

¿LA AMERICANIZACION DEL DERECHO?
EMPIRISMO Y RACIONALISMO EN EL ORDEN JURIDICO
(EL SISTEMA ANGLOAMERICANO (Common law) Y EL SISTEMA
CONTINENTAL (Civil law)

por Olsen A. Ghirardi

Sumario: 1. Inglaterra. El empirismo: El método (la experiencia y la inducción. Bacon). 2. El continente europeo. El racionalismo: El método (la razón y la deducción. Descartes) 3. Las diferencias en las **actitudes metódicas**. 4. El análisis de G. Radbruch. 5. La americanización del derecho (**Archives de Philosophie du droit**. Tomo 46) Audit. 6. Mundo estable y mundo cambiante. 7. Sentencias de la Corte de Casación de Francia. 8. La estructura de las sentencias de la Corte de Casación de Francia. 9. La actitud del juez angloamericano. 10. La abducción.

1. Al comenzar la Edad Moderna el hombre busca nuevos caminos para que las ciencias, especialmente las nuevas, progresen. En Inglaterra, Francisco Bacon (1561-1626) fue quien se propuso sacarlas del estancamiento en que se encontraban, y, para ello, fijó su atención en el **método**. Fiel a la tradición inglesa, proclama una absoluta libertad del entendimiento para dirigirse directamente a la naturaleza para conocerla. Se establece que el punto de partida del conocimiento sea la experiencia de las cosas concretas. El carácter concreto y progresivo de la ciencia es la regla para conocer la naturaleza y dominarla.

Los procedimientos prácticos, las técnicas operativas, deben privar en las ciencias experimentales; el arte de la argumentación debe ceder su paso a la actitud inductiva para que el conocimiento se enriquezca de verdad y las ciencias progresen en consecuencia.

En el orden de las ciencias del hombre, la actitud debe ser idéntica. El lugar que ocupa la lógica es relativamente modesto. Es preciso buscar las verdades, igualmente, mediante la **invención**, procediendo siempre por vía de la **experiencia** y partiendo de lo singular. La **inducción** nos descubrirá las verdades que se aparezcan mediante esa vía, que deberán ser examinadas críticamente.

Una de las obras más célebres de Bacon fue el *Novum Organum*. Como es notorio, el título alude a la obra de Aristóteles, que se titulara *Organon*; de tal manera que el pensador inglés no oculta que se propone lograr un nuevo camino para llegar al conocimiento de las cosas.

La aplicación de las reglas de Bacon tuvo como corolario un gran desarrollo de las ciencias experimentales de la naturaleza. La obra de Newton (1642-1727) es mencionada como un hito importante de la ciencia inglesa. El espíritu inglés, que es insuflado en esta actitud, sostiene que todo conocimiento científico debe basarse en la observación, y, en lo posible, en una demostración experimental. Y

esta regla es válida no sólo para las ciencias de la naturaleza sino también para las ciencias del hombre.

Más tarde, los filósofos Locke, Berkeley y Hume profundizarán el análisis y seguirán justificando esta actitud típica de lo que se llamó el empirismo inglés.

2. En el continente europeo, por su parte, se pone de relieve una actitud diametralmente opuesta. Fue un filósofo francés, Renato Descartes (1596-1650) el que afirmó haber descubierto los fundamentos de una “ciencia admirable”, buceando también en los problemas metódicos, con el objeto de lograr la unificación de todas las ciencias.

Descartes escribió una pequeña obra (1637) que alcanzó prontamente gran celebridad. Esa obra se denominó el *Discurso de método*. En ella nos explica sus reglas y, en la *Geometría*, trata de demostrar dicho método poniéndolo en práctica. Su objetivo se orienta hacia una matemática universal en la que se considera únicamente el orden y la medida. Pero el método de Descartes tiene un objetivo que está más allá de la matemática universal, pues pretende conocer la propia naturaleza de la inteligencia y las condiciones en que ella actúa. El punto de partida de todo conocimiento es la propia inteligencia. De ahí que, desde ese estado, mediante la **intuición** y la **deducción** podemos adquirir la verdad que se desenvuelve a partir de otra verdad. Si estamos seguros de nuestro partida y de la primera verdad, y razonamos correctamente, deduciremos todas las verdades posibles.

La intuición nos da el conocimiento de las nociones y de las verdades evidentes, como, por ejemplo, “pienso”, “existo”. Es un instinto intelectual que nos proporciona una enorme cantidad de proposiciones, que, luego, por vía deductiva, nos permite comprender todas las cosas que son consecuencia de otra.

3. Si comparamos ahora las dos actitudes metódicas nos encontramos con que ellas son totalmente opuestas: en la actitud inglesa el punto de partida es lo singular y concreto (experiencia) y se avanza mediante la inducción; en la actitud continental se parte de una verdad universal lograda intuitivamente y se procede luego por vía deductiva.

Epistemológicamente, el empirismo se opone al racionalismo, pues afirma que los datos sensibles proporcionan la fuente principal de nuestros conocimientos.

A su vez, el racionalismo contesta que la razón tiene por objeto propio lo que es de naturaleza no sensible. Por eso, no resulta aventurado decir que tanto Descartes como Leibniz tuvieron un rasgo común: disminuir las fuentes empíricas del saber.

Pero, de alguna manera, las dos actitudes se complementan.

Dada la enorme influencia de los filósofos que hemos mencionado, no es de asombrar que las actitudes que hemos perfilado someramente, hayan invadido todos las ciencias en todas las latitudes. Siendo ello así, las ciencias jurídicas fueron igualmente permeables a este tipo de influencia.

Es así, entonces, que tanto la ciencia jurídica continental como la angloamericana, han teñido sus propias concepciones con el espíritu de cada una de las actitudes. Y ello se revela, especialmente, en su modo muy especial de abordar el conocimiento de las causas y en el método que siguen los jueces de esas regiones del orbe.

4. En una obra muy breve pero muy profunda, titulada *El espíritu del derecho inglés* (Madrid, Revista de Occidente, 1958), el jurista Gustavo Radbruch, ha captado con extraordinaria perspicacia el problema que estamos transitando. Es verdad, como lo afirma el autor alemán, que en Inglaterra la Edad Media no se

ha separado por un profundo corte de la Edad Moderna; es verdad que la tradición de las universidades de Oxford y Cambridge, respondiendo al espíritu de los anglosajones, abrazó con inusitado rigor el estudio del *quadrivium* (aritmética, geometría, música, astronomía), dejando para la Sorbona la profundización del *trivium* (gramática, retórica, dialéctica), en esta división de las llamadas *Siete artes liberales*, que teñían el panorama de los planes de estudio que la antigüedad había legado a los tiempos medievales. Y, es verdad, también, que el derecho inglés fue influido por el espíritu y métodos del derecho romano, pero – hay que advertirlo claramente- el derecho *de la época del derecho clásico romano*, mientras que el derecho continental siguió los pasos del derecho basado en el *Corpus Juris*, el código justiniano, y las codificaciones posteriores. Si no se comprende esta distinción resulta imposible ubicarse en esta evolución del derecho y las distintas actitudes que asumirán los juristas del derecho anglosajón y los del continente europeo.

No resistimos la tentación de transcribir un clarísimo texto de Radbruch: *“En las primeras –se refiere a la esfera continental- es el legislador el promotor del derecho; en las segundas –esfera inglesa- la magistratura; allí la determinación del derecho se hace descendiendo del principio jurídico al caso particular; aquí, por el contrario, asciende del caso particular al principio jurídico. Allí se instituye el derecho sobre la base de la ley y del espíritu de la ley; aquí sobre la base de la vida jurídica y la naturaleza del asunto”*.

Y la clave queda revelada cuando se explica que la ley, en el régimen inglés, figura en segundo término. Dado un caso particular, se acude al precedente de un caso particular, y sólo para el caso particular dado y sus análogos, se crea nuevo derecho. Una vez más nos dice Radbruch que ese espíritu del derecho inglés sólo queda bien entendido si se para mientes en el fundamento del sentido inglés para la historia y en el amor por la tradición.

5. En el tomo 45, correspondiente al año 2001 de los *Archives de Philosophie du Droit*, editados por Dalloz en Francia, se destaca el título: “L’*américanisation du Droit*”. Es interesante leer los artículos que ahí se publican, como por ejemplo, el de la Introducción del Prof. Bernard Audit, Profesor en la Universidad París II.

Esperamos que la referencia y la breve relación del empirismo y del racionalismo, que hemos hecho más arriba, sirva para hacer más clara la situación del problema fundamental que se plantea.

El Prof. Audit comienza por destacar que, como todo el mundo sabe, estamos inmersos en un movimiento de mundialización, cuya iniciativa se debe, principalmente, a los Estados Unidos. También todo el mundo sabe que ese fenómeno es denominado generalmente como de *Globalización*. Este vocablo, si bien generado en una vertiente del saber, incluye toda la cultura. La especie humana ha ocupado **todo** el globo terráqueo, y, ella, ha llegado para cubrir la superficie del globo con todas sus virtudes y todos sus defectos: su saber, su ignorancia, sus grandes logros técnicos y sus vicios, con sus guerras y su corrupción. El sacerdote jesuita francés Teilhard de Chardin, ya nos venía hablando del tema desde la perspectiva antropológica, y lo denominaba de una manera más estrictamente científica: *planetización*. En efecto, la tierra es un planeta antes que un globo. Diríamos que hoy ha privado el término vulgar antes que el científico.

Si seguimos glosando al Prof. Audit, debemos señalar que es verdad que el fenómeno de la gravitación económica de los Estados Unidos y su influencia en todo el mundo ha provocado la liberalización de los intercambios y, con ello, su cultura, su técnica y su vocabulario han gravitado. La participación de los Estados Unidos en la segunda guerra mundial también hizo lo suyo y los acontecimientos mundiales posteriores, y aun los actuales, muestran su presencia en todo el orbe.

Por ende, el comercio y la guerra, que son dos formas de penetración cultural, de una u otra manera, importan una *americanización de la vida*. La historia ya nos ha mostrado casos semejantes, aunque no de esta magnitud.

Un fenómeno tan universal y tan enorme, no podía dejar de influir en el derecho. Dice nuestro Prof. Audit que las prácticas americanas han incidido en las costumbres y cita el caso de los abogados franceses que, al dirigirse al juez en las audiencias, imitando a los americanos del norte, dicen “Votre Honneur”, traduciendo literalmente una expresión inglesa. El caso no es para rasgarse las vestiduras, pero es significativo.

Es indudable, como lo hemos demostrado en los comienzos de este artículo, que existen dos actitudes en el problema gnoseológico: a) la empirista, que proviene de Bacon y Locke, en la esfera cultural angloamericana; b) y la racionalista, que nos llega de Descartes y Leibniz, en la esfera cultural del continente europeo.

En consecuencia, existen dos concepciones diferentes del derecho y, al mismo tiempo, dos formas de aplicar los principios o normas jurídicas a los casos concretos que se dan en la realidad cotidiana. Es oportuno citar al juez norteamericano Holmes cuando afirma que “las proposiciones generales no deciden casos concretos”. Para los jueces de raigambre o influencia inglesa no hay sino casos concretos y precedentes que también fueron casos concretos. El punto de partida es siempre lo singular y concreto. Luego, la vía inductiva hace el resto. Y las soluciones son estrechas porque son soluciones para un solo caso, cuya circunstancia siempre se trata de justificar. Los jueces continentales –por el contrario– proceden desde la ley o de principios generales de cuyas reglas se deducen las nuevas situaciones que se presentan. Las reglas son universales y a partir de ellas se deducen las soluciones particulares.

6. Se ha dicho que la concepción del orden jurídico propia del continente es la más adecuada para un *mundo estable*. En efecto, siendo el derecho escrito un conjunto de normas cristalizadas, es ordinariamente poco flexible. Pero a esta particularidad, que, desde cierto punto de vista es un demérito, se suma la ventaja de que las normas escritas se ofrecen más claramente como premisas a partir de las cuales el razonamiento deductivo fluye con naturalidad.

Por el contrario, en un *mundo dinámico*, donde los cambios sociales se producen constantemente; en una sociedad, altamente tecnificada, en la cual aparecen nuevos bienes de manera permanente; en un medio donde los servicios ofrecidos se multiplican al son de necesidades siempre diversas, es preferible un derecho no escrito, fluido, lábil e inmune a una cristalización que lo aherroja durante el paso del tiempo. Incluso permite una interpretación que lo puede adecuar a las circunstancias. Es indudable, por otra parte, que su defecto podría darse en el hecho de que, ante el caso controvertido, la predicción podría ser de difícil pronóstico, lo que conspiraría contra la seguridad jurídica. A su vez, se ha admitido que este tipo de manifestarse el derecho, ha permitido que se acogiesen con facilidad, las nuevas especies de contratos que han aparecido en las últimas décadas. Es el caso de los contratos en "ing" (leasing, merchandising, etc.).

Reproducimos aquí un sugestivo párrafo: "Frente a a uno de estos nuevos contratos, el civilista francés tratará de relacionarlo a una figura conocida interrogándose sobre la "naturaleza jurídica" (es una venta, es una permuta, es un préstamo, etc.) A la vez tratará de buscar las reglas supletorias susceptibles de aplicarse y se interrogará con inquietud si la operación es lícita. Y, a menudo, concluirá que es un contrato *sui generis*, dejando constancia que el legislador debiera intervenir para reglamentarlo, confundiendo el vacío legislativo con el vacío jurídico. Nada demuestra mejor la diferencia entre el espíritu del jurista francés y el jurista del *common law* frente a la ley que la redacción de una cláusula de derecho aplicable en un contrato internacional: ahí donde el francés

escribe que el contrato será *regido* por tal ley, subrayando la subordinación del contrato a la ley, el americano escribe con toda naturalidad que él será *interpretado* según tal ley, pues el contrato, para él es, en primer lugar, lo que las partes quieren que sea”.

Lo dicho patentiza con real claridad la diferencia de los dos sistemas en cuanto a lo que ocurre cotidianamente.

7. Para que resalte mejor el espíritu que priva en el continente, en el acto de redactar las sentencias, hemos querido –por vía internet- asomarnos al texto de la Corte de Casación de Francia. Textualmente reproducimos algunas sentencias. Somos conscientes que están en idioma francés, pero cualquiera – aun sin conocer la lengua- puede apreciar la estructura de esos fallos.

President : **M. Weber**
Rapporteur : **M. Peyrat,** **conseiller**
Avocat général : **M. Baechlin**
Avocat(s) : la SCP Vincent et Ohi, la SCP Coutard et Mayer

01-70.229

Arrêt n° 1269 du 10 juillet 2002
Cour de cassation - Troisième chambre civile
Cassation

Demandeur(s) à la cassation : Société Semalilas SA
Défendeur(s) à la cassation : Société Immo MDB SARL et autre

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 13-15 du Code de l'expropriation, ensemble l'article L. 213-4 a) du Code de l'urbanisme ;

Attendu que, lorsque des immeubles soumis au droit de préemption urbain sont expropriés, la date de référence prévue à l'article L. 13-15 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique est la date à laquelle est devenu opposable aux tiers le plus récent des actes rendant public, approuvant, révisant ou modifiant le plan d'occupation des sols et délimitant la zone dans laquelle est situé le bien ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 27 septembre 2001), que la commune des Lilas, dotée d'un plan d'occupation des sols (POS) dont la dernière modification est devenue opposable aux tiers le 27 novembre 1991 et ayant institué un droit de préemption urbain sur son territoire, a, en 1991, créé une zone d'aménagement concerté (ZAC) dont elle a confié la réalisation à la société d'économie mixte d'aménagement et de construction de la ville des Lilas (Semalilas) ; que l'acte portant approbation d'un plan d'aménagement de zone (PAZ) a été publié le 6 octobre 1992 ; qu'une ordonnance du 20 juillet 1998 a transféré à la Semalilas la propriété de divers biens immobiliers situés à l'intérieur de la ZAC et appartenant à plusieurs propriétaires ;

Attendu que pour fixer à une certaine somme l'indemnité d'expropriation due à la société Immo MDB, l'arrêt, après avoir relevé que conformément à l'article L. 123-6 du Code de l'urbanisme, les dispositions du POS cessent d'être applicables dans les ZAC à compter de la publication de l'acte portant approbation du PAZ, retient que c'est la date du 6 octobre 1992, à laquelle est devenu opposable aux tiers et exécutoire le PAZ approuvé le

30 septembre 1992 par la commune des Lilas, qui constitue la date de référence de l'article L. 13-15 du Code de l'expropriation ;

Qu'en statuant ainsi, alors que cette date ne fait pas partie de celles limitativement prévues par l'article L. 213-4 du Code de l'urbanisme, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt n° 22 rendu le 27 septembre 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles (chambre des expropriations) ;

Président : **M. Weber**
Rapporteur : **M. Cachelot, conseiller**
Avocat général : **M. Baechlin**
Avocat(s) : la SCP Célice, Blancpain et Soltner, Me Choucroy

99-44.224

Arrêt n° 2511 du 10 juillet 2002 (modifié par arrêt rectificatif d'erreur matérielle n° 3046 du 10 juillet 2002)
Cour de cassation - Chambre sociale
Cassation

Demandeur(s) à la cassation : M. Tenenbaum
Défendeur(s) à la cassation : société Universal Music et autre

Attendu que M. Tenenbaum, dit Jean Ferrat, et la Compagnie phonographique française Barclay, aux droits de laquelle est venue la société Polygram, puis la société Universal music, ont signé trois

contrats d'enregistrement, avec cession des droits, les 1er novembre 1963, 1er mai 1964 et 9 décembre 1966 prenant fin respectivement les 30 avril 1964, 30 octobre 1968 et le 1er novembre 1973 ; que l'artiste a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la résiliation des contrats et la condamnation de la société à réparer son préjudice moral subi du fait de la reproduction, par la société Polygram, de ses enregistrements dans des compilations comportant certaines de ses oeuvres et celles d'autres chanteurs ;

Sur les deux premières branches du moyen unique :

Vu l'article L. 212-2 du Code de la propriété intellectuelle ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que l'inaliénabilité du droit au respect qu'il institue, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'artiste abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement qu'il déciderait de réaliser ;

Attendu que pour débouter M. Jean Ferrat de sa demande en réparation du préjudice moral subi du fait de la reproduction de ses enregistrements, par la société Polygram, dans des compilations, l'arrêt attaqué retient que par les contrats conclus entre les parties, M. Jean Ferrat avait consenti une autorisation générale d'exploitation qui impliquait la possibilité de dissocier les oeuvres réunies dans les différents albums, ainsi que de procéder à des compilations, notamment des compilations comportant plusieurs interprètes ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur les troisième et quatrième branches du moyen unique :

Vu l'article 9 du Code civil ;

Attendu que pour débouter M. Jean Ferrat de sa demande de dommages-intérêts au titre de l'utilisation par la société d'une photographie dont il n'avait pas autorisé la reproduction, l'arrêt retient qu'il échet de relever que l'artiste acceptait par avance le programme de publicité jugé nécessaire par la maison de production et auquel il aurait le devoir de coopérer, notamment en se prêtant éventuellement à des séances photographiques ; que l'utilisation d'une photographie refusée par M. Jean Ferrat ou qui ne correspondait pas à l'époque des enregistrements est contestée et ne ressort d'aucun document ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses constatations que la société n'avait pas sollicité et obtenu de M. Jean Ferrat, ainsi qu'elle en avait l'obligation, l'autorisation de faire figurer sa photographie sur les compilations de ses enregistrements, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 mai 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Président : **M. Sargos**
Rapporteur : **M. Le Roux-Cocheril,** **conseiller**
Avocat général : **M. Lyon-Caen**
Avocat(s) : la SCP Baraduc et Duhamel, Me Blondel

00-12.529

Arrêt n° 765 du 4 juillet 2002

Cour de cassation - Deuxième chambre civile
Cassation

Demandeur(s) à la cassation : Société des Transports Garcia et autres

Défendeur(s) à la cassation : Consorts Lajarthe et autres

Sur le moyen unique :

Vu l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, le 9 novembre 1994, a eu lieu une collision frontale entre deux ensembles routiers, conduits par M. Bressan et M. Montet ; que M. Montet, dont le taux d'alcoolémie était de 1,15 grammes pour mille, a été tué ; que les consorts Montet ont assigné la société Transports Garcia, propriétaire de l'ensemble routier conduit par M. Bressan, et la Compagnie d'assurances maritimes aériennes et terrestre aux droits de laquelle vient la société AGF-IARD en réparation de leur préjudice ;

Attendu que pour condamner la société des Transports Garcia et la société AGF à réparer le préjudice des consorts Montet, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, énonce que la violence de la collision, l'emplacement de la zone de choc sur l'axe médian de la chaussée entre les deux tracteurs, l'emplacement du point de choc sur le tracteur conduit par M. Montet, situé sur le côté avant-gauche, les traces de freinage laissées par le véhicule conduit par M. Bressan, débutant sur la voie de circulation, se dirigeant sur la bande d'arrêt d'urgence, puis ressortant sur la chaussée et le taux d'alcoolémie de M. Montet de 1,15 grammes pour mille, ne permettent pas de déterminer avec certitude les circonstances de l'accident ; que la

preuve d'une relation de causalité entre l'alcoolémie et la collision n'est pas rapportée ;

Qu'en statuant ainsi, alors que M. Montet, qui conduisait malgré un taux d'alcoolémie supérieur au taux légalement autorisé, avait commis une faute en relation avec son dommage, de nature à limiter ou exclure son droit à indemnisation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 décembre 1999, entre les parties, par la cour d'appel de Riom ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon ;

Président : M. Ancel
Rapporteur : M. Grignon Dumoulin, conseiller référendaire
Avocat général : M. Kessous
Avocat(s) : Me Delvolvé, Me Copper-Royer

01-43.467, 01-43.477 à 01-43.499
Arrêt n° 2127 du 25 juin 2002
Cour de cassation - Chambre sociale
Cassation

Demandeur(s) à la cassation : AGS de Paris et autre
Défendeur(s) à la cassation : M. Yves Hamon et autres

Vu leur connexité, joint les pourvois n° T 01-43.467 et D 01-43.477 à C 01.43.499 ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal de l'AGS et sur le moyen unique du pourvoi incident du liquidateur judiciaire réunis :

Vu l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, interprété au regard de la Directive n° 77/187 CEE du 14 février 1977 ;

Attendu que les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise, en cas de transfert d'une entité économique conservant son identité dont l'activité est poursuivie ou reprise ;

Attendu que la société Clinique de l'Espérance a cédé au Centre hospitalier du Haut-Anjou, avec effet au 1er octobre 1997, les immeubles dans lesquels était exploité un établissement de soin, ainsi que ses équipements, son matériel et son plateau technique ; que, prétendant que leurs contrats de travail avaient été rompus à cette date, les salariés de la Clinique ont invoqué à l'encontre de cette société, ensuite placée en liquidation judiciaire, des créances d'indemnités de rupture ;

Attendu que, pour reconnaître ces salariés créanciers d'indemnités de rupture et ordonner la délivrance de lettres de licenciement, la cour d'appel a relevé que la cession d'actifs ayant été consentie par une entité exploitée sous la forme d'une société anonyme de droit privé à un établissement public à caractère administratif, il en résultait qu'il n'y avait pas eu de continuation de la même entreprise et que la société Clinique de l'Espérance avait cessé son activité ; que le second alinéa de l'article L. 122-12 du Code du travail n'étant pas applicable, les contrats de travail des salariés de la Clinique n'avaient pas subsisté avec le Centre hospitalier, par ailleurs lié à son personnel par des rapports de droit public ; et que la décision de l'Assemblée plénière du 16 mars 1990 ne peut aller dans le sens de

la thèse du liquidateur judiciaire, en raison de ce que cette décision précise que le transfert ne peut avoir lieu que pour une entité économique conservant son identité, ce qui n'est pas le cas, et dont l'activité est poursuivie, ce qui ne l'est pas davantage ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement public à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen des pourvois de l'AGS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes leurs dispositions, les arrêts rendus le 29 mars 2001, entre les parties, par la cour d'appel d'Angers ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rennes ;

8. Debemos aclarar ahora que la estructura de esas sentencias no es nueva. Por circular de la autoridad administrativa de justicia, se ha recomendado ceñirse a las reglas que vamos a señalar, que los señores jueces respetan y ello desde hace décadas.

Una lectura de las sentencias transcritas nos demuestra que:

-a) La Corte se refiere a sí misma en tercera persona.

-b) En primer lugar se establece el punto litigioso, como cuando dice "sur le moyen unique", en cuyo caso concreto hay una sola cuestión controvertida.

-c) En segundo lugar se hace referencia a la **ley** aplicable **sin transcribirla**.

Véase que se escribe: “*Vu l’article...*” esto es “visto el artículo”. Repetimos: no se transcribe la ley; se menciona sólo el número de la ley o del artículo. Además, no se menciona la doctrina ni la jurisprudencia.

-d) Luego, viene la descripción somera del caso. El vocablo que se utiliza es el que inicia cada párrafo: **Attendu** (teniendo presente, atendiendo, visto). Generalmente, no se necesitan más de tres párrafos para cada caso.

-e) Por último, la conclusión, seguida por la expresión **par ces motifs** (por estos motivos) se **casa y anula** (o no) la sentencia de que se trata.

Es evidente que la estructura es de naturaleza claramente deductiva y evoca, al menos avisado, el silogismo tradicional, aplicado en el ámbito de la ciencia jurídica (ciencia de la *praxis*).

Los pasos son: mención de la ley (premisa mayor), descripción del caso (premisa menor) y la conclusión como consecuencia necesaria.

El espíritu del sistema jurídico francés, que se mueve en el mundo de la división tripartita de poderes y que sigue la doctrina de Montesquieu, prescribe que el autor de la ley es el pueblo representado por el Poder Legislativo. El pueblo, a través de sus representantes, crea la ley. Al Poder Judicial, a través de sus jueces, corresponde solamente aplicarla.

9. El papel que corresponde al juez en el sistema americano es mucho más activo. En este caso el juez crea verdaderamente el derecho, y lo hace a través de razonamientos que muestran claramente los motivos que justifican la decisión. La sentencia es extensa, se escribe en primera persona, se hacen profundos análisis jurisprudenciales y –cosa realmente importante, quizá lo más relevante– se realizan disquisiciones acerca de los objetivos sociales del derecho. El estudio de los fines que se persigue se tiene primordialmente en cuenta. Diríamos que lo

consecuencial de la sentencia es casi siempre uno de los fines que siempre se tienen presentes.

En verdad los objetivos perseguidos no son sólo sociales sino también económicos, institucionales y políticos. Generalmente, los autos se denominan “**opinion**” y se escriben con estilo coloquial. El juez pareciera que pusiese real empeño en deliberar **consigo mismo**.

En un caso real podríamos ver cómo el juez nos muestra sus argumentos basados en el orden público, el sentido común, los riesgos económicos, las necesidades **prácticas** e institucionales y la moralidad.

Un articulista norteamericano, Lasser, en el mismo volumen de los *Archives* que hemos citado más arriba, nos dice que los franceses, al margen de las sentencias que hemos transcritto, redactan –mediante sus relatores- también extensos escritos, donde ensayan las decisiones, que él denomina *discurso interno*, que generalmente no tiene publicidad.

Sea cual fuere la realidad, las sentencias que hemos citado más arriba son las que hemos podido conocer por la actualizada vía electrónica y –como se ven- tienen reciente fecha.

10. ¿Y la **abducción**? ¿Qué cabida tiene en el razonamiento forense en ambos sistemas? Proviene de un término latino que significa *separar*. Pero, en definitiva, a su vez, el vocablo latino fue una traducción de Julius Pacius, del término griego **apagogé**, empleado por Aristóteles. Éste, en los *Primeros Analíticos*, (II,25) llama así a un silogismo cuya premisa mayor es cierta y cuya menor es solamente probable, de tal manera que la conclusión no tiene más que una probabilidad igual a la de la menor de ser cierta. Sea lo que fuere, el razonamiento *apagógico* tiene una añeja estirpe.

El vocablo no es realmente muy empleado por los filósofos del derecho, aunque es bien conocido por los filósofos. Todos los diccionarios tienen algo que decir acerca de este término. Así lo hacen el famoso Lalande, el Diccionario de Ferrater Mora, los diccionarios sobre nociones filosóficas de Presses Universitaires de France y hasta el Diccionario de la Real Academia Española se esmera en darnos noticias acerca de su significado.

No hay duda que con ese término se ha querido expresar una actividad intelectual. Diríase que el vocablo *abstracción* evoca, igualmente, una actividad intelectual semejante pero no idéntica. Abstraer significa separar mentalmente. Mediante la abstracción constituimos los conceptos.

Pero la abducción implica separar lo relevante de lo irrelevante; nos induce a observar con exactitud y de manera completa aquello que es observado y a distinguir de manera indirecta lo que no es fácilmente asequible a la inteligencia. Explica la llegada al universal de otra manera que el más sencillo acceso que nos da la inducción. Pero, no obstante ello, sugiere hipótesis que, luego, son desarrolladas por vía deductiva. En todos los casos se trata de probar lo verosímil, agotando, en lo posible, todas las variantes que el caso ofrece.

Es el arte conjeturar problemas y/o soluciones que el abogado o el juez –en nuestro caso- forja ante el caso concreto y el plexo normativo vigente o el precedente admisible, según sea el sistema de que se trata.

Cuando Cicerón nos hablaba del *arte de la invención*, calificando de esa forma a la **retórica**, de alguna manera implicaba a la *abducción* como no indiferente a ella.

Es, quizá, innecesario polemizar sobre su importancia. ¿Quién podría negar que tanto la abstracción y la abducción son operaciones intelectuales inevitables? ¿Y cuántos las emplean, sin siquiera tomar plena conciencia de ello?

En punto a concretar algo más, puede decirse que Wundt sostuvo que el razonamiento apagógico consiste en probar una tesis por la exclusión (refutación) de todas las otras tesis alternativas.

Finalmente, ha sido Charles Peirce (1839-1914), quien, en su combate con el psicologismo, aseguró que la Lógica, en cuanto ciencia, tiene carácter matemático, y reivindicó el uso de la *abducción*, afirmando que puede ser considerada como un método para formar una predicción general sin estar seguro de que tendrá éxito en el caso particular. Al respecto, pueden consultarse sus *Collected Papers*, Cambridge, 1933.