos confirmó definitivamente hasta qué punto es constitutiva de su ser esa dimensión relacional y comunitaria.

La vida comunitaria, repetimos, es constitutiva del ser de la persona. Así lo confirmaron los análisis fenomenológicos precedentes, en lo que concierne a los valores biológicos y económicos. Y constitutiva de su desarrollo perfectivo —de su personalidad— respecto a las esferas superiores de valor. Desde el plano material de la pura biología hasta lo más elevado del espíritu la radical indigencia del hombre requiere la comunidad. Pero aquellos estratos o esferas son el resultado de una vivisección estática y conceptual de la indivisible y unitaria totalidad que es el ser personal. La fenomenología confirma así, una vez más, aquella pro-

funda observación metafísica. La persona es constitutivamente comunitaria.

6. *El impulso de socialidad.*

Aquella relación trascendental que la vincula al orden de participación en el ser, y en última instancia, al principio creador fundamentalmente que lo preside y sostiene arrancándolo de la nada, se manifiesta psicológicamente en un impulso de socialidad —volveremos en seguida sobre él—, connatural y necesitante. El hombre, radicalmente insuficiente, se abre a la vida comunitaria.

7. *El ser relativo de la sociedad.*

El impulso de socialidad se concreta de manera libre y contingente en una variadísima gama de formas sociales.

No es este el lugar adecuado para hacer una descripción de las diferentes clases y formas de comunidad. Baste advertir tan sólo que la vida comunitaria, como vida que es, no admite esquemas rígidos, sino que es orgánicamente coherente. En algunas, sí, predomina la espontaneidad: su formación se produce bajo el impulso de naturaleza, movida por instintos e inclinaciones que son expresión de la necesidad de completarse que siente el hombre, y que le impele a la formación de aquellas comunidades sin las cuales no sería posible su desarrollo perfectivo. De ellas algunas le vienen impuestas y puede ser calificadas —en la medida que han condicionado también la constitución misma de su ser personal— comunidades constitutivas. Pero hay otras en las cuales predomina el aspecto de libre y voluntaria decisión. No es ya tanto el «querer intuitivo» cuanto un «pensar racional» (o voluntad deliberada) que se propone un interés o concreta utilidad como meta a conseguir —por emplear la terminología de Toennies (tan divulgado como imprecisa)—, el motor desencadenante de su surgir.

8. *Comunidad y sociedad.*

Todo ello ha movido a muchos sociólogos desde Toennies —como es archisabido— a una neta distinción entre *comunidades* —las agrupaciones fundadas en la voluntad innata, natural e instintiva— y *sociedades* —las fundadas en uniones artificiales y contractuales que resultan de la voluntad libre y arbitraria de lograr un interés. Repárese, sin embargo, que si

bien esta distinción, rectamente entendida, no carece de fecundidad, aecha el peligro de forzar la vida social con una falsa y esquemática distinción que no responda exactamente a la realidad. Pues toda agrupación humana supone un mínimo de base natural. Todas ellas canalizan el natural impulso de sociabilidad, y todas se ordenan —de manera más o menos próxima— a remediar la constitutiva indigencia y precariedad del hombre, mediante un desarrollo perfectivo que no es alcanzable sin la vida social.

Pero en todas ellas juega también el factor libre en su momento fundacional, o al menos en la adhesión al grupo ya constituido. En algunas predomina el primer aspecto de necesidad natural, que se impone con caracteres imperiosos y quizás obligatorios, mientras que en otras éste disminuye progresivamente para prevalecer de una manera correlativa aquella segunda faceta de arbitrariedad y contingencia. En este sentido parece más afortunada la partición en grupos sociales *necesarios* o *naturales* frente a los *arbitrios* o *contingentes*, sin perder de vista que ninguno es exclusivamente lo primero ni lo segundo. Traduce esta distinción la diversa inflexión de significado —tan generalizada desde Toennies— de los vocablos comunidad y sociedad, pero de una manera más exacta y sin sus inconvenientes. Por nuestra parte, emplearemos ambos indistintamente.

Sin embargo, haremos uso preferentemente del segundo —sociedad— (como se va generalizando progresivamente en la moderna sociología), cuando queramos insistir en el aspecto de *organización* y *orden configurador* indispensable para que el grupo comunitario, que participa de un mismo valor común, se constituya en una sociedad propiamente dicha. De lo contrario —si el hecho de participar en un valor común (parentesco de sangre más o menos remoto: familia, estirpe, pueblo, raza..., por ejemplo), no se manifiesta en una conciencia colectiva engendrada por aquella *unidad* en un ideal colectivo que hace posible la *organización* unitaria— es preferible hablar tan sólo de comunidad (en el sentido tradicional de los antiguos lógicos a que aludíamos más arriba).

Pero toda la enorme diversidad de grupos sociales que se cruzan y entretrecruzan en la vida del ser personal, prefigurándole, configurándole y perfeccionándole, tienen caracteres o trazos comunes que permiten una definición universal de sociedad.

Adunatio hominum ad aliquid unum communiter agendum la designó Santo Tomás en fórmula feliz. Todas ellas —en efecto— tienen en común esa característica de *agrupación* o unión ordenada de personas impuestas por la conciencia colectiva de un fin común que es inasequible sin su mutua colaboración.

9. *La sociedad.*

Basta esta primera aproximación al concepto de sociedad para advertir ya, sin más, la función fundamental que en ella desempeñan las realidades relativas.

Su *causa material* —las personas que la forman— pueden y deben definirse, como decíamos, en términos de relación. Es más: algunas de las relaciones sociales (en esa concreta comunidad que ahora podemos estar considerando), son quizás relaciones constitutivas, en la medida en que advirtamos en la persona asociada una necesaria dependencia respecto a ella en la configuración del ser personal.

El elemento *formal* configurador —el orden concreto por el que están mutuamente *relacionados* sus componentes (causa formal)— consta de todo un entramado de relaciones dinámicas de alteridad de las que resulta una *unidad*, derivada precisamente de la relación a un mismo *fin* que las solicita (causa final) a agruparse o adherirse a la agrupación (causa eficiente). Pero es precisamente la conciencia colectiva de un mismo proyecto ideal o bien común a todas ellas, y el acuerdo de voluntades en un querer común —advírtase— el primer elemento constitutivo del orden social. La tendencia al mismo fin (bien común) —su *relación a él*— imprime a sus miembros la concreta forma relativa del orden configurador. Esto *se constituye* como tal, en consecuencia, en virtud de una *relación de dependencia* al influjo ejemplar y final de aquel fin —bien común.

La sociedad es pues, *unidad de relación*, es decir, de *orden dinámico* que concierta conductas humanas en el todo social. No existe independientemente de las personas que la forman, a la manera de aquellas realidades que gozan de *sustancialidad* subsistente, como pretenden aquellas teorías que —desarrolladas en formas muy variadas, desde Hegel y Fichte, a través de Adam Müller y Ranke, hasta Jellinek, Othmar Spann y Grabowski— han alimentado los modernos sistemas totalitarios y colectivistas, desconocedores de la irreductible dignidad de la persona. Pero tampoco es un mero producto ideal, una pura *ficción*, algo fuera de la realidad, como afirman la sociología liberal y otras muchas de raíces nominalistas.

La unidad de *orden* —realidad *relativa*— se contrapone tanto a una mera pluralidad o multitud de individuos atomizados sin otra cohesión que la de una yuxtaposición lograda con medios coactivos (pues la unidad existe en ellas sólo mentalmente —realidad de *ficción*—), cuanto a la unidad sustancial o personal —realidad sustancial *absoluta*— de los teóricos del totalitarismo.

Una vez más la filosofía de la relación sólidamente fundada en una

filosofía del ser bien controlada, tiene la última palabra para superar aquellas posiciones unilaterales y antitéticas que tan desastrosas consecuencias han tenido en el desarrollo de la historia de la humanidad.

10. *El triple principio formalmente constitutivo de la sociedad*

Toda profundización filosófica en el ser de la realidad social, debe tomar necesariamente como punto de partida la consideración del fin (bien común), pues es precisamente el ideal de conseguirlo el que la configura en una *unidad operativa* en el acuerdo de voluntades (causa formal de la sociedad).

Però no es posible tal acuerdo sin un principio unitario de *autoridad* que señale imperativamente un ordenamiento normativo que enderece a a aquella común finalidad la conducta de sus miembros. La implantación del bien común, valor y meta ideal de la comunidad, debe ser lograda con la cooperación de todos sus miembros. Ello impone necesariamente la promulgación por una *autoridad* de un conjunto de normas que ordenen la actividad de los individuos a aquella meta común. La idea anarquista de que los individuos, tan distintos por naturaleza o inclinados hacia sí mismos —y dados, por ende, con tanta frecuencia a posponer los intereses comunes a sus miras egoístas— pueden obtener, dejados de sí, aquel fin social, es una utopía desconocedora de la naturaleza del hombre.

Pero el fin no existe para el orden y los medios que a él conducen, sino al revés, el orden existe por el fin. El es la primera de las causas, y determina en consecuencia, la medida, la necesidad y el empleo de los medios que se ordenan a su consecución. Quiere ello decir que tanto la justificación de la autoridad y la medida de atribuciones, por una parte; como, de otra, la naturaleza de las normas ordenadoras, deberán lógicamente estar fundadas en las *exigencias normativas del fin*.

Por consiguiente, el bien común, la autoridad y las normas sociales constituyen tres momentos jerárquicamente escalonados que configuran a la sociedad, dándole su forma específica, que no es otra cosa que la conducta social ordenada (unidad relativa de orden accidental).

Pero estudiemos con más detención este proceso configurador.

El fin común, decíamos, es un objetivo ideal, una meta a alcanzar constantemente (en cuanto a la intención), pero nunca totalmente realizada de hecho (en cuanto a ejecución). Es, concretamente, el ser ideal de la comunidad considerado intencionalmente en su máximo desarrollo. Por consiguiente, deberá tener como principio *formal* que le configure, el orden social mismo, entre los elementos que componen la sociedad idealmente considerada. Todo el conjunto de ellos sería, pues, la *materia*,

también ideal o intencional, del bien común. Ella debe comprender a su vez, ante todo, el bien o la perfección inmanente que deriva a las personas que forman la sociedad de su cooperación en ella, inalcanzable sin esa cooperación. Pero supone también —en el orden de la causalidad *quasi-material-dispositiva*— como elementos que le estén jerárquicamente subordinados, todo aquel conjunto de bienes exteriores a la persona que posibilitan aquella perfección inmanente.

¿Cómo realizar este ideal?

Aquí intervienen las otras dos instancias. La *autoridad* legisla, vigila, aplica —sanciona si es preciso— todo un *plan normativo* de ordenación de las conductas individuales, en una *mutua disposición* relativa de los elementos de que consta la vida social *que sea apta* para realizar lo más posible aquel *ideal* (bien común). Y la observancia —espontánea o coaccionada en su caso— de las normas, implanta en la existencia real el *concreto orden social* por ellas previsto en un orden ideal o intencional.

2. *Resumiendo*: el orden previsto como meta o *fin* ideal (bien común) por un *ordenamiento normativo* ejemplar y vinculante (normas sociales) —elaborado por una *autoridad* celosa de su efectiva vigencia— es implantado de hecho en el grupo comunitario al ir surgiendo, con la observancia, el *orden vivido* (ajustado a aquel orden ideal) que le configura como sociedad: es su causa formal.

La idea de *orden* es, por consiguiente, el núcleo esclarecedor de la filosofía social. Orden como *forma intencional* constitutiva del bien o fin común. Orden *ejemplar*, acompañado de moción intimativa y *obligatoria*, de las normas. Y orden como *forma actualmente configuradora* del grupo comunitario en sociedad organizada.

Es este último la causa formal propiamente dicha de la sociedad: pero deriva ella a su vez del influjo causal del fin (causa final y especificativa), ejercido mediante la norma ejemplar y vinculante (causa ejemplar y eficiente moral) de la conciencia personal mediante la obligación según el proceso que será estudiado en la sección 2.^a

El fin (causa final) es, como tal, extrínseco a la conducta social organizada, es decir, a la realidad social. Pero imprime a ésta como efecto de su peculiar eficacia causal, la impronta ordenadora que la organiza como sociedad. Surge así el *orden concreto* y dinámico como una participación del *orden ideal* del bien común.

Sección 2.^a

OBLIGACIÓN PERSONAL DE CONCIENCIA

1. *Efectos de la ley.*

La norma presenta un orden ideal a manera de semejanza o arquetipo al que debe ajustarse la conducta, ya intrasubjetiva (si se trata de una norma ética individual), ya, además, intersubjetiva (si se trata de una norma ético-social, entre las cuales se encuentran las normas jurídicas). Es, pues, *causa ejemplar* de la rectitud de la conducta, que no es otra, precisamente, que el concreto orden vivido (intrapersonal o interpersonal), que surge en ella, a su vez, como consecuencia de un efectivo influjo de las normas. Esta influencia la ejercen, precisamente, vinculando a la conciencia (moción moral, eficiencia moral) mediante la *obligación*.

Para entender de qué manera tiene ello lugar, analicemos las características propias de la obligación.

2. *La obligación o deber ético.*

Partimos para ello, de la experiencia del hecho moral. Advertimos que la norma ética se presenta a la conciencia vinculándola sin condiciones: «haz esto»; «no lo hagas». Se trata, pues, de un imperativo absoluto (incondicional), categórico (sin apelación posible: no hay excepciones, ninguna autoridad humana podría dispensarlo). La infracción de sus exigencias lleva consigo remordimiento. Renace de nuevo en la conciencia ante cada nueva situación.

3. *¿Cómo explicarlo?*

Son insuficientes las teorías de Kant (voluntad-razón-práctica-autónoma, que se dicta a sí misma su propia norma: el deber por el deber, vacío de contenido, totalmente a priori); del positivismo sociológico —Comte, Durkheim— (presión de las costumbres sociales, coacción del medio ambiente, consecuencia de la educación, utilidad, etc.), de Nietzsche (Es una consecuencia del temor —moral, de esclavos, que debe ser superado por el superhombre, que está más allá del mal y del bien, de que hablan los moralistas clásicos que deberían ser colgados sin excepción)...

No es difícil hacer ver, en efecto, la insuficiencia de estas posiciones; ninguna realidad intramundana podría dar cuenta cabalmente explicativa de los caracteres con que se presenta. El yo no puede haberse dictado su

propia ley obligatoria (Kant), porque se siente claramente sujetado, constreñido por ella: es súbdito de su imperio, sin ninguna excepción posible, sin condiciones. De lo contrario, bastaría autosuspenderla con concederse una excepción. Pero no podríamos obedecer a tal ilusión: la conciencia nos lo reprocharía, desaprobando la conducta opuesta al imperio de una ley sólo aparentemente suspendida (remordimientos). En cuanto a la presión social, el temor a una sanción... es indudable que juegan una función en orden a reforzar un imperativo moral, o —en su caso, a la posible posición de una conducta inmoral—. Pero es fácil responder: aunque de hecho aquella presión o aquel temor sea el carácter empíricamente más saliente, más aparente (por ello se fijan en él los positivistas), no es el más esencial, no es lo constitutivo de la obligación. Puede ser algo consecutivo que refuerce un precepto ético, o algo que contribuya a seguir una costumbre quizás inmoral. Pero tanto ella como el temor de hacer algo por el «qué dirán», o por alguna sanción de la especie que fuere, lleva consigo de manera inexorable el reproche de lo que la conciencia no deformada juzga como malo «de suyo». Sólo de Dios Supremo ordenador (Ley Eterna) puede proceder la obligación. Desarrollar esta idea con rigor nos llevaría a formular el argumento deontológico para probar la existencia de Dios, Supremo legislador, baste hacer aquí, tan sólo, acerca del constitutivo o esencia de la obligación: las siguientes observaciones.

4. *Constitutivo de la obligación.*

La obligación es precisamente aquella presión que experimenta mi voluntad, ejercida por el entendimiento que ha advertido un bien necesario, para mi bien total. El sentimiento de obligación es el de una *atadura* (una ligazón, una necesidad moral categórica) que deriva de la visión intelectual de un bien sustancial (*bonum honestum*, bueno solamente de suyo) alcanzable sólo concertando mi conducta según una norma o patrón de comportamiento que a él conduce, me siento constreñido, categóricamente obligado a observar aquella norma. No es éste el caso de los bienes relativos, que no son advertidos por mí como necesariamente ordenados a la consecución de mi bien total. Guardan con él un nexo tan sólo contingente, y los imperativos que a él apuntan no tienen este carácter de absoluto o categórico propio de la obligación, sino meramente condicional o hipotético (normas técnicas).

Es cierto que en la práctica puedo evadirme de la presión obligatoria y obrar en contra de su imperativo categórico. Pero sólo es ello posible en virtud de una *no consideración* de la norma que me obliga. En el momento de la visión concreta y enteramente individualizada de la acción

en contra del mandato ha debido desviar la atención, dejar de tener en cuenta lo que vio mi inteligencia como opuesto a mi verdadero bien, deteniéndome en su lugar, en la consideración de otros aspectos apetecibles (deleite o utilidad). Ello es así porque me es absolutamente imposible querer algo que veo como mal en tanto que es malo. Debo, pues, apartar la mirada en el momento de la acción de este aspecto por el que no es apetecible (sabiendo perfectamente que es malo: advertencia), para fijarme en estos aspectos apetecibles más acordes con las malas disposiciones actuales que estaba en mi mano modificar.

Es propio de bien «en sí» (bien sustancial) mover a la voluntad —por medio de la inteligencia— de una manera categórica, «sin condiciones». La mueve, pues, constriñéndola, ligándola a la observancia de la conducta que a él conduce, sin apelación posible. La moción es más fuerte que la de los bienes relativos, que no son presentados a la inteligencia en un nexo necesario con el bien total: la atracción sobre la voluntad del bien sustancial a diferencia de estos últimos, es de suyo invencible. Hasta el punto que sólo por un momentáneo desvío de la atención a este vínculo necesario advertido por la inteligencia es posible otra conducta de ella diversa orientada a un bien relativo.

Por este motivo ha sido calificado de su especial influjo de *eficiencia moral necesaria*, pues tiene de suyo, a diferencia de los bienes relativos que son de elección *arbitraria*, virtualidad suficiente para mover a la voluntad señalando una *necesidad moral*.

(La eficiencia en sentido estricto —eficiencia física— compete tan sólo, en este plano espiritual, a la voluntad. Pero es tal la analogía que con ella guarda la moción intelectual o intencional del bien obligatorio, que no se ha propuesto otra denominación más adecuada para caracterizarla que la de eficiencia, si bien en un orden intencional o moral, por atracción final, no por moción física.)

5. Orden de la especificación y orden del ejercicio.

La obligación se experimenta en el *juicio de conciencia* que aunque concretado a la situación es todavía teórico, pues se refiere a una posible conducta que puede o no ser puesta en práctica por la decisión. Es decir, por el conocimiento inmediatamente práctico y realizador, éticamente calificable de prudencial. O dicho de otra manera: la obligación se experimenta todavía en un orden todavía teórico: el orden de especificación de una conducta como buena o mala (moralmente). Pero sólo influirá o no en la conducta en otro orden distinto: en el eminentemente práctico de la concreta decisión (orden del ejercicio). Influirá o no según que

haya sido atendido o no el bien que señala la norma ética en el momento que se decida y obra. Veámoslo.

Obsérvese que la conducta discorde con la norma sólo es posible en la medida en que el «yo» escapa a la presión necesitante de la obligación, por haber apartado la consideración del bien moral a que la norma apunta, para fijarse sólo en el *mal ontológico* —desagradable poco útil— de la conducta disconforme.

Y ello porque nos es imposible querer algo en tanto que es malo. La voluntad tiende necesariamente al *bien en abstracto*.

Pero si se atiende al bien normativo (*bonum honestum*) apartando la vista por supuesto de sus aspectos ontológicamente malos, surge la decisión recta y prudente; la conducta éticamente buena ordenada según el modelo ejemplar que presenta la norma moral (en cuanto individualizada a la situación concreta por el juicio obligante de conciencia).

Sección 3.^a

PROCESO PSICOLÓGICO DE TRANSFORMACIÓN DEL ORDEN IDEAL OBLIGATORIO-ÉTICO NORMATIVO-(INDIVIDUAL O SOCIAL), EN CONCRETO ORDEN VIVIDO (INTRAPERSONAL O INTERPERSONAL)

1. Estudiaremos brevemente el proceso psicológico de esta transformación del orden ideal en orden vivido y existencial. Nos referimos aquí tan sólo a la observancia espontánea de las normas, pues, aunque puede ser en ocasiones forzada la conducta mediante concretas coacciones físicas en su exterioridad, ello ocurren tan sólo en el ámbito reservado a la peculiar eficacia de las normas jurídicas, únicas que admiten una efectiva influencia en lo social usando medios coactivos en sentido estricto, porque hacen abstracción de la dimensión interna éticamente calificable de la prestación social obligatoria.

La norma se constituye como tal cuando es concebida por su autor o conocida íntimamente por su destinatario. El legislador comunica la ley por el acto de promulgación. Gracias a ella —sea de la naturaleza que fuere— es conocida, y se constituye de nuevo en norma al ser racionalmente asimilada por el súbdito. Participa él en el conocimiento del orden que conduce al bien común establecido por aquél principio normativo de carácter general, y como consecuencia de su cabal conocimiento, se siente constreñido y obligado a ajustar su conducta a aquel orden, único que hace posible el advenimiento de su propio bien, implicado necesariamente en el de los demás. Puede decirse, en consecuencia, que cada uno es su ley

para sí mismo, en la medida que participa conscientemente en el orden que propone quien gobierna. El súbdito, por racional, debe utilizar la inteligencia al obedecer, actuar aprobando intelectualmente la sabiduría del mandato.

Si no desvía su atención de la norma, como consecuencia de un conjunto de malas disposiciones que estaba en su seno modificar (salvo en casos patológicos), prorrumpirá necesariamente en la concreta conducta que reclama la norma de manera general.

Es preciso para ello una particularización del principio normativo general a la concreta situación. Aquí interviene —con el inicio físico-práctico de conciencia— el *conocimiento prudencial*, cuyas características están turnadas en la aplicación singularizadora de todos los principios normativos generales que se refieren a la concreta situación (en función de todas las circunstancias que la individualizan). De esta manera la luz de la ley pasa al acto por medio de la prudencia (individual o política) que dirige la conducta concreta apoyándose en los principios generales normativos, y de la voluntad debidamente rectificadora que la ejecuta.

La norma social, pues, comunica su forma ideal ordenadora a la conducta (individual o de alteridad) por ministerio de la prudencia (individual o política).

La norma es, pues, *mediante la obligación, causa del orden social en abstracto*, y por intermediario de la *prudencia* individualizadora de la norma práctica que dirige y de las virtudes de la voluntad que ejecuta, *causa del orden concreto* existencialmente vivido y configurado de la vida comunitaria. Realiza así el orden social adaptándolo a las exigencias ideales del bien común.

Según este proceso, va surgiendo de manera sucesiva el orden social dinámico. La continua repetición de actos de la conducta establemente ordenada no puede menos de contribuir al origen y a la consolidación de las virtudes sociales, imprimiendo aquella facilidad y prontitud que permite una rectificación de las facultades sociales operativas en orden al cumplimiento de sus imperativos. Quiere ello decir que al ordenar la vida comunitaria promueve el advenimiento de la paz y engendra la virtud que da origen a la felicidad terrestre (bien común participado). Es la virtud, que da origen a la felicidad terrestre el verdadero principio vital de la realización del bien común. El orden social en virtud ejercida, y el ejercicio mismo es a su vez en una mutua implicación fuente y vida de virtudes ciudadanas.

En la medida misma en que las normas sociales no obtienen una espontánea observancia, se van corrompiendo las virtudes, ya mengua-

das por el inicial incumplimiento; se quebrante el orden y se pone en peligro la paz social. La conducta en desacuerdo con las normas sociales es una conducta antisocial en el más pleno sentido de la palabra, pues se atenta contra el principio mismo de la vida de la sociedad que es la unidad.

La última esfera —la de las relaciones interpersonales propiamente dichas— da lugar a las normas sociales directamente enderezadas a regular la conducta de alteridad, referida a la virtud cardinal de la justicia.

De todas las normas comprendidas en estos sectores, algunas, como tuvimos ocasión de ver, son *coactivamente exigibles*, en cuanto regulan el mínimo necesario para la subsistencia del cuerpo social organizado (normas jurídicas referidas a la justicia estricta). Entre ellas puede haber algunas que, si bien se enderezan a regular la conducta referida directamente a virtudes individuales y a la virtud de la religión, pueden ser también consideradas, de manera mediata de justicia estricta (plenamente jurídicas y exigibles) si es ella —su posición externa, por lo menos— necesaria para evitar que se ponga en peligro ese mínimo de estabilidad y de interna unidad y cohesión —orden— sin el cual no podría subsistir la comunidad. «La ley (jurídica) no propone preceptos sino de actos de justicia, y si impera actos de otras virtudes, lo hace sólo en cuanto *assumunt rationem iustitiae* (S. Th. 5-II, 100, 2).»

Pero también el objeto de las otras normas sociales debe estar necesariamente referido a la justicia como a su estrella polar: no hay ángulo de la conducta humana de alteridad que no se halle en la órbita ideal de la justicia bien de la justicia estricta, bien de alguna de las otras virtudes satélites que de ella participan. Pero no regulan ellas una conducta de estricta justicia (jurídica), sino deberes referidos a algunas de sus *partes potenciales*: en nuestro caso a la dimensión social de la virtud de la religión, o a cualquiera de las virtudes sociales de veneración o civilidad —singularmente la afabilidad o amistad ciudadana— que enriquecen y completan las relaciones de justicia estricta, contribuyendo a hacer amable la vida social y el recíproco cumplimiento de los deberes. De ellas se puede decir, pues, que prolongan y completan la justicia estricta en algunas de sus deficiencias. Son complementos (jurídicos).

Pero debemos añadir todavía aquellas exigencias éticas, que señalan un ideal de continua superación sin medida, del amor sobrenatural de caridad o del amor natural de perfecta amistad.

Todavía hay otras reglas que de hecho determinan la conducta social del hombre en relación con sus semejantes, que no son necesariamente

éticas ni absolutamente vinculantes. Nos referimos a multitud de normas de cortesía, decoro, decencia, urbanidad... y, en general a aquellos *convencionalismo sociales*, usos y costumbres que se imponen progresivamente en la vida de relación. Tales reglas, sin embargo, deben considerarse más bien como formas embrionarias de ley, preceptos morales o normas jurídicas en vías de positivización, sin que quizás nunca lleguen a ella.

No son ellas, pues de *suvo* normas categórica absolutamente vinculantes. Aunque algunas se impongan en ocasiones de un modo tiránico como reglas de conducta, en principio son de libre cumplimiento.

También pueden ser consideradas como reglas sociales todo un conjunto de normas de índole *técnica*, tales como las de naturaleza *económica*, que gobiernan el acondicionamiento de la producción, trueque y disfrute correctos de los bienes materiales. Aunque no sea posible conseguir una eficacia social en las relaciones económicas sin un mínimo de ordenamiento jurídico subyacente que les dé forma y estabilidad (y que las enderece al bienestar común de todos), están sujetas ellas, indudablemente (como en general todas las reglas que gobiernan los productos de la dimensión técnico-artística de la actividad del hombre) al dominio de la ética.

3. *Derecho y amor.*

Taymans ha profundizado teológicamente en la ejemplaridad de la Comunidad Trinitaria para la comprensión de las relaciones sociales. «Es desde la Trinidad como es preciso considerar al hombre, hecho a imagen y semejanza del Creador, para descubrir las normas inmutables de toda la sociedad digna de tal hombre. Tales normas están inscritas en la vida divina, donde nada subsiste que no sea mutua comprensión y amor mutuo».

«Así como en Dios, la necesidad de naturaleza Trinitaria es a la vez aceptación consciente, amor y donación en la vida íntima intratrinitaria *en una identidad* misteriosa para nosotros —pues no podemos entender la conciliación entre lo absolutamente necesario y lo soberanamente libre— la necesidad de naturaleza por la que el hombre vive en un grupo social debe trocarse en aceptación espontánea y donación generosa de su Yo.»

«También es necesaria la comunidad de Personas Divinas para realizar las obras distintas de Dios (ad extra). Pero la necesaria unidad de esta acción común no supone ninguna coacción porque aquella necesidad natural es libremente consentida por cada una de las tres Hipóstasis Divi-

nas, como la necesidad de ser un sólo y mismo Dios es libremente aceptada y amada por ellas. De modo análogo, la sociedad humana, imagen de la Trinitaria, debe trocar la necesidad que imponen los deberes sociales en un consentimiento espontáneo.»

«Forzando el acceso de las conciencias no se pueden establecer relaciones sociales duraderas... todas las presiones deben trocarse en aceptación gozosa de las necesidades que ellas expresan».

«Se donner l'un a l'autre et s'accueillir l'un à l'autre; c'est donc ainsi que doivent être définis les rapports sociaux» (*Le Mystère Primordial*, París, 1946, págs. 88 y ss.).

El incremento del amor, lejos de menguar las relaciones de justicia —se ha puesto de relieve— espiritualiza sus exigencias, como el amor de Dios no borra, sino que hace más delicado y profundo el temor de ofenderlo. Aunque el amor del amante —que supone ya radicalmente una semejanza ontológica— arrebatada al amado en el acto por el que viven ambos intencionalmente en el otro, no suprime tan íntima unión la incommunicable subsistencia personal ni —por consiguiente— las relaciones de alteridad referidas a normas de estricta justicia.

La justicia y el amor tiene, pues, virtualidad rectificadora y unitiva de la *misma conducta* humana de alteridad. Pero su misión es específicamente distinta: mientras las normas de justicia estricta se enderezan a procurar aquel mínimo de orden en la conducta exteriorizada que preste el indispensable armazón y forma configuradora al cuerpo social, el amor infunde aliento vivificador a ese mismo cuerpo, espiritualizando la prestación de las exigencias del «otro» con la libre donación que inspira el amor del otro como «prójimo».

En este sentido se ha podido decir que no hay sociedad en el pleno sentido de la palabra sino en la medida en que la necesidad moral de las *obligaciones* sociales y jurídicas se mudan en un consentimiento espontáneo a las leyes obligatorias.

CONCLUSIÓN

1. *Las relaciones jurídicas entre las relaciones sociales.*

Hemos descubierto todo un conjunto de órdenes normativos mutuamente engarzados entre sí —y en ocasiones superpuestos— que regulan la actividad social del hombre. Aunque fundados todos ellos en la naturaleza de la vida social, han debido ser necesariamente positivizados en buena parte, por razones bien conocidas, constituyendo sistemas de normas jurídicas, morales, religiosas y técnicas.

Corresponde a la prudencia política particularizar en cada una de las situaciones concretas de la vida comunitaria todas aquellas exigencias normativas generales, en función de todo el conjunto de circunstancias que las configuran como singulares.

De las ideas que acabamos de exponer casi esquemáticamente se deduce que, a pesar de la importancia del Derecho como norma para la vida comunitaria —derivada de su imprescindibilidad para la configuración externa y para la misma subsistencia del cuerpo social— no constituye él, sin embargo, el único vínculo que mantiene unida a la comunidad.

No menos importantes que las relaciones jurídicas son los restantes vínculos que configuran la convivencia de los hombres, especialmente el amor. Cuando falla el ejercicio de las virtudes (regulado por aquellas normas metajurídicas a que acabamos de aludir), y cuando desaparecen los usos y costumbres y el verdadero amor, el derecho es impotente para sustituirlos.

2. *Las normas jurídicas entre las normas sociales*

Para descubrir el último sentido de la normatividad ético-social, nada mejor que contemplar su vigencia en el amplio cuadro de la vida social. Parece imprescindible para ello observar en sus mutuas implicaciones o influencias las diversas esferas de normas que la regulan. ¿Cuáles son ellas? Deberemos tener en cuenta, para averiguarlo, la naturaleza misma del ser personal que vive en sociedad. Sabido es que, en esta perspectiva de pensamiento, toda norma que señala un *deber ser* ha de descubrirse considerando la naturaleza del *ser*, pues ella nos manifiesta su peculiar teleología, y nos indica, en consecuencia, qué es conveniente para él; lo que ha de hacer y lo que ha de omitir. Tiene en este sentido carácter normativo.

Descubrimos al considerar a la persona en sociedad que se halla inmersa en un orden de relaciones múltiples. Se relaciona ante todo, también en cuanto social, con Dios creador, pues de El depende todo un ser. Advertimos, además, dentro de la naturaleza humana todo un conjunto de relaciones que fundan un orden jerárquico en el ejercicio de sus facultades espirituales y de sus fuerzas inferiores, tales como los apetitos sensibles. Si falta la debida jerarquía entre ellas de manera notable, puede tener su desorden una influencia perturbadora en la vida social. Finalmente, descubrimos todo un abigarrado repertorio de relaciones de alteridad (interpersonales), por las cuales se refiere bien inmediatamente a personas, bien mediante cosas de naturaleza irracional: pues los hombres se comunican entre sí por las acciones y cosas exteriores.

De la consideración de todo este orden natural de relaciones surge todo un conjunto de consecuencias normativas, queridas por Dios, que regulan la conducta del hombre en sociedad en las correspondientes esferas de relaciones, en orden a la implantación del bien común y en última instancia, el fin último de los asociados. Son pues, todas ellas normas ético-sociales de conducta.

De aquella primera relación esencial a Dios derivan concretas normas sociales de carácter *religioso* (referidas a la virtud de la religión) concordes al carácter constitutivo y necesario de tal relación de absoluta y total dependencia al Ser Fundamentante.

Las relaciones internas entre las diversas esferas de facultades determinan a su vez todo un conjunto de normas *éticas individuales*, tales como las referidas a las virtudes de templanza, fortaleza, prudencia individual, etcétera, también tienen ellas una dimensión social, en la medida —decíamos— en que pueden afectar indirectamente al bien de los demás asociados.

PROF. JOAQUÍN FERRER ARELLANO

LA FUNCION DEL DERECHO EN EL RESGUARDO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una de las principales y más importantes funciones que cumple el Derecho reside en la protección *internacional* (Organización de los Estados Americanos, Naciones Unidas y sistema de la Convención de Roma) y *nacional* (Constitución y disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia) de los derechos fundamentales de la persona humana. En ambos planos, hay que distinguir el aspecto *sustantivo*, en el que se ha llegado a un avanzado desarrollo en cuanto a la formulación de amplias y completas *declaraciones* positivas del ramo, y el aspecto *adjetivo* o *procesal*, en el que la realización y el resguardo *efectivo* de estas garantías se resiente, en mayor o menor medida, de graves vacíos y deficiencias.

En todo caso, antes de referirnos a la diferente situación en que se encuentran, en cuanto a su cumplimiento práctico, los derechos individuales clásicos y los modernos derechos culturales, sociales y económicos, cabe plantear dos observaciones previas:

1.º Que el resguardo internacional de los derechos humanos, además de estar aún en una fase muy incipiente, en la mayor parte del mundo, está supeditado —por lo menos hasta ahora—, a la existencia y el mantenimiento de un real Estado de Derecho dentro de cada nación, requisito sin el cual la tutela supranacional pierde su eficacia (cfr. el reciente caso de Grecia, en relación con la Convención de Roma); y

2.º Que el Derecho está lejos de ser el *único* instrumento para asegurar el respeto de los derechos humanos. Indudablemente, su función es importantísima en la enunciación y configuración legal de estas prerrogativas, como asimismo en el establecimiento de los mecanismos necesarios para hacerlos efectivos; pero, la experiencia histórica demuestra que sólo es posible lograr un régimen de observancia de estos derechos en las sociedades que han alcanzado un elevado nivel de progreso cultural, político, social y económico. El Derecho es necesario en el campo que nos ocupa, pero no es suficiente, ya que el pleno cumplimiento de

su misión está relacionado con un complejo conjunto de condiciones de la índole señalada.

Para apreciar más claramente la función de la ley en el resguardo de los derechos humanos, es necesario tratar en forma separada las dos grandes áreas en que éstos se dividen: *individuales* y *sociales*.

a) Los llamados *derechos individuales* clásicos —enunciados en parte en la «Carta Magna» y desarrollados típicamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en las diez enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos y en las constituciones y leyes complementarias del siglo XIX—, tales como el derecho a la vida, a la libertad —en sus múltiples manifestaciones—, de propiedad, de igualdad, de reunión, de asociación, de inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, están cautelados, en la práctica, por eficaces medios legales que aseguran su observancia o restablecimiento.

Todo derecho, como es sabido, impone una obligación correlativa de respetarlo, que recae, según su naturaleza, sobre determinadas personas o sobre la comunidad entera. En el caso de los derechos individuales, esta obligación es *meramente negativa*, lo que facilita su tutela legal, ya que consiste, fundamentalmente, en no interferir o atropellar la esfera de seguridad personal que estas prerrogativas reconocen. Se cumplen estos derechos, por ejemplo, no matando; no deteniendo, encarcelando o condenando ilegítimamente, no despojando a las personas de sus bienes; no imponiendo cargas discriminatorias; no impidiendo las reuniones y asociaciones; no violando el domicilio y la correspondencia, etc. El deber jurídico que imponen estos atributos es, por lo tanto, de mera *abstención*: se cumple *no agravando*, o, eventualmente, *reparando* el agravio que pueda haberse causado.

Todos los sistemas legales contemplan amplias disposiciones, tanto sustantivas como procesales, para el resguardo de los derechos individuales.

Las sustantivas no son solamente anunciativas o declarativas, sino que refuerzan la observancia de las respectivas garantías mediante la imposición de drásticas sanciones a los transgresores. Las leyes penales configuran y castigan, en efecto, numerosos hechos que vulneran estas prerrogativas, tales como el homicidio, las detenciones ilegales, el hurto y el robo, la prevaricación, la violación de domicilio y de correspondencia y, en general, en una extensa nómina, los delitos contra los derechos garantizados por la Constitución.

Desde el punto de vista procesal, existen diversas y eficaces acciones judiciales, e incluso, administrativas para obtener el restablecimiento

del derecho desconocido o transgredido v. gr., el *habeas corpus* o recurso de amparo, para recuperar la libertad personal; y la acción reivindicatoria y las acciones posesorias, para recobrar la propiedad o la mera posesión de los bienes. Otras están destinadas a obtener la sanción de los culpables de la transgresión de la ley, como son las acciones penales que corresponden a los delitos que afectan a los derechos individuales.

b) En el caso de los *derechos culturales, sociales y económicos* —como el derecho a la educación, los derechos laborales, el derecho a la seguridad social, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, etc.—, la situación es muy diferente a la anterior. La realización de estos atributos no se cumple mediante una simple abstención de carácter, meramente negativo, sino que, por el contrario, ellos exigen una *acción positiva* de la autoridad o del cuerpo social, destinada a satisfacerlos. El Estado, las instituciones y las personas deben desarrollar, con este objeto, una labor encaminada a *crear las condiciones o a proporcionar los servicios* necesarios para que se hagan efectivas las disposiciones legales sobre la materia.

La función del Derecho, en este segundo grupo de prerrogativas, se hace mucho más difícil y, en algunos casos, resulta inoperante, no sólo por falta de organismos jurisdiccionales y de medios procesales o administrativos para llevarlas a la práctica, sino también, muy especialmente, por la imposibilidad material o social de lograrlo. Un ejemplo aclarará lo expuesto. De acuerdo con el artículo 25, núm. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, toda persona tiene derecho «a un nivel de vida adecuado», que le asegure, entre otros bienes, la vivienda, la asistencia médica y los beneficios de los seguros sociales. Teóricamente, si el interesado no ha logrado satisfacer sus necesidades respectivas en forma directa y por su propio esfuerzo, sería posible exigir, por la vía administrativa o judicial, que el Estado diera cumplimiento a sus derechos. Pero, si en el país, en la época y en la localidad en que vive el reclamante no existieran habitaciones ni médicos disponibles, ni se hubieran creado servicios de seguro social, los mecanismos propios del ordenamiento jurídico estarían en la imposibilidad de lograr que se realizaran sus peticiones. Más compleja aún se presenta la situación real y concreta cuando se garantiza a toda persona, por ejemplo, el «derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo». (Art. 23, núm. 1, de la «Declaración».).

Esbozemos a continuación, la forma cómo los países más adelantados, en el mundo de hoy, han encarado el cumplimiento, a través del

sistema jurídico, de algunos de los principales derechos culturales, sociales y económicos:

1) *Derecho a la educación*.—Educación fiscal y particular gratuitas en todos los grados, a la que todas las personas puedan tener acceso, sin exclusión alguna. *Tutela legal*: Acciones administrativas (y, eventualmente judiciales), ante una negativa de matrícula a quien reúna los requisitos correspondientes;

2) *Derechos laborales*.—Remuneración mínima, igual salario por igual trabajo, jornada de trabajo limitada, descanso en días feriados, vacaciones periódicas pagadas, derecho a sindicarse, etc. *Tutela legal*: Acciones administrativas y judiciales para hacer cumplir estos derechos o para obtener, en su caso, un resarcimiento económico;

3) *Derecho a la seguridad social*.—Resguardo de los riesgos de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, etc. *Tutela legal*: Acciones administrativas y judiciales para exigir el cumplimiento de las prestaciones correspondientes de parte de los servicios fiscales o particulares de seguro;

4) *Derecho a un nivel de vida adecuado*.—Alimentación, vestuario, y vivienda, etc. *Tutela legal*: Aún inoperante, salvo en la medida en que estas prerrogativas básicas se realicen como una consecuencia de haber llevado a la práctica los derechos señalados en los apartados anteriores;

5) *Derecho a participar de la vida cultural de la comunidad*.—Libre acceso a los beneficios y al goce de la cultura, de la ciencia y de las artes. *Tutela legal*: También aún inoperante, en forma directa.

Es fácil advertir que el resguardo legal y procesal de este segundo grupo de derechos, incluso, en las naciones donde parecen mejor garantizados, suele ser difícil y adolece de no pocos vacíos y deficiencias. La razón de esta situación de hecho, que contrasta con la eficacia alcanzada en el amparo de los derechos individuales, radica, a nuestro juicio, no sólo en un insuficiente desarrollo de los medios técnico-jurídicos que se requieren en este campo, sino, muy especialmente, como ya lo hemos indicado, en la circunstancia de que en muchas regiones del orbe no se han dado todavía las condiciones culturales, socio-económicas y materiales necesarias. Este insatisfactorio estado de cosas, que impide o entraba la

realización de una de las más importantes funciones del Derecho, como es la tutela legal de los derechos humanos), es particularmente grave, y a veces dramático en los países subdesarrollados.

Señalaremos como conclusión que la lucha por la plena realización en el mundo de los derechos humanos debe darse, por lo tanto, conjuntamente, en varios planos, que confluyan a hacer efectivas estas prerrogativas fundamentales del hombre.

Es básico y urgente, en primer término, impulsar una campaña universal y sostenida, mediante la difusión de la cultura y de la educación pública, y a través de los medios de comunicación social, para inculcar en todos los hombres una aguda conciencia de la suprema dignidad y libertad de la persona humana.

Es también indispensable, como una condición político-jurídica para el resguardo de estas prerrogativas, promover a la formación y el mantenimiento de regímenes políticos y de formas de Gobierno que aseguren un irrestricto respeto al Estado de Derecho. Dentro de este último concepto, incluimos, obviamente, la vigencia de un sistema de disposiciones sustantivas y procesales que garanticen la observancia de los derechos humanos.

Por último, como un marco imprescindible para el real cumplimiento de los derechos sociales —y, en gran medida, también de los individuales— señalaremos la existencia en la sociedad de un elevado ambiente espiritual y moral y de un alto nivel de desarrollo socio-económico, que proporcione, a todos los sectores de la población, las condiciones necesarias para poder desenvolver una vida verdaderamente digna y libre.

POR JORGE IVÁN HÜBNER GALLO
*Profesor de Introducción al Dere-
cho de la Universidad de Chile.
Doctor en Derecho de la Universi-
dad Central de Madrid.*

THE FUNCTION OF LAW IN INTERNATIONAL SOCIETY

BY DR. NAOSHIGE IMAI, PROF. OF OSAKA UNIV. OF ECONOMICS AND
LAW. JAPAN.

Supernational legal norm as idee of law.

The law is a universal principle of mankind and not to be confined only to a narrow region of a special state. It is intended to realize justice in the actual life of human beings. So, in this meaning, the object of law should be the whole world. The common legal idee of mankind in the world requires to make a common norm of an international community (jus gentium). According to the doctrine of Aristotle, the law derived from nature (physis) is a common norm (nomos koinos) throughout the world and not a special law only appropriated to a certain state (nomos idios).

Roman Emperor Justinian wrote in his famous Institutiones Romana «omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur.» So even in every positive law, there is the same principle of humanity, for the law is a universal truth postulated by human reason of mankind (vernünftiges Wesen) in the community, that is, «jus est in interiore homine habitat veritas et exigente humanis necessitatibus» as St. Augustine said. This shows that the community of all mankind necessitates a common legal norm, as Cicero said «insignis humani generis similitudo.»

Thus the law should necessarily be established on the basis of the whole mankind in the world. It should be based on justice and include the whole mankind. The idee of law is justice and the raison d'être of law lies in realizing justice in the human community.

Such a supernational and humanistic tendency we can find in the constitution of several states in the world after the first world great war. Mirkin-Guetzévitch emphatically designates this very point in his Droit Constitutionnel International. In it he discussed the phenomenon of inter-

nationalization of national law. This tendency can be found in the new constitution with many provisions to meet the international legal norm. The phenomenon to unify the national law and the international law (*principe de l'unité de droit public*) can considerably be found in the concurrence of their contents.

This is due to the fact that the law is the product of legal consciousness of mankind and human consciousness cannot be different at home and abroad. Both international law and national law are produced by the same legal consciousness of human being. According to Mirkin-Guetzévich's doctrine, this tendency can be traced back up to the French revolution. (*L'influence de la révolution française sur la développement du droit international*) As a result of the French revolution an international treaty caused to restrict the states and consequently the nations (*citoyens*). So the international treaty (*jus gentium*) restrains the people in general in the world. That is to say, the principle of *le traité a force de loi* has come to be found in the constitution of every state in the world.

Concurrence of state and international laws.

In the modern constitutional democratic states where fundamental human rights and public welfare are, to the most, respected, and justice as idea of law is expected to be realized, the violation of an international treaty should be denied. For in the constitutions of theirs the duty of the people to observe the international treaties is provided and so the violation of them means that of the constitution. So it is impossible to infringe the international treaties. It was the constitution of the United States that clearly provided international treaties as the supreme law of the land.

In the constitution of the United States, article 6, section 2, declares that this constitution and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land. The same provision can be found in the constitution of the United States of Mexico. That is, article 133 lays down that this constitution and the laws of the United States of Mexico which shall be made in pursuance thereof and all treaties made or which shall be made under the authority of the president of the republic, with the approval of the congress, shall be the supreme law of the land. According to these provisions international treaties are the supreme law of the land with the equal authority to the constitution. Likewise, chapter 10, article 98, section 2, of the Cons-

stitution of Japan, tells us that the treaties concluded by Japan and established laws of nations shall be faithfully observed. The constitution of the Esthonian Republic (now one of the Soviet Union Republics), article 4, provides that universally recognized general rules of international law are parts of the Esthonian laws (1920). And also article 4 of the constitution of German Reich proclaims that the generally recognized rules of international law are valid as binding constituent parts of the law of the German Reich (1919). The same provision can be found in article 9 of the federal constitutional law of the Republic of Austria saying that the universally recognized rules of international law are accepted as integral part of the Austrian Republic (1920). In the Italian constitution, article 1, section 1, we find the same clause providing that the legal order of state of Italy shall submit to the principles of generally recognized international law. The principle of respecting treaties and international law as the supreme law of the state with equal authority to the constitution conspicuously appeared after the first world war. In the Spanish constitution, article 7 prescribed that the state of Spain shall respect the universal rules of the international law and acknowledge them as parts of her positive law (1931), and also article 65, section 1 lays down that every international treaties with the character of the international law ratified by Spain and registered by the League of Nations shall be considered as component of Spanish legislation. Spanish legislation shall be appropriate to these rules. Article 7, in Dutch constitution, provides that the universal rules of the international law shall be recognized as parts of the national law and be observed by the people. The same international tendency of provisions in the constitution can be found in the states of Germany (Deutsche Länder). In the constitution of Bayern, article 88 ordinances that generally acknowledged international rules shall be considered as parts of national law (1946). Article 67 of the constitutional rules of Hessen prescribes that the international rules shall be parts of national law (1946). And also Baden constitution provides in article 46 that the international laws generally acknowledged shall be parts of national law they restrict state (Land) and the people. (Dr. Miyazawa introduced «les tendances internationales des nouvelles constitutions» in details in the review of state science in December, 1950).

Supremacy of international law.

Moreover, making a step forward, the latest tendency shows the superiority of international law to national law. International law represents

world sovereignty. In this fact we can find the superiority of world sovereignty. This can be seen in the 4th constitution of French Republic, providing, in article 28, that the international treaty duly ratified and published shall keep legal effect even if it is against the national law. This meant that international law, that is, world sovereignty restricts the sovereignty of the state. We can find superiority of world sovereignty as above mentioned in the following provisions. Article 11 of Italian Constitution provides that the State of Italy shall agree with the restriction of her sovereignty necessary for the order to ensure the peace and justice among international relations under the mutual condition, and also the preamble, section 15, of the 4th constitution of the Republic of France declares that France consents the abridgment of her sovereignty necessary for the organization of peace and defence under the preservation of mutualism. This supremacy of world sovereignty (international law) can most expressly be seen in the fundamental law of German Federal Republic. Article 24, section 1, prescribes that Federal Republic can transfer sovereignty to the international organ (for instance, the United Nations) in accordance with law, and section 2 shows that Federal Republic agrees with the restriction of its sovereignty in order to bring about and ensure peaceful and eternal order among the nations in the world. Moreover article 25 provides that the general rules of international laws are valid as binding constituent parts of the federation. The general rules of international law are superior to the federal laws and directly give rise to right and duty of the inhabitants in the territory of the federation, and article 26, section 1, provides that activities tending to disturb or undertake with the intention of disturbing the peaceful relations between nations, and especially preparing for aggressive war shall be unconstitutional (1948). In the Spanish constitution, article 65 declares that in order to realize the rules of international treaty ratified by Spain, the government shall submit the bills necessary for them to the house of representatives as quick as possible and the diet cannot make any law contradictory to the treaties, as long as they are not denounced according to the procedures recognized by the treaty, and article 28 of the 4th French Republic constitution provides that the foreign treaty duly ratified and promulgated shall have superior authority to that of national law and so it cannot be abolished, changed, or suspended without the formal decree issued by foreign procedure. Especially in the constitution of the Free City of Danzig, it is provided that the Free City of Danzig from the time of its establishment by the principal allied powers in accordance with article 102 of the treaty of Versailles, will be placed under the pro-

tection of the League of Nations and the constitution of the Free City of Danzig will at the same time be placed under the guaranty of the League of Nations. This shows that the constitution can be altered duly in case when the League of Nations does not oppose it. That is, international restriction is imposed upon the constitution-making power (national sovereignty.)

The world sovereignty is the postulate by these international provisions of the constitutions of democratic states in the world. The purpose of establishing world sovereignty is to realize humanity or the public welfare (*bonum commune*), fundamental human rights, such as life, liberty and pursuit of happiness, or the eternal peace of the world. As for the rights to life and liberty, the provision guaranteeing them in an international legal point of view can be found in the form of the right of refuge (*droit d'asile* of foreigners in the constitution of several countries in Europe. In section 4 in the preamble of the French constitution (1946), every person who is persecuted on account of the activity for the liberty of mankind shall have right to take refuge in the territory of the Republic of France. Article, section 3, of Italian constitution provides that every foreigner who is prohibited from available enjoyment of domestic freedoms guaranteed by the Italian constitution shall have right to get protection in the territory of the Republic of Italy according to the condition provided by law. Article 129 of the constitution of the USSR declares that the USSR shall confer the right of internal refuge on foreigners who are accused on account of the interests of workers and academic activity of the struggle for racial emancipation. The constitution of Jugoslavia (1946) provides the same clause in article 31. And also the constitution of the People's Republic of China, chapter III, article 99, declares that the People's Republic of China grant asylum to any foreign national persecuted for supporting a just cause, for taking part in the peace movement or for scientific activities.

World Sovereignty

Next, the eternal peace of the world is nothing but the greatest public welfare (*bien commun*) and so it is the greatest crime against humanity, that is, all mankind to break it. So the modern democratic constitutions prescribes this supreme idee of humanity in them in the form of the declaration of renunciation of war. As all of us Japanese know, article 9 in the constitution of Japan laying down that aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the japanese people renounce war as a sovereign right of nation and the threat or use of force

as means of settling international disputes. In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized. Here is expressed a sublime ideal of humanity as superstate legal idee (world sovereignty) This superstate provision of peace (*jus gentium pacis*) as the manifestation of the highest idee of humanity can also be found in the constitutions of France in 1791, 1793, 1848. Also, the constitution of the 4th French Republic (1946), in its preamble, declares that the French Republic, faithful to its traditions, abides by the rules of international law. It will not undertake wars of conquest and will never use its arms against the freedom of any people. In article 6 in the constitution of Spain (1931) and in article 3 in the constitution of Philippine (1935) it is provided that Spain (or Philippine) shall renounce war as means of national policy. Article 4 in the constitution of Brazil (1934) ordinances that Brazil shall not declare war except in case she cannot submit a dispute to arbitration or it cannot be settled by arbitration. Brazill shall not take part in war, directly or indirectly, by herself or in combination with other countries. The constitution of the Germand Democratic Republic, in its article 5, provides that no citizen may participate in belligerent actions designed to oppress any people. In its article 26, activities tending to disturb or undertaken with the intention of disturbing the peaceut relations between nations, and especially preparaing for aggressive war, shall be unconstitutional. They shall be made subject to punishment. In its article 4, section 3, no one may be compelled against his conscience to perform war as a combatant. Details shall be regulated by a federal law. Article 11 of the constitution of Italian Republic ordains that Italy renounces war as an instrument of offense to the liberty of other peoples or as a means of settlement of international disputes, and on conditions of equality with the other states, agrees to the limitation of her sovereignty to an organization which will assure peace and justice among nations, and promotes and encourages international organizations constituted for this purpose.

The constitution of the Union of Burma, in article 211, expresses that the Union of Burma renounces war as an instrument of national policy, and accepts the generally recognized principles of international law as its rule of conduct in its relation with foreign states. In its article 212, the Union of Burma affirms its devotion to the ideal of peace and friendly cooperation amongst nations founded on international justice and morality. Article 6 of the constitution of the Republic of Korea (1948) shows that the Republic of Korea shall renounce all aggressive wars. The mis-

sion of the national military forces shall be to perform the sacred duty of protecting the national territory. In article 7, the duly ratified and published treaties and the generally recognized rules of international law shall be valid as a binding constituent part of the law of Korea.

As above mentioned, supernational legal norm as the manifestation of the idee of humanity has, in concrete form, come to be realized in the modern democratic constitutions.

World Government (Federation)

After the second world war, the United Nations has been organized as a concrete international organ to realize the supreme idee of humanity and Charter of the United Nations was established in 1945 at San Francisco.

The Charter of the United Nations (june 26, 1946) declares in its preamble that we the peoples of the United Nations determined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind,.....and to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained,.....and for these ends to practice tolerance and live together in peace with one another as good neighbours, and to unite our strength to maintain international peace and security, and to ensure, by the acceptance of principles and the institution of methods, that armed forces shall not be used, save in the common interest, and to employ internal machinery for the promotion of the economic and social advancement of all peoples Moreover Chapter 1, Article 1 provides that the purposes of the United Nations are; (1) to maintain international peace and security, and to that end: to take efective measures for the prevention and removal of theats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace; (2) to develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace; (3) to achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging and respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion;

and (4) to be a center for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends.

The United Nations will be developed to the world government, that is, the subject of world sovereignty and the charter will be to the world constitution. So-called world law will be provided one after another. At present, as world government organization (World Republic), United World Federalists Committee to frame a world constitution has been established in America. The British Parliamentary Committee for the Crusade for World Government was established in England in 1947 and expects to found World Government. Liga für Weltregierung und Weltstaat has been organized in Germany, and the world movement for World Federal Government was founded in Paris in 1946. The purpose of these international organizations is to establish World Federation with world sovereignty superior to state sovereignty to superintend every state not to disturb world peace and give disasters to mankind. The unification of every state sovereignty left out by world federation, that is, the supreme world sovereignty is intended to realize a peaceful and humanistic world as the highest and final ideal of human community.

According to Chicago Draft of a World Constitution, world government has power to superintend every state to observe world constitution, to secure and promote fundamental human rights and duties, to maintain world peace, to arbitrate and solve international disputes and prohibit the use of violence among states, to supervise the alteration of order among states, to interfere in the offence of laws concerning the peace and justice of the world, to organize and limit arms and military force of every state, to lay and collect federation taxes and to provide federation budget, to establish and manage world bank and suitable world banking organs, to supervise and acknowledge laws concerning emigration, to make use of private and public properties for the federation by requisition for public service, to establish organs to exploit natural resources on the earth, to be in charge of legislation and administration in the territory chosen for federation district where world government situates. And such powers as not be delegated to the world government are reserved to every state and every union, that is, every state sovereignty.

REFERENCES

- JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre*.
 DUGUIT: *Manuel de Droit constitutionnel*.
 REHM: *Staatslehre*.
 WILLOUGHBY: *Nature of state*.

- MATERN: *State sovereignty and international law.*
BROWN: *Sovereignty.*
DOCK: *Der Souveränitätsbegriff.*
LEHRENDORFER: *Ein Beitrag zur Lehre von Souveränität.*
GEORGONTAS: *De la notion de souveraineté.*
ASQUITH: *Outline of constitutional law.*
STRONG: *Modern political constitution.*
DICEY: *Law of the constitution.*
MORBAIN AND RAGRS: *The New Constitutions of Europe.*
PEASLEE: *Constitutions of Nations, vols. I, II, III.*
DODD: *Modern Constitutions.*
CLIAITH: *Select constitutions of the world.*
KÖHLER: *Philosophy of Law.*
BLACHLY AND OATMAN: *Comparative Government.*
COKER: *Reading in Political Philosophy.*
ASHLY: *The American Federal State.*
COOLEY: *The general principle of constitutional law.*
VYSHINSKY: *The Law of the Soviet State.*
STRONG: *The New Soviet Constitution.*
MASES: *The Federal Government of Switzerland.*
STIER-SOMLS: *Reichsverfassung.*
S. TABATA: *Thought on world government.*
MIRKINE-GVETZÉVITCH: *Les constitutions européennes.*
CHAUDHURI: *A constitution for the world government.*
PICAT: *Doctrine de la souveraineté.*
LASKI: *The state in theory and practice.*
WHEARE: *Federal Government.*

THE MORALITY OF REPRISALS

Much debate and confusion have been engendered by the lack of a clear definition of the term *reprisal*. Acts of various sorts have been justified by some as legitimate reprisals and condemned by others on the ground that they were illegitimate reprisals. In other cases, the defenders of an act have contended that what had been done was an act of self-defense, while their opponents have condemned them for committing acts of reprisal. (1) In the first sort of dispute, the parties share a common belief that some reprisals are legitimate, while in the second, they appear to share the opinion that no reprisals are legitimate, the only question to be settled being whether the acts can be characterized as self-defense and therefore legitimate, or as reprisals and therefore illegitimate. If the latter interpretation were correct, «self-defense» and «reprisals» would be normative, evaluative terms as well as descriptive ones.

(1) Cf. the British government's defense of its attack on Fort Harib in Yemen on March 28, 1964. The Iraqi delegation to the UN contended that the attack was not an act of self-defense, as the British delegate had claimed, but «a premeditated attack of retaliation». On April 9, 1964, the Security Council condemned reprisals «as incompatible with the purposes and principles of the United Nations». During the debate, the delegate of the United Kingdom argued: «There is, in existing law, a clear distinction to be drawn between two forms of self-help. One, which is of a retributive or punitive nature, is termed 'retaliation' or 'reprisals'; the other, which is expressly contemplated and authorized by the Charter, is self-defence against armed attack... It is clear that the use of armed force to repel or prevent an attack—that is, legitimate action of a defensive nature—may sometimes have to take the form of a counterattack... [The attack on the Fort was a] protective action... It indeed would be a strange legal doctrine which deprived the people of the Federation [of South Arabia] of any right to be defended, or deprived those responsible for defending them from taking appropriate measures of a preventive nature... [Destruction of the fort] has no parallel with acts of retaliation or reprisals, which *have as an essential element the purposes of vengeance or retribution*. It is this latter use of force which is condemned by the Charter, and *not the use of force for defensive purposes such as warding off future attacks.*» (U.N. Sec. Council Off. Rec. 1109th meeting, April 7, 1964, S/PV. 1109, April 7, 1964, 4-5; emphasis added.)

According to some commentators, members of the United Nations are bound by the Charter to refrain from all acts of force against other member states, including such acts of reprisal as may entail the use of force. Prior to the establishment of the United Nations, it is said, every nation may have enjoyed the right to engage in reprisals when such acts were deemed necessary for the preservation of certain vital interests or for the punishment of acts of international delinquency; but the existence of the United Nations and its organs for the peaceful settlement of international disputes presumably vitiates any justification for acts of forcible reprisal to which appeal might formerly have been made.

As against this thesis, I shall argue that in the absence of certain conditions of international order, forcible reprisals are legally and morally permissible, and that like legitimate measures of self-defense, they are reserved to the member states of the United Nations. In order to establish this thesis, I shall first demonstrate that the dichotomy between «self-defense» and «retaliation» is misleading, for it suggests that the class of actions that might be taken in reaction to an international delinquency, whether threatened or actually carried out, is exhaustively covered by these two terms. In fact, if the language of international law is confined to self-defense and retaliatory reprisals, it is seriously impoverished, it is not true to long-established usage, and it fails to recognize at least one other class of acts which share some of the characteristics of self-defense and of retaliatory reprisals, but which differ significantly from both of them. This third category, which I shall call «reprisals proper» on the ground that that is the meaning which the term has traditionally borne, deserves to be considered separately from the others; for the acts subsumed under it differ substantially, both in their objective character and in their moral propriety, from them. Once the necessary distinction between self-defense, retaliatory reprisals, and reprisals proper have been drawn, I shall consider whether reprisals are morally justifiable and the extent to which they should be sanctioned under the law of nations.

I. SELF-DEFENSE

The plea of self-defense arises in international law, as it does in municipal law, when the following conditions obtain:

1. A person *A* commits an act *e* which would under ordinary conditions be considered to be illegal against another person *B*.

2. *A* does *e* in an effort to prevent, divert, or thwart an illegal and potentially dangerous act that he reasonably assumes *B* is launching, or is about to launch, against *A*.

3. *A*'s preventive action *e* is proximate in time to *B*'s threatened attack.

Condition 3 is essential to self-defense. If *A* has strong reason to believe that *B* intends to murder him in September, *A* cannot attack *B* in August and claim self-defense. The reason for this is evident: since *B*'s aggression is not imminent, other avenues for escape from *B*'s murderous intentions remain open to *A*, including negotiation, appeal to the police for protection, and taking precautions to avoid *B*. Similarly, if *B* attacks *A* in August, and *A*, having escaped from the assault, responds with an assault of his own in September, *A* can hardly claim that his attack is an act of self-defense. Self-defense is a protective action designed to ward off an imminent danger, i.e., one that has already been launched or is about to be launched at any moment. Any act which follows it by any length of time whatever, cannot be considered an act of self-defense (2).

II. RETALIATORY REPRISAL

An act fulfilling all of the following conditions would be a retaliatory reprisal:

1. A person *A* commits an act *e* which would under ordinary conditions be considered to be illegal against another person *B*.

2. *A* does *e* in response to an illegal act committed by *B* against *A* some time in the past.

3. *A*'s intention in doing *e* is to retaliate for *B*'s past offense.

These are the two possibilities recognized by those who argue as the British government did in the cases cited in note above. However, other possibilities do exist, and must be given some recognition in international law. The British government suggests that reprisals always have the characteristics outlined in II. Although it would not be incorrect to characterize some acts of the sort described under II as reprisals, since

(2) The length of time separating self-defensive action and a threatened assault may vary somewhat. It is impossible to specify with precision the gap that might remain between the two while still allowing the one to be called self-defense. However, it is evident that the greater the gap, the greater the burden of proof upon the claimant.

the word has been used thus in the past, it would be incorrect to insist that *only* such cases as these qualify as reprisals. There is a third possibility which possesses some of the characteristics of acts of self-defense and some of those outlined under II.

III. REPRISAL PROPER

An act fulfilling all of the following conditions would be a reprisal proper:

1. A person *A* commits an act *e* which would under ordinary conditions be considered to be illegal against another person *B*.
2. *A* does *e* in response to an illegal act committed by *B* against *A* some time in the past.
3. *A*'s intention in doing *e* is to prevent, divert, or thwart an illegal and potentially dangerous act that he reasonably believes that *B* is committing or is about to commit, or is likely to commit against *A*.

Reprisals proper differ from acts of self-defense in that in the former, *A*'s act is in response to a past delinquency by *B*, but they resemble acts of self-defense in that they are designed to prevent such delinquencies as *B* has committed from continuing or from being repeated—that is, they are forward-looking and non-retaliatory in intention. They differ from retaliatory reprisals in that they look toward the future, at least so far as their goals are concerned; but all reprisals resemble one another in that a past delinquency by *B* constitutes the occasion or justification for *A*'s act *e*.

In municipal law, individual citizens are not permitted to engage either in retaliatory behavior such as that which is described under II or in preventive reactions such as those described under III. The prohibition of such behavior derives from the fact that well-organized police forces, prosecutors, and courts are at the citizen's disposal and have generally proven themselves capable of responding to unlawful behavior with appropriate penalties designed both to satisfy the victim's demand for retributory justice and society's need for protection against persons who have demonstrated their hostile propensities, and deterrence of others who may be afflicted with similar inclinations. If society lacked effective instruments of law enforcement and was incapable of punishing wrongdoers—as it is incapable of preventing every dangerous assault—then the private citizen would surely be as justified in exercising his inherent right to defend himself against remote harms through punitive expeditions

against those who had violated the rules of civilized society as he is in defending himself against imminent harm under the doctrine of self-defense.

However, what is nearly self-evident with regard to natural persons becomes questionable and puzzling when applied to states. A cursory examination of recent discussions of the right of self-defense in international law reveals the rampant confusion that prevails. According to one exegesis of Article 51 of the Charter of the United Nations, no state is justified in resorting to measures of self-defense unless an armed attack has actually taken place; a mere threat of aggression does not constitute such a justification. On this reading, a resort to armed force in anticipation of an armed attack is «clearly and explicitly» ruled out (3). Others maintain that actual physical violation of the claimant state's territories is not necessary to justify self-defense; rather, the launching of an armed attack by pulling the trigger or by sending nuclear submarines or missiles on their way is sufficient to justify measures of self-defense. Under this latter doctrine, even a small border incident would presumably count as an armed attack, while the imminent threat of a nuclear holocaust would not. As McDougal and Feliciano point out, this is «to make an absolutistic fetish of certain irrelevant aspects of modality.» (4). The member states of the United Nations would be expected to make sitting ducks of themselves and of their people in order to adhere to the letter of the Charter. If this were in fact the meaning of the Charter, and if any government ratified it seriously intending to carry out its provisions as thus interpreted, that government would surely deserve to be impeached or overthrown, for it would have violated the most basic trust of its people and forfeited its right to their loyalty by agreeing to sacrifice their lives before employing all available means to save them. Further, under this confused interpretation, self-defense is actually reduced to pure retaliation; for in the event of a threatened nuclear attack against the United States, for example, the American government would be expected to wait until the missiles were launched and on their way to its largest cities before striking back —presumably with such second-strike capacity as it could muster. An analogous doctrine in municipal law would

(3) Cf. KUNZ: «Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations», 41 A. J. I. L., 878 (1947), cited in McDUGAL AND FELICIANO: *Law and Minimum World Order* (1961), 233. See the discussion and other citations there.

(4) Cf. SINGH: «The Right of Self-Defense in Relation to the Use of Nuclear Weapons», 5 *Indian Yb. of Int. Affairs*, 3 (1956), cited in McDUGAL AND FELICIANO, *op. cit.*, 239.

require the citizen to wait until a shot e was fired at him before he dared employ violent measures against his attacker under threat of conviction for unwarranted aggression —assault or perhaps murder— if he used such means in anticipation of what he interpreted to be a murderous attack. Such a doctrine would impose an impossible burden upon the innocent citizen, a choice between suicide on the one hand and conviction and punishment for a serious crime on the other. If states are to have the rights of territorial integrity and national survival, this doctrine is as intolerable on the international level as it is on the municipal.

There is no need to dwell upon an exegesis of Article 51 here, for it is evident that the Charter of the United Nations did not confer rights of self-defense, which the Charter itself recognizes as an «inherent» or natural right. The right of self-defense being necessary for the preservation of any state in the face of acts of aggression against it by others, it must be reserved — particularly in a world that lacks both order and an effective international instrument for the protection of states that have come under deadly attack. Limitations upon this right and other rights essential to the preservation of states cannot be imposed by any outside agency; nor can they be transferred to any body without firm guarantees that that agency possesses the will, the determination, and the power to prevent all acts of aggression and to settle international disputes in accordance with universally accepted standards of law and justice. One such right must remain the right to punish international delinquencies with the intention of preventing their recurrence, particularly when such delinquencies threaten the territorial integrity of a state, the lives and property of its nationals, or its other vital interests.

Hans Lauterpacht once observed that «[I]t is a commonplace of human nature that evil-doers are checked by retaliation, and that those who are inclined to commit a wrong against others are often prevented by the fear of retaliation.» (5). Reprisals proper are not purely retaliatory, for they are forward-looking, designed to coerce the offending state into bringing its delinquency to an end. In the absence of a court that both enjoys a reputation for moral probity and possesses compulsory process and a means of enforcing its decisions, nations often have no alternative but to resort to measures of self-help, measures which the framers of the Charter of the United Nations had hoped to outlaw and make unnecessary, but which the history of the UN clearly reveals the organization to be incapable of achieving. Conditions being what they are, there can be no

(5) LAUTERPACHT: *Oppenheim's International Law*, 7th Ed. (1952), 135.

blanket moral or legal condemnation of reprisals. Some reprisals must be permissible, for without the right to resort to them, peace-loving nations would be at the mercy of those who are more inclined to engage in international outlawry.

BURTON M. LEISER

*Professor of Philosophy, Drake
University, Des Moines,
Iowa, U.S.A.*

ECONOMIC AND CRIMINAL PENALTIES IN A MORAL PERSPECTIVE

A moral philosopher has raised this intriguing question:

Why do we have strict liability in the economic sphere but not in the criminal law?

Put differently:

Why is a man penalized in the economic order for actions he cannot avoid, but not in the criminal law? Why do we hold a man to a strict standard of performance in the economic world whereas in dealing with a criminal defendant we make allowance for his competence (e.g., excusing the mentally disturbed) and for his intentions (e.g., excusing negligence)?

A facile answer would be that the economic order deals with rewards in terms of profits as a *quid pro quo* for services or goods. The criminal law is concerned with punishing those who knowingly and wilfully perpetrate an injury. In the economic system we merely withhold something from someone who does not offer anything, whereas in the criminal law we are imposing a hardship (in the way of the monetary penalty of a fine or in the way of imprisonment). (I am taking the criminal law as we find it: administering punishments without an accepted theory of punishment or any assurance of its efficacy.) (1).

But the easy answer will not satisfy the moral philosopher who will see both systems as two different ways we have of controlling one another's conduct. Leave the labels aside (or see our society through the eyes of the man from Mars) and the moral philosopher's question remains germane. Indeed, our legal system does not rest upon a hard and fast distinction between the law of crimes and the laws regulating economic activity. The law of contracts, which regulates economic transactions,

World Congress of Legal and Social Philosophy. Madrid, Spain, September, 1973.

(1) Cf. WASSERSTROM: «Strict Liability in the Criminal Law», 12 *Stanford Law Review*, 1960, pp. 730-745.

serves the same purpose as the criminal law in channelling our conduct along certain lines by refusing to enforce certain types of contract which are branded as illegal, such as slavery and gambling contracts.

I shall argue, first, that liability in the economic order is not as strict as the moral philosopher supposes, that we do take account of reasons why men should be excused from toeing the line.

I shall argue, second, that, even with these qualifications, it remains true that we may be bestowing more consideration upon the criminal defendant than upon our neighbor, that we may be penalizing our wholly innocent neighbor in circumstances where we would not penalize an aggressor.

Let us consider, as salient examples, three basic legal aspects of our economic order: social legislation, labor arbitration and social security administration. All of these will display departures from strict liability. The last of these will exhibit our ambivalences and the way in which, despite our departures, we tend to punish the economically infirm.

I. DEPARTURES FROM STRICT ECONOMIC LIABILITY

A. *Social legislation*: The question which has been posed arises from the theory of the laissez-faire market, which saw the profit motive as the only economic mover. In each man's pursuit of his own profit, social equilibrium is thought to be achieved through the automatic deployment of the invisible hand. Imbalances are deemed to correct themselves. If, for example, there is an oversupply of labor (which means, in human terms, that a lot of men are out of work), the unemployed workers have only to starve to death and equilibrium will be restored! Supply will again equal demand. The market mechanism is not concerned with human victims. A man fails the demands of the market at his own peril. There is indeed strict liability.

Since the Great Depression, however, a depersonalized market no longer exists in this pristine form. As one of the architects of the New Deal has put it: «Automatic balances achieved at a high price in human misery are not acceptable». (2). The core remains but the government, through social legislation, provides redress and support for the market's victims. We now have minimum wage laws, unemployment insurance, old age and disability insurance, medicare, welfare systems, government housing subsidies, protection for union organization, anti-discrimination sta-

(2) ADOLPH BERLE: *The American Economic Republic*, p. 80.

tutes, etc. We no longer say: «We do not care why you cannot meet the market standard.» We look into special circumstances and we take melioristic steps.

Caught between an oversupply of goods and a lack of demand caused by poverty, we do not wait for the invisible hand to rectify the imbalance; the public hand is placed on the scale in the interest of those who cannot make the grade alone. The simple market model does not suffice for an affluent society which produces more than we can absorb. The hindmost may falter but they are no longer left to the devil. Our commitment to welfare is steady, however much criticized are our present programs. A guaranteed annual minimum income had even been proposed by President Nixon.

We are engaged in moralizing the market in the interest of individual human development. Contemporary economists can speak of the «economy of the American people» as fulfilling the conviction that, «justice demands an equal chance for personal fulfillment». (3). Our economic society no longer insists on rigorous economic liability for every individual.

B. *Labor arbitration.* Union-management contracts are commonplace today and characteristically they contain a clause providing for arbitration of disputes. The contract is a kind of constitution for the plant. It contains rules tantamount to laws. The arbitration clause is a judicial system which settles disputes which rise under the rules. The economic ruler, the employer, is no longer free to impose his autocratic will without regard to extenuating circumstances. He must justify penalties on workers to an impartial third party—the arbitrator—who is empowered to hear all the evidence on both sides. A worker, threatened with discharge for not producing enough, may argue, for example, that he could not help it because it was the supervisor's mistake, or the equipment was faulty, or that other workers were uncooperative, or that he had suffered a temporary emotional upset. The arbitrator, taking the man's whole record into account, may decide that holding him to strict liability and discharging him would not be justified, but that a censure or a week's suspension would be more just. In his rationale the arbitrator often uses the language of criminal justice. He might say that the penalty is too severe. He may observe that in the «common law of arbitration» discharge is the industrial equivalent of capital punishment, and that the worker's failure does not warrant so drastic a remedy. Indeed, arbitrators

(3) COLM AND GEIGER: *The Economy of the American People*, p. 81.

are loth to sustain a discharge when any reasonable defense is offered. The worker is not a victim of absolute liability. He is a beneficiary of due process.

We have here an industrial analogue to the political system of the criminal law. Rules are conjointly agreed on and publicized. Their violation calls for a penalty, imposed only after a fair hearing with the right to cross-examine, call witnesses, be represented by counsel, etc. There is even a final appeal to the courts for ultimate enforcement of the arbitrator's award.

C. *Social Security Administration.* In the social security system we give a hand to those who are too old or sick to do a normal spate of work. If we were proceeding on a basis of strict liability, old people would be left to wither away unless they had been provident enough to save enough for their old age.

Besides old-age insurance, the Social Security Act provides for disability insurance in case a man is disabled before he reaches retirement age. The way this disability program is administered illustrates our ambivalence toward welfare-type benefits. The legislation is humanitarian, but the Administration often imposes such severe requirements on the disability claimant as to frustrate the very expectations set up by the law.

In the Federal disability program there is formal due-process with a system of appeals to a quasi-judicial hearing officer. But the courts have often noted how the scales are tipped against the claimant. The Social Security Act defines «disability» as being «unable to engage in any substantial gainful employment.» It is a well-settled principle in construing statutes that humanitarian statutes are to be construed liberally. Yet the Social Security Administration construes this provision strictly, denying benefits to a claimant who could do any kind of work at all. A man could be denied benefits, for example, if all he can do is sit in a wheel chair and make paper flowers, regardless of what he had done the rest of his life or the possibilities of his getting a local job in his reduced capacity.

In case after case, this never-never-land policy (as one Court dubbed it) has been followed. One would never suspect that this statute had been designed (as another Court pointed out) to ameliorate the hardships of life.

This disability program, while it takes account of people's infirmities and misfortunes, holds claimants to a relatively strict level of productive performance in the very process of seeing if they should be relieved of

that necessity. Thus, through our analysis of this program, we have come to see, simultaneously, an example of a departure from strict liability in the benefits to be bestowed and an illustration of reversion to strict liability in the administration of the benefits. It is an apt example of our ambivalence. We start with a strict liability in a laissez-faire market; we qualify it through the statute in marked respects; but in administration we hover between its virtues and its deficiencies; and our attenuations of its harshnesses are vacillating and foot-dragging.

II. ECONOMIC PUNISHMENT OF THE INNOCENT

When an unemployed man has to starve or a man who relies on governmental benefits is frustrated in his statutory expectations, we are confronted with the fact that a man who has done nothing wrong is made to suffer. Would it be meaningful to say that he is suffering a «penalty» without adequate inquiry into his deserts?

It seems at first paradoxical to speak of a monetary hardship as a penalty in the same sense as a criminal sanction. And yet a conservative Supreme Court Justice delivered the dictum: «One who does a thing in order to avoid a monetary penalty...yields to compulsion precisely the same as though he did so to avoid a term in jail.» (4). Justice Sutherland was not talking here of a fine; he was talking of a tax. The import is clear: when one must change one's behaviour to avoid a tax, one is being coerced.

It we are coerced by taxes are we not coerced also by prices? When we pay \$6.60 for a theatre ticket, this sum includes the price and the tax. We cannot see the play unless we pay the price and the tax. If we go without seeing the play because we cannot afford the price-with-tax, we are yielding to compulsion. Either we pay the \$ 6.60 or we do not see the play. Prices and taxes alike are an impediment to consumption. Prices and taxes alike channel our conduct, forcing us to do one thing rather than another. Of course, if we are rich enough neither the tax nor the price matters. But for most of us they determine much of what we can do and what we cannot do.

The government stands behind prices quite as much as behind taxes. If you takes something from a store without paying the price, you will suffer criminal punishment just as you will for failing to pay taxes.

Poverty leaves a person open to much coercion. Consider the passage

(4) *The Carter Coal case*, 298 U. S. 238, 289 (1936).

in Shakespeare's *Romeo and Juliet* where Romeo wants to buy poison for his suicide. To sell poison is illegal in Mantua, yet the apothecary needs the money badly. Here the seller, not the buyer, is yielding to compulsion.

«Enter APOTECARY

Apothecary:

Who call so loud?

Romeo:

Come hither, man, I see that thou art poor;
Hold, here is forty ducats: let me have
a dram of poison...

Apothecary:

Such mortal drugs I have; but Mantua's law
Is death to any he that utters them.

Romeo:

The world is not thy friend, nor the world's law:
The world affords no law to make thee rich;
Then be not poor, but break it, and take this.

Apothecary:

My poverty, but not my will, consents.

Romeo:

I pay thy poverty and not thy will (5).»

We make a conventional distinction, widely observed, between «sovereignty» as dominion over persons, and «property» as dominion over things. But property rights, like all rights, are claims against other persons. I could have no property rights without a government to enforce my claim that others leave my goods alone. The essence of my property right is that I am entitled to shut you out from using my goods or make you do something for me in return for using my goods. Property is a sovereign power for compelling services from others. Coercion without decency is tyranny. The modern measures of social welfare are a recognition of this fact.

(5) Act V, Scene 1.

Summary:

Strict liability, whereby persons are penalized for failures they could not help, is not all-pervasive in our economy. (Neither is it entirely absent in our criminal law but the enlightened trend is toward its diminution). Our analysis suggests that we need better guarantees of economic due process. Due process is as germane to economic society as to criminal law. Property owners hold their power through delegation by the governments. It is no argument against private property to say that, insofar as property functions as a form of government, property invites the same scrutiny as any other form of social power over men.

Our economic order and our criminal law system are not ends-in-themselves but institutions in the service of men. The provocative question raised by the moral philosopher focuses our attention upon similarities as well as differences in our systems of legal and economic control. Reflection upon his question shows the relationship to be more complex than his question presupposes.

We are drawn to reflect on the irony that we may be harsher to our neighbors, when we impose economic «penalties» arbitrarily, without allowing for extenuations, than we are to persons accused of crime who are afforded an opportunity for various justifications.

BERYL HAROLD LEVY
Hofstra University

My approach is influenced by Professor ROBERT LEE HALE (Columbia Law School) and his book, *Freedom Through Law*, Professor MORRIS R. COHEN (College of the City of New York) and his essay, *Property and Sovereignty*, reprinted in his book, *Law and the Social Order*, and Professor ADOLPH A. BERLE, Jr. (Columbia Law School) and his book (with Means), *Private Property and the Modern Corporation*. The comments of JEROME HALL and GREGORY VLASTOS have been helpful. The moral philosopher is DANIEL LYONS.

EL DERECHO EN LAS COMUNIDADES CONCRETAS

1. *Función creadora del Derecho*

Una cuestión previa al tema que nos ocupa está en una respuesta, o mejor dicho, *toma de posición*, que hace referencia a la *función del Derecho*.

Hace años titulábamos un trabajo nuestro (1) con una afirmación *El Derecho como forma dinámica de vida social*. Y consecuente con las líneas generales de ese libro, podemos sostener que el mundo de lo jurídico no se agota en lo que tiene de *instrumentación*, de *técnica*, de *estructura*. Que lo *dinámico* de la forma, se basa en el doble aspecto: uno, el de la *naturaleza creada y creadora* de lo humano, puesto que si el Derecho ha de hacer siempre referencia al hombre, el hombre en sí lleva el diseño *in crescendo*, en su ser, en su vida, en su proyección espiritual; quizá en la triple faceta que nos destaca Eugenio D'Ors, como hombre que *piensa*, que *trabaja* y que *juega* (2).

Y el segundo aspecto radica, en la «dinámica» de la propia *vida social*, que por ser *Vida* es un *hacer-constante*, como señalaría Ortega (3), con la dimensión inexcusablemente histórica y cambiante, como el propio ser humano, físicamente distinto, siendo él si-mismo, admite un pluralismo de formas y de semblantes inconmensurables. Y dinámica porque la adjetivación *social* a esa vida, no hace sino sustantivar esa incardinación básica del hombre en la sociedad. La vida cambiante no es sólo geofísica o material, sino de la *sociedad*, la cual percibe en sus entrañas, igual-

(1) LÓPEZ MEDEL: *El Derecho, forma dinámica de vida social*, 1.ª edición, 1964; 2.ª edición, 1965. Madrid.

(2) Cr. especialmente LÓPEZ QUINTAS: *El pensamiento filosófico de Ortega y D'Ors*. Madrid, 1972, pág. 41 y ss.

(3) La expresión orteguiana es: «La vida que se nos da no nos es dada hecha, sino que necesitamos hacérsela nosotros cada cual la suya. La vida es quehacer» (*Historia como sistema*, 1935, VI-1.ª). Cr. nuestro trabajo *Ortega en el pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid, 1963, pág. 61 y ss.

mente el diseño creador, y sobre todo la mano de ese hombre que se ensancha y crece.

La *función creadora del Derecho*, es por lo tanto, una respuesta concreta y de signo positivo a si la norma encierra por sí valores y no. A sí el mundo de lo jurídico puede discurrir exclusivamente en el mundo de las experiencias o *también* en el de las vivencias. A sí el Derecho se agota en el campo de una instrucción científico-técnica, o en él mismo hay *además*, por impulso y no por inercia un caudal de criterios y de pautas.

Por eso, el tema —como señala Puy— trasciende a la reflexión filosófica como una parte específica, y también como coincidente con ella. Y de ahí que lo que se ha denominado *historicidad* del Derecho Natural, sea en la concepción de Delgado Pinto, una especie de omnicomprensión de pautas y de realidades, que se dan en la *norma concreta*, en un *hombre concreto*, y en una *vida social concreta*. Lo *natural* hace referencia a la *manera de seguir inserta* en la naturaleza de las cosas humanas, paralelamente al escenario y a la vida social, como las ruedas de un tren siguen pegadas a las vías, cualquiera sea la modernidad o no de los vagones, y cualesquiera sean o no las rutas empinadas, llanas o en declive del camino. La «marcha», los «frenos», los «mecanismos» sí que habrán de adecuarse a aquéllas realidades cambiantes, pero la velocidad misma no sólo dependerá de aquellos *factores*, sino de los *objetivos* de la marcha, el *destino* del tren, *naturaleza* de la carga, etc.

Podríamos entonces terminar sosteniendo con Fuchs (4), que en cada *hombre particular* existe el *ser* universal del hombre en *forma particular*. Y de ahí que en Derecho, como religación de lo humano en la vida social, no se sustraen a la propia función, no sólo normativa en el sentido material, o de la positividad formal, sino que abarca *además* y aún trasciende a los efectos creadores de esa religación en cuanto que esa *forma particular de darse lo humano* no podrá desentenderse nunca del proyecto universal del hombre mismo.

Y ello nos lleva a contemplar los tres aspectos, interdependientes de la cuestión: La función del Derecho vista ante las *situaciones específicas*; ante el *hombre-mismo*, y no en abstracto; y ante las comunidades concretas.

(4) FUCHS: *Lex Naturae*, Düsseldorf, 1955, pág. 107 y ss

2. *El Derecho en las situaciones específicas*

La polémica entre los contenidos éticos del *ser*, y los contenidos éticos circunstanciales o de situación no ha terminado. Hans Dieter Schelouske ha vuelto a referirse a ellos en su obra «*Naturrechts-diskussion in Deutschland* —en un apartado de rotulación expresiva: «2. *Konstante Normen und situationsbedingte Entscheidungen*» («Normas constantes y decisiones condicionadas por la situación») (5).

Dicha polémica no ha sido apagada por la deserción ante la auténtica reflexión filosófica sobre lo jurídico que en el fondo suponen las corrientes neopositivistas o el estructuralismo mismo. Pero desde el momento que situamos como tema central *la función del Derecho*, hemos de reencontrarnos con motivaciones para nuestra reflexión, en el sentido de si decididamente hemos de concebir nuestro obrar existencial como exclusiva iluminación interior del individuo, aherrojado en circunstancias particulares, o si, por el contrario cabe ponderar de modo intuitivo y ordenado las exigencias de lo momentánea, pero concordándolas al propio tiempo con los imperativos insoslayables de los poderes de la ley que están sobre nosotros y antes que nosotros en todo tiempo y lugar (6).

Si la configuración del Derecho-norma como *decisión concreta*, es cierto que ha llevado, incluso magistralmente, a sostener una filosofía jurídica como concepto histórico (7) no es menos cierto que cabe armonizarla con una contemplación convergente de los contenidos éticos, del ser y de los fines. Y acaso, el intento de Max Müller (8) sea de los más acusados: *el paso de lo universal a lo concreto sí que es realizado en el momento de integrarse en la historia*. Pero eso no implica la sustracción radical de lo universal mismo. Franz Böckle (9), trae argumentos del

(5) Cr. SCHELAUSKE: *Naturrechtsdiskussion in Deutschland-Fien Überblick über zwei Jahrzehnte*, 1945-1965, págs. 267-277.

(6) Es el comentario al texto de la *Summa Teológica*, I-II, 57, 3, sobre la «prudencia», que hace W. SCHÖLLGEN en *Los fundamentos sociológicos de la moral católica*, Düsseldorf, 1953. Cit. por SCHALUSKE, ob. cit., pág. 268.

V. También RODRÍGUEZ PANIAGUA, en el «Estudio preliminar» a la traducción de *La Filosofía cristiana del Estado en España*, de ALOIS DEMPFF, Madrid, 1961.

(7) Especialmente GONZÁLEZ VICÉN, *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, A. F. D., tomo XIV, 1969-15-66; también del mismo autor, *Teoría del Derecho y método jurídico en Otto von Guericke*, A. F. D., tomo XVI, 1971-72, página 8 y ss.

También KAUFMANN: *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957.

(8) MAX MÜLLER, en *Existenzphilosophie im geistigen Leben der Gegenwart*, Heidelberg, 1964, pág. 85 y ss.

(9) Cr. BÖCKLE, en *Das Verhältnis von Norm und Situation in kontroverstheo-*

propio Tomás de Aquino en cuanto que, en el santo, la *lex naturae* aparece como exigencia de deber dada con el ser natural de la persona espiritual hecha a imagen de Dios, de tal manera que si todo ser se halla sometido a la ley eterna, por ello le lleva a una inclinación *natural de traducirse en una forma de vida*. O como apunta Lotz: sin que la persona sea extraída del orden del ser, se la coloca, sin embargo, al contrario que hasta ahora, en *punto de partida* (10).

La hinchazón de las reacciones ante concepciones iusnaturalistas racionalistas, no han dejado ver la dimensión *formas de vida* que la posición suareciana brillantó en el pensamiento cristiano tomista. Como a veces el estatismo del razonamiento cartesiano (11) *no ha dejado ver el concepto importante de la filosofía hegeliana de que el ser no sea más que una abstracción del devenir*.

El devenir, el cambio, el desarrollo, la crisis, no son sino expresiones semánticas del sesgo que toma un *hacer*, un *pensar* y un *vivir* concretos (12). Las funciones del Derecho no se sustancializan en la *situación*, pero tampoco pueden desdonescer las *situaciones concretas*. Por eso el Derecho —norma— se hace cambiante y se hace histórico sin dejar de ser Derecho. El riesgo está en endiosar la situación misma, atraída o ensoberbecida por una función a cubrir, apegada a aquella *situación*. Y esto ocurre cuando la norma sólo se atiene a un ropaje *formal-instrumental*, como el arquitecto que concibiera un maravilloso edificio con una estructura metálica inimaginable, sin ver al tiempo, junto a la *cimentación* que apenas se ve en la maqueta, la *vida interior* de los hombres o de las familias que pueden estar ya vital y dinámicamente conviviendo y funcionando bajo y dentro de sus paredes.

Toda la criteriología de la *Gaudium et Spes*, rezuma en esa sincronización de valores y de situaciones concretas en que el hombre mismo, y aún la Iglesia está inmersa. Toda abstracción de situaciones concretas en el mundo de lo jurídico desnaturaliza el *sentido universal* del ser como punto de partida, puesto que si el camino eternal del hombre no se concibió en el reino de los ángeles, es lógico que las funciones del Derecho

logischer Sicht (La relación entre norma y situación como objeto de controversia teológica), Düsseldorf, 1964, págs. 95-98.

(10) Cr. SCHELAUSKE, en *Naturrechtsdiskussion...*, ob. cit., 275.

(11) Cr. G. FANO: *Neopositivismo, análisis del lenguaje y cibernética*, Barcelona, 1972-78.

(12) El tema del mundo de lo jurídico, el desarrollo y el cambio social ha sido tratado entre nosotros, especialmente, por LEGAZ LACAMBRA y BRUFAU. En otro orden de cosas —espacio y tiempo concretos—, V. C. AXELOS: *Hacia una ética problemática*, Barcelona, 1972.

prevén y contemplan las propias situaciones y relaciones específicas, aunque como diría también «Eugenio D'Ors, en el fondo *vivir es gestar un ángel para alumbrarlo en la eternidad* (13).

3. *El Derecho ante el hombre y todo el hombre*

Admitidas —y aún subrayas— las funciones del Derecho ante situaciones concretas, parece obligado recordar el despliegue que lo jurídico realiza en aquellas, es decir, no sólo referidas las *situaciones* a las *realidades*, sino al *hombre* mismo. En este último sentido basta recordar cómo el mismo derecho positivo se adecua al ser humano, que es *niño*, que es *mayor*, que es *sano*, que es *enfermo*, en *ausencia*, en *interdicción*, y ya no digamos *varón* o *mujer*, *casado* o *soltero*, que serían situaciones concretas en *verticalidad*, aparte de aquellas, como *acreedor*, *deudor*, *comprador*, *vendedor*, *demandante*, *demandado*, etc., como situaciones concretas en *horizontalidad*.

Sin embargo, la convergencia de las funciones de la normativa, en su doble vertiente, es decir, mirando a las realidades y al hombre, cristalizan al contemplarse *ante el hombre y todo el hombre*. Confieso que esta expresión la he tomado de la filosofía del informe Edgar Faure, ser (14), como síntesis de un planteamiento finalista y global de lo que la educación es y puede ser en las reformas educativas del presente. Pero esa filosofía, creo yo, no es ni más ni menos que la concreción de una formulación más general, en la *ontología de lo humano*, en cuanto regulada, coordinada, o relacionada con lo jurídico.

Al final de muchas indagaciones filosófico-jurídicas —como ocurre entre nosotros, en Legaz Lacambra (15) y en Recaséns (16) vuelve a aflorar la persona humana, su dignidad y su libertad concreta, como frontispicio de toda búsqueda en las funciones y valores de lo jurídico.

(13) Cr. LÓPEZ QUINTAS, *El pensamiento...*, ob. cit., 137.

(14) Es el informe de la Comisión Internacional para el Desarrollo de la Educación, establecida por la UNESCO, preparado por expertos de diversos países, bajo la dirección de E. FAURE bajo el título *Aprender a étre* (versión española), Madrid, 1973. Las referencias al *hombre total y al hombre concreto*, V. especialmente 45 y 225.

(15) V., entre otros trabajos, LEGAZ LACAMBRA: *Kelsen, hoy*, A. F. D., tomo XVI, páginas 91-92.

(16) V., entre otros trabajos, RECASÉNS: *Otra vez y con renovado vigor: Derecho Natural*, Anales Cátedra «Suárez», Granada, 1965-1966, 26 y 55; y *La logique matérielle du raisonnement juridique*, Actas del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Bruselas, 1971, 133 especialmente.

Si no se acepta que todas las funciones del Derecho se hacen *omnicomprensivas* en servicio *al hombre y todo el hombre*, se corre el riesgo de desencializar aquellas otras que ciertamente le son dadas, antes o después, desde la *verificación*, hasta *el desarrollo*, desde la *seguridad jurídica*, a *la planificación*.

Hasta el punto es así que la técnica o ciencia jurídicas más rigurosamente formales, ofrecen grandes fisuras —y aún grandes contradicciones—, que no pueden ser plenamente llenadas, ni con las tímidas rectificaciones doctrinales —caso de Radbruch (17)—, o con las comprensivas glosas de los discípulos —caso de Kelsen (18)—, por ejemplo.

La riqueza de lo jurídico, en lo *material* y en lo *formal*, es mucho más abigarrada de lo que aparentemente se nos presenta; —aunque tal apariencia desaparece si, igualmente, hacemos *omnicomprensivo* ese *dar-se-el-derecho* en lo que tiene de conducta, valor y norma. Imaginemos la providencia de un juez que ordena la requisitoria de un presunto delincuente, la cual se publica formalmente en el «Boletín Oficial del Estado», en un momento en que —sin conocerlo el juez— haya fallecido la persona en cuestión. Por más que se hayan cumplido los trámites procesales en la providencia y en la publicidad, y sin alegación de parte, aquellos actos jurídico-formales carecerán de valor y sentido. Quizá sea un ejemplo extremo de cómo la desaparición material de la persona del mundo de lo jurídico hace nula, ineficaz, e inesencial todo un aparato formal-judicial. Pero es lo suficientemente expresivo para entender que, no obstante, por el juez se ha podido cumplir una gran función, por sí misma con entidad, aunque haya resultado mecánica y formal. La función del derecho —procesal en este caso— era una *llamada* al posible delincuente. Desaparecido éste por muerte natural, la responsabilidad que había quedado ya extinguida, extingue también el *formalismo de la requisitoria*.

Por el contrario, ante una parecida requisitoria a efectos de una responsabilidad civil, o de un señalamiento de herederos, la muerte natural del presunto responsable o presunto heredero, no hace ineficaz la llamada, sino que lo que implica una viabilidad para a quienes puedan encontrarse en situaciones concretas emanadas del llamado en primer lugar.

(17) V. *Introducción*, de GARZÓN VALDÉS, a la versión española de la obra de RADBRUCH *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*. Córdoba (A.), 1963, 59 y ss.

(18) Especialmente MARČIĆ, en *Die Reine Rechtslehre: Der Hintergrund der Kelsen - Renaissance im deutschsprachigen Raum*, Homenaje a H. Kelsen, Universidad de Tennessee, 1961, 200 y ss.

Con estos dos ejemplos, acaso hayamos querido recordar la misma riqueza y variada situación con que la norma formalmente concebida puede verse afectada.

De ahí, nuestra afirmación de que las funciones del Derecho, deban ser contempladas más allá de las situaciones concretas. Si en Hegel, comenta López Calera (19) —Hegel, Totalidad, Historia, Libertad— hay en el fondo un afán de explicar el mundo, *la vida, como totalidad*, parecidamente, al final del recorrido de una función de lo jurídico, habremos de tropezar con el hombre y todo el hombre. Lo que en el pensamiento «jurídico» soviético ha comenzado a llamarse (20) «derecho natural oportuno», como función *extra-vagante* del Derecho que *a priori* se le quiso hacer irrelevante; o las configuraciones de lo jurídico como realidad, no hacen sino darnos a entender la parquedad en las funciones, materiales o formales del Derecho. Cuando San Agustín —según nos describen sus Soliloquios (21)— va por los monasterios, conversa con sus monjes, pregunta y contesta, está mostrando que su meditación toma al *hombre como-él-está, y como-él-es*. Como ser de *libertades y de necesidades, para hacerlo libre de las necesidades, y para que cumplidas las necesidades se haga más libre*. Lo que ocurre es que, al final de tal interdependencia sólo cabe como solución en lo humano, *la ley del amor, «dilige ut fac quod vis»*; y en lo sobrenatural la «ley» de la Gracia de Dios.

Cuando el Derecho quiera «hormar» el hombre, las cosas y las situaciones concretas, tendrán que incrustar en él aquellas pautas y valores que hagan hacer relevante al hombre y todo el hombre, porque en el fondo, como advierte Auer —*Problemas de Derecho Natural en la actualidad*— 1959, *existe un substracto en lo más profundo del hombre que está sujeto a la historia, y —diríamos nosotros— una parte de ese*

(19) En Anales Cátedra «Suárez», Granada, 9-10-1969-70. Textualmente, en la página 5 dice: «Las verdades son pero también están en la Historia, y en cuanto 'están' en la Historia son negadas en unos momentos y después superadas. Y ello no significa relativismo, sino progresividad en la verdad. La historicidad hegeliana no niega la objetividad, sino que afirma y permite más bien la posibilidad histórica de su contradicción con tal que se salve la libertad».

(20) Cr. nuestras notas bibliográficas *Sobre la teoría soviética del Derecho*, Anales Cátedra «Suárez», núm. 11, 137-148, fasc. 1.º, 1971, en comentario a la obra de DIETER PJALL, *Die Entwicklung der sowjetischer Rechtslehre*, Colonia, 1968.

(21) Cr. G. SCHWARZ: *Lo que verdaderamente dijo San Agustín*, México, 1972, páginas 15-17. Sobre las aportaciones concretas agustinianas al terreno de la existencia, y la vida política y social, Cr. GÓMEZ PÉREZ: *La Ley Eterna en la Historia*, Pamplona, 1972; TRUYOL SERRA, *El Derecho y el Estado en San Agustín*, Madrid, 1944; y VON HIPPEL: *Historia de la Filosofía política*, t. I, 1962, pág. 205 y ss.

abstracto además del que corresponda a su intimidad personal o eternal, es el que hace relación con la *comunidad*. Veamos este punto.

4. *El hombre en las comunidades concretas*

A lo largo de esta meditación, se nos habrá podido preguntar: ¿No se estarán confundiendo las finalidades de los *contenidos ético-normativos* del Derecho, que están o debieran estar en esferas extrajurídicas, con las *funciones del Derecho*? O también: ¿Dónde queda el papel del *Estado como fuerza* que hace posible toda función jurídica, o si se quiere como fuente originaria de la *fuerza del Derecho*? (22).

Siguiendo el hilo de nuestra reflexión, podríamos ya adelantar que el hombre y todo el hombre *está-en-el-Estado*, e incluso, éste se presenta ante el Derecho en muy diversas formas históricas. La *Sociología* y la *Ciencia Política* nos descubren los modos y posiciones de ese *estar* el hombre en el Estado, y cuando en aquél o en éste se produce un *cambio* le afecta a la *religación normativa*, y nos muestran una *fenomenología*, unas experiencias, supuestos, datos o relaciones. Pero ello no *cabe identificar funciones del Derecho con funciones del Estado*.

Por el contrario, la propia *génesis, legalidad y legitimidad* del Estado —como hemos rotulado un trabajo nuestro (23)—, exige la propia búsqueda de resortes, de criterios o de valores que lo *justifiquen y expliquen* fundamentalmente, buena parte de los cuales anidan también y en sobremanera en las propias funciones del Estado, sean en el ámbito de las *confrontaciones ideológicas*, sean en las filosofías prácticas de su quehacer *planificador, económico o social*.

De ahí que nosotros sigamos creyendo, con otros autores, en la idea de comunidad (24) como bisagra de Justicia y Derecho, y en el caso de esta meditación, las *comunidades concretas* como bisagra de las funciones de lo jurídico para las situaciones específicas y la incardinación en ellas del hombre y todo el hombre.

En rigor, Aristóteles presentó su *Ética a Nicómaco* como la búsqueda de lo justo en comunidad; la «polis» no fue nunca un concepto geo-

(22) Cr. Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, 3.^a ed., 1963, Buenos Aires, págs. 75 y 142; Schaefer: *Macht und Protest*, 1968; Cattaneo: *Il concetto di rivoluzione nella scienza del Diritto*, Milano, 1960, 108 y ss., en su comentario a la doctrina de Radbruch y Stammler. También Asís: *Manual de Derecho natural*, 426 y ss.

(23) Publicado en *Anales Cátedra Suárez*, núm. 11, 1971. V. la bibliografía allí citada.

(24) Entre otros, Cr. Henkel: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1968, 571.

gráfico o geopolítico, sino entramado vivencial en el cual inexcusablemente el hombre se realiza *en-los-demás*. Incluso la virtud *justicia* en Aristóteles, trasciende, *per se*, a la intimidad personal, porque «en todos los demás vicios que uno practica incurre en algo que no lesiona a los demás —cobardía, avaricia, maldición— pero cuando uno se arroga para sí más bienes de lo justo, peca por injusticia».

Más recientemente Michel Smaus ha podido afirmar que «la persona se destina propiamente a sí misma. *El hombre encierra en sí mismo el tú*. La salvación personal se hace sobre la trascendencia en la comunidad (25).

Realmente si las funciones del Derecho —al menos en la sociedad moderna— no quieren radicalizarse en el *relativismo* de la situación, de la utilidad, del progreso o del poder, para quedar aprisionadas por el totalitarismo del *individualismo abstracto* o del *formalismo estatal*, hay que verlas en la policromía de las *comunidades concretas*.

Ya Gierke (26) nos mostró la comunidad humana como la expresión más amplia y única del ser general sobre el ser individual; y si el Derecho no es pensable sin un contenido concreto, de la misma manera las funciones del Derecho han de ser vistas contemplando al hombre en las comunidades concretas. En el famoso ataque al Derecho Natural que lanzó Knoll (27), en 1962, desconocía u olvidaba esa idea que estaba subyacente en el pensamiento cristiano no racionalista, y que ha vuelto a reflorar en Verdross, Brunner, Messner, Villey, y últimamente Rodríguez Arias (28).

El hombre dorsiano que piensa, trabaja y juega; el «yo» y «su» circunstancia, de Ortega, o al decir de Jaspers (29) la cifración histórica, en espacio y tiempo, de las vivencias auténticas, nos están diciendo, desde perspectivas diversas, pero no contradictorias, que el hombre, en su intimidad, *se realiza como persona en comunidad*, una comunidad específica. Y que entre el *hombre-total*, y el *Estado-comunidad total*, afloran lo que en doctrina filosófico-jurídica y política han venido a denominar-

(25) Sobre el humanismo agustiniano, v. PEGUEROLES: *El pensamiento filosófico de San Agustín*, Barcelona, 1972, págs. 94 y ss.

(26) Cr. el trabajo de GONZÁLEZ VICÉN *La teoría del Derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke*, A. F. D., tomo XVI, Madrid, 1971-72.

(27) AUGUST M. KNOLL: *Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht*. Wien-Frankfur-Zurich, 1962.

(28) En «La teoría institucional del Derecho», *Anales Cátedra Suárez*, Granada, fascículo, 1-1972. En la página 59 glosa nuestro pensamiento al respecto.

(29) Cr. JASPERS: *Filosofía*, II, Madrid, 1958, especialmente apartado «La acción en el mundo», pág. 220 y ss.

se sociedades e instituciones *intermedias*, aunque para nosotros, justamente al hablar de las *funciones* jurídicas, preferimos utilizar el término *comunidades concretas*, porque aquí no se trata de polemizar o construir una teoría vertebral o antitética Estado-Individuo, Individuo-Estado, sino los cometidos plurales de las funciones de la norma (30).

Si se viese así, es decir, sin el abstraccionismo, el mecanicismo o formalismo con que las funciones del Derecho cada vez se contemplasen, quizá se hiciese más fácil vislumbrar una religación de la norma, en el doble aspecto, el *creador* y el de la singularidad de unas *posibilidades*, centro de la comunidad concreta, para que el hombre *ejercite* su propia libertad, y la haga *eficaz y posible*.

También las comunidades están *in crescendo*, y la persona humana en ellas no podrá esconderse a su propio crecimiento. Por eso el Derecho en este orden de cosas, cumple, por de pronto dos tipos de funciones —aunque nuestra comunicación no es señalar una tipología de tales funciones específicas—, las de *adecuación* y las de *participación* (31).

Las de *adecuación*, en cuanto que la norma, al contemplar situaciones específicas en las que está inserto el hombre entero no en abstracto, ha de acelerar, corregir o posibilitar los derechos y deberes de la persona. Si una norma administrativa, por ejemplo, prohíbe enviar cartas por correo en sobres de determinado color, tamaño, o peso, no se está imponiendo una coacción básica al derecho de correspondencia, sino que, por exigencias de la *comunidad*, y aún para la *propia eficacia* de ese derecho, se piensa en una norma que cumpla esa función. Y ello dentro de una situación histórico específica, sea mecánica, sea de planificación, pero también dentro de una comunidad concreta. Una vez más la norma adecua el ejercicio de la *libertad* a la *eficacia* de esa libertad (32).

Y los de *participación* porque las funciones del Derecho, tienen ese diseño de *comunicación* de cuanto en lo humano se hace preciso para la convivencia: la misma paz no es algo que se haga efectiva con la mera *disponibilidad a ella en nuestro interior*, ni lo sería tampoco el mero orden exterior, público o privado, que no se engarzara en la paz interior autén-

(30) Cr., desde perspectivas distintas, los trabajos de RUIZ JIMÉNEZ, «Actividad política de las personas y paz interna», y ELÍAS DE TEJADA, «Construcción de la paz y asociaciones intermedias», publ. en páginas sucesivas, 59-71 y 71-97, en el volumen *Derecho y paz*, I Congreso de Filosofía del Derecho, octubre 1964.

(31) Esta cuestión en la historia del pensamiento iusfilosófico forma parte de lo que BODENHEIMER sitúa dentro de «las fuerzas modeladoras del Derecho», en *Teoría del Derecho*, Buenos Aires, 1964, pág. 227.

(32) Cr. FRIEDICH: *La filosofía del Derecho*, México, 1969, apartado «Derecho e Historia», 331 y ss. También LOIS L. FULLER: *La moral del Derecho*, México, 1967.

tica. En la confluencia de la *Civitas Terrana* y la *Civitas Dei*; en la *participación* natural en la ley eterna por la criatura racional (33). o en la *permeabilidad* de las vivencias, órdenes y normas que están en la *familia*, sin coacciones externas; o en la *solidaridad* del mundo del trabajo hacia metas, actitudes o comportamientos que no pueden ser agotados en los códigos laborales, sindicales o profesionales, estamos viendo —no exhaustivamente— que las funciones del Derecho se realizan, o al menos, penetran en las *comunidades concretas*, bajo el signo no sólo de la religación o coacción, sino sobre todo de la *participación*.

En los andamiajes de la vida internacional, profesional, familiar, eclesial, etc., la bisagra de las comunidades concretas son las que pueden hacer auténticas y posibles los efectos y fines de un ordenamiento jurídico. La comunidad concreta lleva en sí su *propia historia*, su *propio ensanchamiento*, sin artificiosidad; y ella recibe y percibe al hombre también concreto, cercano, que se realiza plenamente en lo humanamente posible. La fisura entre el mundo rural y el mundo urbano; entre la masa y los hombres; entre el cambio y la paz; entre el progreso y el bien común, sólo podrán arquietarse y serenarse cuando la Justicia y Derecho aspiren a ser vividas y realizadas en las comunidades concretas. Porque ni sirve el gigantismo del Estado para normar todas las dimensiones de lo humano, ni podemos endiosar al individuo frente a aquél. Como no sea situándolo en el plano fecundo, *sintiente* —como diría Zubiri (34)—, de aquellas religaciones que hagan su destinación, más personal y comunitaria. De tal manera que las recíprocas participaciones de los bienes personales y comunitarios acrecienten su *propia personalidad*, y por el Derecho se hagan *verificables*.

Mayo, 1973.

DR. JESÚS LÓPEZ MEDEL
Facultad de Derecho. Universidad
de Madrid

(33) Cr., entre otros, CAMPO DEL POZO: *Filosofía del Derecho según San Agustín*, Valladolid, 1966; BREZZI: *Analisi et interpretazione del «De civitate Dei» di Sant Agostino*, Tolentino, 1960.

(34) ZUBIRI, en *Sobre la esencia*, Madrid, 1963, 115, dirá: «La teoría de la sensibilidad no es sino la teoría de la estimulidad».

FUNDAMENTACION DEL DERECHO DE MENORES

1. *Planteamiento filosófico*

La física aristotélica de la escolástica descansó por entero en la hipótesis de que el universo del niño es el universo real y, de ahí que nos describa precisamente lo que sería el universo si nuestras impresiones sensibles y afectivas fueran cosas, consagrando así el error de los primeros años en cuanto que suponen la existencia de formas o cualidades reales, que no son nada más que las impresiones confusas de la inteligencia infantil o adolescente (1). Del mismo modo, el legislador contemporáneo vuelve a caer en aquel error, cuando, sin considerar cual sea para los menores el mundo verdadero de su Ley, les aplica la misma que rige para el mundo adulto, sin intentar subsumir ni comprender su mundo propio, el de sus auténticas vivencias y percepciones, tal y como ha venido señalando el versículo evangélico (2).

Desde la perspectiva iusnaturalista se concibe a la persona humana como el eje de todo un sistema de valores universales que están enraizados en la dignidad natural que ostenta. La armonía social, fundamentada en el bien común, implica la exigencia de que la convivencia humana se produzca regular o normativamente —con miras a aquel bien— para que quede salvaguardada la paz y orden sociales. Pero sabiendo que el ser humano no alcanza su plenitud existencial hasta que no culmina las fases evolutivas de su desarrollo individual y que, consecuentemente, precisa superar, mediante un aprendizaje constante, lo que percibe con un carácter vago y confuso, esencialmente pueril, del mundo de sus mayores, es necesario que el jurista asuma tal realidad para que la proyecte al ámbito estricto del Derecho y pueda, así, adquirir vigencia positiva.

(1) M. GILSON: *Études sur la rôle de la Pensée médiévale dans la Formation du Système cartésien*, París, 1930, pág. 170.

(2) «En verdad os digo que, si no os volvéis y hacéis semejantes a los niños en la sencillez y en la inocencia, no entraréis en el reino de los cielos», Santo Evangelio según San Mateo, XVIII, 3.



De hecho, se proporciona a los menores —desde la primera edad infantil— las primeras impresiones y experiencias, que fundamentan los hábitos y actitudes morales; pero estos hábitos y actitudes morales que se encaminan hacia la observancia estricta de ciertas reglas de conducta, se ven contrarrestados por esas actitudes de signo contrario en quienes debieran testimoniarlas con su ejemplo. Es esta situación usual —fácilmente comprobable— la que origina en los menores un evidente confusio- nismo de carácter moral. Y al enjuiciarse las conductas de los menores, consecuencia directa de este confusio- nismo moral se confunde, con noto- ria injusticia e irresponsabilidad, lo moral con lo que es justo que es tan- to como identificar el ámbito de la Moral con el Derecho con una finali- dad eminentemente pragmática y con la pretensión de salvaguardar a ul- tranza la paz social, eludiendo, asimismo, toda referencia al bien común.

Si distinguimos el Derecho de la Moral, nos será fácil, desde los respectivos campos, lo que realmente comporta una *situación irregular* en un menor.

El fin de la Moral es lograr la felicidad de los hombres —incluyén- dose en este concepto también a los menores—, y comprende todos los actos que constituyen la conducta. Su vigencia radica en la propia con- ciencia que previamente ha de ser formada— y el cumplimiento de sus reglas se realiza espontáneamente. Los deberes meramente éticos están excluidos de los jurídicos, aún cuando no pueda existir la noción del deber si no se circunscribiese a una obligación moral. El Derecho, por el contrario, tiene por fin el orden social y únicamente comprende los actos indispensables para la existencia y desenvolvimiento armónico del indi- viduo y de la comunidad que le es propia.

La consistencia de las reglas aumenta su efectividad, de ahí que el Derecho deba subsumir explícitamente aquellas reglas de carácter moral, para que los efectos contradictorios de éstas últimas en la realidad coti- diana se superen por el *imperium* que el Derecho ostenta (3).

Jamás confundió la doctrina jurídica la Moral con el Derecho tal y como lo hizo el legislador, en la casi totalidad de los países, al promul- gar la legislación referida a la corrección de la conducta de los menores al margen de la Ley penal común. Ciertamente que no puede estimarse justo un acto inmoral realizado por un menor; pero de esto a que la corrupción moral atípica, calificada de *licenciosa* pueda motivar la aplica- ción de una medida reeducativa hay un gran abismo (4), porque como

(3) C. E. MEYERS: «The effect of conflict authority on the child», en *Univer- sity of Iowa on Child Welfare*, 1944, pág. 20, y de 30 a 98.

(4) *De los casos de menores de dieciséis años... licenciosos...*, siempre que, a

señalaba Mendizábal y Martín, *las acciones contra las buenas costumbres no se reputan posibles en el orden jurídico.*

El menor que, por imperio del Derecho, ha de respetar y proveer —en la medida que su personalidad se encuentre desarrollada y en función de las propias aptitudes—, al beneficio de sus semejantes está sometido al deber jurídico; pero el Derecho ha de arbitrar los medios necesarios para que cuente con la protección, real y eficaz, de la que hoy, desgraciadamente, se ve privado.

2. *El desenvolvimiento científico del Derecho del Menor*

Aún cuando la interpretación normativo-positiva constituye la actividad usual e inmediata de la ciencia dogmática del Derecho que se polariza en la práctica jurídica, dicha ciencia no se agota nunca en la mera interpretación del texto legal. Por muy elaborada que esté una ley, la dinámica social desborda, cada vez en mayor medida, los límites que aquélla estableció. De ahí que las vigentes reglas no puedan ser exhaustivas en cuanto regulan la condición y estado jurídico de la minoría de edad y que, además, percibamos las graves antinomias que se presentan con mayor agudeza y sensibilidad que en épocas no muy lejanas.

Siendo evidente que los innumerables supuestos de hecho que hoy se plantean carecen de la adecuada regulación jurídica, nos encontramos que la persona individual menor de edad, no tiene reconocidos explícitamente aquellos derechos inalienables que devienen de la propia dignidad humana de su personalidad y que se relacionan con los condicionantes naturales de su proceso evolutivo. Y es esta tensión que se produce entre el *sentido jurídico-ético* y el *teleológico* de cada una de las regulaciones vigentes, de una parte, y la *propia expresión gramatical* de los textos legales, la que impulsa al jurista no sólo a rebasar los límites de un posible significado literal, sino también a intuir cuál debiera ser la regla justa. En este punto pretendemos un desenvolvimiento del Derecho que ha de ser dirigido metodológicamente.

El desenvolvimiento científico del Derecho del Menor implica un proceso del pensamiento que significa un paso hacia adelante, por cuanto que supera la fase de la mera interpretación, en cuanto que hemos de acometer la tarea de desenvolver de forma abierta el Derecho.

El Derecho del Menor pretendemos desenvolverle en atención a un

juicio del Tribunal respectivo, requieran el ejercicio de su facultad reformadora, apartado C) del art. 9.º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores española, en su núm. 1.º El Estatuto de Menores venezolano, en su art. 110, confunde la situación irregular con el estado de abandono moral o material.

principio jurídico-ético, que se asienta en la dignidad de la personalidad humana y que exige el logro de la plenitud existencial en quien aún no logró su pleno desarrollo psico-somático por naturales circunstancias cronológicas. Y son estos *principios jurídico-éticos* los que pautan los criterios reguladores para el establecimiento de un ordenamiento jurídico *ex-novo*, precisamente, porque su interna fuerza de convicción les convertirá en factores conformadores del desarrollo jurídico que pretendemos realizar.

Los principios éticos proyectados hacia lo jurídico, son formas de expresión, direcciones de movimiento, tendencias del espíritu objetivo que se van abriendo paso en la conciencia jurídica general, encontrando primero su expresión en la doctrina y de ésta en la ley.

Como verdades jurídicas contamos hoy con esas Declaraciones de los Derechos del Niño y sobre la educación de la juventud que proclamaron las Naciones Unidas, con la doctrina que difundieron por el ámbito americano los Congresos Panamericanos del Niño y esa Carta de los Derechos Fundamentales de la Colectividad Menor de Edad que enunciada en las II Jornadas Ibero-Americanas de Derecho del Menor, en Madrid, hiciera suya el V Congreso Penal y Penitenciario Ibero-Americano y Filipino, celebrado en La Coruña, ese mismo año de 1969 (5). Verdades jurídicas que están referidas al contenido de la conciencia jurídica de nuestro tiempo, y que a su vez, representan la concienciación de aquellos principios en los que se concretizaron, por cuanto que fueron la plasmación evidente de ideas jurídicas.

Estos principios jurídico-éticos, al percibirlos en lo más íntimo de nuestra conciencia y adquirir la percepción de su existencia, nos señalan, como un imperativo de orden suprasensible, el deber de divulgarlos para que la corriente doctrinal así surgida, con mayor o menor rapidez, encuentre el reconocimiento general en la conciencia jurídica del tiempo presente.

Así, a partir del principio fundamental que impregna todas y cada una de las instituciones jurídicas que hacen referencia a la minoría de edad —el *principio tuitivo*—, se han desarrollado, en la última década, las doctrinas del *deber de asistencia*, de la *función social de la patria potestad e instituciones supletorias*, de la *función protectora y reeducadora de concretos órganos jurisdiccionales o administrativos de menores*

(5) Las Conclusiones de las cuatro Jornadas Ibero-Americanas de Derecho del Menor, celebradas en Madrid las tres primeras y las cuartas en Caracas (Venezuela), en el núm. 45 de la *Revista del Instituto de la Juventud*, Madrid, 1973, página 207 y ss.; véase el número 15 del *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña*, 1969, pág. 239.

que, si en todos estos casos, se trata de conocimientos obtenidos por primera vez, e incluso, frente a la época del nacimiento del Derecho positivo, van, en realidad, más allá de lo que el legislador pudo prever al promulgar y sancionar la norma o de lo que pueda inferirse mediante una estricta interpretación de los textos legales.

El reconocimiento del derecho de cada menor, individualmente considerado, a que no se trunque, por un inidóneo desenvolvimiento de su personalidad, su plenitud existencial, representa un desenvolvimiento, también del Derecho conforme a un principio que *erga omnes* consideramos preeminente. Cuando las instituciones de Derecho privado referidas a los menores y como consecuencia residual de prevalecer los intereses patrimoniales sobre los personalísimos del menor, no se reconocen éstos en toda su integral dimensión, su indefensión ante todo poder arbitrario es incuestionable, cuando este poder, en su ejercicio, se basa en el estricto texto legal para inferir al menos, en su natural condición desvalida, un daño irreparable, el violentar o coartar su dinámica evolutiva. Del mismo modo acontece en el ámbito iuspublicista, ante similar estimativa.

3. *El respeto de la personalidad eje y fundamento del Derecho de Menores*

La minoría de edad comporta una situación concreta de la vida humana, que por su consustancial dinamismo evolutivo, implica un todo unificado de matiz intrínseco y problemático. Es un condicionante endógeno que limita la autonomía del obrar humano y que, paradójicamente, exige que se vaya posibilitando el progresivo aprendizaje y práctica de la libertad responsable que habilite al sujeto para que ejerza aquella autonomía al compás de su propio desarrollo psico-somático, afectivo, intelectual y moral. El problema se nos plantea en función de dos elementos que son antitéticos, aún cuanto estén íntimamente relacionados: *heteronomía* y *autonomía*.

El problema tal como queda enunciado, no es tan sólo un problema humano genérico, sino que entraña, además, una situación que, individualmente, se produce en cada hombre y que no depende de ninguna circunstancia exterior.

El hombre vive inevitablemente en un entorno ideológico-social de carácter estructural. Entorno que no puede confundirse, pese a su carácter dinámico, con ese otro dinamismo singular del ser humano, en su tránsito vital hacia su plenitud existencial. Dinamismo individual que se

produce, pese a su singularidad, en la contemporaneidad histórica que le toca vivir y con carácter general en toda su dimensión universal. No nos encontramos ante un problema que se plantea a un sólo individuo, porque lo es, también, de sus coetáneos, como lo fue antes de sus contemporáneos, aunque sean éstos quienes, responsablemente, hayan de afrontarle buscando la solución adecuada. Indiscutiblemente, nos encontramos ante un principio del absoluto relativo que percibimos, además, en una estructura colectiva.

Ciertamente que con los precedentes presupuestos no será posible llegar a esa verdad que todo conocimiento científico persigue, pero mediante el método neo-estructural podremos trabajar y —a diferencia de otros sistemas metodológicos que terminan por sofocar con el peso de sus prejuicios cada cuestión sin esclarecerla—, será posible iluminar el camino que nos conduzca a la solución del problema desde el ámbito jurídico. Ese problema del absoluto relativo que entraña la minoría de edad en la vida del hombre, como estructura colectiva, haciendo converger lo individual en su entorno histórico social, enlazando jurídicamente lo que constituye una misma realidad problemática.

Si el hombre, como afirma Corts Grau, *no puede obrar contra su propia naturaleza, y, por tanto, ni puede desprenderse ni ser despojado de aquello que están vinculado a su desenvolvimiento* (6), y como este hombre al trascender al Derecho se identifica con la acepción de *persona*, hemos de meditar seriamente en su verdadero significado para saber, después, de que no puede desprenderse ni ser despojado. Si nos referimos más que a su sentido formal —equivalente a sujeto de derecho y, en consecuencia, posible portador de derechos y obligaciones— a su concepción ética, tal y como está subsumida por la teoría pura del Derecho, hemos de circunscribirnos a esa dignidad personal que implica reconocer al hombre como aquel ser que está destinado a conformar su vida autorresponsablemente y que, incluso durante ciertas fases evolutivas de su desarrollo, es dueño hasta un cierto punto de sí mismo, siendo capaz de percibir exigencias de deber ser y de actuar, en cuanto que es posible, conforme a ello.

No siendo como no es, por razón natural, esta persona para los demás un objeto o un medio, sino que tiene un valor en sí misma que ha de respetarse, es evidente que este respecto es exigible sin excepción alguna,

El derecho subjetivo, en cuanto hace referencia a la minoría de edad, más que un poder de la voluntad o que únicamente un interés jurí-

(6) J. CORTS GRAU: *Curso de Derecho natural*, Madrid, 1964, pág. 301.

dicamente protegido, es un derecho al respeto. Respeto que demanda que se reconozca explícitamente para que no se lesione a la persona en aquello que se la debe. Y se la debe todo aquello que favorezca el desenvolvimiento integral y armónico de su personalidad para que su plenitud existencial no quede truncada.

El derecho fundamental de la persona al respeto se desarrolla, en derechos individuales de la personalidad que, ante la indefensión del sujeto menor de edad, han de ser real y eficazmente tutelados. Esta exigencia que está fundamentada en la propia sustantividad de la denominada *incapacidad e inimputabilidad* que, desgraciadamente más formalmente que de forma sustantiva circunscriben y matizan, desde paralelas perspectivas, la minoría de edad, cuando se supere, quedará depurado restaurado lo que debe ser un Derecho de Menores, como fiel expresión de la realización de la Justicia social que nuestra época exige, para que las nuevas generaciones puedan, en las más óptimas condiciones, protagonizar ese futuro que a nosotros se nos escapa entre las manos, por lógica ley de vida.

DR. LUIS MENDIZÁBAL OSES

Prof. y Director del Curso de Iniciación en Derecho del Menor del Instituto de la Juventud, de Madrid. Presidente de la Asociación para el Estudio de Derecho del Menor. Vocal asesor del Consejo Superior de Protección de Menores.

THE INDIVIDUAL'S PERSPECTIVE OF LAW

SCOPE

This paper is in response to the overall theme of the Congress and to a particular sub-theme: Analysis of the functions of law as related to individual view of law. Brevity of allotted space allows no more than a contributing statement, at best a preliminary exhortation in support of the importance of the sub-theme. It seems likely that closer consideration of individual perceptions of law will be helpful to analyses from other perspectives. However, some adjustment in traditional theories may be necessary. Present theories sometimes underplay the significance of the individual hardly ever taking account of individual perceptions *qua* law as possibly part of «law itself».

ANALYSIS AND PRESCRIPTION

Any response to a call for functional analysis requires special heed to the difficulty of keeping straight the kinds of evaluations available for the task. First off is the distinction between descriptive or empirically involved statements on the one hand and on the other the prescriptive or normative. The distinction or failure to make it has been continually important not only to Western legal theory but philosophy generally for centuries. In the United States, the so-called functional approach which came out of sociological jurisprudence and the related «legal realism» was touted to be more empirically oriented than other approaches. Yet functionalism is not necessarily empirical. One may be purely speculative or idealistic in the name of «function».

Functional analysis is happily applied to the causes of comparison of is and ought. In a society in which laws were only sporadically enforced, for instance, one could say «the laws are not serving their function»; i.e., compared with the way we think the laws ought to function, per-

haps to induce conformity in behavior throughout society. An anthropologist might see the function of some of these laws to produce conformity in only a particular segment or class. Maybe their actual operating function is to vest discretion in the police or prosecutors.

Perhaps no functional analysis can be purely descriptive. Indeed it may be that there is no way to be purely empirical or to make purely descriptive statements. To describe the articles in a room —say a chair, table, hammer, glass, etc.—, is to engage, mayhap unconsciously, in a prescriptive functional analysis. A chair is to be sat in, a table is to be used for different purpose, and so on. Yet if one is taking an inventory, then the laisting is descriptive within *that* enterprise. In short, whether one is being descriptive or prescriptive depends upon the project at hand. Description at one level is prescription at another.

It may be that any analysis in legal theory, whether called functional or not, is at least subtly prescriptive. No doubt that is true of a general theory of law, for it is unavoidably a view among possible views. To pick a view of law, a perspective, a slant, and to say this is the way law *is*, or this is the way law functions, or even, these are the functions of law, is to prescribe a way of thinking, ultimately of acting, in light of that prescribed view.

At the risk of belaboring the obvious, permit an illustration involving some subtlety, concerning the inquiry as to the kind or kinds of principles or norms which are legal as opposed to being purely moral or social or whatever. To initiate the question is to prescribe a way of inquiring. We can with England's John Austin say that laws are commands or with his succesor H. L. A. Hart that law is made up of rules. These *views* excite differing attitudes toward a proffered system or even piece of law, potentially affects, then, their functioning. The Austinian or Hartian analyses are not merely differences in description. They have rhetorical significance. On that level, consider that to move from either one of these views to Kelsen's pure theory of law (as constituted by norms) involves risk. The risk surely is that the regulatory potential of laws on the book are lessened if not destroyed. How so?

Put it simply. A police officer is not going to say, for instance, «The norm is not to speed». He will say something like. «You're breaking the law». A judge is much less likely to speak of norms than of laws, rules, statutes, regulations, constitutions, and such. «Norm» does not have the requisite impact for *most* rhetorical endeavors.

Of course Kelsen was presumably not trying to influence the ordinary citizen's law-perceptions toward constituted law-authority. He was

prescribing a science of law and attempting therewith an ideologically neutral model. For that purpose, «norm» seems somehow neutral. Yet it is not when viewed functionally against other terms that might be used such as «command» «rule», and so on, at least not against the question whether a statement so labelled must be obeyed. The Kelsenian move to «norms» can be liberating or otherwise beneficial. Even so, there is prescription involved, either in saying that law is not made up merely of commands or rules, or even most broadly that one has his choice in determining what kind or kinds of norms law does contain. Then one is free to look at «a law» as a command or a rule or what have you, depending upon *his* preference. While this perspective offers considerable creative mobility, it is also potentially, promotive of anarchy if placed in the wrong heads.

The implication is not that some ways of prescribing appropriate views of law or functions of law are not better than others, but it does depend what one is trying to do. Law as a subject of discourse, inquiry, or theory may not be peculiar in this regard, but it is unusually complex. It is not some sort of merely observable phenomena, although we may take some observable phenomena and call them law or say that law is within the phenomena or vice-versa; e.g., law is what judges do (legal realism in United States). Even if law were universally regarded as observable in some such way, different views of it would be possible as we know from everyday experience with simple observables such as chairs and mountains. Yet even more so than purely material observables, the stuff of law, the reality of law, the functions of law are very much dependent upon varying *views* of law which do exist. It is very possible that a true science of law would be heavily dependent upon that sort of assumption, requiring then a collection and organization of varying «views of law», rather than some disciplined way of persuading people how they *should* see law.

THE MOVE TO PERSPECTIVES

Generally speaking, legal theory and for that matter behavioral analysis of «law-related» actions have been remiss in dealing with law-attitudes and law-perspectives. The reasons are many, complex, and subtle, but chief among them is the understandable tendency of a given theorist to view «law» from a certain position without being aware of, or at least without being willing to examine or admit, the other possible positions. Thus one *may* view law from the position of a legislator, but such single

perspective is hardly sufficient or appropriate to aid appreciation of the actual or appropriate viewpoints of say a policeman. Probably the most underplayed perspective on law is that of ordinary citizens, conceivably a demonstration that most theorists identify with other perspectives.

Not that theory has totally ignored the significance of individuals, although the tendency has been to speak of laws as it affects or should affect individuals, or to see individuals as calling upon legal institutions and rules of law, as litigation, or having rights and duties under the law, or within it. Closer in to the individual, the significance of his attitudes or views of law tend to get boiled, simmered, and distilled into higher level generalities and statistics about public opinion. It seems that theorists and social scientists alike have difficulty in understanding what relevance *individual* views have to the nature and functions of law, and even more in perceiving individual views. Of course one may not climb nito another's head. Yet there is a method, and that is to listen to what a person says, or better to observe what a person says *together* with what he does.

That kind of inquiry has precedents, beginning in the United States with legal realism. In that view, judges were somehow part of the process of law, inextricably so. They are law appliers, extenders, makers, interpreters, and so on. Under that view, it is not enough to see what rules of law are taken from the corpus of law and announced or offered. It is necessary to see what judges do with what they announce. In this complex is law. Civil lawyers have trouble with that view, despite its relevance to them.

It is harder to see that ordinary citizens are involved in a related process in ways which are important to the functioning of the legal process. Perhaps a bridge to what otherwise may seem a merely radical view is possible. Consider how a lawyer may operate: not the litigational lawyer, but the advising or counseling lawyer, as he relates to clients. drawing up contracts, advising this or that alternative course of action «under the law». He would not want to say that he makes the law in any legislative, quasi-legislative, or judicial-legislative fashion. Certainly his decisions are not official or governmentally enforced. Yet he is an interpreter, of «laws on the books». He is authoritative and influential of behavior, that of both private citizens and officials whether through private channels or official.

Such an expert on the ins and outs of law-in-action at this level cannot actually afford the luxury of a single viewpoint on law; not in his role or several roles, although in his private life as citizen he may be more legal positivist or even legalistic in his attitudes toward law. It does

not follow that he has articulated or could articulate just what his views-in practice may be. Given the requisite models for inquiry, however, an observer of his approaches to problems could likely plot the lawyer's views, sketch a profile.

A related approach can be taken to various kinds of individuals who have no official position in the legal process nor the authoritative sort of role enjoyed by lawyers, for instance, to the school teacher, the artist, student, homekeeper, and so on, to the man on the street or the woman in the Clapham omnibus. What legal theory can do is to offer some preliminary theories on the spectrum of views that seem likely to be abroad in this or that community or culture and to contemplate what impact varying views can have on the way law actually functions.

The object is not to say that law *is* whatever one thinks it is, nor that law is just what people in society do; neither relativism nor pure behaviorism. It is only if law is dogmatized as purely normative that law-involved behavior or views of law become aspects of some other study or theory than that of law. It is only if it is believed that *everyone* ought somehow to have the same lawview or law-gestalt that existing variations in perspectives are ignored or discouraged as always deviant. Very possibly a plurality of law-views is indispensable to a modern society. In any event, whether good or bad, such variations ought to be acknowledged and their impact and significance considered. The reasons are in turn many and varied.

Consider a possible if unlikely perspective on law. If some individuals believed that law is constituted of rules that are discoverable through pure reason, that certain officials are repositories of that reason, that they must conform to the rules announced by those officials, then their behavior *qua* such law pronouncements becomes highly predictable. Mechanisms of control would be expedited were a sufficiently large enough number of individuals somehow or other to be ingrained or programed with such a view. It is worth wondering what alternative perspectives may be widely shared without detracting from the general effectiveness of a legal system, or at least its regulatory part, perhaps more importantly its criminal laws.

Of course there are individuals who regard criminal laws as mere rationalizations for the exercise of power by officials and the police as influenced by preferred members of society. Behavior modifiers may have more drastic solutions; but alternative methods of adjustment, insofar as such individual views might be fallacious lie in the direction of education or even therapy. On the other hand, and probably equally im-

portant, it would be interesting to discover how prevalent the legalistic attitude may be, the attitude that amounts to rule-compulsion, not inherent, but of high risk in legal positivistic directions.

This sort of search for individual attitudes and views of law should not stop with consideration of «ordinary» citizens. For instance, legalistic dispositions may be most socially significant when found in officials, such as judges and administrative officials and agencies as well as the police. Ultimately, appreciation of individual perceptions of law would extend to all persons in all their roles.

It would be a mistake to view this as just another call for empirical data. Space does not admit elaboration, but this particular suggestion calls for closer attention to communication variables. It calls for a particular kind of words consciousness which is not yet common among legal theorists. One who would be empirical about law in this way will look at law-involved behavior law and legal process but in a way which allows him to become aware of the views and attitudes of the person (s) observed. Observers of this stripe are in need of supporting or guiding theory, of theorists who will abjure putting forth definitions and functional analyses which are their own preferred prescriptions of the way to view law (*).

WALTER PROBERT

*American Section, International Association
for Philosophy of law and Social Philosophy
Law College University of Florida, U.S.A.*

(*) Elaboration of the point of view supporting this short essay will be found in Probert. *Law: Language and Communication* (Thomas & Co., 1972).

LA FUNCION DEL DERECHO RESPECTO A LOS CUERPOS SOCIALES BASICOS

¿Qué función cumple el derecho respecto a los cuerpos sociales básicos? Para responder a esta pregunta conviene aclarar previamente los dos conceptos que pone en juego.

1. *Los cuerpos sociales básicos*

Comencemos por la noción de *cuerpos sociales básicos*. Sabido es que ha sido fundamentalmente la filosofía social católica quien ha puesto en circulación la denominación de *cuerpos intermedios* para designar a aquellos grupos humanos que se enmarcan entre el individuo aislado, por un extremo, y la llamada clásicamente *sociedad perfecta* o *sociedad soberana*, por el otro extremo. Se designa así *cuerpos intermedios* a una serie de agrupaciones de individuos distinguibles dentro de la *sociedad*, considerada ésta como un conjunto superior, organizado técnicamente por el aparato jurídico del *Estado*. Probablemente la fortuna de la denominación *cuerpos intermedios* se debe a su acusado grafismo descriptivo, bien dotado para designar una zona bien delimitada entre dos hitos claramente percibidos. Por mi parte, y sin ignorar esta ventaja, prefiero hablar de *cuerpos sociales básicos*. Trato, con ello, de evitar una falsa valoración que se suele introducir subrepticamente tras la otra denominación. Me refiero a la valoración que supone que lo importante son los extremos y que lo que media entre ellos es secundario. Lo cual es falso, pues en una correcta visión histórica y lógica, la sociedad no tiene dos bases —el individuo y el Estado—, sino sólo una: la persona humana. La cual tiene una dimensión social que va arrojando naturalmente como brotes de un sólo tronco, organismos sociales más complejos, a partir del más simple que es la familia.

Tales organismos sociales no presentan todos la misma sustantividad. Unos poseen una constancia radical. Se dan siempre, o casi siempre que hay agrupación humana, y por eso se pueden llamar naturales. Me refiero a aquellas agrupaciones que propician el logro de fines funda-

mentales de la persona, como son: la ocupación de la tierra (municipios, comarcas, regiones, provincias, etc.); el aumento de la cultura (escuelas, liceos, academias, universidades, etc.); la ordenación de la producción y el trabajo (gremios, sindicatos, colegios profesionales, etc.); la defensa del patrimonio territorial, real o personal (ejército, fuerza naval y aérea, institutos armados en general); la creación de élites que garanticen la existencia de especialistas en el cuidado del bien común (aristocracias, noblezas, capitales, senados, etc.); y el culto a la divinidad (órdenes e institutos religiosos, órganos eclesiásticos en general). Otros de tales organismos sociales, se tienen que dar; pero no siempre los mismos, ni para lo mismos objetivos, porque tratan meramente de conseguir finalidades secundarias de las personas: el deporte, las artes, las opiniones, la producción de cosas concretas (clubs, sociedades civiles y mercantiles, círculos, centros, partidos, etc.).

Pues bien, todas aquellas comunidades entrañables, permanentes o estructurales, junto con todas estas sociedades interesadas, efímeras y coyunturales —consideradas las últimas como un bloque y no en sus manifestaciones concretas—, son *cuerpos sociales básicos*. Y lo son en un sentido profundo —aquél que puede escaparse empleando la otra denominación, porque son la base sobre la que se establece cualquier otra organización superior, sea —como es hoy por hoy el Estado, sea otra que se quiera excogitar. Es decir, que estos cuerpos son *algo más que intermedios*, o sea, entes que se puedan suprimir, como es frecuente pedir que se supriman, por razón de economía, los *intermediarios*, en cualquier proceso laboral, industrial, mercantil o simplemente técnico. La *sociedad*, en suma, no es como una lámpara que cuelga de un clavo —el *Estado*— pegado a un techo —la *humanidad* concebida en abstracto—. Sino que la sociedad es como un árbol, cuyas raíces son los individuos, que la alimentan y sostienen en el tronco de la familia, y que prolifera en las ramas, constituidas por los cuerpos sociales básicos, en que se pueden producir hojas, flores y frutos, es decir, el bien común. Por eso no es el Estado un extremo absoluto, sino la rama superior y provisional, sobre la cual podrá elevar el curso histórico otras, según el mismo proceso que la ha engendrado a ella y a las inferiores: por el proceso de la *integración federativa*.

2. La función del Derecho

Pasemos ahora al otro término: *la función del derecho*. El derecho es el más perfecto instrumento creado por el hombre para resolver el problema de dar a cada uno lo que le corresponde, dentro de un orden

previamente conocido —que contribuye a disipar tensiones—, aportando los medios necesarios para resolver pacíficamente los conflictos de intereses entre los individuos. Por ser su misión tan lata y ardua, no es desde luego el derecho una cosa simple. Por el contrario, el derecho es un producto humano supercomplejo.

Surje en cada individuo como una *pretensión* a no ser interferido en sus posesiones o en sus aspiraciones; y muchas veces no pasa de ahí. Pero cuando surje un conflicto de pretensiones entre dos individuos, el derecho aparece de otra forma: como la *decisión*, el *fallo* o la *sentencia* que resuelve aquel conflicto. Muchas veces tampoco pasa de ahí: cuando el problema no se repite y deja de ser un problema. Pero otras muchas veces, el conflicto deviene repetidamente típico, y entonces aparece el derecho en otra manifestación: como *norma*, *ley* o *regla* general. Con frecuencia, todavía, las pretensiones reales, las facultades jurídicas, las disposiciones legales y las decisiones judiciales no concuerdan entre sí. Entonces, todo ese complejo de datos empíricos necesita de un análisis teórico muy especializado. Y así aparece el derecho en otra manifestación ulterior: como *doctrina* o *teoría* —que puede alcanzar los más altos grados de abstracción científica, filosófica y teológica— tendente a ordenar el caos de experiencias jurídicas. Pues bien, la complejidad de las experiencias y las teorías jurídicas es tal, que se explica fácilmente el hecho de que a veces los juristas pierdan el norte y el derecho se desoriente. Y entonces es cuando se introduce la confusión sobre la función del derecho.

La función del derecho es constituir el instrumento por el que se pueda *dar a cada uno lo suyo* del modo más ordenado, económico, seguro y tranquilo posible. Pues bien, el derecho no siempre cumple debidamente y a satisfacción tal función. Lo que no tiene nada de asombroso. El producto humano que es el derecho nunca es químicamente puro o totalmente perverso. Cuando actuamos jurídicamente no somos los hombres ni ángeles puros ni bestias impuras, ni totalmente buenos ni absolutamente perversos. El derecho funciona unas veces mejor y otras peor, porque también este producto nuestro— nuestras pretensiones, nuestras sentencias, nuestras leyes y nuestras teorías jurídicas— participa de nuestra constitutiva naturaleza desfalleciente.

Conviene tener en cuenta lo que acabo de decir, ya que hoy día se constata una general actitud de repulsa contra el derecho, que arranca latamente del análisis empírico de su funcionamiento. Baste recordar —a modo de prueba— el éxito contemporáneo de teorías negadoras del derecho, cuales son el *existencialismo* en el ámbito de las ciencias filosófi-

cas, el *marxismo* en el ámbito de las ciencias sociológicas y el *progresismo* en el ámbito de las ciencias teológicas. La corrosiva acción especulativa que tales doctrinas han ejercido entre los especialistas del derecho, unida al escepticismo jurídico que la inflación de los boletines oficiales ha originado entre los legos en derecho, ha abierto hoy día paso, de un modo generalizado, a la convicción de que el derecho moderno no ha cumplido satisfactoriamente su función pacificadora de instaurar la justicia y la libertad entre los hombres. Ahora bien, creo que estamos solamente ante un atisbo. La sospecha arranca, sobre todo, de la constatación de que los poderosos han abusado, mediante el derecho, de los débiles. Cuando nuestros contemporáneos se refieren al asunto, piensan generalmente tan sólo en los detentadores del poder económico. Y en esto la tesis es, a mi modo de ver, insuficiente.

Es cierto que los ordenamientos jurídicos de los últimos siglos —pues a la modernidad me refiero, ya que es la etapa histórica que condiciona de cerca nuestro presente— han sido manejados por algunos hombres para sojuzgar a sus semejantes. Es cierto que los aristócratas han oprimido jurídicamente a los plebeyos, y los burgueses a los rurales, y los capitalinos a los provincianos, y los opulentos a los menesterosos, y los armados a los inermes, y los jerarcas a los fieles... Pero es llegado el momento de preguntarse: ¿por qué la aparición masiva de este fenómeno ha llegado a ser carácter constitutivo de la modernidad? ¿por qué ha podido ocurrir tal cosa de un modo generalizado en los tiempos modernos? Y atención al verdadero alcance de esta pregunta. Pues no es lo importante que el fenómeno se haya dado: ya hemos dicho que hay que contar con que el derecho, como cualquiera otra de las obras del hombre, se puede pervertir, a causa de la falibilidad humana. Lo importante es el hecho de la generalización masiva, arrolladora y bestialmente destructiva del fenómeno a lo largo de la modernidad.

Pues bien, he aquí mi respuesta. El derecho ha podido ser instrumento de injusticia y opresión, en lugar de barrera y cauce de equidad y libertad, debido a haberse desvirtuado en su origen. ¿De qué manera? Cuando el pluralismo jurídico de los ámbitos jurídicos de los cuerpos sociales básicos ha sido sustituido por el monolitismo jurídico del Estado. Cuando el Estado, a lo largo de la modernidad, ha usurpado a los cuerpos sociales básicos su justa autonomía jurídica, el derecho ha quedado herido de muerte y ha devenido disfuncional.

3. *El derecho del futuro*

Sé bien que quienes han impulsado el movimiento que ha conducido

al monopolio estatal del derecho, han creído beneficiar al derecho, garantizándolo con la terrible fuerza del Estado. Pues bien, ya es hora de percatarnos de que se han equivocado, y de extraer las conclusiones oportunas.

Aunque parezca paradójico, hay que advertir que las relaciones jurídicas fundamentales no se dan en el marco del Estado, sino que tienen lugar en el marco sociológico de los cuerpos comunitarios. Dentro de ellos se originan y ejercitan, en efecto, las pretensiones de matrimonio, filiación, alimentación, educación, tradición, sucesión, trabajo, desplazamiento, vecindad, solidaridad, cooperación, etc. Dentro de ellos viven los sujetos mejor capacitados para juzgar de los conflictos que surgen entre sus respectivos consocios. Dentro de ellos están los individuos más competentes para dar normas, hacer ordenaciones o reglamentar con leyes las tareas y conductas específicas del grupo... Pues bien, a pesar de ello, y olvidando que el movimiento vital es producido por un principio interno que se destruye necesariamente con las injerencias exteriores, el Estado se ha injerido sistemáticamente en los cuerpos sociales, y usurpándoles sus funciones jurídicas, a través de un proceso tenaz, premeditado, terco y sañudo, ha reducido el derecho al *derecho estatal*, y ha suprimido el pluralismo jurídico que es condición necesaria de la libertad.

Y no es que el Estado no tenga sus propias funciones jurídicas, como son las que tutelan la vida y la integridad física de las personas, o el gobierno, administración y defensa de los intereses generales, o la resolución en instancia suprema de los conflictos entre comunidades inferiores... A tales objetivos tenía que haber reducido su actuación jurídica. Pero no ha sido así. Al Estado no le bastaba con cumplir su función propia, sino que ha querido suplantar a los demás en las suyas: y así, haciendo de padre ha roto la familia, y haciendo de educador ha roto la universidad, y haciendo de empresario ha roto el gremio o el sindicato, y haciendo de heredero universal ha roto toda aristocracia, y haciendo de propietario único ha usurpado su patrimonio a todas las comunidades... Y cuando esa ha ocurrido, los individuos desarraigados de todos sus lazos familiares, municipales, lingüísticos, profesionales, laborales, culturales, etc., no han tenido un derecho con que defenderse frente a la apisonadora del derecho estatal. Pero en esta situación el derecho no cumple su función de dar al individuo lo suyo, *ni la puede cumplir*. No hay más remedio que deshacer este embrollo.

Se dice a veces que la vieja sociedad estamental, orgánicamente, tejida con lazos jurídicos, también ofrece casos de perversión de la función jurídica. Claro que los hubo y los habrá siempre. Pero hay un abismo

cualitativo entre los daños que podía inferir el derecho a un súbdito de aquélla y los que infiere o puede inferir a un súbdito de la sociedad del Estado socialista o totalitario. El vasallo oprimido por el derecho feudal podía defenderse con el derecho municipal. El burgués perjudicado por el derecho municipal podía defenderse desde el derecho eclesiástico. El fiel atribulado por la norma canónica podía defenderse con el derecho universitario. Y así sucesivamente. Cualquiera podía defenderse del derecho real con los derechos comunitarios, y de cualquiera de ellos con el derecho del rey o del emperador. El individuo podía defender en justicia sus libertades concretas. Pero cuando el derecho de familia, de sindicato, de universidad, de ejército, etc., es un derecho estatal; cuando en lugar de auténticos cuerpos sociales básicos hay cuerpos sociales ficticios —porque sus constituciones, sus autoridades, sus patrimonios y sus jueces no son más que *administración periférica estatal*— ¿en qué sistema jurídico se apoyará el individuo perjudicado por el derecho estatal? Ya sé la respuesta de la ciencia jurídica moderna, que se refugia en la independencia del poder judicial y en las garantías jurídico-administrativas... No digo que no sea eso mejor que nada. Pero, a la vista de los hechos, me pregunto si esas garantías concedidas graciosamente por el Estado, y que no pueden exigírsele desde una posición de fuerza, son en verdad algo más que nada. Y por eso insisto en que es preciso deshacer este entuerto.

La función que ha cumplido el derecho estatal moderno ha sido destructiva, porque el monismo jurídico que implica el monopolio estatal del derecho impide al derecho cumplir su auténtica función de amparar y desarrollar la persona. El derecho no podrá ejercer su función hasta que vuelva a estructurarse pluralísticamente, es decir, en tanto que cada ámbito social— desde la familia y el municipio hasta el Estado y los organismos supraestatales— no vuelvan a detentar sus competencias y autonomías jurídicas respectivas. De donde concluyo que ésta es una misión urgente de la ciencia jurídica. La tarea no es fácil, ya lo sé: no puede ser tarea fácil la labor de reparar la demolición efectuada por cuatro siglos de pensamiento jurídico revolucionario, lanzado por la revolución protestante, potenciado por la revolución burguesa y ratificado por la revolución socialista. Pero por eso mismo es una meta de altos vuelos, digna de ser acometida por la ciencia y la técnica jurídicas del futuro. Porque, si quiere ser instrumento de justicia y libertad para los hombres, en lugar de artilugio de opresión e iniquidad, el derecho del futuro tendrá que volver a ser un conjunto plural de sistemas jurídicos jerarquizados de todos y cada uno de los cuerpos sociales básicos.

FRANCISCO PUY

LAS FUNCIONES DEL DERECHO CON RESPECTO A LAS SOCIEDADES INTERMEDIAS

- Sumario: 1. La naturaleza jurídica de las sociedades intermedias.
2. Las funciones del Derecho con respecto a las sociedades intermedias.

La pregunta sobre cuáles son las funciones del Derecho con respecto a las sociedades intermedias presupone lógicamente otra pregunta: ¿Qué son las sociedades intermedias? Sólo conociendo su naturaleza jurídica podremos dar indicaciones «de iure condendo» sobre las funciones del Derecho con respecto a ellas. Por lo tanto dividiremos este trabajo en dos partes, correspondientes a las dos preguntas o problemas que hemos puesto.

1. El Derecho positivo de las últimas décadas ha oscilado bastante en el modo de tratar a las sociedades intermedias. Hagamos un rápido panorama del problema dejando para después algunas precisiones conceptuales. Comenzamos por el caso de los sindicatos: ¿son instituciones con efectos de derecho público o privado? Esta disyuntiva no significa caer o no en el «corporativismo de Estado» necesariamente. En efecto dicha bipolaridad se encuentra en las diversas legislaciones de muchos regímenes democráticos según el modo como se resuelvan ciertos problemas como el del reconocimiento de los sindicatos representativos, los efectos jurídicos del contrato colectivo, la reglamentación o no del derecho de huelga, etc. Algo parecido, aunque no igual, pasa con los partidos políticos: son centros autónomos de poder con respecto al Estado, pero en algunos países democráticos existen leyes que regulan sus aspectos y fines «públicos». No por nada son una de las primeras sociedades intermedias cuya existencia ha sido reconocida por algunas constituciones modernas, sin embargo, no todos los países democráticos están de acuerdo con emanar estatutos para su reglamentación.

En cambio el aspecto «público» de otras sociedades intermedias como

las llamadas «locales» no se pone en duda. Si bien se discute sobre el grado de autonomía y existencia propia, con respecto al Estado, de realidades jurídico-sociales como el ayuntamiento, la región, etc. En los últimos años se han visto actuar comunidades locales aún más restringidas como los barrios, grupos de vecinos, etc., reconociéndoles algunos países cierta personalidad y funciones jurídicas «públicas». Otra sociedad intermedia cuya naturaleza jurídica aún se discute en ciertos países democráticos es la Universidad, ya sea que se la considere como institución exclusiva del Estado o como institución «privada» reconocida por éste último.

Creemos suficientes estos rápidos ejemplos para darnos cuenta del «estado de la cuestión». Como se ve el problema de la naturaleza jurídica de las sociedades intermedias toca el clásico problema de la diferencia entre Derecho público y privado, el cual no podemos eludir si queremos luego hablar de las funciones del Derecho con el respecto a las sociedades intermedias *en general*. Sin pretender dar una solución exhaustiva, intentaremos proponer un «instrumento de trabajo», aunque fuese provisorio, para llevar adelante nuestro análisis. Diremos que es de Derecho público todo lo que toca *directamente* el bien común de la sociedad política en cuanto tal. El Derecho privado toca el bien de las personas individuales en cuanto individuales y sólo indirectamente el bien común político. Enseguida se ve que esta dicotomía, aún en su generalidad o imprecisión, no incluye a las sociedades intermedias en cuanto tales. En efectos, no se trata de puros derechos individuales ni tampoco del bien común de la sociedad política como tal. Las sociedades intermedias tienen por fin un *bien común intermedio*, en el sentido de un bien común específicamente diverso del bien político y del bien individual. Es el bien común «sindical», «urbano», «del partido», «universitario», etc., aunque todos estos bienes comunes repercuten enormemente en el bien común de la sociedad política.

Aquí se ve el fundamento del término sociedad «intermedia», o sea, la que existe entre el Estado y el individuo. Es verdad que esta terminología ha sido poco usada en Filosofía del Derecho y en Filosofía política, e incluso, la misma realidad de los cuerpos intermedios ha sido tratada más bien marginalmente, salvo pocas excepciones. Por eso será oportuno detenerse para analizar algunas de las causas que han marginado o eliminado el análisis de las sociedades intermedias. De esta manera entraremos más a fondo en el problema. Dichas causas pueden tener origen diverso:

- a) Una primera causa se encuentra en el proceso histórico-genético

del Estado y de las sociedades intermedias, donde siempre éstas últimas han existido *dentro* de una sociedad política. Pero esto no significa que se confundan realmente con ésta última, si bien necesitan de ella para existir (1). Las sociedades intermedias, si bien se las considera desde el punto de sus fines propios, son específicamente diversas de la sociedad política porque el bien común de ellas es diverso del bien común político, aunque sea complementario. Es verdad que la sociedad política, al límite, es auto-suficiente pero las sociedades intermedias resultan un enorme complemento porque sus fines son «sectoriales», es decir que aportan un tipo de bien humano particular: sociedades económicas, culturales, deportivas, etcétera. Cada una de ellas contribuye a cultivar y promover un aspecto o sector del bien humano. Por eso los Estados con sociedades intermedias poco vitales tienden a un raquitismo humano-social.

b) La segunda causa es de tipo jurídico y consiste en la dificultad de reconocer ordenamientos jurídicos diversos del ordenamiento del Estado, el cual es supremo y monopoliza el uso de la coacción jurídica, típica de la ley. Es lo que se ha discutido en el fecundo tema de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, cuya doctrina, en el campo del derecho interno, es un aporte original al estudio de las sociedades intermedias. Las siguientes palabras muestran cómo se puede superar, desde el punto de vista jurídico, la visión antinómica entre Estado y sociedades intermedias: «las sociedades menores realizan una pequeña parte de la experiencia jurídica, pero no la agotan y necesitan de otros ordenamientos para existir... estos ordenamientos particulares tienen la vocación hacia el Estado... El Estado realiza, sobre los múltiples ordenamientos jurídicos particulares el ordenamiento unitario de la experiencia... El Estado no crea nada porque reconoce, como se dice con profunda palabra técnica, los ordenamientos existentes; sólo los hace suyos, los verifica, los convalida... no porque sólo el Estado sea portador de la sanción y de la coacción o algo semejante, sino porque el Estado alcanza a satisfacer, en uno de los modos más plenos, la exigencia de universalidad... El Estado reconoce la multiplicidad y porque la reconoce afirma la unidad» (2).

(1) Sobre la relación genética entre sociedad política y sociedades intermedias véase E. CHIAVACCI: *Introduzione all'Etica sociale*, Roma, 1966, págs. 55-80, donde el autor muestra una dialéctica recíproca entre los dos términos, si bien la sociedad política es la comunidad básica.

(2) G. CAPOGRASSI: «Nota sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici», *Rivista Int. Fil. del Diritto*, 1933, págs. 31-32. W. CESARINI SFORZA niega la pluralidad jurídica de los ordenamientos en cuanto no pueden existir dos ordenamientos «supremos» («Ordinamenti giuridici», en *Nuovo Digesto italiano*, vol. IX, pág. 187). Se puede contestar que la sociedad política «es portadora de un bien común pre-

c) Por último puede haber influido en la doctrina la experiencia negativa de las corporaciones fascistas que, como en otras concepciones totalitarias, instrumentaba las sociedades intermedias, vaciándolas de su contenido y transformándolas en meros órganos administrativos del Estado. Pero los sociólogos han podido demostrar la existencia de un pluralismo social que se impone como realidad más fuerte que el mismo monocratismo del Estado (3).

Analizadas estas causas queda más claro el carácter «intermedio» del cual hemos hablado antes, del bien común de las sociedades intermedias. Dicho carácter intermedio, que no quiere decir híbrido, explica las oscilaciones de la doctrina y de la legislación, que recordamos al principio, a propósito del carácter «público» o «privado» de dichas sociedades. La solución del problema es la de reconocer una *zona específica de funciones jurídicas intermedias*, ni «públicas» en el sentido del Estado, ni «privadas» en el sentido de puramente individuales. Es verdad que en un primer momento, por ejemplo, obligando los contratos colectivos *erga omnes*, se pensó en colocarlos en el plano «público». Luego, como reacción protectora de las «libertades asociativas» frente al Estado, se insistió en acercarlo a la esfera de la autonomía privada, creándose, el concepto de «autonomía colectiva» (4). Todo esto muestra que la esfera más adecuada es la de un específico *derecho de las sociedades intermedias* cuyos efectos superan la esfera puramente individual porque se relacionan con el bien común de la categoría profesional, sin pertenecer directamente a la esfera del bien común político. Lo mismo se diga del bien común de las comunidades locales, culturales, etc.

Naturalmente si se consideran en forma aislada los aspectos «públicos» o «privados», éstos se acentuarán de manera diversa según que el bien común de las sociedades intermedias se acerque o se aleje del bien común político según el grado de repercusión en este último. Los aspectos «públicos» serán mucho más acentuados en las comunidades locales

valente, pero no absorbente» (E. TOSATO: «Corpi intermedi e bene comune», en *Persona e bene comune nello Stato contemporaneo*, Roma, 1965, pág. 95, vasto estudio con análisis de la legislación italiana).

(3) Por ejemplo, los trabajos de G. GURTVICH en *Vocation actuelle de la Sociologie*, París, 1950, págs. 305-352, y los publicados posteriormente en *Traité de Sociologie*, París, 1958, 2.^a parte.

(4) F. SANTORO-PASSARELLI: «Libertà, autonomia privata e sindacati», fragmento de su última lección universitaria, *Vita dell'Unione*, mayo 1973, págs. 99-101. Toca el tema del sentido de la autonomía colectiva. G. BRANCA: «Proselitismo, raccolta di contributi, riscossione dei contributi sindacali», en *Studi in onore di G. Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1973, t. 1.^o, págs. 223-234.

y en los partidos políticos, en cambio disminuirán en las comunidades con fines profesionales, deportivos, etc. Pero esta variedad surge cuando se consideran aisladamente dichos aspectos, sin remontarse a su fuente típica, o sea, al concepto general de «bien común intermedio». Quizá esta gran variedad de aspectos entre las diversas y numerosas sociedades intermedias ha sido un motivo que ha retardado reagruparlas en una categoría jurídica común. De allí el lento reconocimiento constitucional de estas sociedades, prefiriéndose de hecho la vía más empírica de las legislaciones según las categorías: sindicales, profesionales, etc. Creemos que un articulado mínimo en una constitución o estatuto general podría dar origen a un reconocimiento de las sociedades intermedias como instituto jurídico original. A esto podrá contribuir lo que diremos sobre las funciones del Derecho en el segundo párrafo.

2. Habiendo analizado la especificidad o tipicidad del bien común de las sociedades intermedias y su diferencia con respecto a la sociedad política se pueden argüir las siguientes *funciones del Derecho con relación a las sociedades intermedias* (5).

a) Ante todo se deberá hablar de una *función reconocitiva* en el sentido de reconocer a las sociedades intermedias una autonomía jurídica de existencia y de gestión, pues, son los organismos o cuerpos más inmediatos y más interesados en la promoción del propio bien común específico, que es el bien de los respectivos miembros. Funcionando bien estos organismos, toda otra intervención extensa tenderá a ser una «mediación» artificial. De allí el fundamento de las autonomías municipales, sindicales, universitarias, etc., tanto para autorregularse con estatutos como para autodirigirse. La importancia y actualidad de dichas autonomías es aún mayor si se piensa que, para la vida democrática, el mejor camino para realizar la participación social y política de los ciudadanos es su inserción activa en las sociedades intermedias que son los organismos más próximos y homogéneos a cada uno de ellos. Si falla este escalón menor será más difícil la participación a niveles más amplios, como el de la comunidad nacional, volviéndose a menudo inauténtica, e incluso, caótica (6). Una reglamentación jurídica que garantice el derecho a la par-

(5) Aquí usamos el término «Derecho» en el sentido de ley del Estado, sin negar, como veremos, el Derecho emanado por las sociedades intermedias. Sobre éste último, véase el estudio sistemático y original de A. SÁNCHEZ DE LA TORRE: *Introducción al Derecho*, ed. Anaya, Salamanca, 1971, págs. 55-83, 99-139.

(6) Sobre la participación, véase la tabla redonda «Il problema della partecipazione politica nella società industriale», relaciones de G. PERTICONE, N. BOBBIO,

ticipación podrá favorecer el crecimiento de esta última. De esta manera el mencionado reconocimiento de una cierta autonomía operativa de las sociedades intermedias tendrá un contenido más efectivo.

b) Pero no basta respetar y salvar dicha autonomía, será necesario también dar vida a las sociedades intermedias que desfallezcan. Por lo tanto se deberán hablar de una función asistencial del Derecho en el sentido de proporcionarles medios subsidiarios cuando esto sea aconsejable. El aumento de funciones del Estado, la tendencia a la centralización y la mayor complejidad técnica de la vida social han significado un duro ataque a muchas sociedades intermedias. En el caso de las comunidades locales a menudo se las ha privado de recursos para evitar la doble imposición, sin tenerlas en debida cuenta en la justa redistribución de los fondos así obtenidos. De poco vale un reconocimiento jurídico formal, si luego les faltan los medios para una normal subsistencia. La carencia de una cierta autonomía económica desnaturalizada estas sociedades, pues, para obtener recursos deben someterse a las exigencias y veleidades de políticos y burócratas extraños a la esfera específica y técnica de la sociedad intermedia en cuestión. Algunos creen que esta función asistencial del Estado con respecto a las sociedades intermedias es en si misma una abdicación por parte de estas últimas, una especie de contradicción. No lo creemos, pues, los subsidios por parte del Estado, u otro tipo de protección, aunque no siempre sea necesaria, deriva de la mayor autosuficiencia de aquél como sociedad global. Pero esta promoción desde lo alto de dichas sociedades no significa que éstas no deban existir como autónomas: difícilmente podrán ser sustituidas por otras formas más eficaces o menos costosas. Por lo tanto los subsidios, cuando la sociedad funciona bien, se convierten en una buena inversión de los fondos del Estado para realizar eficazmente los fines de la comunidad.

c) Sin embargo la existencia y funcionamiento de las sociedades intermedias puede hacer surgir graves dificultades entre dichas sociedades entre sí o entre dichas sociedades y el Estado. Piense en el problema de la acción sindical cuando desborda el bien específico de la categoría o al poder, a veces casi ilimitado, de ciertas empresas. De aquí la necesidad de una tercera función del Derecho que llamaremos *función coordinadora y de control* de las sociedades intermedias por parte del Estado, en cuan-

S. COTTA, V. FROSINI, A. PASSERIN D'ENTREVES, en *Atti del VIII Congresso Naz. di Fil. del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1971, págs. 41-139. En nuestra breve intervención (p. 118) hemos insistido en la participación como medio para disminuir los peligros de la mediación y manipulación.

to el bien común político, aunque no es el único, tiene carácter prioritario, dada la globalidad de su contenido.

Creemos, como lo ha dicho recientemente E. Tosato, que el devenir del Estado moderno se juega en el problema de las relaciones con las sociedades intermedias en el sentido de no ser avasallado por ninguna de ellas, so pena de caer en la parcialidad, ineficiencia o, peor aún, en el caos. Pero el porvenir también se juega si el Estado tecnocrático avasalla las sociedades intermedias con gran peligro para la persona humana, pues la funcionalidad jurídico-social de estas sociedades es el mejor aglutinante entre individuo y Estado, caso contrario éste último puede transformarse en un gigante anónimo e inhumano. Función del Derecho y en consecuencia, de los juristas será la de realzar y promover esta funcionalidad tan actual y tan urgente.

AVELINO MANUEL QUINTAS
*Profesor de la Universidad
Int, de Estudios Sociales de
Roma.*

LAW, SOCIETY, AND THE INDIVIDUAL

It is commonplace today to define law as an instrument of social control. Unless, however one construes this definition as stipulative, so that it becomes wholly arbitrary, as a definition it fails. For, while part of the intention which leads to this definition is clear, that there can be no trace of the personal or of the authoritative individual in the law, and that it must fit into the dead center of the communal and the social, just the same as any kind of factual description of law, the definition fails. For it errs in equating law as a whole with one special kind of law, i.e., statute law, no matter whether the latter be considered either as normative or as the positive specification of action; more important, perhaps, it errs with respect to cause. Here it seems to assume that society as an entity somehow exists prior to and apart from law, which in effect becomes its creation. But society and law do not and can not exist apart from each other as separate things, nor is it possible whether empirically or analytically to see how either could have come into existence without the other, any more than we can separate the existence of language from men or if men from language. While it is obvious that particular laws are among the effects of the actions of particular societies, it is equally obvious that every society exists as a mode of pattern and structure (whatever its tendencies and processes) which all recognize as binding and determining it. So much so, as to have all the character of controlling and governing it, in the sense that all actions occurring within it take their start from there. It is just this binding and determinacy, controlling and determining, however, which we recognize as legal, or rather as law, at the heart. It is law which one identifies with constitutions, whether written or unwritten.

Society is just such a patterned thing, for without a lived pattern society at once dissolves into that horror, of milling and mutually destructive individuals identified by Hobbes with the original state of nature.

In short, while governments make laws, law makes government. Wha-

tever happens, whatever actions place in a society, these always define themselves against this constitutional background which we take to be society itself. Thus society as law determines the means, role and the effects and efforts of governments. As for governments, they are means or instruments through which society in the form of a community defines, proposes and executes whatever purposes are felt to be for the public good, or are at any rate, put forward in the name of the public good. Such proposals when adopted we recognize immediately either as particular laws or as the body of particular laws.

One can take laws in this sense, at least for short hand purposes, as fashioned by society or by government as the instrument of society, so that laws would appear as social and public entities entirely, quite separate from persons and individuals. This would be a mistake. Not to define society in this context would certainly incur the danger of thinking of society as some sort of really existing and autonomous individual whose properties are wholly different in kind from those of individual people.

Society is not an individual, nor is it autonomous. Or rather it is an individual but only so in the narrowly logical sense by which one distinguishes any member of a class from any other members of the same class, whatever the distinguishing characteristics of that class may be.

Society does not exist as an autonomous individual, nor can it ever be such an individual, for it is neither intelligence, nor will, nor is it substance in the sense of persisting identical with itself through change.

So to have intelligence, to be able to act through the exercise of reason and will, to be identical with ourselves at the beginning and end of action, these belong to our common humanity and natural character. These are the primary social realities, nothing else. Whatever is social is to be found either in the action of some person or other, or comes from any such action, or else is a matter of interaction among persons; that is, the meeting or modifying of individual actions or performances either with or by one another.

Society, then, as a meaningful term, if only in the sense that it is not some figment of the political imagination, must either designate a moving reality other than our own persons, which of course it cannot do, or else it must and can only refer to some relation of action or interaction between people. Since the first alternative is unacceptable, we take the second. This choice is easier than one might think, if only because it is in such strong accord with general usage.

Society, then, and we now couple such words as community, tribe, nation, state, town, village as just so many variants of it is simply a form of

relation between the workings and actions of persons, at the same time encompassing every kind and every degree of this relation.

The deliberate actions, including the making and enforcing of laws which people so related take are designed to strengthen or to preserve that relationship, or to give it shape or direction. The field of these actions is society.

What then is this relationship, or more strictly, what is common to its many forms, such as producing things, making livings, raising children, teaching, painting, performing and the rest, including the making and to work at all we must find ourselves in constant and perpetual contact, communication, dependence and interdependence upon and with others we call and recognize as society.

Each of these is a relation the defining terms of which always exists as one human person, But the total form of this communication, interdependence and so on is what we call and recognize as society.

Because this relationship always involves action, it must imply purpose.

Since this purpose is not alone to preserve but to advance ourselves, it is easy to see that one identifies it with the good. It is the job of society to achieve the good, it is the job of laws to bring about this good by specific and concrete definitions and steps.

Society, then, and along with it, community, family, tribe, and the rest always appears and continues with the recognition by and among one or several individuals that to secure life and to achieve whatever the wish is to make of it always carries along with it an indispensable and determinate relation with others. Nor does this come about through a particular point in time, as Athens was there for Socrates, discovered most of all when, rejecting his innocence, it forced him to drink the hemlock. It is in society that one comes to the substance of life.

It is through society then, that one steps to the achievement of the good; law enables us to take those steps jointly with others, certainly where others are co-workers in acquiring just this achievement. For, among other things, public choice always involves the rejection, and then, even the forbidding of other, and now formerly possible alternatives.

With the acceptance of a given choice, now distinguishable as law, choices once held viable are now rejected and impermissible, and during the terms of the law are to be prevented. At this point it may be appropriate to speak concerning the changing of laws.

It is a matter of the hypothetical —if we find a certain state of affairs to be such that we cannot alter it without affecting us for the worse, then

clearly the law designed to secure the continuance of that state of affairs could not well be altered. But with another state, of affairs this is not so, then just as clearly while violation of the law is indefensible, possible change of the law is not. But while the law exists it exists to be obeyed. That is to say, it should not be obeyed as in the case of a tyrant's command, where one acts through fear, but it is obeyed in just the way that we obey our wishes or decision when take the steps which we believe will bring them about; in other words, when we follow through.

So to return now to an earlier point. Society is nothing if not a man or men acting and interacting singly or together with others. Further, the color and constitution of any society will be the color and constitution of that performance or for any given condition and set of performances. It is this which overarches and defines at any time and place the particular day to day activities and choice of individuals already so involved.

In a word, no man makes a decision to join or separate himself from society in this broad sense, for society is neither different from him nor alien, it is in effect what he is insofar as his actions reach to others, or as those of others reach to him.

The statements and meanings sometimes taking the shape of commands and prohibitions, which here define and declare the range of activities of the man and of what is called his society are law in the primary sense, recognized for the most part in written or unwritten constitutions, and always discernible in the complexion, character, direction, tendency, and processes of any society. Law here in the shape of a constitution is the spirit or sense of a society. It is a man's recognition of himself as constituting in his relations with others the way to the achievable total of human possibility.

It is law in this first sense which stands, even only implicitly, behind every legislative and executive act, and which gives them authenticity.

It is the authority behind every law enacted or administered by government operating in the only valid way that it can, as the agency through which the general sense and purpose of a society wins expression and is fixed in particular times and places.

In this way the concern of law is with the potentialities of everyone of us, though presumably as an affirmation, with our potentialities for good. It is therefore a mistake to place, in trying to understand what law is, too much emphasis upon finding the law in principle as normative. It is not important to know that law sets expectations, even the devil does this, but rather to determine just what these expectations are, and are best.

Since society then as a reality only exists as that aspect of any person

which designates his condition as modified or dependent upon his relations with others, it follows that it is false to ever postulate a conflict between individual and society, or even to measure or weigh their alternate values, as if one had to choose between them. It is especially false if the conflict is held to imply a difference between two independent and external entities. There may not, in any given situation, be conflict between individual and society, it does not and cannot exist. And where it does seem to exist, it exists in a way similar to that of an individual caught between his own hesitations.

So we can now say what the function of law is: Law operates as the means expressed as statements which formulate the rules and criteria of social and political action through which the latent possibilities of men can be brought in the form of society into secure, communicable, and public existence. And if this is true, then it follows that human existence without law is either impossible or meaningless.

LINCOLN REIS

*The University Professor of Philosophy
Long Island University
New York, New York*

THE NEW PSYCHOLOGY AND THE FUNCTIONS OF LAW

Could it be possible that there really is no single essence of *the law* and that, consequently, there is no universal function of law? In an important sense, this is exactly the jurisprudential position that we can deduce from the new psychology that we see emerging through the genius of men like Jean Piaget, George Kelly, and many others. The impressive theoretical advances being made in empirical psychology should be examined for the important implications they may have for the persistent problems of traditional jurisprudence.

Most traditional views of the law, however they might differ, agree in defining the law as some kind of entity with recognizable characteristics. The law has always been taken to be something about which meaningful statements can be made and meaningful arguments pursued.

According to the radical nominalism of the new psychology each man constructs his own world, one element at a time. True, he acquires many of his ideas and hypotheses about this world from his social environment. However, cognitive psychologists insist that cultural concepts are accepted voluntarily for reasons of personal advantage to the individual and are not forced on the individual. Conceived as an element in each individual's world, the law may very well be a different entity for each individual. It will be a composite belief; and depending on the nature and comprehensiveness of that belief, it will serve different functions in the life of that individual.

For purposes of illustration we can take the theory of George Kelly who argues rather persuasively that human behavior generally follows the paradigm of scientists' behavior. He sees men as protoscientists trying to make sense of the world of sensory information that they encounter day by day and organizing that world in such a way that they can make it yield to their needs and desires. In other words, he is saying that each man creates his own ways of seeing the world in which he lives; the

world does not create them for him. He builds constructs, and tries them on for size.» (1).

He has provided the following explanation:

Constructs are used for predictions of things to come, and the world keeps rolling along and revealing these predictions to be either correct or misleading. This fact provides the basis for revision of constructs and, eventually, of whole construction systems. If it were a static world that we lived in our thinking about it might be static too. But new things keep happening and our predictions keep turning out in expected or unexpected ways. Each day's experience calls for the consolidation of some aspects of our outlook, revision of some, and outright abandonment of others.

What we have said about the experience of the individual man holds true also for the scientist. A scientist formulates a theory—a body of constructs with a focus and a range of convenience. If he is a good scientist, he immediately starts putting it to test. It is almost certain that, as soon as he starts testing, he will also have to start changing it in the light of the outcomes. Any theory, then, tends to be transient. And the more practical it is and the more useful it appears to be, the more vulnerable it is to new evidence (2).

At first one might object to these theories by pointing to the uniformity of outlook within a given culture. But the cognitive psychologists have met this objection openly. As has been explained by one cognitivest:

Since society surrounds the person, directing him to apply the concepts that have been worked out by his forebears and peers, and the arranging circumstances that demonstrate the predictive value of these constructs, the person will find that he can best avoid an inability to predict by adopting the concepts that are used by others around him. And furthermore, he finds that he is most comfortable when he is surrounded by others who use his constructions; for if others would apply constructions that vary from his, they will, in essence, disconfirm the validity of his own «reality.» (3).

Recognizing the radical nominalism of the view suggested above, we can next ask, what are the functions of law as it is constructed in the world views of the individuals in a society? In answering that question, we must recognize that the function of any constructs in this system is determined by their relationship to the needs and ends of the people that

(1) GEORGE A. KELLY: *A. Theory of Personality* (New York: W. W. Norton and Company, 1963), p. 12.

(2) *Ibid.*, p. 14.

(3) M. SHERIF and C. W. SHERIF: «Reference Groups» (New York: Harper and Row, 1964), as reported by James C. Mancuso, ed. *Readings for a Cognitive Theory of Personality* (New York: Holt, Rinehart, and Winston, 1970), p. 530.

hold them. The function of law as defined above would then be determined by the needs and ends of the individuals who held a particular notion about the law.

At this point a very interesting insight will begin to develop. For as jurists have argued over the centuries about the appropriate functions of law, they have always been criticized for failure to have the law serve this or that interest. The conservatives have been criticized by the radicals for using the law as an instrument for impeding change. Radicals, on the other hand, have been criticized for their notion that law should be an instrument of progress.

Notice that law does indeed serve both of these contradictory functions, depending on the individual's concern. For many an average American today, law is seen as a potential weapon for damming the tide of pornographic literature and movies. But for over a decade in America the law has been seen by others as a device for protecting their investments in the pornography industry against an irate public.

Again, in the life of the individual, the law as he constructs it can provide him with a moral guide, if he sees it as something worthy of emulation. Alternatively, in the lives of others, the law may be an object of scorn and evasion. For one the law functions as preceptor; for the other as an obstacle. For many people the law functions as a source of order in a community. But conversely, there are those who prefer less organized communities and begin to see the law as a restriction on freedom.

From this perspective the function of law is not simple, as may be suggested from these brief examples. Rather, the functions of law may well span the spectrum of human needs and ends. And in each case the law may vary as any other construct developed by the individual.

There is, of course, an alternative approach to the question of the functions of the law, and this would be more in line with traditional discussions. Given the cognitive psychologists' view of the law as a construct of the individual, we could change perspectives and ask, what function *for society* does that construct serve? In this sense, if the law is anything, it is a statistical regularity in the beliefs of the members of society about what the law is. And in *this sense*, this predominant belief does serve a number of *social* functions. First of all, it provides a regulation on judges and lawmakers by setting limits on what they can do in their society without incurring the wrath of a public whose precious ideas of reality have been violated. It also sets limits on the kind of behavior that individuals can adopt without finding themselves proscribed or restricted by some form of official community action holding the status of law. To

the extent that the individuals in society have a reasonably correct perception of what the predominant notion of law is in a society, they can discipline themselves to behave in those acceptable limits.

In jurisprudence it has always been very difficult to find philosophical solutions to the kinds of problems mentioned above. Ideal justice and social realities never quite seem to fit perfectly, leaving cause for continual philosophical reconsideration of these problems. The suggestion of these insights from cognitive psychology is that likely the problems of jurisprudence never will be solved in the realm of the ideal, that is, philosophically. But the political picture is much more encouraging, for we can now see why political solutions to these problems are very possible and how they, in fact, do occur. We can have a practical degree of justice, fairness, rationality, and even objectivity in a legal system without being able to justify any particular philosophical theory. All that would be necessary is widespread agreement in the society on some workable standard.

But there is a pessimistic side as well. That is the possibility that cultural changes within a society may be nondirectional. That is, legal and moral consensus would seriously disintegrate rather than shifting its direction or center. According to the model derived from cognitive psychology, we would expect judges in such situations to become increasingly prominent as centers of controversy. Should the disintegration continue, there would seem to be no way in which law or judges could preserve the system. It may be a paradox, but it does seem from this point of view that consensus is a prerequisite of freedom.

Cognitive psychology has never been considered a prerequisite to doing jurisprudence. Yet, if the psychologists can tell us how the social world and all its relationships is constructed in the mind of every individual, we may indeed gain some valuable insights into some of the most persistent problems of jurisprudence.

NOEL B. REYNOLDS
Department of Philosophy
Brigham Young University
Provo, Utah, U. S. A.

BIBLIOGRAPHY

- KELLY, GEORGE A.: *A Theory of Personality*. New York: W. W. Norton and Company, 1963.
- SHERIF, M. and C. W. SHERIF: «Reference Groups», New York: Harper and Row, 1964, as reported by James C. Mancuso, ed. *Readings for a Cognitive Theory of Personality*. New York: Holt, Rinehart, and Winston, 1970.

THE FUNCTIONS OF LAW IN INTERNATIONAL SOCIETY

The life of the law, Mr. Justice Holmes observed, at the beginning of the twentieth century, has not been logic, but experience (1). Although the statement has been quoted many times, it still seems to come as something of a surprise even to well-informed people. Perhaps he might have presented an equally arresting challenge if he had also pointed out something similar about analogies. Although the search for similar cases has constituted the unique method for the advancement of the common law since Bracton's time —«let them be decided like a similar case», was the latter's recommendation for securing justice in the court (2) —the so-called rule of thumb, which became pervasive as the established principle of *stare decisis*, tended to dominate the system on the local level with foreclosing rigidity. If a precedent could not be found, the conclusion of «no remedy» quickly followed, no matter how justifiable a complaint appeared to be.

Today, much of the time spent on «research» in the practice of law has been used up in trying to locate a case «on all fours» with the set of facts currently in issue. Happiness comes to the plaintiff who is successful in his search. Frustration is the lot of a defendant who is unable to find even an infinitesimal difference in the fact situation upon which to distinguish the cases. The accepted adversary procedure yields decisions based upon verbal battles over interpreting previous judicial opinions and their application to similar sets of facts. The vast area of human activities which cannot be squeezed to fit within this ancient edifice are carried on quite outside the law. To the extent that day by day experience has been overlooked and logic has prevailed instead within the legal order, the steady erosion of life from law has continued until the crisis stage has about been reached.

(1) HOLMES, OLIVER WENDELL, JR.: *The common law*, 1881, pp. 1-2.

(2) BRACTON, HENRY DE: *De legibus et consuetudinibus anglie*, Thorne trans London (Selden Society pubs.), Cambridge, Harvard Univ. Press, 1968, f. lb.

The separation of law from life has become perhaps even more obvious on the international level than in local affairs. This may be inferred from the appearance of the first serious study of Analogies in the Law (3) by Hersh Lauterpacht, afterwards British Judge on the World Court, which was centered in the international law field. In this connection it is worthy of note that Justice Lauterpacht's second book was entitled *The Function of Law in the International Community* (4). It may not be entirely without significance that C. K. Ogden's translation of Vaihinger's *Philosophy of 'As If,'* (5) was published at about the same time as Lauterpacht's innovative work. Before then, apprentice training for the practice of law had adapted the prevailing pedagogical system involving the transmission of concepts, or, rather, of principles in the law, often it is feared in a rather mechanical manner.

The break away from assumptions, presumptions, concepts, and analogical thinking, which had constituted learning in the law during earlier centuries, began to take shape at the beginning of the twentieth century, when a call for more realism in the law began to be heard. Not only Mr. Justice Holmes, but also Mr. Justice Brandeis, both subsequently partners in drafting dissenting opinions of the United States Supreme Court Bench, insisted repeatedly on the need for facts and ever more facts. With his early experience as professor of the law of evidence to build on, Louis Brandeis was in a position to take a strong stand for first-hand testimony and against hearsay, or the reporting of events through the eyes and interpretive mind of third persons. The way was opened again for parallel advance of law with science and technology.

On the European continent a comparable turning away from artful constructs and unexamined assumptions was being recorded in the publications of the pioneer group of jurists and law professors in France who have come to be known as *The French Institutionalists*, principally Maurice Hauriou, Georges Renard, and Joseph Delos (6). In between, not professedly as advocate for the Institutional theory, but stimulated by

(3) LAUTERPACHT, HERSH: *Private law sources and analogies of international law (With special reference to international arbitration)*, London, 1927, 326 p.

(4) LAUTERPACHT, HERSH: *The function of law in the international community*. London, 1933.

(5) VAIHINGER, H.: *The philosophy of 'as if'*, trans. by C. K. Ogden. London, 1925.

(6) *The french institutionalists*: MAURICE HAURIOU, GEORGES RENARD, JOSEPH T. DELOS. Edited by Albert Broderick. Translated by Mary Welling. Introduction by Miriam Theresa Rooney. Cambridge, Harvard University Press, 1970 (Twentieth Century Legal Philosophy Series, VIII), pp. XXV, 370.

the tendency to shift closer toward the actualities observable in life than had lately been customary in the legal system, François Geny's pioneering work found an appreciative response with Mr. Justice Benjamin Cardozo, also to be appointed later to the United States Supreme Court, who presented aspects of the new perspective to sympathetic colleagues (7).

The road ahead did not permit a steady advance, however, but instead, was marked out in a rather zig-zagged pattern, particularly checkered in domestic circles. Two World Wars appear to have done more to turn human artifices into shambles with impending speed than even far-seeing seekers of light might have thought possible. The latter half of the twentieth century found the intellectual struggles of the law thereafter transported to the world stage.

Although there seems to have been little direct interchange of borrowing between law and philosophy in modern times, both appear to have followed parallel courses into the snares of abstraction, only now turning attention towards the roots in the hope of finding the causes of the unhealthy plants grown up in the absence of skilled cultivation. It might be inferred from the great number of comments published, many of them critical, involving the names of men like Descartes, Hobbes, Kant and Hegel, Bentham and Austin, that their dominant influence has started to decline. Is there anything left to say about their speculations which can amount to a real contribution toward the solving of contemporary problems? Quite the contrary, it would seem in substance that they have led those that followed them on wide detours from life as it is lived.

The fallacies perpetrated in the name of logic, and of analogic, would seem to demand profound reexamination and correction. By way of suggesting alternatives, there have been offered in succession insights denominated Mechanicism, Behaviorism, Biologism, Existentialism, Phenomenology, and Structuralism, as well as the age-old pacifiers that can still be drawn, in neo— forms, out of Materialism, Positivism, Idealism, Conceptualism, and Realism. A book should perhaps be written clarifying the influences, often mixed or otherwise confused, which can be discer-

(7 a) GENY, FRANÇOIS: *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, Paris, 1899; 2.^a ed. 1910, 1932 rev. ed.

English translation by the Louisiana State Law Institute (Jaro Mayda, translator), St. Paul, West Pub. Co., 1963, 624 p.

(7 b) GENY, FRANÇOIS: *Science et technique en Droit Privé positif*, Paris, 1914-1930, 4 vols.

(7 c) Cited in CARDOZO, BENJAMIN NATHAN: *The nature of the judicial process*, New Haven, Yale University Press, 1921.

ned in various juridical trends. For this paper it is preferable to avoid if possible becoming bogged down in such a dark thicket.

While acknowledging that a considerable degree of selectivity is inevitable, which may not win universal support from people with different experiences to draw upon, the premises adopted here are admittedly allied with realism, especially that based upon firsthand observation, which has been associated traditionally with Albert the Great, Thomas Aquinas, and Francisco de Vitoria, but not necessarily with their professed advocates or commentators. Actualities, especially in the International Law field, seem to require reexamination in considerable detail. Perceptivity is recognized as the first avenue of light. Not abstractions but concrete facts; not hearsay but direct reporting of events or patterns that may be seen, heard, tasted, or felt; not concepts but percepts, constitute the data, or 'givens' of experience, with which the law of the future is called upon to deal. Of course it is not possible, nor desirable, to deny that abstractions necessarily continue to exist. The image of a table that takes shape on the retina of the eye is already an abstraction, since the table itself cannot physically be admitted to that limited space. The purpose here is not to reject every vestige of wisdom accumulated during the entire history of the human race, but rather to become more keenly aware of the subtle fallacies that have multiplied undetected in the form taken by the legal order, and to reexamine the functioning with an eye for both gaps and worn-out parts in order to get the model back on the road humming smoothly on route to its acknowledged goals. Were the philosophy more adequate, doubtless the law would be more satisfactory; perhaps the opposite is no less true.

On the international level it is no longer necessary to advance timidly step by step. Ever since Sputnik showed the way in 1957, there has been no further need for relying on unproved assumptions in the international relations field. The astronauts have given first-hand testimony that the world is a unity in form —if not yet in agreement on the goals for its juridical order. There are, however, tremendous changes going on at the top, and the rate of change no longer lags but runs. There is an eager sense of creativity being manifest, with proposals as likely to come from the ministates as from those with established reputations as responsible powers of long experience. It is not necessary to generalize. Specific examples are already numerous. Perhaps the most significant is the way the law is now functioning at the United Nations itself.

History has been telling us that a new legal order can be dated from the 4th of July 1776, when the Declaration of Independence was proclai-

med in what had hitherto been colonial territory. Although the force of arms did appear in consequence, it was not so much the military engagements as the juridical appeal to persuasion on the part of the Signers which above all distinguishes the Declaration as momentous in the progress of the law. Here was the art of advocacy presented in its most effective style. Following shortly after, theory took shape in the form of a written constitutional document, with checks and balances artfully invented to account for the three functions of government, legislative, executive, and judicial which were then thought to be all embracing, in a workable plan for cooperation between independent states. Soon the Declaration form was copied and adapted elsewhere, to explain desired goals for a different, non-colonial Revolution, addressed more specifically to ensure governmental guarantees, protecting the Rights of man, and of citizens. From that time on, at more or less irregular intervals, the Declaration form has been put to use whenever a direct appeal to reason has been felt essential on governmental heights. Written constitutions have also multiplied, even more frequently. The functions differ, but the models that have taken shape either as Declarations or as Constitutions, have suffered no diminution of respect as legal documents through the years, regardless of the exclusiveness of the authority claimed for judge-made law in the common law system.

The significance of these eighteenth century innovations in the governance of new nation-states becomes clearer in the twentieth, with the planning of the framework for a United Nations entity. Although the Declaration of Independence has not yet been acknowledged as a preamble, *de facto* or *de jure*, for the United States Constitution, the two documents are usually published together, suggesting to interpreters that the meaning of one may be made clearer if read in context with the other. It was the model provided by the Constitution which was close at hand when the time came for drafting the United Nations Charter, the League's basic document having been abandoned as inadequate to provide the broader base desired to sustain a less fragile structure. The surprising thing is not that the Constitution was looked to as a model, but that the framework ultimately adopted was as different in details. The theory basic in the United States Constitution has no counterpart in the United Nations Charter. The General Assembly is not at all a legislature for the world. Instead, it provides for Independence as well as Interdependence. The Secretariat is not a check upon the General Assembly, but its servant and helper. What check there is in the Security Council is limited in jurisdiction and in size. The complexities of procedure, and the recog-

dition of the right of equal opportunity for the expression of views and experiences, has permitted a degree of progress in juridical ideas which leaves the checks and balances theory quite a distance behind—in the eighteenth century in fact. The comparison between the documents is most striking with respect to the judicial arm. The Court has certain functions with reference to the Charter and its interpretation, but it is not at all the Court of last and definitive resort that the United States Supreme Court has become. In other words, power is acknowledged quite consciously in the Charter, but it is divided up in functional rather than in theoretical ways, sometimes to such an extent that little actual power is left, and at other times rather formidable concentrations of power seem to dissolve without fearsome effect. Exactly how the Charter of the United Nations functions in regulating states rationally is surely deserving of skilled theoretical analysis, but it must not be undertaken on the basis of preconceptions. It is its perceptive integrity, like that with which Outer Space has been viewed, from Copernicus to Galileo to Einstein, that holds much promise, if the legal order may properly be compared with a compass, as well as a balance or scale.

Fresh observation of recent developments on the international level suggest that it is the Declaration form rather than the more rigid Constitutional structure which is taking on greater importance. What is at stake here is freedom in expression and in the clarification of meaning. Just trying to state one's position succinctly, the legal draftsman's job—for the record, helps. From the standpoint of advocacy, the Declaration is much more persuasive, especially when supported by multilateral adoption, than an *ex parte* argument presented before the World Court could possibly be. Furthermore, the lack of forcible implementation that ordinarily accompanies a Declaration, which is usually held to be a sign of weakness, compared to the obligatory nature of a treaty, which is clothed with the so-called force of law in the event of its breach, is in fact the key to the widespread appeal which Declarations attract. Persuasion, not force, seems at last coming to be recognized as the preferable implementation for the legal order directed by, to, and for, human beings.

There is another feature of Declarations which suggests much wider appeal than that accorded judicial decisions as evidence of the law. The Declaration functions above all in an interpretive capacity; whether it be the Universal Declaration of Human Rights, or the Declaration of Philadelphia of the ILO, or the more recent Declaration of Friendly Relations Between States, which may be selected as an example, a Declaration which is adopted unanimously, without dissenting vote by any Delegate

authorized to participate, necessarily claims wider adherence from the great numbers of people whom the Delegates were empowered to represent. Not only greater weight accompanies a Declaration but also it carries more human appeal than any court decision does, since the latter is primarily a ruling in a single case, which has force and effect limited to parties officially involved in adversary proceedings. It is only by analogy that a decision rendered in one case is permitted to function as a general rule, applicable to all similar fact situations. The question is being asked now with increasing frequency whether the United States Supreme Court has in fact jurisdiction under the Constitution to establish a rule for persons who were not adversary parties of record, who were not heard on evidence of the facts at issue, or on the legal issue, or on the applicable law, and who indeed had no right to intervene in the formulation of the decision under the rules which the Court has established. There was a time when taxation without representation in the legislative organ that enacted the tax was a grave issue. This was precisely the situation 1776 which gave rise to the Declaration of Independence. Today a parallel, if not an analogous situation seems to exist when a Supreme Court rule in a single case is extended by analogy into a universal law, without legislative intervention of any kind. Even treaties recognized as the supreme law of the land under the Constitution when ratified by the Senate have not been considered self-executing, but require implementing legislation by the Congress, bearing also the signature of the Executive. With respect to the functioning of Supreme Court decisions, however, the theoretical device of checks and balances does not seem to be functioning any more according to plan. Not only has the analogy of stating the law as applied in a similar case led so far astray as to amount to a denial of justice in situations that have arisen among different parties, but the effect on administration has been an increasingly burdensome appellate calendar, made up of cases which often vary very little on the facts or issues from cases previously decided which are said to establish the applicable rule. Perhaps if Mr. Justice Holmes were to rephrase his observation to fit today's situation, he might say, the life of the law does not owe anything to analogy; it depends instead on interpretation. Its power derives from its persuasive appeal, that is, upon intellect and judgment, and not on force and will, as Kant would have us believe.

The Declaration form would appear to function even more satisfactorily as an instrument of interpretation on the international level than on the national. Unlike the United States Supreme Court, the International Court of Justice is not accustomed to rely on analogy to extend its

interpretation of the Charter, although trying to remain consistent. Furthermore, its rules are designed to provide that all parties in interest can be heard in argument before a decision is reached. In view of these specific limitations of the applicability of its decisions, the interpretive functions of the World Court are nowhere nearly as far reaching in impact as action by the General Assembly can be. In order to obtain authoritative interpretation of the meaning of the Charter that is of universally persuasive quality, not Court procedures but General Assembly procedures would appear to be much more rewarding. Since thought is prior to action, persuasion in law is more effective than compulsion. The growing importance being given to Declarations adopted by the General Assembly as interpretive of the Charter indicates a shift in the functioning of law in international relations. It is not the only change that might be used as an example of the rejection of conceptual jurisprudence, and its substitution by percepts of the actual way the law functions in its task of reaching the professed goal of effectuating justice in the lives of human beings everywhere in the world. If the new structures and institutions that are currently in demand are ever to be built, sound foundations are indispensable. For these, philosophy no less than the legal order must be resurveyed and approached with new devices and inventions, more suitable for sustaining improved ways of living. Outdated and unexamined assumptions, presumptions, concepts, and theories must be replaced by more acceptable affirmations of the actualities of life.

(MISS) MIRIAM THERESA ROONEY, PH.D., J.D.

*Representative at the United Nations for
World Peace Through Law*

The call for realism in the law, which is restated here in somewhat different form, has been presented in previous articles by the same author, in part, as follows:

(1) *Lawlessness, law and sanction*, Washington, The Catholic University of America Press, 1937 (Philosophical Studies).

(2) «The Movement for a Neo-Scholastic Philosophy of Law in America, 1932-1942», *Proceedings*, American Catholic Philosophical Association, XVIII, 183-203 (1942); also sent by Department of State, Division of International Conferences, to Santiago, for inclusion in *Proceedings*, 10th Chilean Scientific Congress, 1944. Excerpts in the *Natural law reader*, ed. by Brebdan F. Brown, Dobbs Ferry, N. Y., Oceana Publications, 1960, pp. 25-30.

(3) «Supplementary Checklist of Publications of Interest in Neo-Scholastic jurisprudence», *Proceedings*, American Catholic Philosophical Association, XIX, 150-178 (1943).

(4) «Law and the notion of Confrontment», *Seton Review*, I, n.º 3, 7-14 (1952); reprinted in Wu, John C. H., *Cases and materials on jurisprudence*, St. Paul, West Pub. Co., 1958, pp. 675-680.

(5) «Concepts or Actualities?», *The Catholic Lawyer*, Brooklyn, N. Y., St. John's Univ. Law School, XII, 141-145 (Sept. 1966).

(6) *The New Catholic Encyclopedia*, N. Y., McGraw Hill Book Co., 1967; articles on *Jurisprudence*, VIII, 63-66; and *Law, Philosophy of*, VIII, 556-560.

(7 a) Introduction to *The French Institutionalists*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1970, pp. 1-14.

(7 b) Also Review of this volume, in *American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame, Indiana, Notre Dame Law School, vol. for 1973, pp. 166-171.

(8) Review of Llewellyn, Karl N., *Jurisprudence: Realism in theory and practice*, Chicago, in *Arizona Law Review*, Tucson, Univ. of Arizona, V, 151-154 (1963).

(9 a) «International Organization and Internal Law» (Agenda IV.A.1). Reprint from *Legal Thought in the United States of America Under Contemporary Pressure...* VIII Congress of the International Academy of Comparative Law (Pescara). Editors: John N. Hazard and Wenceslas J. Wagner. Brussels, Etablissements Emile Bruylant, 1970, pp. 461-482.

(9 b) «International Organizations and International Law» (Paper delivered to the Eighth International Congress of the International Academy of Comparative Law, Pescara, Sept. 1, 1970). Printed in the *International Lawyer* (A Quarterly Publication of Section of International and Comparative Law, American Bar Association), vol. 6, n.º 1, pp. 16-33, January 1972.

(10) «Justice, Law, and Juridical Decision-Making» (Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy, 30 August-3 September, 1971); *Le Raisonnement juridique, legal reasoning, die juristische argumentation*, ed. by Hubert Hubien, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1971, pp. 375-386.

(11) «Law and Power: A Task for Legal Education». Paper contributed to the *World Congress of Philosophy*, XV, 17-22 September 1973, Varna, Bulgaria (General Subject: «Science, Technology, Man». Section D. Research Group VIII, Philosophy of Law and Philosophy of Politics). 6 pages.

LA FONCTION PSYCHOLOGIQUE DU DROIT

Puisque le droit naît des exigences de l'action pratique, et dans la pratique reflue pour la modifier selon les intérêts des sujets agissants, les techniques et les philosophes, toutes le fois qu'ils se rapportent au droit, se transportent avec l'esprit dans le monde social, dans la trame des rapports extérieurs parmi les hommes; et, si quelquefois ils concentrent leur recherche sur le patrimoine juridique individuel, ils sentent les limites de ce patrimoine comme variable à chaque instant, en relation à l'ordre juridique-social en vigueur, considéré dans sa structure et dans ses contenus. Celle-ci est, cependant, la fonction naturelle du droit voulu de la société, opérant dans la société, sauvegardé de la société, laquelle sait bien que plus le garantit plus elle vient garantie.

Mais dans une société en chemin non seulement engagée à organiser la conservation et le bien-être économique, mais aussi tendue vers le progrès civil, c'est-à-dire cultural et humain, les problèmes de l'esprit se multiplient et ses produits se réfléchissent sur l'esprit même, ils l'alimentent, l'affinent, le développent. C'est le cas du droit, dont c'est désormais moment d'analyser l'efficacité non seulement dans la trame des rapports pratiques du milieu social, mais aussi dans les modifications que sa naissance et son affirmation produisent dans le sujet qui le vit.

Quand la maxime juridique affleure dans la conscience de l'individu —non quand elle y fait irruption par l'extérieur, mais quand s'y épanouit lentement et y croît— elle imprègne de soi cette conscience, la règle, ou mieux l'induit à se discipliner et la pousse à se repandre sur les consciences individuelles du groupe social, à pénétrer en elles et à se pénétrer d'elles, à réunir, à tempérer et coordonner ses affaires avec les autres et les autres intérêts entre eux, élargissant son horizon et surtout gagnant une aptitude précieuse: celle de considérer chaque intérêt pratique pas plus sous le seul aspect individuel, mais d'un point de vue social. Pour vertu du droit, alors, l'individu se dégage de la subjectivité et s'élève à la sociabilité objective.

Ces choses avaient été déjà dites par Hegel, mais celui-ci, ébloui lui-aussi par l'étendue et par la richesse de l'esprit objectif, il avait négligé auparavant et oublié ensuite les vicissitudes de cet esprit subjectif auquel uniquement appartenait le mérite du lancement du moi dans le monde social environnant. Aujourd'hui, au contraire, les temps sont mûrs pour une analyse des influences que le droit exerce dans l'esprit individuel, surtout quand l'esprit même traverse la phase de l'évolution biologique et avance péniblement vers cette structure logique et psychologique qui restera presque définitive dans l'âge mûr. Nous voulons dire que l'idée du droit, se montrant à la conscience de l'enfant, incise profondément dans le procès de formation du caractère, c'est-à-dire dans cette activité fondamentale pour la civilisation contemporaine qu'on appelle éducation.

Comment se produit l'action de l'idée du droit dans le procès évolutif de l'individu? Négligeons l'efficacité informatrice de chaque notion juridique, parce qu'elle regarde presque exclusivement le champ pratique, et considérons seulement l'efficacité éducatrice. Celle-ci s'effectue par des efforts psychiques lesquels, se réitérant et se développant, font place à un entraînement, à une initiation à opérations mentales nouvelles et complexes, qui affinent l'intuition, disciplinent le raisonnement, développent la capacité de dominer le sentiment, c'est-à-dire favorisent l'autonomie. Nous pouvons affirmer que l'efficacité éducative des notions juridiques dans l'enfant et dans l'adolescent se réalise à travers une transformation de la fonction psychique du sujet, qui constitue une vraie et propre maturation spirituelle.

Comment s'effectue l'ascension du moi du monde de la subjectivité à celui de l'objectivité, c'est-à-dire du droit?

Le monde de l'enfant est égocentrique: il se développe et s'arrichit pour vertu de pulsions et besoins qui déterminent la raison humaine, l'instrumentant aux fins de leur satisfaction. Le moi, pourtant, s'adresse au non-moi —soit naturel soit social— au but d'en jouir le soumettant: l'esprit de l'enfant est possessif, et la possession est un fait qu'il recherche laissant de côté toute médiation du droit. Ainsi jusqu'à ce que l'observation par le sujet s'arrête au monde sensible, l'égocentrisme de l'esprit reste; quand au contraire elle franchit la nature et se concentre envers l'esprit, elle devient intuition, et en ce cas le chemin au surmontement de la subjectivité est aplani. L'enfant qui regarde au camarade pour ne pas l'accompagner à son jeu, mais pour en cueillir les pensées, les sentiments, les exigences spirituelles, il se predispose, soit inconsciemment, à se pénétrer avec son âme, à se concilier avec elle, à instaurer une coordination objective de désirs et d'arbitres, c'est-à-dire un rapport juridique. La sub-

jectivité individuelle vient de cette manière absorbée dans un rapport intersubjectif, c'est-à-dire dans un rapport social, en vertu duquel le moi s'élève au nous. Mais comment fait, l'âme de l'enfant à s'orienter vers l'effort intuitif, à s'engager en celui-ci, en sortant ainsi de son monde égocentrique? En réalité cette sortie n'est pas spontanée, elle est forcée, et peut jaillir de deux types de circonstances: ou le désir de conditionner la volonté du camarade, qui induit l'enfant à lui payer son écot, et ensuite à rechercher préventivement quelle que puisse être la compensation moins coûteuse qui vaille à déterminer son assentiment —et cette recherche demande un effort de pénétration du visible de la biographie du camarade à l'invisible de ses goûts et de ses désirs, elle demande c'est-à-dire un appel aux pouvoirs intuitifs—; ou bien une pression, de côté du milieu social, qui induit l'enfant à se rendre compte de la simultanée existence d'autres volontés identiques à se replier sur sa volonté et à la proportionner avec les autres, la réduisant en manière de lui rendre pratiquement possible la coexistence avec elles. Ce qui arrive ordinairement dans l'ambiance scolaire, lorsque le maître, en jeux ou travaux collectifs se trouve à devoir discipliner le concours de volontés égales et contraires. En ce cas, cependant, cessée la pression extérieure, l'arbitre des enfants reprend son mouvement expansif et il procède en remuant tout limite et frein; en sorte que les jeux et les travaux de groupes, puisqu'ils provoquent une conversion spontanée, endogène, de l'esprit sur soi-même conversion qui, s'alimentant d'énergie intérieure, tend à devenir habituelle— ils sont, plus que l'action hétéronomique, efficaces à organiser la persistance de l'effort ascendant du plan de la subjectivité égocentrique au plan de l'objectivité sociale, c'est-à-dire du droit.

Si celle-ci est la dynamique de la formation de l'idée du droit dans l'âme de l'enfant, quel bienfait celui-ci retire-t-il de sa réalisation?

Le développement de l'esprit subjectif consiste dans une exploitation de la fonction intellectuelle qui s'effectue soit dans le secteur théorique soit dans le secteur pratique: dans le premier la connaissance s'humanise montant, moyennant opérations de comparaison abstraction et généralisation, à la formation des concepts, c'est-à-dire d'idées schématiques, mais potentiellement universelles et objectives: dans le second, l'action individuelle reste empiriquement déterminée, mais sa condition n'est pas du seul individu, elle est aussi de la société à laquelle celui-ci appartient, c'est une condition socialisée et en tant que telle objectivée. L'objectivation de l'action, alors, avance du même pas avec l'objectivation de la connaissance, et toutes les deux constituent la mesure de la valorisation, c'est-à-dire du

progrès, du moi, quelle que soit la fonction dont se provoque le procès d'expansion.

L'initiation de l'âme d'un sujet à la considération de l'aspect juridique, l'accentuation de la *forma mentis* juridique, constituent une étape fondamentale dans les procès de formation de l'homme, dans l'ascension du moi du plan du sens au plan de la raison. L'éducation juridique de l'adolescence ne peut être négligée sans laisser dans la personnalité du sujet un *hiatus* que difficilement l'éducation successive pourra remplir.

Pour éviter toute équivoque et exagération, nous précisons pourtant que la formation du sens du droit est beaucoup, mais elle n'est pas tout, dans l'éducation. Il induit l'homme à considérer chaque question de l'aspect subjectif et de son opposé, à chercher de chaque thèse l'antithèse correlative; ce qui assure la reconnaissance et le respect d'un commun plan d'intente parmi les hommes et garantit les conditions essentielles d'une pacifique cohabitation sociale. Mais deux aspects antithétiques d'une question n'épuisent pas tous les aspects possibles de la même; de sorte que, si le sujet veut s'assurer une connaissance multilatérale et compréhensive, il doit passer immédiatement après à la considération de tous les autres aspects observables; et cette considération ne procède pas du principe juridique, mais de tous les autres qui règlent la connaissance et l'action humaine.

Si nous voulons maintenant tirer les conclusions des fonctions que la présence de la forme juridique exerce dans la vie de l'esprit individuel, nous pouvons dire qu'elles sont multiples. Avant tout une naturelle ouverture du moi envers la société, précieuse au but du surmontement de la phase égocentrique, caractéristique de l'âge évolutif. Puis une triple action gnoséologique: de repliement de l'âme sur soi-même, c'est-à-dire d'introspection; de sondage du monde spirituel d'autrui, c'est-à-dire de pénétration et de compénétration psychique; d'approche, de comparaison et de valuation de différents états d'âme, aux fins de la détermination de son comportement. En outre l'acquisition graduelle de l'aptitude à juger du point de vue social, en développant le sens de son autonomie. En plus l'acquisition de la confiance de recueillir le consentement d'autrui vers une conduite impartiale parce qu'inspirée au sens de la Justice. Encore, dans le secteur des activités gnoséologiques, une poussée d'entraînement aux opérations d'abstraction, schématisation, généralisation. Enfin une disposition progressive à la compréhension et à la conquête de la liberté et au respect de la personne et de la dignité qui lui compète.

L'importance de chacune des prédites fonctions de la présence du droit dans la conscience individuelle mériterait une considération détail-

lée dans un traité de psychologie pédagogique. Il est espérable que ceux qui cultivent les sciences humaines s'y apprêtent au plus tôt.

Il ne sortirait de l'argument une recherche sur les effets du droit objectif dans l'esprit social, comme le sens de la confiance que les expectatives viennent satisfaites et la sûreté de la vie collective réglée par des lois, rationales et efficaces.

Evidemment, cependant, à la représentation psychologique du droit doit correspondre la réalité historique-social de la vie juridique: s'il y a de la divergence parmi l'être et l'idée du droit, le croulement de l'être porte avec soi le trebuchement de l'idée. Prix essentiel d'un règlement juridique c'est la condition de la certitude; quand celle-ci s'écaille, le droit entre en crise et attire dans sa pente toutes les autres valeurs sociales.

ARIALDO SALEMI

THE LAW AS EDUCATIONAL MEANS, ON THE BACKGROUND OF SOCIAL FUNCTION OF LAW ITSELF

Dear Delegates, first of all, I like to give you the augural regards from International Association of Criminal Law, whose General Secretary entrusted me with this very pleasing task, soon after our Congress of last August in New York, on the subject:

«The prevention and the repression of drug abuse and its trade».

In my opinion, the problem of penalty, more than other juridical problem, wants a philosophic reply: it is, in truth, a basic problem of philosophy; so, it must be resolved according to the ethic principles of the happy medium between individual interest and social interest.

If it is true, the function of law, in the field that we are examining, must be put in action as an effective help to human person, as it aims to praiseworthy purpose of his rehabilitation, or better to his freedom.

The main problems dealt with during the aforesaid Congress about the drugs, from the juridical point of view, may be formulated like this:

a) must be enforcement efforts preferably directed towards any particular type of drug activity: importe, production, manufacture, possession or consumption?

b) has legislation to make a distinction among drug offenses, for purpose of imposing penalty?

The third very important question, put during the same meeting, concerned the problem of the crimes, perpetrated by drug addicts while under the influence of drug: may said problem be solved by the defense of incapacity, or mental illness, or the defense of intoxication?

After the reporters of the numerous delegations about the experiences and legislative programs of their own Nations, the Congress considered:

1) that prison type treatments ist he least successfull; on the con-

trary, the experimentation with treatment programs in lieu of prison (like the «probation», for example) seemed to be called for.

2) that the status of drugs adiction cannot be subject to punishment; and so forth.

With reference to the question: «what is the function of education in the treatment and prevention of drug abuse?» the delegates, at last, considered that «national legislation should be reviewed, to determine wether treatment modalities for drug dependent persons could be prescribed, in lieu of inappropriate retributive sanctions or of classical mental hospitalization.»

In front of this question, as a member of the Italian delegation, I affirmed during New York Convention, and I now affirm, that, in my opinion, the function of law must be directed towards persuasion, according to a guide idea, very able to fecundate the mind must the heart, by placing on the first foundation the ideals, irradiating from the Christian sense of life: in this background, the repression must become, itself, rehabilitation-Educational proces-and law's formation and execution are not two different phenomena: on the contrary, both of them must be anchored to primary spiritual and material importance of human person, as professor Lacambra said yesterday, acutely, in his report.

It seems to me that law itself must be used in order to smooth the way to educational action, and seen as a very educational means, especially in the struggle between Authority and Liberty, a very dramatic conflict in the penal field.

In conclusion, law must not be a guillotine, but one must conceive its a psychological and norme support for him, who has committed offence, while law, at the same time, defends Society: in my opinion, the function of penal law is based, entirely, upon this right balance; this is the profound meaning of the principle which also the Constitution of Italian Republic has decreed, that the execution of penalty must be humanitarian, and must aim to the re-education of condemned people, and to his regeneration for a social living.

BENIAMINO SCUCCES MUCCIO

Lawyer in Modica, defender before Italian Superior Jurisdictions. Professor of criminal and penitentiary law at the Institute of social service, Ragusa (Italy)

LA ACCIÓN DEL ABOGADO EN LA VIDA DEL DERECHO

Yo quiero proponer al profesor Ruiz Giménez, que es también un gran abogado, esta pregunta:

«¿Puede ser la acción de los abogados una contribución válida y determinante por la vida del derecho?».

Yo prefiero creer que es muy errado e injusto el pensamiento que el abogado es un matador de la ley y un abanderado de la injusticia. Según la tradición italiana, que sale de Giambattista Vico, el abogado lleva su toga al mismo título, que la llevan el juez y el catedrático de filosofía del derecho y de derecho positivo. En el propio cliente, el abogado, ve a la persona humana en todo su valor: él no la ve como un objeto con un precio económico; además el abogado se pone al nivel de educador, no solamente de defensor. El abogado aclara a la conciencia del hombre con el sentido de la objetividad, de la justicia, y por esto se hace abanderado, protagonista de su exacta aplicación *in actu exercito*, realizando a la certeza de la relación jurídica concreta, la cual es el derecho en su verdadera vida,, y, por concluir, en toda suya substancia filosófica y en toda suya significación moral y social.

Yo deseo terminar este discurso, recordándome y recordando a usted tres nombres de egregios maestros, los cuales me han honrado con su afectuosa consideración, y constituyen ejemplos de moralidad, de socialidad, de altísimo ingenio en el pensamiento filosófico|jurídico, sobre la cátedra y en la profesión de abogado, ofreciendo un testimonio viviente de síntesis de la teoría y de la práctica del derecho: Francesco Carnelutti, Orazio Condorelli, Alfredo De Marsico.

BENIAMINO SCUCCES MUCCIO

Componente de la delegación italiana

LAW AND VIOLENCE

THE QUESTION OF SOCIALIST HUMANISM
had been raised, in the postwar years, by Merleau-Ponty who remarked,

In the Soviet Union violence and deception are official and humanism is in daily life; in western democracies the principles are humane but deception and violence are found in practice (1).

According to socialist humanism, there is no choice between violence and nonviolence, but only two kinds of violences — *capitalist* violence and *socialist* violence. According to humanistic socialism, the violent means reduces to nothing the humanistic content of socialism.

1

THE HUMANISTIC CONTENT OF SOCIALISM
emerges in Marx's earlier works (2), (3), (4), (5). In these writings, young Marx was strangely influenced by Kant. This resemblance is striking in Marx's statements,

man can only achieve real perfection and happiness when he associates his own happiness and perfection with those of others ... (for) human self-realization can only be attained completely and generally if people treat one another *as ends in themselves*. (6).

Nevertheless, there is a great difference between the naturalistic-anthropological view of Marx and the ethical-axiological view of Kant. In

-
- (1) Quoted in ⁸HERBERT MARCUS: *Socialist Humanism?*
 - (2) KARL MARX: *Deutsch-französische Jahrbücher*.
 - (3) KARL MARX: *Economic and Philosophical Manuscripts*.
 - (4) KARL MARX: *Critique on the Gotha Program*.
 - (5) KARL MARX: *German Ideology*.
 - (6) Quoted in MAREK FRITZHAND: *Marx's Ideal of Man*.

Marxian conception the humanistic content of socialism emerges not as a moral goal or ethical justification but rather as an economic need and a historical product (7) (8).

2

Herbert Marcus, a distinguished research fellow in Russian studies, admits that,

not only the political but also the technical apparatus and production became systems of domination into which the labouring classes are incorporated (9).

Nevertheless, he sees 'the historical idea of humanism today' in

a fundamental change in the direction of technical progress and a total reconstruction of the technical apparatus (10).

Would the illustrious scholar ask the feeling of a worker today, the answer should be, probably, the following, «Dear professor, to me it does not make any difference whether I am exploited by one of many capitalist bosses or a *unique* boss, the Omnipotent State.»

Marx could not foresee that the division of labour imposed by modern technocracy would turn the worker into a commodity not only in the capitalistic system based on private property but also in the state-capitalism absorbing private property.

It we cannot find any satisfactory solution for the intellectual crisis in socialist humanism today within the narrow frame of contemporary culture, we attempt to find answer in atemporal moral values.

3

CHRISTIANITY AND SOCIALISM ARE THE

two world-transforming forces of our Twentieth century, said Julius Moor, former professor at the Pazmany Peter (today Eotvos Lorand) University of Budapest, and he had the intellectual courage to publish his essay in 1947, during the Stalin regime, writing,

The destiny of mankind depends upon Christianity and Socialism

(7) KARL MARX: *On the Jewish Question*, Frankfurt am Main, 1927, Section I, vol. 1, p. 603.

(8) Quoted in EUGENE KAMENKA: *On Humanism*.

(9) HERBERT MARCUS: *On Humanism*.

(10) *Ibid.*

working shoulder to shoulder in behalf on the prosperity of mankind or, otherwise, the peoples of the globe shall be divided into two irreconcilable enemy blocks (11).

It is obvious that Marx's vision of true communism as *fraternity*, from a humanistic point of view, might be equated with the *universal brotherhood*, the highest social value of Christian ethics, which did appear much before the *Sermon on the Mount* in the *solidarity of mankind* of the classic stoics ... in Leviticus advising the Jews, *Thou shall love the neighbour as thyself* ... in China, Mo-Ti's urging *men love each other regardless of kinship* (12).

It was, indeed, the *Nazarene* who had taught first time in history that *men should love even his enemy*.

Was He the Son of God or deity humanized? This question belongs to theosophy. We should analyze the teachings of the historical Jesus rather than the divine nature of Christ.

Jesús was a carpenter; Peter, a fisherman; Paul, a worker in carpet textile. The rest of the apostles were peasants, day-labourers, and hired-men. It is not to wonder that this *cadre* attracted partisans from serfs and slaves, exploited by the capitalism of the Roman Empire.

Jesús went unto his disciples and said,

How hardly shall they that have riches enter into the kingdom of God! It is easier for a camel to go through the eye of a needle, than for a rich man to enter into the kingdom of God (13).

Upon appointing seventy, he sent them to every city with the following message, *The labourer is worthy to his hire*.

And when a certain ruler asked Him, «Good Master, what should I do to inherit eternal life?» Jesus said,

Sell all that thou hast and distribute onto the poor, and thou shalt have treasure in heaven ... and come, follow me (14).

And seeing the multitude, he went up into a mountain and spoke,

Blessed are they who are persecuted for righteousness' sake for

(11) JULIUS MOOR: *Tegnap es Holnap Között* (Between Tomorrow and Yesterday), Revai, Budapest, 1947.

(12) * *The Myth of a Mortal God*, the Hourglass, Center of Interfaith Studies, Lincoln University, Pennsylvania, Vol. Two, 1970, pp. 54-61.

(13) Mark, XII, 46-50.

(14) Mark, X, 21.

theirs is the kingdom of heaven ... Blessed are the peace-makers for they shall be called the children of God (15).

H. G. Wells, who was not a devout, in his *Outline of History*, remarks,

It is clear that this teaching condemned all the gradations of the economic system, all private wealth and personal privileges. All men belonged to the kingdom; all their possessions belonged to the kingdom. ... It is one of the most revolutionary doctrines that ever stirred and shaken human mind (16).

If Karl Marx views the substance of true communism in the triumph of *distributive justice*, what is the reason of his saying that *Religion is the opium of the masses*. The 'holy alliance' between the Church and the Throne explains his anti-religious position. Princes still protected the bishops and the bishops justified the power of the princes, and both supported the rising capitalism in the Christian countries of the Nineteenth century. As Umberto Cerroni rightly remarks,

[in Marxian conception] man's problem was reduced from that of 'salvation' ... to that of 'liberation' ... social emancipation (17).

This transference of moral problem from the otherworldly sphere to the worldly sphere (a Renaissance thought) does not discourage us to believe that Marx's *earthly city of well-intentioned human beings* might be compared with Saint Augustine's *City of God* as well as with the *Utopia*, depicted by Thomas Moore who had been canonized.

Marx could not foresee that, one day, the promise of *true* communism of coming times should have a tremendous likeness to the promise of otherworldly happiness. This conflict between theory and practice was reflected on the mind of a Hungarian student I meet in Budapest, in 1972. He said,

I understand that our generation must make great sacrifices for communistic ideals; however, I do not see difference whatsoever between believing in a better afterlife or a better life of others after we will have died. We have, now, at least religious freedom. Today we are allowed to believe in God rewarding all efforts in behalf a true communism as promised by Marx (18).

(15) *The Sermon on the Mount*.

(16) H. G. Wells: *The Outline of History*, Doubleday, New York, 1961, p. 422.

(17) Quoted in MAREK FRITZHAND: *Marx's Ideal of Man*.

(18) Unauthorized reference.

The basic ethical principles of Christianity, we do believe, form that luminous bridge which joins *humanism* and *socialism* into *humanistic socialism*.

4

THE INTELLECTUAL CRISIS IN SOCIALIST humanism today stems from the tension between Marx's irrational belief in the perfectibility of 'the earthly city' and the imperfectibility of actual political systems.

According to Marx, the magic wand transfiguring the imperfect human being into a perfect one is no longer the pastoral staff of the bishops neither the witchcraft attributed to political scorcerers, it is rather the enchantment radiated by an entrancing fairy-queen-Art. Marx believed that in the society of true and ultimate freedom

each man would be 'caught up' in productive labour with other men, fulfilling himself in social, co-operative creation. The struggle will be common struggle: in his work and in other men, man would find not dependence and unpleasantness, but freedom and satisfaction, just as *artistes find inspiration in their work and in the work of other artists* (19).

What is true of art, Marx believed, is true of all, free, productive labour. According to Ferdinand Tönnies, *friendship, tradition, and harmony* form the 'common sphere' of this ideal community (*Gemeinschaft*) in opposition to 'society' (*Gesellschaft*) which is nothing but bourgeois interest group.

The ideas of friendship and harmony are beautifully expressed at the end of Marx's *Economic and Philosophical Manuscripts*, depicting the true communist society as the community of ultimate freedom.

These final chords of the Marxian 'new world' symphony is a resonance of Kantian ideas,

The propedeutic of all beautiful art ... seems to lie not in precepts but in the culture of mental powers, called *humaniora* because *humanity* indicates *universal feeling of sympathy* and the faculty of being able to communicate universally our inmost feelings. For these properties taken together constitute the characteristic *social spirit of humanity* ... distinguished from the limitations of animal life (20).

(19) Quoted in EUGENE KAMENKA: *On Humanism*.

(20) Quoted in A. W. LEVI: *The Humanities Today*, Indiana University Press, Bloomington, 1970.

Had Marx rise again, probably he would give the following advise, «Comrade, art cannot be created by plans imposed from outside; it knows no authorities and no discipline except the authority and disciplines of art itself.»

Resisting the ukases of tzars, the masters of Ninetieth century Russian literature expressed humanistic socialism in their works. The humorous sympathy of Gogol's *Death Souls* reminds of Erasmus's social satire in his *Praise of Folly*; Tourgenyev's *Memories of a Sportsman*, had a direct bearing on Alexander II's decision to liberate serfs; Dostoievsky's first story, *Poor Folk*, combines Russian patriotism with socialism; Tolstoy, excommunicated by the Orthodox Church, became the apostle of humanistic brotherly love.

The effect of the afore-mentioned precursors of Russian socialism greatly influenced on the works of Vladimir Ilyich Lenin.

5

THE CONCLUSION OF THIS OUTLINE HAS to clarify whether nationalism is consistent with humanism or it is by its very own nature supranational. It is obvious that the issue is not the nature of concepts but it is the nature of man and human life. We do believe that *the humanities is the scientific study concerned with every aspect of human life as well as humanism as the universal feeling of sympathy is concerned with the common destiny of mankind* (21).

If neither the radiant aureole of the Saints nor the sublime sacredness of artists have been able to outshine the magic splendor of gold, what kind of *living form* has made man *more humane* in the past and in the present? Was it the selfish dragon of liberal individualism devouring its own genitors? Was it the selfadoring Moloch of the collective swallowing its own generation? It was rather a powerful Titan, the only one triumphant in the bloody history of mankind, who —though causing revolutions and wars but offering the bliss of a *meaningful life* and eternal peace in the lap of the homeland— the Nation.

Celebrating victory, Generalissimo Stalin addressed to Russian *compatriots*, he did not address to 'communist comrades'; President Roosevelt

(21) * *World University of the Humanities - a Preliminary Study on the Humanities Conceived as Educational Task Force*, MAN Associates, Inc., Concord, North Carolina, 1972.

in the most decisive moments of the war, invoked not common interest, he did invoke 'common ideals' uniting American nation.

Nikita Khrushchev stated that «each country has its own, peculiar socialism»,

Nationalism and socialism are the leading historical ideas today. If I am asked that which of the two, nationalism or socialism, is more powerful, I would not hesitate to affirm that nationalism prevails. In Vietnam the issue is not that of 'capitalism' or 'socialism'. The Vietnamese, be of the North or the South, first of all is a Vietnamese and then a communist.», said Arnold Toynbee (22).

And so in Hungary, in 1956, when the traditional tricolour banners stirred up the mind of the Magyars. They did not rebel against socialism. They wanted Hungarian socialism corresponding with Magyar freedom tradition (23).

Forsaken by Western democracies they had to fail. But, if today a more humane socialism is being developed in Hungary, they did not die in vain.

A historian of coming times shall record as the miracle of the Twentieth century that the only ones allied with the Hungarian revolutionaries were those more or less one thousand Russian soldiers who, moved by humane feelings and universal sympathy, changed side.

By concluding with admiration of the Magyar martyrs sacrificing their lives for the sake of true communism respecting personal freedom. It is my honour to pay tribute to those unknown brave men of the Red Army who, in a critical moment of contemporary history, showed the world that beneath their steel-grey battle-dress, there were rosy human hearts.

LASZLO TARNOI DE THARNO

(22) Interview in *Life Magazine*, 1966.

(23) * «Coexistence or Nonexistence?» Academic Lectures, 1964-71, at American Universities, Mimeo.

NOTE.—The Text and Essays numbered 1, 6, 8, 9, 17 and 19 published in *Socialist Humanism - An International Symposium*, Doubleday-Anchor, Garden City, New York, edited by Erich From.

BIBLIOGRAPHY

Of Books Referred to in the Text of Notes
The starred publications are those of the author

ACKNOWLEDGEMENTS

THE AUTOR IS GREATLY INDEBTED TO HIS

colleagues and friends for their contributions of making man more humane; to Prof. F. J. von Rintelen for his realistic axiological approach to *Menschlichkeit* (*humaneness*) as 'living spirit'; to Prof. Luis Recasens Siches for his 'human life' as the ultimate scope of Law; to Prof. L. Bagolini for his interpreting justice as *understanding the possibility of reconciliation between opposing interests*; to Prof. Munoz Alons, for deriving humanism from *personal integrity*; however, if this outline has succeeded in fortifying the *faith in the common destiny of mankind*, it is the merit of Prof. Julius Moor, whose academic lectures in philosophy of law taught the autor that *the basic principles of Christian ethics and true nationalism* are the ultimate goals of the humanities. *

DIE GESELLSCHAFTS - UND STAATSPOLITISCHE FUNKTION DER UNTERSCHIEDUNG IN WIRTSCHAFTLICHE, SOZIALE UND POLITISCHE RECHTE (1)

Die Lücken in der traditionellen Rechtsstaatsphilosophie

Der Begriff des Rechtsstaates, wie er geschichtlich vom 19. Jahrhundert auf uns gekommen ist, besagt nicht nur die rechtliche Verfasstheit der staatlichen Gemeinschaft, sondern auch die kontrollierbare rechtliche Abschirmung des Individuums gegen die Staatsgewalt. Der Rechtsstaat war als Gegentyp gegen den Macht- und Willkürstaat konzipiert worden. Verhinderung von Willkür sollte nicht nur heißen, dass die Staatsorgane an das geltende Recht gebunden seien (das sind sie auch im totalitären Staat), sondern dass dem Individuum natürliche im staatlichen Recht zu formulierende Rechte zustehen wie Glaubens- und Bekenntnisfreiheit, persönliche Meinungsfreiheit, Vereins- und Versammlungsfreiheit, Garantie des Privateigentums. Allgemein ausgedrückt heisst dies: der Primat des Individualrechts im Konflikt mit dem Staatsinteresse.

Auf der Basis der Individualrechte ist die Dreiteilung in wirtschaftliche, soziale und politische Ordnung entstanden. Mit dem Einbau der sozialen Ansprüche des einzelnen in den Rechtsstaat (2) haben aber die früheren Individualrechte, die als Freiheitsrechte verstanden worden waren, eine schwere Einbusse erlitten. Sowohl die wirtschaftlichen als auch die

(1) Zum Thema vgl. meine ausführlichen Darlegungen in: *Sozialethik*, Teil III: «Die soziale Ordnung», Kapitel 1 (im Druck).

(2) Vgl. THEODOR TOMANDL: *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Tübingen, 1967. Ausgedehnte Angaben zur Frage der Grundrechte finden sich in der von mir herausgegebenen *Bigliographie der Sozialethik*, Freiburg i. Br., 1960 ff. (bisher 8 Bände), unter Nr. II 6.2.2, zur Frage des Rechtsstaates unter Nr. III 13.2.

sozialen Freiheiten wurden mehr und mehr in das von der politischen Gewalt verwaltete Gemeininteresse nicht nur integriert, sondern teilweise sogar von ihm aufgesogen. Die Grenzen zwischen privatem und öffentlichem Recht fangen an zu verschwimmen (3). Für die Beschleunigung dieses Prozesses sorgen unter anderen die Gewerkschaften, die ihre sozialen Anliegen gegen wirtschaftliche Macht mit politischem Druck durchzusetzen versuchen, in Entsprechung zum politischen und sozialen Gewicht der Unternehmer und Kapitalbesitzer. Dafür sorgt aber auch das wirtschaftliche Geschehen selbst, das offenbar nur noch mit Macht, nicht mehr mit Freiheit zu ordnen ist (Problem der Stabilität). Die Dreiteilung der Rechtsordnungen scheint ihre Funktionsfähigkeit zu verlieren. Dem Rechtspolitiker ist damit ein schweres Problem aufgegeben. Soll die bislang noch gültige Unterscheidung dem Schicksal überantwortet werden, so dass das Recht nur noch nachhinken kann? Die Frage verlangt eine Besinnung auf die philosophischen Grundlagen der Dreiteilung.

Die Dreiteilung vom Gesichtspunkt der aristotelischen Staatsethik aus

Wenngleich Aristoteles Gesellschaft und Staat nicht identifizierte, sondern einen gesellschaftlichen Aufbau des Staates von der Familie zur Hausgemeinschaft und zum Stadtstaat vorsah, so ist doch bei ihm der Staat die *societas perfecta*, gegenüber der die anderen Gruppen unvollkommene Gesellschaften sind. Den Unterschied sah er in der geringeren Leistungsfähigkeit der kleineren Gemeinschaften gegenüber des Staates. Gewiss erfüllen in der aristotelischen Konzeption die kleineren Gemeinschaften Aufgaben, die der Staat als Ganzes nicht wahrnimmt. Dennoch sind diese in der Weise in das Staatsgebilde integriert, dass ein durchgängiger Lebensprozess von unten nach oben zieht, wobei der Staat als Ganzes entsteht, der unter Umständen die kleineren Gemeinschaften zu absorbieren vermag. Die umfassende Bedeutung des Gemeinwohls, in welches das Prinzip der Entscheidungskompetenz kleinerer Gruppen nicht eingebaut wurde, hat die Aufteilung in verschiedene, gewissermaßen selbständige Ordnungen nicht aufkommen lassen. Das Gemeinwohl erscheint als einheitliches Ganzes, dessen Bestimmung der staatlichen Autorität unterliegt. Diese mag noch so demokratisch ausgesehen haben, als

(3) Vgl. ULRICH K. PREUSS: *Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, untersucht am Beispiel des verfassungsrechtlichen Status kultureller Organisationen*, Stuttgart, 1969; PETER HÄBERLE: *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, Bad Homburg v.d.H., 1970; WOLFGANG MARTENS: *Öffentlich als Rechtsbegriff*, Bad Homburg v.d.H. 1969.

ihre Träger wurden die Wissenden oder Weisen bezeichnet. Auf diesen Untergrund war der Gedanke an ein vielgegliedertes Zusammenspiel von Entscheidungsträgern, losgelöst von der politischen Macht, nicht möglich.

Die Dreiteilung auf dem Boden des Empirismus

Mit der aristotelischen Auffassung, das das Glück des Menschen nur in der vom Ganzen her definierten Integration bestehen könne, hat der englische Sensualismus gründlich aufgeräumt. Nur der Naturtrieb des Individuums ist nach ihm imstande, das Objekt der sittlichen Handlung zu manifestieren. Die Gesellschaft setzt sich aus Individuen zusammen, von denen jedes seine eigene Existenz zu erhalten und zu entfalten strebt. Nimmt man zu diesen von *Hobbes* und noch ausgeprägter von *Bernard de Mandeville* ausgesprochenen Gedanken noch den Glauben der Physiokraten an die prästabilisierte Harmonie hinzu, dann braucht es nur noch den Aufweis verschiedener Objekte, um die das individuell bestimmte menschliche Streben kreist, und wir sind bei gegenseitig von einander abgegrenzten gesellschaftlichen Gebilden. Um die materiellen Güter bemüht sich der Mensch im Wirtschaften. Im Uustausch der Wirtschaftsgüter, in dem jeder einzelne an seine Gewinnmaximierung denkt, ersteht eine Gesellschaft, die als Gesamtes nicht nur die Kosten und Preise auf dem niedrigsten Stand hält, sondern auch qualitativ Bestes leistet, also den sozialen Wohlstand erzeugt. Erkenntnistheoretisch fusst diese Isolierung des homo oeconomicus auf der pointierend hervorhebenden Abstraktion (4). Die anhand dieser Abstraktion vorgenommene Analyse der Motive wirtschaftlichen Handelns kann auf den Gedanken der prästabilisierten Harmonie verzichten und sich mit dem Aufweis der sozial segensreichen Folgen des Marktmechanismus begnügen.

Analog verhält es sich in empirischer Sicht mit dem Kampf um die Macht. *Max Weber* hat diesen Prozess dargestellt und dabei den Begriff des homo politicus herausgearbeitet (5). Er glaubte dabei zwei Formen der Ethik zu entdecken: die Ethik der Verantwortung und die Gesinnungsethik.

Die Institutionalisierung des Gewinnstrebens und des Strebens nach Macht schafft zwei eigene gesellschaftliche Rechtsgebilde, die Wirtschaftsgesellschaft und die politische Gesellschaft, die man oft fälschlicherweise mit dem Begriff «Staat» bezeichnet. Dazwischen liegt der gros-

(4) Vgl. W. EUCKEN: *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1950.

(5) *Politik als Beruf*, Berlin, 1964.

se Bereich der «Gesellschaft», besser: der sozialen Ordnung, die durch den bis heute nicht ausreichend definierten homo sociologicus bestimmt ist. Grundlegend für die Erfassung dieser gesellschaftlichen Einheit ist wiederum die pointierend-hervorhebende Abstraktion eines Teiles menschlichen Wollens in der sozialen Beziehung. Die «Gesellschaft», in diesem engen Sinn verstanden, lässt sich allerdings wohl nie als Einheit definieren weil die Motivationen entsprechend dem Objektsbereich zu vielgestaltig sind. Soziale Prozesse lassen sich erst dann systematisch erfassen, wenn man irgendein gemeinsames Objekt aufweisen kann, um das die individuell verschiedenen Motivationen kreisen.

Das Versagen der Dreiteilung in der Praxis

Die kurz beschriebenen sozialen Mechanismen stossen auf Ablehnung bei allen jenen Philosophen, die das Gesellschaftliche von vornherein als Ganzes inhaltlich konzipieren. Zwar sind die sozialen Mechanismen von keinem ihrer Befürworter um ihrer selbst willen gewollt. Man griff nach ihnen, weil man in ihnen das wirksamste Mittel sah, einen allgemeinen Wohlstand und eine friedliche Staatsgemeinschaft zu realisieren, ohne sich der ohnehin als nutzlos erachteten Aufgabe zu unterziehen, das Gemeinwohl im voraus zu konzipieren. Man wollte die Motive regulieren, nicht aber die Inhalte gemeinsamen Handelns bestimmen. Dennoch haben wir aus der Erfahrung gelernt, dass die Mechanismen Resultate hervorbringen, die sozial sehr belastend wirken. Zu diesem Thema gehört das viel diskutierte Problem der «social costs in private industry». Dem Arbeitnehmer, der diese Belastung am eigenen Leib erfahren hat, ist es gelungen, auf dem Wege über die Politik den wirtschaftlichen Entscheidungsmechanismus mit Elementen zu durchsetzen, die man gemäss der ursprünglichen, rein empirisch begründeten Konzeption der drei Ordnungen als wirtschaftsfremd bezeichnet hat. Tatsächlich ist die Organisation des wirtschaftlichen Geschehens nach dem Prinzip der Gewinnmaximierung zu eng, um als Grundlage einer Wirtschaftsordnung zu dienen, in der der Mensch als sozial integrierter Rechtsträger ausreichend berücksichtigt wird. Auch ohne die hegelsche oder marxistische Philosophie mit ihrer aller Politik vorgängigen Suche nach dem Sinn des Ganzen müssen wir erkennen, dass die Logik den Weg nicht von den Individuen zum Ganzen, sondern umgekehrt nur vom Ganzen zu den Individuen nimmt. Wenigstens im philosophischen Denken müssen wir diesen Prozess verfolgen, so sehr wir in der Praxis und damit auch in der positiv-rechtli-

chen Formulierung im Gegensatz zum Marxismus umgekehrt verfahren müssen.

Dass die Gesellschaft ein gemeinschaftliches Ziel hat, das man mit dem abgegriffenen, aber doch real gültigen Begriff des Gemeinwohls bezeichnet, dürfte uns heute geläufig sein. Ohne eine wirtschaftspolitische Gesamtkonzeption ist das Gleichgewicht der Kräfte nicht zu bestimmen. Das Gleichgewicht der Kräfte, das nur durch die formale Konkurrenz zustande kommen soll, gehört in die Gedankenwelt der Vergangenheit. Der Konflikt, der als sozial segensreich gepriesen wurde, stösst heute auf unüberwindliche Grenzen, da die Bildung einer countervailing power nur mit Spätzündung oder überhaupt nicht möglich ist. Die Individualrechte, wie sie in der UNO-Erklärung formuliert worden sind, gelten immer nur insoweit, als das Gemeininteresse nicht gestört wird. So wenig wir das Gemeinwohl konkret definieren können, so sehr gilt es doch zumindest als Postulat (6), ähnlich dem Postulat einer ersten Rechtsnorm in der Normenlogik von *H. Kelsen*, mit dem Unterschied, dass dieses Postulat nicht nur für einen formalen, sondern wenigstens in allgemeinen Umrissen material bestimmten Denkansatz gilt. Da die Empiriker diesen Denkansatz noch nicht gefunden haben und übrigens gemäss ihrer Erkenntnistheorie auch nicht finden können, da aber andererseits die politische Wirklichkeit ganz unter dem Druck der Gemeininteressen steht, versucht man, vom Standpunkt der individualistischen Konzeption aus Korrekturen anzubringen, bis schliesslich die individualrechtliche Ordnung völlig verschwunden ist.

Die totale Demokratie als Lösung?

Als Lösung wird von neo-marxistischer Seite die allgemeine Demokratisierung empfohlen, d.h. eine politische Organisation, die die Sinnfrage auf dem Weg über den Mehrheitsentscheid beantwortet. Damit würde, so glaubt man, die Wirtschaft heimgeholt in den Lebenszusammenhang der Gesellschaft. Sie würde zur echten Politischen Ökonomie, wozu sie ursprünglich auch berufen gewesen sei. Dasselbe gelte auch für die Gesellschaftspolitik, die auf die Dauer ebensowenig isoliert werden könne, was schon die Bildungspolitik beweise. Entsprechend diesen Gedanken wären wir jedoch wiederum bei der platonisch-aristotelischen Schauweise angelangt mit dem Unterschied, dass die Politik nicht die

(6) Vgl. hierzu P. P. MÜLLER-SCHMID: *Der rationale Weg zur politischen Ethik*, Stuttgart, 1972, 91 ff. und passim.

oligarchische Form annähme, sondern sich zu einer repräsentativen oder sogar, gemäss neo-marxistischem Programm, direkten Demokratie ausgestalten würde. Auf wirtschaftlichem Gebiet würde das Privateigentum, das im letzten Entscheid der Grund der Aussonderung des wirtschaftlichen Sektors aus dem politischen ist, als Ordnungsfaktor verschwinden.

Gegen diese totale Demokratie erheben sich aber gewichtige Einwände, von denen nur einer genannt sei. Der Mehrheitsentscheid ist ein herrschaftlicher Entscheid. Er kann vom Gedanken der Freiheit aus nur dann als Spielregel anerkannt werden, wenn er so institutionalisiert wird, dass eine bestehende Mehrheit durch eine andere abgelöst werden kann. Wie soll dies aber geschehen, wenn sämtliche Sektoren gesellschaftlichen Lebens dem Mehrheitsentscheid unterworfen sind? Während einer Regierungsperiode, in der die Mehrheit eine totale Politik verfolgt, wird zugleich die gesamte Gesellschaft für die nächste Entscheidung vorprogrammiert. So demokratisch die politische Macht auch aussehen mag, ohne gegen sie abgeschirmte Gesellschaftsräume ist ein freies Staatswesen nicht zu stabilisieren. Es verfällt zunächst der Mehrheitsdiktatur und später der Cliquendiktatur.

Individualrechtliche Ordnung aus ganzheitlicher Gesellschaftskonzeption

Eine Neuauflage der Dreiteilung der Ordnung gemäss der empiristischen Typologie ist nicht nur philosophisch unhaltbar, sondern auch praktisch überholt. Der ernennnistheoretische Skeptizismus, der behauptet, das es überhaupt keine erkennbaren Gemeinwohlinhalte gebe, hat keine politischen Aussichten mehr. Wir müssen also unser gesellschaftspolitisches Denken beim Gemeininteresse ansetzen, allerdings - und dies ist entscheidend - zugleich den Grundgedanken einbauen, dass die Erstellung des Gemeinwohls von unerlässlichen Leistungsstimuli abhängt, die nirgendwo anders als im Individualinteresse fundiert sind. Wir können darum um des Gemeininteresses willen auf die von den Gesellschaftsphilosophen hegelscher und marxistischer Richtung verworfenen Mechanismen nicht verzichten. So sehr wir ganzheitlich denken, so sehr operieren wir individualrechtlich. Für die politische Praxis heisst dies: am ganzheitlichen Denken orientierte Politik der offenen Alternativen, um den verschiedenen Entscheidungsträgern Raum zu geben, ihr Individualinteresse zu entwickeln. Im wirtschaftlichen Sektor bedeutet es grundsätzliche Anerkennung des Privateigentums und damit auch des Konkurrenzprinzips mit einem Wirtschaftsrecht, das die sozialen Anliegen der Gesamtgesellschaft stärker als bisher berücksichtigt (z. B. im Aktienrecht). Im

sozialen Sektor, soweit er die materielle Wohlfahrt berührt, müsste (entsprechend dem Prinzip des Vorranges des Gemeininteresses) auf dem Boden einer allgemeinen Solidarität die Eigenleistung als Berechnungsgrundlage für die Teilhabe am Sozialprodukt gelten (7). Im Bildungsbereich ist auch die allgemeinste Formulierung eines Gemeininteresses in einer pluralistischen Gesellschaft kaum möglich. Hier dürfte die Stimulierung von Eigeninitiativen zur vielfältigen Wertschaffung von grundsätzlicher Bedeutung für das Fortbestehen einer weltanschaulich pluralistischen Staatsgemeinschaft sein.

Halten wir aus dem Gesagten fest: Die politischen Rechte allein ohne die individualrechtliche Funktionalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft, die im Rahmen einer in allgemeinen Umrissen bestimmten Gesamtkonzeption stehen sollte, werden zu Machtinstrumenten, die nichts anderes als die totalitäre Demokratie und Diktatur produzieren.

ARTHUR F. UTZ

(7) Vgl. hierzu A. F. Utz: *Grundsätze der Sozialpolitik, unter Mitwirkung von G. Hieronimi*, Stuttgart, 1969.

EFICACIA JURIDICA Y LIBERTAD

Una problemática árdidamente debatida a lo largo de la historia del pensamiento filosófico-jurídico es la fundamentación de la obligatoriedad del derecho. Sobradamente sabido es que para una mayoría de los pensadores que se han ocupado del tema, la única fuente de la obligatoriedad del derecho radica en el aspecto formal o externo de su positividad. Su imposición radica en el órgano reconocido por la Constitución como competente para su creación y aplicación. Sólo será derecho, derecho obligatorio, aquél que está «puesto» por quien tiene facultades para hacerlo, con tal de que cumpla determinados requisitos establecidos.

En las sociedades desarrolladas y democráticas no tiene sentido hoy argüir planteamientos de validez jurídica suprapositiva como fundamento del derecho vigente. Pretender justificar un derecho como válido en base a unos contenidos inmutables y metahistóricos de justicia, no tendría eco ni acogida favorable. Por el contrario, en estas sociedades el derecho tendrá como contenido aquello que se entiende como útil y eficaz, aquello que la sociedad que va a regir acepta de antemano como necesario para sus intereses.

Ahora bien, pese a ser el único criterio aceptado, la fundamentación democrática del derecho, tal y como se presenta en las sociedades desarrolladas, conlleva una serie de anomalías enraizadas en su sistema que son las que van a servir de base a nuestra reflexión. Si el contenido del derecho va a venir constituido por aquello que, democráticamente, la sociedad entiende que debe ser lo justo en esa comunidad, a primera vista no existirán graves problemas. Sin embargo, en el momento en que nos detenemos a analizar esta participación democrática nos surgen una serie de interrogantes de difícil respuesta y que ponen en peligro todo el planteamiento anterior.

Por numerosos tratadistas se ha destacado de forma reiterada durante los últimos años, cómo la sociedad desarrollada contemporánea es una sociedad manipulada en todos aquellos aspectos fundamentales o vitales

de la misma. Mediante una serie de resortes, que no vienen al caso enumerar aquí, la sociedad actual está perfectamente dirigida y controlada por unos grupos que si bien son más amplios y numerosos que el poder absolutista y unipersonal de antaño, son poco representativos —tanto en cuanto al número como a la disparidad de intereses a defender— de la gran base social, y que, en definitiva, llevan a cabo un control absoluto y despótico, aunque para ello empleen métodos aparentemente más suaves y «democráticos».

Nada más ilustrativo al respecto que el problema de la libertad o libertades en este tipo de sociedad a la que nos estamos refiriendo. Escogemos este ejemplo de la libertad, aparte de por el eminente carácter jurídico que tiene el concepto moderno de libertad, porque como infraestructura de ese poder decidir democráticamente qué deba ser lo justo en la sociedad, hay que plantearse la problemática de la independencia con que se decida sobre ello, dado que sin ésta la participación social no podría ser calificada sino de asentimiento o sometimiento a la voluntad del más fuerte.

Partimos del hecho de que libertad y democracia son dos términos, dos realidades, que no se pueden separar. Mutuamente se necesitan y mutuamente se complementan. Pero creemos que más que hablar de libertad, es preferible hablar de libertades. Sobre todo si tenemos presente que no conviene quedarse en el terreno de las grandes declaraciones —por lo demás huera— sino intentar, como dice Ricoeur, «una reflexión concreta que propone ocuparse de la libertad no en su intención sino en su efectucción o realización».

Basándonos en este presupuesto de las libertades concretas o esfera de la actividad permitida al individuo, se puede comprender mucho mejor la problemática de la sociedad actual. Si jamás se ha empleado y se ha defendido más la palabra libertad que en los tiempos actuales, también es verdad que, como advierte Chomsky, aún suprimidas las peores formas de servidumbre y de trabajo embrutecedor, la civilización industrial lleva a la concentración de poder y a la mengua de la libertad individual. La sociedad actual, a lo sumo, lo que hace es disfrazar de libertad lo que no es más que una tolerancia controlada de lo que puede permitirse. Esto se pone mucho más de relieve si tenemos en cuenta que por libertad debe entenderse, no la simple ausencia de coacción o represión, sino crear o fomentar las condiciones necesarias para posibilitar al individuo su propia autorrealización. Y esto, lamentablemente, dista mucho de ser realidad.

Con todo lo expuesto anteriormente no hay más remedio que convenir que nos encontramos ante un problema difícil de solucionar: si, por

una parte, el derecho debe ser elaborado de forma democrática mayoritaria para tratar de evitar abusos monopolísticos y, por otra, la sociedad se encuentra cada día más carente de libertad y autonomía cada vez más manipulada, ¿cómo valorar la validez y eficacia del derecho en la sociedad contemporánea?

En este sentido, la eficacia o ineficacia del derecho se pone de manifiesto de una manera clara según el grado de autenticidad de la participación democrática de los ciudadanos en la creación jurídica. En efecto, si entendemos por eficacia jurídica que el derecho sea realmente vivido, que se cumpla y, en definitiva, que ordene y logre conformar de manera espontánea un sociedad de acuerdo a unos fines que se propone realizar, y esos fines, esos valores, han sido propuestos de antemano por los mismos sujetos que han de realizarlos, lo normal es que en la mayoría de los casos no se produzcan graves tensiones entre norma y sujeto destinatario. Sobre todo teniendo en cuenta que la inobservancia eventual y minoritaria del derecho no afecta para nada a su eficacia.

Sin embargo, existen otros dos casos en que, sobre todo en el segundo, hay que hacer especial hincapié. Efectivamente, al hablar de eficacia jurídica ésta se puede entender de dos maneras distintas. La primera, de una forma más general, sería aquella que consiste en la aplicación del derecho por los tribunales. Pero hay un segundo aspecto y es aquel que podríamos llamar de la eficacia del derecho en cuanto éste es vivido de una manera no coactiva por los componentes del grupo social a los que va destinado. Este caso debería ser el propio de estas sociedades democráticas, ya que si ellas mismas se han dado su derecho, debe entenderse que al hacerlo libremente ha sido porque para la mayoría de sus componentes el contenido de estas normas constituye un valor beneficioso para sus intereses, tanto individuales como de colectividad. Sería la propia sociedad la que defendería su propio derecho como algo propio y valioso.

No obstante, asistimos a una realidad muy diferente. Pese a la elaboración democrática del derecho, los hombres no consideran a éste ni como suyo, ni como un valor beneficioso que haya que defender. Muy al contrario, la reacción de los individuos ante el derecho es otra, pese a haber participado en su elaboración. No se considera al derecho como algo propio y creemos que la raíz de esta postura radica en que, debido a las manipulaciones que sufre en su libertad, el ciudadano no considera al derecho como suyo. Por ello el rechazo. Tendrá que someterse a la fuerza coactiva del derecho pero no lo considerará como un valor a realizar. En definitiva, podrá haber, en el mejor de los casos, una eficacia jurídica humana o espontánea, debido a que el derecho —como tan-

tantas otras cosas— se entenderá como un fruto de las grandes fuerzas directivas que operan en las sociedades desarrolladas. Esta eficacia espontánea sólo se dará en aquellas minorías que, actuando libremente, imponen como derecho para todos lo que no es sino protección de sus propios intereses.

La no eficacia jurídica espontánea, en definitiva, no es sino el fruto —como ha puesto recientemente de manifiesto López Calera— del distanciamiento entre derecho y realidad social, o, si se prefiere, de no ver el ciudadano representados sus intereses en el derecho.

FRANCISCO JAVIER VALLS
(Granada)

LIBERTAD RELIGIOSA, DERECHO FUNDAMENTAL

En nuestro siglo la libertad religiosa forma parte de los derechos del hombre enunciados por la declaración de 1948.

En la *Pacem in Terris*, Juan XXIII acogió esta declaración a pesar de la ideología individualista que vicia la formulación de los derechos del hombre. En verdad hay una nítida diferencia entre el artículo 14 de la *Pacem in Terris* y el artículo 18 de la declaración de 1948. La encíclica de Juan XXIII se refería a la doctrina de los derechos fundamentales, elaborada por Pío XII. La expresión de derecho fundamental, empleada con frecuencia por Pablo VI, está vinculada con esta doctrina. En el lenguaje corriente parecen confundirse las dos expresiones, derechos del hombre y derechos fundamentales. En realidad tienen sentido diferente.

Además, la enseñanza de Pío XII y de Juan XXIII, fue seguida por el Concilio. La declaración del Vaticano II sobre la libertad religiosa confirma la doctrina de los derechos fundamentales, desarrollando su enseñanza bajo la luz de la *Pacem in Terris* y de la teología tradicional. Sin embargo, la declaración del Vaticano II obedece, así como la Encíclica de Juan XXIII, a la preocupación de ser oído por el mundo. Constituye una apertura hacia la doctrina individualista para acoger el anhelo de libertad expresado por los derechos del hombre. El Concilio está en diálogo con un mundo que parece unánime en comulgar con el humanismo señalado por la declaración de 1948. A pesar de todo, la doctrina de los derechos fundamentales tiene rasgos propios nítidamente diferentes. La diferencia se manifiesta en los textos comparándolos a través de la problemática actual de la libertad religiosa.

A) *La libertad religiosa en la problemática actual.*

La problemática de la libertad religiosa fue el objeto de debates apasionados en el aula del Concilio y en su ambiente mundial.

Dos situaciones históricas producían dos corrientes de sentido con-

trario: En el Este de Europa y en Asia, había una situación violenta; los obispos llegados en Roma, para el Concilio, llevaban en su carne los estigmas de la persecución. Los cardenales de Polonia, Checoslovaquia (Wysischki, Beran), atestiguaban una libertad conquistada a través de años de cárcel; otros, como Mindsenty, estaban ausentes... Todos daban testimonio de una libertad religiosa oprimida por todas formas de persecución (la mayor y la más universal de estas formas, en las democracias soviéticas, era el control de todos los medios de expresión de las iglesias). Los obispos de esta parte del mundo reclamaban definiciones claras de la libertad religiosa, manifestando su fundamento y su trascendencia con respecto al Estado. Por otro lado, los obispos del «mundo libre» mostraban menos exigencias doctrinales, especialmente los norteamericanos y algunos europeos influyentes; la visión de estos obispos estaba determinada por una problemática de tolerancia. La neutralidad benévola del Estado les parecía la fórmula política de la libertad religiosa. En el «mundo libre» la coexistencia pacífica de las religiones era el hecho predominante a través de formas jurídicas diversas, como la del Estado confesional (Inglaterra, España, Suecia), la del Estado laico, en régimen de separación (Francia), o de concordato (Italia)... Mantener esta coexistencia sin referirse a una verdad objetiva parecía lo más oportuno. En el orden práctico la verdad estaba en el pluralismo.

La problemática doctrinal, se inclinaba al mismo pluralismo, pues, la Iglesia con Juan XXIII parecía haberse adherido a la libertad condenada por Pío IX y León XIII. Se había convertido al mundo moderno, entrando en diálogo con él, sobre la base de los derechos del hombre. Así se susurraba en los ambientes del Concilio. La realidad es diferente de esta visión superficial.

La verdadera problemática doctrinal de la libertad religiosa se manifiesta en el contraste de dos textos: el artículo 18 de la declaración de 1948, y el artículo 14 de la *Pacem in Terris*; el contraste se hace más patente por encontrarse los dos textos en la misma perspectiva. En efecto, Juan XXIII adopta el lenguaje de la declaración hablando de «derechos del hombre» y enumerando estos derechos en forma de derechos subjetivos, según la ideología humanista-individualista que domina la declaración, pero en el punto de la libertad religiosa la formulación de Juan XXIII contrasta del todo con el de la declaración.

Desde la primera lectura, el artículo 18 de la declaración, define el derecho de religión como un derecho individual de pensamiento y de opción, un derecho que pertenece a un sujeto absoluto. Tal sujeto no tiene relación con los otros sino las que él creara (sin relación con Dios). No

se habla de Dios. Sí se habla de culto, es en segundo lugar, como una consecuencia y una expresión de la conciencia individual (Dios sería reducido a una idea del hombre: el culto una creación cultural, «una fiesta».).

En el artículo 14 de la *Pacem in Terris*, Dios es nombrado desde la primera línea. La libertad de religión aparece como libertad de culto interior y exterior (público y privado), al mismo tiempo que libertad de la conciencia. La relación con Dios es definida sobre su base de orden natural: «La recta norma de la conciencia». La rectitud de la conciencia implica su ordenación fundamental según el bien de su naturaleza, la «recta norma de la conciencia» no es otra cosa que la ley natural.

El primer mandamiento de la Ley es adorar a Dios, tal es el objeto primordial de la virtud de religión. Además, adorar a Dios no se puede si no es libremente: por actos que expresan el querer de la persona. Esta libertad de estos actos fluye del deber de la persona para con Dios.

Este artículo 14 de la *Pacem in Terris* no se limita a definir el derecho de libertad religiosa. Con una larga cita de Lactancio el texto sigue manifestando el fundamento del derecho. Ya aparecía este fundamento a través del objeto del derecho: «poder venerar a Dios». Este poder, esta libertad, se fundamenta sobre la ordenación con Dios. Esta ordenación se reconoce en los actos de religión.

Esta ordenación ontológica fundamenta la obligación que, Juan XXIII con Lactancio, pone en la base del derecho «el justo homenaje debido a Dios nuestro creador». En esta obligación de justicia reside el fundamento del derecho a la libertad religiosa.

Es evidente, pues, que la libertad religiosa no existe sin relación con la Verdad religiosa: ella se fundamenta sobre esta relación en forma de ordenación y de obligación fundamental en la persona.

Así queda explícito el contenido doctrinal del artículo 14 de la *Pacem in Terris*. Ahora, el derecho de libertad religiosa aparece en perspectiva totalmente diferente de la del artículo 18 de la Declaración de los Derechos del Hombre. El análisis de la *Pacem in Terris* nos ha conducido a la doctrina de los derechos fundamentales.

La doctrina del Concilio.

Así aparece clara la problemática del Concilio, no lo era tanto para los padres del Vaticano II. En efecto, por un lado, la doctrina de los derechos fundamentales no está todavía totalmente desarrollada en la enseñanza Pontificia; por otro lado, la interpretación ordinaria de la

Pacem in Terris no llegó a reconocer la diferencia entre derechos del hombre y derechos fundamentales. Tampoco llegó a aclarar el contenido doctrinal del artículo 14 de la *Pacem in Terris*. Esta laguna en la exposición de la doctrina obligaba a los padres del Concilio a profundizar en el texto del artículo 14, con sus referencias teológicas y filosóficas. Entre los padres muchos sentían miedo a referirse a la filosofía del derecho natural por estar ese derecho relegado a la sombra juntamente con la filosofía tradicional. Estando dirigida a todos los hombres y para ser entendida aún por los no creyentes, la declaración no podía fundamentarse en la sola fe, en la sola Revelación, necesitaba situarse en el ámbito de la razón y así se hizo en la primera parte de la declaración. Los padres estaban divididos entre el miedo a referirse a la filosofía del derecho natural y la necesidad de hacerlo. De hecho, han definido una doctrina de derecho natural.

Con el lenguaje del mundo muchos Padres parecían adoptar las concepciones del liberalismo condenado por Pío IX y León XIII: consideraban estas condenas de principio como accidentes de una época desaparecida. La cuestión de lenguaje envolvía una cuestión de doctrina. Dentro del referido sector, mayoritario, se rechazaba la idea de referirse a la Verdad en el texto de la declaración; se resistían a incluir en la declaración un párrafo sobre la verdadera religión (1).

Así, pues, el texto de la declaración manifiesta un contraste entre su perspectiva inicial que es la de los derechos del hombre y su desarrollo interno que obedece a su lógica propia, polarizado por la doctrina de los derechos fundamentales. Como lo atestigua el Padre Hamer, el texto del Vaticano II se colocó en la perspectiva de los derechos del hombre, definiendo primero el derecho a la libertad religiosa como un derecho individual y negativo (2): una pura y simple inmunidad de coacción. Pero este punto de vista es superado desde el comienzo. Por la necesidad interna de su objeto, el derecho a la libertad religiosa se determina desarrollando su contenido positivo y su carácter relativo, manifestando así el carácter social de su objeto y aún de su sujeto.

Toda la dinámica interna de la ponencia reside en la cuestión del fundamento. Anterior al ordenamiento jurídico de la sociedad, el fundamento de este derecho revela el orden natural al cual pertenece. Este

(1) El comentarista de una edición muy autorizada tratara este párrafo de «cuerpo extraño». Véase la introducción del cardenal Koenig al texto de la Declaración. *Editions du Centurion*. París, 1966.

(2) HAMER: *Vatican II. Liberté Religieuse* (Collection). París. Ed. du Cerf, 1968.

carácter objetivo del fundamento queda subrayado en la Declaración desde el segundo párrafo del primer artículo: allí se desarrolla la idea de la objetividad de este derecho, fundamentado no en el actuar de la persona sino más bien en su ser. En efecto, por su naturaleza la persona humana está ordenada hacia la Verdad: tiene la obligación de buscar la Verdad tal como es y de adherirse a ella tal como la conoce, ordenando toda su vida según las exigencias de la Verdad. Sin embargo, los hombres no pueden satisfacer esa obligación si no gozan de libertad. Así, pues, el derecho a la libertad religiosa fluye de esta obligación y se funda a través de ella sobre la ordenación del ser humano hacia la Verdad.

El problema de saber si la conciencia errónea tiene todavía derecho a la libertad se supera en virtud del fundamento de este derecho: la persona por su naturaleza. No es la conciencia quien funda su derecho, sino la obligación de la conciencia fundada sobre la ordenación ontológica y moral a la Verdad.

Profundizando en el fundamento del derecho a la libertad religiosa se profundiza también en su objeto, al ser este objeto la relación fundamental con Dios. En efecto, la religión tiene como objeto propio el dar a Dios lo que le es debido. Además, por su naturaleza, la persona humana no está aislada en su relación con Dios: ni en su culto ni en el conocimiento religioso que se transmite y se difunde por una enseñanza, un diálogo. Así el objeto de los actos de religión tiene un carácter social. Además, el sujeto de estos actos no es un individuo abstracto: es un conjunto de personas ligadas entre ellas según su orden natural (sus familias, sus comunidades de trabajo, de educación). Las comunidades religiosas, no menos que las personas, serán los sujetos de la libertad religiosa.

Desde este punto de vista objetivo, el derecho a la libertad religiosa tiene sus límites en virtud de su fundamento. Así, pues, el delicado problema de la intervención del Estado se plantea sobre bases firme. Siendo limitado en sí mismo —por su naturaleza y la naturaleza de su fundamento— este derecho encontrará en sí mismo los límites contra el albedrío del Poder: el derecho de intervención del Estado no se abandonará a su apreciación soberana: tiene sus límites en el mismo orden moral objetivo. Este orden fluye de la naturaleza de las cosas. La misma libertad religiosa forma parte de este orden objetivo, constituido esencialmente por la relación fundamental con Dios y las relaciones fundamentales con los otros.

En este punto llegamos al corazón de la doctrina de los derechos fundamentales: contemplamos a la persona humana no como un ser abs-

trato, un sujeto absoluto de derechos que no tendría más relaciones que las creadas por su voluntad. La persona es tal por su naturaleza, enseñaba la *Pacem in Terris*: por esta ordenación hacia el conocer y el querer que fluye de su naturaleza espiritual. Esta ordenación se realiza en la vida social especialmente en las actividades de las comunidades religiosas; además, está presente en la vida de las varias comunidades que abarca la comunidad política y dentro de esta misma comunidad. Puesto que el bien común es también el bien de las personas. El bien común no se identifica con el bien total de la persona; tampoco puede ignorarlo. En la libertad religiosa, el Poder encuentra una dimensión que supera cualquier sociedad humana: esta relación de cada persona con lo Absoluto que es una capacidad de unión con Dios.

El Estado dentro de una nación cristiana, reconocerá esta relación trascendente en todas las personas, cualquiera que sea su religión. Así, pues, reconocerá el derecho a la libertad religiosa como el primero de esos derechos fundamentales que expresan las exigencias vitales de las personas. En la visión cristiana de la sociedad, los derechos fundamentales aparecen, según la palabra de Pío XIII, «el núcleo del bien común». El derecho a la libertad religiosa está en el centro de este núcleo. Constituye el reconocimiento jurídico de la relación trascendental que funda la persona con todas sus relaciones. Hoy día, el derecho a la libertad religiosa es el punto primordial para el desarrollo de la doctrina de los derechos fundamentales. En esta perspectiva se percibe la superación de la crisis de los derechos del hombre.

P. I. ANDRÉ-VINCENT

Universidad de Aix.

Marsella.

«WELTRECHTSGEMEINSCHAFT» UND WIRKLICHKEIT (THESEN)

1. Die Abhängigkeit der Substanz des Rechts wie seines funktionalen Wirkens von der ökonomischen und politischen Macht bestimmter Klassen schließt eine «Weltrechtsgemeinschaft» aus, solange in der Welt ihrer ökonomischen und sozialen Grundlage nach entgegengesetzte gesellschaftliche Ordnungen existieren. Die Annahme der Existenz einer solchen Gemeinschaft oder der Möglichkeit ihrer Bildung ohne grundlegende Veränderung der gesellschaftlichen Realitäten, insbesondere ohne die Beseitigung der auf Ausbeutung und Unterdrückung des Menschen beruhenden Eigentumsverhältnisse, ist eine Illusion. Sie beruht auf einer Lostrennung des Rechts von den Produktions— und Klassenverhältnissen und behindert die wissenschaftliche Erkenntnis des Rechts, der Möglichkeiten und Grenzen seines funktionalen Wirkens. Die materialistisch-dialektische Analyse des Rechts führt zur Aufdeckung seiner sozial-ökonomischen Determiniertheit und damit der Voraussetzungen, unter denen eine solche Gemeinschaft wirklich entstehen kann.

2. Das Recht kann nicht weiter entwickelt sein als die gesellschaftlichen Verhältnisse und Erfordernisse, deren Ausdruck es ist, zu deren Sicherung, Regulierung oder Entwicklung es jeweils geschaffen wurde. Andernfalls ist es zur gesellschaftlichen Wirkungslosigkeit verurteilt. Wie für den innerstaatlichen, gilt dies für den internationalen Bereich. Die maßgeblichen gesellschaftlichen Verhältnisse, von denen alle anderen wesentlich determiniert sind, bilden in beiden Fällen die jeweils herrschenden Produktions— und der ihnen adäquaten Klassenverhältnisse. Die Beziehungen zwischen Staaten und Nationen sind in diesem Sinne Beziehungen zwischen Klassen, Ausdruck der Wechselwirkung zwischen unterschiedlichen und auch gegensätzlichen Komplexen gesellschaftlicher Verhältnisse, die in den einzelnen Staaten jeweils vorherrschend sind und deren Charakter bestimmen.

Insofern, als die sozialökonomischen Verhältnisse in den kapitalistischen Ländern auf dem privatkapitalistischen Eigentum an Produktionsmitteln; in den sozialistischen Ländern hingegen auf dem sozialistischen gesellschaftlichen Eigentum an den Produktionsmitteln beruhen und mithin gegensätzlicher Natur sind, existieren entsprechende entgegengesetzte Rechtsordnungen. Auch im internationalen Bereich vermag das Recht diese Gegensätzlichkeit der sozialökonomischen Verhältnisse weder aufzuheben noch zu negieren oder beide zu vermischen.

3. In den sozialistischen Staaten gründet sich das Recht auf das in allen diesen Staaten einheitliche sozialistische gesellschaftliche Eigentum an den Produktionsmitteln. Dies bringt notwendig das gemeinsame Interesse der sozialistischen Staaten an gegenseitiger Hilfe und Unterstützung auf der Grundlage gleichberechtigter Zusammenarbeit zum gemeinsamen und gegenseitigen Nutzen hervor und garantiert sie in sozialökonomischer Hinsicht. Die wachsende gleichberechtigte Zusammenarbeit der sozialistischen Mitgliedstaaten des Rates für gegenseitige Wirtschaftshilfe auf der Grundlage des gemeinsam ausgearbeiteten langfristigen Komplexprogrammes der wirtschaftlichen Zusammenarbeit der Mitgliedsländer des RGW sind ein Ausdruck dessen. Seine Verwirklichung dient der Befriedigung der wachsenden materiellen und kulturellen Bedürfnisse der Menschen in allen diesen Staaten. Sie ist Ausdruck des sozialistischen Internationalismus, der einen untrennbaren Bestandteil der sozialistischen Souveränitätsauffassung bildet, wie umgekehrt die strikte Wahrung der Souveränität der Mitgliedstaaten Bestandteil des sozialistischen Internationalismus ist. Die sozialistischen sozialökonomischen Verhältnisse ermöglichen dem Recht ein internationales funktionelles Wirken im integrativen gemeinschaftsbildenden Sinne und fördert dieses Wirken. Es ist vom erreichten Reifegrad der sozialistischen Verhältnisse abhängig.

4. Die Abhängigkeit des funktionellen Wirkens des Rechts von den Interessen der das jeweilige Recht tragenden Klasse schließt ein positives Wirken des Rechts auch in den Beziehungen der beiden grundlegenden gegensätzlichen Gesellschaftssysteme der Gegenwart —des imperialistischen und des sozialistischen Gesellschaftssystems— nicht aus. Dies aber ist nicht Ausdruck einer übergreifenden, systemneutralen Funktion des Rechts, sondern Ausdruck der gewachsenen und wachsenden internationalen Austrahlungskraft des Sozialismus sowie des Anwachsens der für Frieden, nationale Unabhängigkeit und sozialen Fortschritt eintreten-

den Kräfte in der Welt. Es ist Ausdruck der wachsenden Erkenntnis, daß die Prinzipien der friedlichen Koexistenz von Staaten mit unterschiedlichen und entgegengesetzten gesellschaftlichen Ordnungen in der Gegenwart und in der absehbaren Zukunft die einzig mögliche Form friedlicher internationaler Beziehungen zwischen den Staaten der gegensätzlichen gesellschaftlichen Systeme in der Welt darstellen.

Dem sozialökonomischen Wesen des Sozialismus entspricht es, im Interesse der Sicherung des Weltfriedens und der günstigsten äußeren Bedingungen für den Aufbau des Sozialismus, solche Formen, darunter auch Rechtsformen, zu entwickeln und für deren internationale Anerkennung und Verwirklichung einzutreten. Solche Formen sind geeignet, den Krieg als Mittel zur Austragung internationaler Konflikte oder zur Lösung des Gegensatzes zwischen Imperialismus und Sozialismus auszuschalten, den internationalen Frieden zu festigen und die friedliche gleichberechtigte Zusammenarbeit der Staaten zu fördern.

Sie vermögen aber weder die inneren sozialökonomischen Widersprüche des imperialistischen Systems zu mildern oder aufzuheben, noch schaffen sie die prinzipielle Gegensätzlichkeit zwischen den sozialökonomischen Systemen, zwischen Imperialismus und Sozialismus, aus der Welt.

5. Unter diesem Gesichtspunkt sind die allgemein-demokratischen Normen des Völkerrechts zu betrachten, die vor allem nach dem 2. Weltkrieg unter maßgeblichen Einfluß sozialistischer Rechtsgrundsätze entstanden. Die internationale Funktion der allgemein-demokratischen Normen des Völkerrechts sowie der sie ausgestaltenden und weiterentwickelnden Rechtsformen des auf der Gleichberechtigung und Souveränität der Partner beruhenden internationalen Wirtschaftslebens und der friedlichen Koexistenz von Staaten und zwischenstaatlichen Organisationen, denen gegensätzliche gesellschaftliche Systeme zugrunde liegen, muß es sein, den Prozeß der friedlichen Verständigung und der wachsenden ökonomischen, technisch-wissenschaftlichen und kulturellen Zusammenarbeit der Staaten und Völker der Welt zu fördern. Die Probleme, die mit der Gewährleistung einer ausschließlich friedlichen Nutzung der Kernenergie, mit der Erforschung und Erschließung des Kosmos, mit der Entwicklung technischer Möglichkeiten zur Nutzung der Reichtümer der Meere und des Meeresbodens, mit dem Schutz der natürlichen Umwelt usw. entstehen, sind nicht unabhängig von den unterschiedlichen sozialökonomischen Verhältnissen und vom jeweiligen internationalen Einfluß dieser Verhältnisse lösbar. Das Recht kann helfen, diese Probleme im

Interesse des sozialen Fortschritts zu lösen, indem auf der Grundlage der allgemein-demokratischen Normen des Völkerrechts Rechtsformen der friedlichen Koexistenz und Zusammenarbeit von Staaten entgegengesetzter sozialökonomischer Systeme weiterentwickelt und verwirklicht werden. Alle diese Formen aber können die prinzipiellen Gegensätze, die zwischen der sozialistischen und der kapitalistischen Gesellschaft- und Rechtsordnung existieren, nicht aufheben.

WOLFGANG WEICHELT

THE LEGAL PERSPECTIVE ON PERSONS: LAW AS A MORAL PRECEPTOR

The indebtedness of law to morality has been continuously and instructively explored from the days of ancient Greece up to the present time; much less has been said in western jurisprudence about the debt of morality to law, and even less about the power of law to provide moral instruction. To be sure, the notion that law possesses the quality of normativity, and cannot, therefore, be described simply as a fact-complex of some kind, is thoroughly familiar through the labors of Hans Kelsen. But in speaking of the dependence of morality upon law, and of the power of the law to provide moral instruction, I have in mind something at once less abstract and less value-neutral than Kelsen's *normativity*. On the other hand, I am not interested here in the possibility that, e.g., a body of legislators might make of a piece of legislation an instrument of moralistic purposes. Although I shall not deal with the law's morality, which has been so effectively uncovered and explicated by Lon Fuller, my argument that the law can function as a moral preceptor is akin to Fullers's outlook in emphasizing certain inherent potentialities possessed by law on the strength of what it inherently and necessarily is.

Perhaps I can best express the quality of law that interests me by first mentioning several other perspectives from which we tend to view ourselves and others, and then going on to indicate the additional perspective which law makes possible. In the process, the importance of what I call «the legal perspective on persons» will become evident.

No doubt the most common and less human perspective on ourselves and others is that provided by immediate sensuous perception. From this perspective, I perceive myself or the other as a more or less attractive or repellant complex of sensuous qualities. *She* is blond, *his* body exudes the odors that tell of manual labor, *their* skin is black, I am blue-eyed. In short, in immediate sensuous perception persons *are* simply what our senses report them to be; it is the perspective from which black and whi-

te are realities, and it is around the perceived differences observed from this perspective that emotions of fear, shame, pride and self-admiration powerfully focus themselves.

Of course, immediate sensuous perception seldom if ever provides the total or exclusive modality of our perspective on persons. Sex, culture, religion, profession, familial ties - all these provide in differing degrees additional elements in the standpoint we assume toward self and others, so that, typically, any person's perspective on another or self will be a rich, complicated and somewhat shifting one, depending on numerous factors in the situation and the elements that seem to call for emphasis in the light of that situation. Sometimes, the peculiar stress of the situation is so great as to result in our narrowing our perspective dramatically, to the point where we perceive self or other, not as a full, many-dimensional person, but as wholly subsumed under a special aspect which interests or preoccupies us: the suffering patient doesn't care about the doctor's looks or his taste in poetry; he is interested only in the doctor's success record in the treatment of the kind of illness which brings the patient to him. Every combat soldier must, as a matter of survival, learn to look at those he is fighting simply as «the enemy» - someone to be killed or be killed by. These examples perhaps afford a sufficient illustration of some of the kinds of narrowed focus through which we can and do on occasion look upon ourselves and others. Additionally, reflection assures us that not only do sensuous perception, cultural identity, sex, profession and numerous other factors typically operate simultaneously in influencing our perspective on others, but that, furthermore, these elements are *interpenetrating* as well, so that we never *simply* perceive the other (and notoriously not ourselves). The perceptual data are already in some degree invaded by extraperceptual addenda supplied by such factors as cultural prejudices and sympathies. Thus, the racist never sees before him *just* a black person (or a white person); rather, he sees the contemptible, the inferior, the second-rate person. In this way, the perceptual data are charged, often irreversibly, with meanings foreign to the field of simple perceptual experience, sometimes for good, and sometimes for evil.

The sketch I've offered can be increased in fidelity by taking into account the many ways in which the person upon whom I am taking a perspective can and does attempt, through various initiatives, to influence the perspective I assume. I want to think well of myself, and therefore I offer myself excuses designed to blur the flaws which would otherwise be sharply evident in a process of self-examination. The other wants to

make sure that I realize he is an Important Person, and proceeds, accordingly to make me aware of his distinguished professional record, of his good family, of the excellent schools he attended. Evidently, the topic of perspectives on persons is far too rich and subtle to be satisfactorily treated or even adequately adumbrated within the confines of a short paper, and I have only sketched the factors operating to the extent I have in order to provide the contrasting background for what I would like to say about the legal perspective on persons.

It is familiar that law ought to be obedient to the ideal of impartiality, treating all members of a class alike in the absence of reasons which would justify different treatment. (The *kinds* of differences that are relevant to the process of justifying differences in treatment are well worth investigation; I have attempted to do so elsewhere (1). But this ideal of impartiality is one that we look to see served especially in the *actual administration* of public and private law in such areas as the drafting of legislation, the adjudication of disputes, the sentencing of offenders and so on. In other words, we look to the public or private *officials* charged with the enforcement of a body of rules as the primary persons responsible for realizing impartiality. Meanwhile, that impartiality may or may not be valued by those non-official persons on whose behalf a body of rules is being administered. But it is precisely this possibility which interests me, namely, the power of law to provide persons with a perspective on themselves and others which actually can come to operate in personal consciousness in the form of the dual recognition that the other is, for the purposes of the law or rule in question, my equal and I am - incredibly - nothing more than his equal.

Such a recognition has an enormous weight of disposition and inclination running against it, and yet it is one which any body of law, with its universality, invites us to make.

Let me start the next phase of my discussion by stating at once that, so far from being an unproblematic achievement, I think it both remarkable and somewhat perplexing that any such dual recognition as I have described *could* come to operate in personal consciousness to the extent of actually defining my perspective on myself and others. The self-centeredness of my existence and consciousness (of which perhaps *both self-love and self-despair* are modalities) would seem to militate against my ever fully embracing the fact of my interchangeability with any number

(1) I have explored this question at length in my paper, *The Legal Classification of Persons: A Search for Standards*, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 18, pp. 18-37 (1973).

of randomly chosen members of the class to which the law or rule in question is addressed. Thus, no matter how fully I grasp the fact that operators of motor vehicles in the state of Connecticut are prohibited from driving at speeds in excess of 60 mph, and no matter how often I've seen speeders stopped by a state trooper, the day that *I* am stopped, and the state trooper leans in the window of *my* automobile to request *my* driver's licence provides me with an astonishing and somewhat disorienting experience, because through these events, I am brought face-to-face with the legal perspective on persons. I must somehow grapple with the fact that I am a fungible entity (2) — the operator of a motor vehicle in the state of Connecticut — enjoying the very same privileges and liabilities as other persons engaging in the activity, and indistinguishable from them in the absence of any showing to the contrary. A similar kind of disorientation and astonishment is always part of the subterranean excitement of the election day drama in a democracy. I arrive at the polls clothed in the rich garments of the irrepeatable, concrete, wholly distinctive person I know as «I», and I depart minutes later strangely naked, having been transmuted into what is called simply an «Elector», indistinguishable as such from the plumber ahead of me in the line, and one of the local Brahmins, just behind. The eeriness of such experiences, in which I find myself dealing and dealt with as a generic «one», is such as to prompt me to hide them away in the recesses of mind; they suggest a kind of surd or lump which promises not to blend satisfactorily with the life of my «I», a life in which I am the zero-point from which the world is observed and for which it unrolls (3).

I shall devote the concluding phase of my discussion to the questions which naturally pose themselves once it is granted that the legal perspective on persons is one actually encountered, however fleetingly and reluctantly, in ordinary experience. First, Can the legal perspective on persons become a steady and influential theme in personal consciousness, and, if it can, then, second, ought it to? I will start by saying that I think the answer to both questions is *yes*, and then state my reasons as briefly as possible.

(2) I am indebted to Edmund N. Cahn for the felicitous expressions, «fungible member of a genus», and for «generic man», both of which I have adapted to my use in the present paper. See EDMUND N. CAHN: «Ego and Equality», *Yale Law Journal*, volume 60 (1951), p. 61, p. 64.

(3) I adapt the expression «zero-point» from Ricoeur, although I use it differently. Speaking of the body, he asks: «How can I observe that my body is the center of orientation, the zero origin the here from where I see all that I can see?» PAUL RICOEUR: *Fallible Man*, p. 33 (Gateway edition).

I have suggested above that the legal perspective on persons requires me to grasp and absorb the *fungible* dimension of my life and being, and thus to appropriate my simple and strict equality with other randomly chosen individuals over wide areas of human activity. I have suggested that the foreignness of this perspective coupled with the egocentricity of my situation, militate against my achieving a satisfactory appropriation of the legal perspective. I must now add that I believe other powerful factors militate in favor of my embracing and coming to «practise» the legal perspective on myself and others. The factor which most concerns me is reason- a reason, however, which is not imposed from on high and from without, but a reason which operates very much within the arena constituted by the self-centeredness of my existence. It is a very much engaged rationality which finally persuades me that only by appropriating the fungible dimension of my personal being can I successfully assert the claims I want to make on behalf of that non-fungible, thoroughly unique personal I for whom I am so concerned.

The way this recognition takes hold in individual consciousness is most typically when an occasion arises in which I am the object of some injustice which deprives me of the rights or privileges enjoyed by all other members of the class of which I am a member. Thus for example, *I alone*, arbitrarily and *without cause*, am deprived of my right to operate my automobile in the state of Connecticut; *I alone* of all the electors in the town where I reside am arbitrarily and without cause denied the exercise of my franchise. My response is to become aggrieved and angry, to point to the arbitrariness of the measures which have deprived me of my rights and finally, to sue for restoration to the class of persons who still enjoy the rights I find myself denied - the class of licenced automobile operators, the class of electors. My strategy is straight forward: there is *no reason*, I point out, for treating me differently from any of the other members of these classes. For the purposes of the law addressed to that class, I am indistinguishable from others whose rights and privileges have not been denied. *I am indistinguishable from the others- and they from me.* In the respect in which the law regulates our conduct, one randomly chosen individual member of the class is interchangeable with any other. But now this perspective, which I had earlier found foreign and disorienting, and had therefore thrust to the back of my consciousness, is brought into its foreground and insisted upon to the persons who wrong me. *That* they wrong me I am quite sure. Their wrong in this case consists in denying me rights arbitrarily and without reason, and thereby treating me as unique - that is, as an utterly non-fungible entity. To the extent that I am rational, the meaning of this experience will be

appropriated into my consciousness in the form of a steady and influential recognition that I can only fully be «I» (including enjoying the rights and privileges essential to full personal existence) if I insist upon being, at the same time and in important areas of my life, *the generic one* whom we all are.

That this recognition ought to be achieved by persons, and come to influence our perspective on self and others, is equivalent to saying that self-interest ought to be fully rational, and that in becoming fully rational, it also sees the identity of its own interests with those of others; it thereby necessarily ceases to be self-interest alone. A system of laws causes us to encounter and helps us to appropriate the generic dimension of our being, and thereby acts as a valuable moral preceptor.

SUSAN MINOT WOODY
*Associate Professor of
Philosophy. Connecticut
College. New London,
Connecticut, U.S.A.*



Precio: 650 ptas.