

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg18>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 18 (2011)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg18/249-252>

Rg **18** 2011 249–252

Fernando Martínez Pérez

Del taller de un administrativista

158), »umsetzen« (275, 136, 224) oder »imitieren« (415) deutet darauf hin, dass er die Zivilrechtskodifikation in Brasilien nicht als ein Phänomen für sich, sondern als einen Stoff begreift, an dem er die Durchsetzbarkeit eines bestimmten Modells von Recht und Jurisprudenz erprobt. Dass dieses Modell vom »deutschen Weg« begeistert und vom niederländischen BW besonders fasziniert ist, findet sich im Buch mehrmals belegt. Zufrieden stellt er in seinem Resümee fest, dass sich das Zivilgesetzbuch auch in einer »kontinentaleuropäisch geprägten Rechtsordnung« wie der brasilianischen weiterhin als »zentrale Rechtsquelle und Angelpunkt des Privatrechtssystems« behaupten darf (547). Ob Schmidts Betonung der »wahren Funktionen von Generalklauseln« (540) oder der Umsetzung eines Verbraucherschutzes »nach deutschem Vorbild« (275) in der Lage ist, die spezifische Dynamik vom Umgang mit der Zivilkodifikation in Brasilien zu erfassen, ist allerdings fraglich; und zwar vor allem, weil sie ignoriert, dass die Bedeutung der Wörter ihre Verwendung in der Sprache ist und vom Kontext nicht abgekoppelt werden darf. So ist etwa für die Beschreibung des Allgemeinen Teils in Brasilien zu bedenken, dass die deutsche Vorstellung des Vor-die-Klammer-Ziehens und damit zusammenhängende Fragen der Abstraktion keine Rolle spielen (386). Wer über den AT in Brasilien spricht, denkt seit Pontes de

Miranda (1892–1979) an ein theoretisches Schema, das die Rechtswelt in die Ebenen Existenz, Geltung und Wirksamkeit gliedert und damit vor allem Fragen der Rechtsgeschäftslehre zu lösen versucht. Das kann man positivistisch nennen, wird aber kaum als wahr oder falsch in Bezug auf deutsche Vorbilder zu bewerten sein; nicht zuletzt, weil es auf eine spezifische Lektüre deutscher Rechtstexte zurückgeht, die in Deutschland keine Parallele findet.

Insgesamt stellt Schmidts Dissertation eine anregende Untersuchung zu einem schwierigen Thema dar. Ihr kommt das Verdienst zu, die oft konfuse und oberflächliche brasilianische Literatur auf klare Kernprobleme reduziert zu haben, was die wissenschaftliche Diskussion befördert. Neben einer kompetenten Einführung in aktuelle Debatten und führende Persönlichkeiten des brasilianischen Privatrechts wird der Leser darin auch diskussionswürdige Ansichten über die Voraussetzungen einer historisch orientierten Rechtsvergleichung finden. Dem mit der brasilianischen Literatur vertrauten Leser bietet das Buch allerdings kaum neue Erkenntnisse, ist aber wegen seines durchaus problematischen Zugriffs und mancher provokativen Ergebnisse als willkommene Herausforderung zu betrachten.

Thiago Reis

Del taller de un administrativista*

La *biblioteca del pensiero giuridico moderno* acoge en su número 90 una recopilación de escritos publicados por el administrativista italiano Sabino Cassese en los últimos veinte años.

Se trata de una colección de trabajos pertenecientes a diferentes géneros entre los que destacan las aportaciones que encuadraríamos en una literatura académica menor (prólogos, capítulos

* SABINO CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive* (Per la storia del pensiero giuridico moderno 90), Milano: Giuffrè 2010, X, 576 S., ISBN 978-88-14-15385-3

de manual o tratados, reseñas, laudatios, conferencias, lecciones, etc), aunque también hay lugar, sobre todo en la primera parte del libro, para la reedición de artículos que surgen de una continuada línea de investigación. El objeto que acomuna los trabajos reunidos tiene que ver, como reza el título, con una reflexión sobre la historia y las transformaciones del derecho administrativo para un tiempo contemporáneo.

El libro puede dividirse temáticamente en dos partes. La primera contiene la mirada histórica del administrativista y engloba los cuatro primeros capítulos. La segunda parte, que arranca con un capítulo de trabajos referidos a la calificación del derecho administrativo en un ámbito comunitario europeo, y que sigue con otro referido a las «crisis y transformaciones» del derecho administrativo actual, es la que respondería a las «perspectivas» con que se titula esta colección de trabajos. Sin embargo, sólo una lectura apresurada puede llevar al historiador a desatender, por menos pertinentes respecto de sus intereses o competencias, los capítulos finales. Entonces también comparece el análisis histórico, como lo hace a lo largo de toda la obra, y en un sentido que debe ser apreciado. Porque la reflexión histórica opera como herramienta para apartarse de una tradición disciplinar de ius administrativistas, y para denunciar la falta de adaptación de los métodos, modelos, y categorías del estudio sobre esta especialidad jurídica a las transformaciones que registra el derecho administrativo hoy en día.

De manera que el análisis histórico del derecho administrativo sirve a Cassese para la deconstrucción de mitologías de la modernidad fundantes no sólo de esquemas conceptuales o de tradiciones disciplinares, sino aún más de naturalizados modelos institucionales y normativos. El mejor ejemplo de la utilidad de este

método es el que constituye el objeto del capítulo primero, que reúne varios trabajos fruto de una constante investigación aparecidos en diversas sedes (*Le origini: Francia e Inghilterra*). Se trata de la famosa distinción entre la tradición continental y la anglosajona, esto es, sobre la existencia en la primera y no en la segunda del derecho administrativo. La distinción, como también es sabido, se concreta en la dicotomía *Rule of law vs. droit administratif*, que tiene su punto de partida en la afortunada obra de Dicey. Pues bien, Cassese a través de una hábil y documentada investigación, pone de manifiesto el espejismo de la dicotomía. Es espejismo porque resulta efecto final de un juego de espejos en el que se reflejan varias imágenes. La envidia de los liberales franceses (entre los que destaca la figura de Tocqueville) hacia algunos aspectos de la feliz constitución de Inglaterra; el aprovechamiento de esta imagen en la obra de Dicey para denostar el modelo francés y reivindicar el anglosajón; el reflejo y la respuesta de esta imagen en la obra de Hariou, dando por buena la distinción, etc. Pero si Cassese puede denunciar el carácter especulativo de este juego de reflejos, de esta genealogía de las tradiciones del derecho administrativo occidental, no es sólo porque maneje con rigor y soltura las herramientas de un historiador del pensamiento jurídico, sino porque incorpora también las preocupaciones y los objetos de una correcta historia institucional. Esto es, Cassese puede, por ejemplo, relativizar el valor de «previa autorización para juzgar» francesa como prueba de la distinción de modelos porque se preocupa por contextualizar la figura mediante el examen de la vigencia de los dispositivos, los mecanismos y las prácticas institucionales y administrativas de la responsabilidad de los funcionarios en la experiencia inglesa pero también en la francesa del Ochocientos.

Pero junto a un adecuado recurso al análisis histórico, en la obra comparece otro instrumento para valorar el estado actual del derecho y de la ciencia sobre el derecho administrativo: la comparación. En este caso, de nuevo, aunque explícitamente se le dedique un capítulo (*IV. Comparazione e convergenze*), la comparación entre modelos y tradiciones disciplinares e institucionales del derecho administrativo constituye un denominador común de su obra que no podía dejar de estar presente en esta reunión de trabajos. No resulta casual que en las primeras y las últimas páginas del libro se explícite el binomio *storia e comparazione*, trayendo a colación la cita de Gorla y Maitland, y enmarcando de esta manera su propuesta metodológica. En el caso de la herramienta comparativa la utilización resulta pertinente y rigurosa, pero también necesaria porque se proyecta sobre un objeto, el derecho administrativo, que ha perdido desde hace tiempo, y como recuerda constantemente el autor, dimensión estatal y ámbito nacional.

La consciencia sobre este fenómeno de ampliación de la órbita del derecho administrativo permite al autor no sólo desvincularse de tradiciones disciplinares que, encerradas sobre sí mismas, se recrean continuamente en ámbitos locales con métodos lógico-sistemáticos, sino también calificar acertadamente experiencias administrativas peculiares como la gestada en el seno de la Unión Europea (*V. La componente europea*). En esta materia, la preocupación por el examen de prácticas institucionales, pero también una actitud ni reverencial ni nostálgica respecto de los caracteres o los métodos forjados por la dogmática jurídico-administrativa, le permite afirmar sin vacilación la existencia de un derecho administrativo europeo, y no sólo de un polo de producción de normativa supranacional

y dependiente de los Estados miembros de la Unión.

Pero Cassese da cuenta, también, de una ampliación de órbita funcional y orgánica del derecho administrativo, que lo ha convertido en el derecho de toda la sociedad. Y registra, como no podía ser menos, fenómenos como la huida de la Administración del derecho administrativo; la extensión de la noción de Administración pública; la jurídicación de los procedimientos administrativos con perspectiva garantista de los derechos del ciudadano; la judicialización de la jurisdicción contencioso-administrativa; o el desarrollo de una potestad normativa de carácter cada vez más convencional y menos unilateral. Pero respecto de todos estos fenómenos la mirada del autor italiano, de nuevo, no nostálgica respecto de los límites de las disciplinas jurídicas, pero tampoco respecto de la autosuficiencia del jurista para explicar el derecho administrativo, le habilita para proponer modelos de explicación, nuevos paradigmas o claves de lectura. Véase, por ejemplo, como llama a sus colegas (aunque quizás los corrientes no sean los mejores tiempos) a incorporar los instrumentos del *Law and Economics* para el análisis de la nueva fenomenología ius administrativista.

Es este, finalmente, un libro sugerente que, gracias a un estilo siempre claro, contiene propuestas novedosas aprovechables por públicos dispares. Pero, lamentablemente, es también un volumen desproporcionado en extensión. Como en el taller del pintor, Sabino Cassese nos ofrece reunidos los bocetos, aproximaciones, y primeros diseños de sus obras monográficas, pero también de los artículos terminados que se incluyen en la colección que constituye el libro. Encontramos, así pues, contribuciones exentas respecto de otras obras que se han granjeado justa fama, pero también los resúmenes y adap-

taciones de estas obras para su difusión y divulgación. El volumen, por este motivo, adopta la apariencia de la obra completa – menor – del autor. Aunque no debe despreciarse la utilidad de una edición realizada con este criterio, pues nos permite rescatar escritos inencontrables (incluso hoy en una sociedad 2.0 en la que prácticamente todo está en accesibles espacios virtuales) la utilización de este criterio produce fatigosas reiteraciones. Tanto que unas mismas

conclusiones se enuncian en una no depurada acumulación de pequeños trabajos. Como resultado, una obra que tiene poco de canónica por sus propuestas, se convierte, por la opción expositiva adoptada, en un »canon«, esto es, en una composición de contrapunto en el que la voz del autor entra repitiéndose e imitándose sucesivamente.

Fernando Martínez Pérez

Die Ordnung der Diskurse*

Die Kommunikation der Verwaltung mit dem Bürger ist nach heutigem Verständnis der Verwaltungsrechtswissenschaft eines ihrer zentralen Themen. Aus verschiedenen Gründen – u. a. der Entwicklung der Grundrechtsauslegung in Schrifttum und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, der Zunahme komplexer Verwaltungsentscheidungen, der Entdeckung bzw. Förderung von Kommunikation als Steuerungsfaktor, wachsender gesellschaftlicher, aber auch staatlicher Sensibilität für die Bedeutung von Informationen – haben die deutschen Gesetzgeber ein Verwaltungskommunikationsrecht herausgebildet. Die Entwicklung eines eigenen Fachrechts im Fächer des Besonderen Verwaltungsrechts ist bemerkenswert, da die Kommunikationsformen (Anhörung, Akteneinsicht, Auskunft, Begründung, Kontakte aufgrund Amtsermittlung) zum Verwaltungsverfahren ressortieren und dem Verfahren im deutschen Recht traditionell ein nur geringer Eigenwert zugeschrieben wird. Man denke nur an die §§ 45, 46 VwVfG.

Anna-Bettina Kaiser geht in ihrer von Andreas Voßkuhle betreuten Freiburger Dissertation denjenigen Diskursen in Rechtswissenschaft, Rechtsprechung (v. a. der des Bundesverfassungsgerichts) und teilweise auch Gesetzgebung nach, die – zumindest in ihrer Tiefenschicht – das Kommunikationsverhältnis von Verwaltung und Bürger betreffen. Die untersuchten Diskurse reichen von Beginn der Bundesrepublik bis in die Gegenwart. Die Studie ist damit ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte. Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes dient als Referenzordnung. Dies schließt den Blick auf bereichsspezifische Entwicklungen nicht aus, die Impulse für eine Neudeutung des allgemeinen Verfahrensrechts gegeben haben. Unter einem Diskurs werden die Auseinandersetzungen im Umfeld eines je zeitgenössischen »Leitbegriffs« verstanden. Sieben Diskurse zu den Leitbegriffen Kodifikation (des Verwaltungsverfahrensrechts), Automation (der Verwaltung), Partizipation, Datenschutz, Beschleunigung, Kooperation, Information werden rekonstruiert. Die herangezogenen

* ANNA-BETTINA KAISER, Die Kommunikation der Verwaltung. Diskurse zu den Kommunikationsbeziehungen zwischen staatlicher Verwaltung und Privaten in der Verwaltungsrechtswissenschaft der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden: Nomos 2009, 355 S., ISBN 978-3-8329-3681-5