

# El Dret civil català en el context europeu

est



Materials de les Dotzenes  
Jornades de Dret Català  
a Tossa

---

26 i 27 de setembre de 2002



# El Dret civil català en el context europeu

Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa



# El Dret civil català en el context europeu

Materials de les Dotzenes Jornades de  
Dret Català a Tossa

Coord:  
ÀREA DE DRET CIVIL,  
UNIVERSITAT DE GIRONA

Girona 2003



Documenta  
Universitaria

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plagiessin, distribuïssin o comunicessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

EAP, SL

Edicions a Petició, SL  
Pl. Europa, 3, 2on—2a  
17005 GIRONA  
telf. +34 630608231

[www.documentauniversitaria.com](http://www.documentauniversitaria.com)  
[info@documentauniversitaria.com](mailto:info@documentauniversitaria.com)

ISBN 84-933125-9-2

Dipòsit Legal: GI-1362-2003

Imprès a

Novembre de 2003

Aquestes *Dotzenes Jornades* han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya i el suport de l'Ajuntament de Tossa de Mar i de:

Universitat de Girona  
Facultat de Dret UAB (Deganat)  
Facultat de Dret UPF (Deganat)  
Facultat de Dret UdG (Deganat)  
Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya  
Col·legi d'Advocats de Barcelona  
Col·legi d'Advocats de Girona  
Col·legi d'Advocats de Reus  
Col·legi d'Advocats de Tortosa  
Col·legi de Notaris de Catalunya  
Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i  
Mercantils de Catalunya  
Diputació de Girona





# ÍNDIX

## PONÈNCIES

### PRIMERA PONÈNCIA L'APROXIMACIÓ ENTRE ELS DRETS CIVILS EUROPEUS

*ENCARNA ROCA*

<b>CODIFICACIÓ CATALANA I CODIFICACIÓ EUROPEA. EL CODI CIVIL COM A INSTRUMENT DE POLÍTICA JURÍDICA</b> .....	21
I. INTRODUCCIÓ.....	21
II. ELS SENTITS DE L'EXPRESSIÓ CODIFICACIÓ.....	24
A) Codificació com a forma d'expressió d'una cultura jurídica concreta.....	24
B) Codificació com a instrument polític per obtenir determinades finalitats.....	25
C) Codificació, mecanisme per a l'exercici de la sobirania.....	27
III. LA CODIFICACIÓ DEL DRET PRIVAT EUROPEU.....	29
A) Els arguments de la codificació europea.....	30
B) Quin codi europeu i per a què?.....	33
IV. LA CODIFICACIÓ DEL DRET CIVIL CATALÀ.....	36
V. A TALL DE CONCLUSIÓ.....	42
BIBLIOGRAFIA.....	44

*SIXTO SÁNCHEZ LORENZO*

<b>APROXIMACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN EUROPA: MARCO COMUNITARIO Y COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA</b> .....	47
1. LA COMPETENCIA PARA LA APROXIMACIÓN DE LEGISLACIONES NACIONALES.....	47
A) Planteamiento general: el principio de vinculación funcional.....	47
B) Unificación por la vía del art. 94 CE.....	50
C) Unificación por la vía del art. 95 CE.....	51
2. LÍMITES DERIVADOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	59
A) Ratione materiae.....	59
B) Límites espaciales.....	66
C) Límites personales.....	68
3. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD.....	69
A) Principio de subsidiariedad.....	70
B) Principio de proporcionalidad.....	73
4. ALCANCE DE LA DOCTRINA DE LOS PODERES IMPLÍCITOS.....	81

*FERNANDO MARTÍNEZ SANZ*

<b>LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (COMISIÓN LANDO) EN EL MARCO DE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS</b> .....	83
I. ALGO SOBRE LA HISTORIA.....	83
II. OBJETIVOS.....	84
III. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EN EL MARCO DE LA UNIFICACIÓN.....	86

IV. MÉTODO DE TRABAJO .....	88
V. ASPECTOS TRATADOS .....	89
VI. PERSPECTIVAS DE FUTURO .....	92
VII. REPERCUSIÓN EFECTIVA .....	95

**SEGONA PONÈNCIA**  
**LA REFORMA DELS CODIS CIVILS EN UN CONTEXT**  
**D'APROXIMACIÓ EUROPEA**

*LUIS DíEZ-PICAZO*

<b>REFORMA DE LOS CÓDIGOS Y DERECHO EUROPEO .....</b>	<b>99</b>
---	-----------

*ANTONIO MANUEL MORALES MORENO*

<b>ADAPTACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL AL DERECHO EUROPEO: LA</b> <b>COMPRAVENTA .....</b>	<b>109</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	110
II. ENCUADRE DOGMÁTICO DE LA DIRECTIVA 1999/44 .....	111
III. LA EXIGENCIA DE CONFORMIDAD .....	112
IV. LA SUPERACIÓN DEL SISTEMA CODIFICADO DEL SANEAMIENTO	
POR VICIOS: RAZONES TEÓRICAS, RAZONES PRÁCTICAS .....	113
A. Razones históricas que justifican la existencia del sistema especial de	
responsabilidad del saneamiento .....	113
B. Claves dogmáticas de la contraposición entre saneamiento e incumplimiento:	
la transformación del concepto de objeto .....	115
V. EL ESTADO ACTUAL DEL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA	
1999/44/CE A LOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS .....	117
A. Generalización del sistema de la Directiva a todas las ventas, a través de la	
reforma del Código .....	118
1. Alemania .....	118
2. Austria .....	119
3. Francia .....	119
3. Holanda .....	120
B. Creación de un régimen especial para las ventas a consumidores dentro	
del Código civil .....	120
1. Italia .....	120
2. Bélgica .....	120
C. Incorporación mediante una ley especial .....	121
1. Portugal .....	121
2. España .....	121
VI. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL SISTEMA DE TRANSPOSICIÓN DE LA	
DIRECTIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL: PROBLEMAS DE CONCURRENCIA	
DE REMEDIOS .....	122
VII. LA REFORMA DEL CC .....	125
A. Aspectos generales .....	126
1. La noción de compraventa .....	126
2. Una nueva regulación del problema del riesgo .....	127
3. Imposibilidad inicial (art. 1460 CC) .....	128
4. Supresión de la obligación de saneamiento .....	129
5. Mantenimiento de los preceptos que regulan las formas de entrega .....	129
6. Gastos de transporte .....	130
7. Estado en que debe ser entregada la cosa y atribución de sus frutos .....	130

8. Tratamiento de las diferencias de cabida o calidad en las ventas de inmuebles.....	131
B. Falta de conformidad.....	131
1. La exigencia de conformidad.....	132
2. Determinación del momento en el que la cosa debe ser conforme al contrato.....	132
3. Los criterios de conformidad.....	133
4. Límites de la vinculación por declaraciones públicas.....	133
5. Entrega de cosa diferente o en cantidad inferior a la debida.....	134
6. Conocimiento de la falta de conformidad por el comprador.....	134
7. Incorrecta instalación del bien.....	135
8. La garantía convencional.....	135
9. Los remedios de la falta de conformidad.....	136
10. La pretensión de cumplimiento.....	137
11. Derecho a resolver el contrato o a obtener una rebaja del precio.....	139
12. Carga de denunciar la falta de conformidad.....	140
13. Prescripción.....	141
C. Derechos de tercero.....	143
1. Delimitación del supuesto.....	144
2. Remedios del comprador.....	145
3. La llamada en garantía.....	145
4. Obligación de denuncia.....	145
5. Prescripción.....	146
VIII. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA.....	146
BIBLIOGRAFÍA.....	146

#### *HUGH BEALE*

<b>EUROPEANISATION OF PRIVATE LAW AND ENGLISH LAW.....</b>	<b>151</b>
COMPLIANCE WITH EU LEGISLATION.....	151
THE INFLUENCE OF EUROPEAN IDEAS ON ENGLISH PRIVATE LAW.....	155
ENGLISH ATTITUDES TOWARDS GREATER HARMONISATION OR UNIFICATION OF PRIVATE LAW.....	159
CONCLUSION.....	162

#### *ULRICH MAGNUS*

<b>EUROPE AND THE LEGAL REFORM OF THE LAW OF OBLIGATIONS.....</b>	<b>163</b>
I. INTRODUCTORY REMARKS.....	163
II. SURVEY AND BACKGROUND OF THE RECENT GERMAN REFORM(S).....	164
1. Reform of Contract Law and Limitation Law.....	164
2. Reform of the Law of Damages and Strict Liability.....	165
III. SOME DETAILS OF THE TWO REFORMS THROUGH THE EUROPEAN LOOKING GLASS.....	166
1. Limitation – General Rule with Few Exceptions.....	166
2. General Contract Law.....	167
a) Breach of Contract.....	167
b) Presumed Fault-Principle Retained.....	168
c) Extinction of Obligation to Perform.....	169
d) Damages for Breach of Contract.....	169
e) Right of Termination of Contract.....	170
3. Sales Contracts.....	170
4. Integration of Consumer Protection Statutes into Civil Code.....	172
5. Codification of Judge-Made Law.....	172
6. General Compensation of Immaterial Loss.....	173
7. Exclusion of Compensation of Fictitious Damage.....	173

8. Reduction of Children's Liability in Traffic Accidents.....	174
9. Extension of Strict Liability.....	175
10. Evaluation .....	175
<b>IV. THE INTERRELATIONSHIP BETWEEN EUROPEAN AND NATIONAL PRIVATE LAW.....</b>	<b>176</b>
1. Development and Character of European Private Law.....	176
a) International Conventions .....	177
b) Regulations and Directives .....	177
c) The Lando Principles .....	178
d) Preparatory Work of Different Groups.....	178
e) Characterisation of European Private Law.....	179
2. Impact of European Law on National Private Law.....	179
3. National Influences on European Private Law.....	180
<b>V. CONCLUSIONS .....</b>	<b>181</b>

### **TERCERA PONÈNCIA EL SENTIT D'UNA CODIFICACIÓ PER A CATALUNYA**

<b>PRIMER PANEL. ESTRUCTURA I CONTINGUT DEL FUTUR CODI CIVIL DE CATALUNYA .....</b>	<b>185</b>
---	------------

<b>SEGON PANEL. IMPORTÀNCIA D'UN CODI CIVIL PER A CATALUNYA: REFLEXIONS DES DEL MÓN JURÍDIC.....</b>	<b>209</b>
--	------------

### **COMUNICACIONS**

#### **COMUNICACIONS A LA PRIMERA I A LA SEGONA PONÈNCIES**

*PATRICIO CARVAJAL R.*

<b>LAS ARRAS PENITENCIALES .....</b>	<b>231</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	231
II. Algunas útiles consideraciones histórico-dogmáticas.....	232
III. LAS ARRAS PENITENCIALES Y EL SISTEMA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN .....	243
IV. LAS ARRAS, PARTE DEL PRECIO, Y EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO.....	253
V. LAS ARRAS PENITENCIALES Y LA CLÁUSULA PENAL.....	256
VI. LAS ARRAS Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS .....	259
VII. CONCLUSIÓN.....	262

*BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI*

<b>REPRESENTACIÓN INDIRECTA Y UNDISCLOSED AGENCY: SU CONVERGENCIA. LA CONVENTION ON AGENCY IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS Y LOS PRINCIPIOS OF EUROPEAN CONTRACT LAW .....</b>	<b>265</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	265
II. UNDISCLOSED AGENCY Y REPRESENTACIÓN INDIRECTA .....	266

III. CONVENTION ON AGENCY IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (GINEBRA, 17 FEBRERO DE 1983) .....	268
A. Clasificación de los supuestos .....	270
1. El conocimiento por tercero .....	270
2. Momento del conocimiento o desconocimiento por el tercero.....	271
3. Carga de la prueba .....	273
B. Efectos .....	274
1. Supuesto I. Disclosed agency .....	274
2. Supuestos II y III: la aproximación entre el common law y el civil law .....	275
a) La reticencia del Reino Unido a la aproximación.....	275
b) Requisitos para el ejercicio de la acción directa: incumplimiento del agente....	278
i) Incumplimiento frente al principal .....	280
ii) Incumplimiento frente al tercero.....	281
c) Dinámica de la acción directa.....	282
i) Obligación de desvelar la identidad .....	282
ii) Obligación de notificar .....	284
iii) Excepciones oponibles.....	285
d) Excepciones a la acción directa.....	286
i) Falta de voluntad del tercero de contratar con el principal.....	286
ii) Acuerdo en contra de la aplicación.....	287
IV. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LOS PRINCIPIOS OF EUROPEAN CONTRACT LAW .....	290
A. Sistema de clasificación.....	291
B. Efectos de la representación indirecta.....	292
1. Supuestos de efectos directos .....	293
2. Dinámica de la acción.....	293
3. Excepciones oponibles.....	294
4. Excepciones a la acción directa.....	294
V. CONCLUSIONES.....	295
BIBLIOGRAFÍA.....	296

#### *M. ROSA LLÁCER MATACÁS*

#### **LES QUALITATS DE L'OBJECTE EN LES FASES PRE I POSTCONTRACTUALS: DEL SANEJAMENT A LA CONFORMITAT. (EL COMPLIMENT DEFECTUÓS EN DRET DE CONSUM I DRET CIVIL EUROPEU I ESTATAL) .....**

1. EL CONCEPTE DE CONFORMITAT EN LA DIRECTIVA 44/1999/CE I LA SEVA EXTRAPOLACIÓ A MATÈRIES ALIENES AL CONSUM .....	299
1.1. La Directiva 44/1999/CE com a norma de consum.....	299
1.2. La conformitat en altres àmbits del dret privat: compravenda de mercaderies i principis de dret contractual europeu .....	301
2. LES QUALITATS DE L'OBJECTE DE LA PRESTACIÓ, ENTRE EL COMPLIMENT CONTRACTUAL I EL CONTROL CAUSAL .....	304
3. CARACTERÍSTIQUES DE L'OBJECTE I COMPLIMENT .....	306
3.1. Integració de l'oferta, fixació del contingut contractual i integració de l'objecte: la celebració del contracte en dret de consum.....	306
3.2. La configuració jurisprudencial de l'objecte: la insuficiència del sanejament per vics ocults i l'incompliment per inhabilitat funcional de l'objecte.....	308
3.3. La configuració legal de l'objecte: la conformitat i les seves conseqüències.....	310
3.3.1. La configuració de l'objecte en la LCU .....	310
3.3.2. La conformitat en la Directiva 44/1999/CE .....	310
4. EL TRASLLAT DE LA CONFORMITAT AL DRET CIVIL GENERAL .....	313
4.1. Uniformitat i divergències en el context del dret privat estatal.....	313
4.2. L'especificitat de les transaccions entre particulars i la perspectiva uniformadora dels projectes europeus .....	314

4.2.1. Pautes per a una anàlisi.....	314
4.2.2. El contingut implícit en la finalitat econòmica del contracte: entorn de l'absorció de l'element causal per l'obligació de compliment conforme .....	315
4.2.3. La pretesa obligació d'informar .....	317
4.2.4. Compliment, risc i conformitat.....	318
4.2.5. El règim de responsabilitat contractual.....	318
4.2.6. L'adaptació dels recursos contra el deutor.....	320

#### *FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT*

### **REFLEXIONS SOBRE ELS PECL I LA FASE NEGOCIADORA DEL CONTRACTE. LETTER OF INTENT: PACTE D'INTENCIONS O PRECONTRACTE .....**

I. INTRODUCCIÓ.....	321
II. LA FASE NEGOCIADORA DEL CONTRACTE EN RELACIÓ AMB ELS PRINCIPIS EUROPEUS DE DRET CONTRACTUAL: L'ENCAIXAMENT DE LA FIGURA DE LES LETTERS OF INTENT .....	322
1. Introducció.....	322
1.1. Idees generals sobre la fase preliminar en els PECL.....	322
1.2. Problemàtica .....	323
2. Letter of intent: el seu contingut .....	324
2.1. Introducció.....	324
2.2. Letter of intent: Pacte d'intencions.....	326
2.2.1. La determinació dels elements essencials. La proposta suficientment precisa .....	327
2.2.2. La intenció d'obligar-se .....	329
2.3. Letter of intent: precontracte, precontracte imperfecte.....	331
2.3.1. Pacte d'intencions i precontracte. Els acords amb termes oberts .....	331
2.3.2. Pacte d'intencions i precontracte imperfecte. Els acords per a negociar .....	332
3. Les letters of intent: la seva transcendència. L'incompliment.....	336
3.1. Introducció .....	336
3.2. La transcendència normal d'un pacte d'intencions: la responsabilitat precontractual .....	337
3.2.1. Generalitats .....	337
3.2.2. Breument sobre la responsabilitat precontractual per ruptura injustificada de negociacions .....	339
3.3. L'incompliment del deure de comportar-se de bona fe com fet generador de responsabilitat contractual .....	340
3.4. La responsabilitat precontractual en els PECL .....	343
III. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	345

#### *JOAN MARSAL GUILLAMET*

### **LA COMPETÈNCIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA EN MATÈRIA CIVIL I EL DRET UNIFORME.....**

1. INTRODUCCIÓ .....	349
2. LA PARTICIPACIÓ DELS ENS SUBESTATALS EN LA FASE ASCENDENT DE CREACIÓ DEL DRET COMUNITARI .....	352
2.1. Els diversos models de la Unió .....	355
2.1.1. Alemanya .....	355
2.1.2. Bèlgica .....	356
2.1.3. Itàlia.....	358
2.1.4. Escòcia.....	361
2.2. El cas espanyol .....	364

3. LA PARTICIPACIÓ DELS ENS SUBESTATALS EN L'ELABORACIÓ DELS TRACTATS INTERNACIONALS .....	367
3.1. Els diversos models dins de la Unió.....	369
3.1.1. El cas alemany.....	369
3.1.2. El cas belga.....	370
3.1.3. El cas italià.....	372
3.1.4. El cas escocès.....	374
3.2. La regulació actual a l'Estat espanyol.....	375

**CARMEN PARRA RODRÍGUEZ**

**LOS SISTEMAS DE UNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS..... 381**

I. INTRODUCCIÓN.....	381
II. CREACIÓN DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO.....	383
1. Análisis de los principios contenidos en los tratados fundacionales de la Comunidad Europea .....	384
1.1 Principio de igualdad o de “no discriminación” .....	385
1.2. Principio de libertad .....	389
1.3. Principio de solidaridad.....	390
1.4. Principio de unidad o de uniformidad.....	390
2. El marco de uniformización del Convenio de Roma .....	392
2.1 Principio de la autonomía de la voluntad.....	394
2.2. Principio de proximidad .....	401
2.3. Principio de solidaridad.....	405
2.4. Principio de protección de la parte débil .....	406
3. La armonización a través de directivas .....	407
3.1 . Principios contenidos en las directivas .....	408
3.2. Principios generales contenidos en las directivas de ámbito contractual.....	408
3.3. Principios instrumentales contenidos en las directivas de ámbito contractual .....	413
III. CONCLUSIONES.....	419

**CARLES VILLAGRASA I ALCAIDE**

**CRITERIS JURISPRUDENCIALS DEL CONSILIUM FRAUDIS EN LA PROTECCIÓ DEL DRET DE CRÈDIT ..... 421**

I. INTRODUCCIÓ.....	421
II. L'APLICACIÓ JURISPRUDENCIAL DE L'ACCIÓ PAULIANA.....	422
III. L'OBJECTIVACIÓ DEL FRAU.....	424
IV. ANÀLISI DE SENTÈNCIES DE L'AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE BARCELONA .....	426
V. CONCLUSIONS .....	432

**COMUNICACIONS A LA TERCERA PONÈNCIA**

**LÍDIA ARNAU I RAVENTÓS**

**UN APUNT HISTÒRIC: LA IDEA DE “CODIFICACIÓ” SEGONS ESTANISLAU REYNALS I RABASSA..... 437**

1. INTRODUCCIÓ .....	437
2. EL PROJECTE DE CODI CIVIL DE 1851: LES NOCIONS D'UNITAT I D'UNIFORMITAT .....	439

2.1. Referència a la llegítima, l'emfiteusi i la rabassa morta al Projecte de Codi civil de 1851 .....	439
2.2. La unitat i la uniformitat del Projecte de Codi civil de 1851 .....	442
3. ESTANISLAU REYNALS I RABASSA: L'HOME I LA SEVA DOCTRINA JURÍDICA.....	443
3.1. Les fonts.....	443
3.2. Les idees .....	444

*JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE*

<b>MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN .....</b>	<b>447</b>
--	------------

*ALBERT RUDA GONZÁLEZ*

<b>PACTES SOBRE LA DURADA DEL TERMINI DE PRESCRIPCIÓ EN LA MODERNITZACIÓ DEL DRET D'OBLIGACIONS ALEMANY I EL CODI CIVIL DE CATALUNYA .....</b>	<b>457</b>
--	------------

I. INTRODUCCIÓ.....	457
II. LA NOVA REGULACIÓ ALEMANYA .....	459
1. La introducció del criteri permissiu.....	459
2. Abreujament del termini de prescripció .....	463
a) Excepció en cas de dol .....	463
b) Terminis legals mínims .....	464
3. Allargament del termini de prescripció .....	465
4. Disposicions especials.....	466
a) Venda de béns de consum.....	466
b) Contracte de viatge combinat.....	468
III. DRET D'ALTRES PAÏSOS.....	470
1. Primer grup. Inadmissibilitat dels pactes .....	470
2. Segon grup. Admissibilitat limitada dels pactes .....	473
3. Tercer grup. Admissibilitat àmplia dels pactes .....	479
IV. REGULACIÓ EN EL DRET CIVIL ESPANYOL.....	481
V. NOU DRET CIVIL CATALÀ.....	485
1. La primera llei del Codi civil de Catalunya. Gènesi de l'art. 121-3 CcC.....	485
2. Justificació de la norma.....	488
3. Comparació amb el Dret alemany.....	490
a) Imperativitat versus llibertat de pacte.....	490
b) Termini legal mínim.....	491
c) La prohibició de la indefensió .....	492
VI. REFLEXIÓ FINAL.....	494



# CODIFICACIÓ CATALANA I CODIFICACIÓ EUROPEA.<sup>1</sup>

## EL CODI CIVIL COM A INSTRUMENT DE POLÍTICA JURÍDICA

ENCARNA ROCA

*Catedràtica de Dret Civil a la Universitat de Barcelona*

### SUMARI

---

I. INTRODUCCIÓ    II. ELS SENTITS DE L'EXPRESSIÓ CODIFICACIÓ  
A) Codificació com a forma d'expressió d'una cultura jurídica concreta    B) Codificació  
com a instrument polític per obtenir determinades finalitats    C) Codificació,  
mecanisme per a l'exercici de la sobirania    III. LA CODIFICACIÓ DEL DRET PRIVAT  
EUROPEU    A) Els arguments de la codificació europea    B) Quin codi europeu i  
per a què?    IV. LA CODIFICACIÓ DEL DRET CIVIL CATALÀ    V. A TALL DE  
CONCLUSIÓ    BIBLIOGRAFIA

### I. INTRODUCCIÓ

Les Jornades de Dret Català a Tossa inicien aquest any una nova temàtica: la de la codificació, en els dos sentits: la del dret privat europeu i la del dret català. Catalunya en aquest moment està treballant en l'organització del seu Codi civil, d'acord amb l'abast de les competències que se li reconeixen en la Constitució i en l'Estatut d'autonomia. Aquesta ja és una raó per dedicar les Jornades a una qüestió que ha de ser objecte de discussió i anàlisi en tots els cercles acadèmics i professionals catalans. Les raons per a la conveniència o no del Codi civil català, la determinació del seu contingut, les línies de la solució dels problemes que es plantegen en la vida real, la política jurídica que s'ha de seguir; totes aquestes qüestions són d'una importància decisiva que no es poden deixar solament als polítics. Han de ser objecte de reflexió, tant teòrica com pràctica, tranquil·la i profitosa.

<sup>1</sup> Algunes de les idees que aquí es manifesten han estat expressades en els treballs *Dret i cultura a Catalunya*, publicat al 6è Col·loqui de Vic *El Dret*. Editorial Universitat de Barcelona, 2002, p. 105-126, i a *The Process of Codifying the European Legal System* (<http://www.bepress.com/gj/advances/vol2/iss2/art1>).

I aquest és un moment especialment delicat per a la codificació catalana, perquè, paral·lelament al nostre procés, la codificació d'una part del dret privat s'ha convertit en el centre de la discussió a Europa. L'existència de grups diversos que treballen en aquest sentit,<sup>2</sup> la decisió del Parlament Europeu de novembre de 2001, etc., fan pensar i esperar que en un futur proper existirà una codificació europea d'una part del dret privat i, concretament, la referida a les obligacions i els contractes. La forma com es poden harmonitzar aquests dos moviments ens ha de preocupar a nosaltres, juristes, que estem vivint un important moment creatiu del dret privat.

Per centrar el tema, cal recordar un fet històric no tan llunyà: el mes de maig de 1977 el professor Mauro Cappelletti obria un col·loqui organitzat per l'European University Institute, de Florència, el títol del qual era *Nuevas Perspectivas para un Derecho Común Europeo*.<sup>3</sup> A la introducció, Cappelletti posava en relleu que res millor que el dret podia resumir la història passada i la present, la glòria i la decadència, les esperances, les pors i, sobretot, *the prevent titanic challenge of Europe*. L'existència de més de 21 països a Europa, sense comptar els de l'antic bloc soviètic, cada un amb un sistema legal diferent, representava, ja en aquell moment (1977), una divisió irracional i suïcida, segons Cappelletti, en un món que cada cop més demana àrees obertes, de manera que l'harmonització, la coordinació i la interdependència són necessitats absolutes del nostre temps; a més, la història prova que la divisió és un fenomen relativament nou i no un destí ineludible i que el continent europeu s'ha caracteritzat durant segles en èpoques passades pel fet de tenir un dret, comú a molts dels pobles que el formaven. Malgrat els raonaments de Cappelletti, cal dir que l'argument històric com a base legitimadora del modern dret comú no és ben acollit per aquells que propugnen l'existència d'un codi europeu: aquests consideren que no és gens clar el paper que va tenir el *ius commune* en una Europa que no era tal i que no va ser acceptat per Anglaterra, segons considera la seva mateixa tradició; encara que sí que queda clara la vocació política del *ius commune* i el seu entroncament amb la legitimació de l'Imperi.<sup>4</sup>

Per bé que els plantejaments de Cappelletti segueixen sent actuals, des del seminari esmentat fins a l'actualitat ha plogut molt i tant a Europa com a casa nostra han tingut lloc una sèrie d'esdeveniments molt importants pel que fa a la codificació del dret privat:

<sup>2</sup> Una excel·lent presentació d'aquest tema a MARTÍN (2002), p. 636-652.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI (1978), p. 1-2.

<sup>4</sup> Una anàlisi molt lúcida sobre el tema a VAN CAENEGEM (1991), cap. III, *in totum*. La crítica al neopandectisme es pot consultar a HESSELINK (2001), p. 66-68.

– A Europa ha entrat en vigor el nou Codi holandès (1992); s’ha reformat el Codi civil alemany (2001), en un intent d’incorporar les solucions de les diverses directives comunitàries i modernitzar, sobretot, la part corresponent a les obligacions i els contractes,<sup>5</sup> i s’ha uniformat una part important de la legislació civil a través de les directives comunitàries, com ara les referides a les condicions generals dels contractes, responsabilitat per productes defectuosos, regulació de determinats contractes, etc.

– A Espanya, l’estructuració del dret civil ha quedat fixada en la Constitució, que permet l’exercici de competències en l’àmbit del dret privat a determinades comunitats autònomes, entre les quals Catalunya,<sup>6</sup> i ha definit així un sistema no unificat de dret civil. El dret civil a Espanya ja no està fonamentat en l’existència d’un codi únic, sinó que reconeix la concurrència de diversos sistemes civils, constituint allò que pot ser definit com a Estat plurilegislatiu.

Això anterior provoca una situació molt interessant des del punt de vista jurídic: s’està produint a Europa un moviment molt poc regular, en el sentit que, a diferència del que va succeir des de l’inici del segle XIX amb la codificació francesa, en l’actualitat estem vivint dues realitats oposades: *l’intent d’unificació europeu*, bé que referit a aspectes molt limitats del dret en general i amb forts problemes metodològics i competencials, unit al *desenvolupament del sistema plural* previst a la Constitució espanyola, amb la codificació, limitada per les competències, del dret civil català. Aquesta diversitat de plantejaments fa que es visqui realment un moment *exciting* per als juristes: hem passat de *l’edat de la descodificació*, en l’afortunada frase d’Irti, a *l’edat de les codificacions*.<sup>7</sup>

El propòsit d’aquesta ponència introductòria serà realitzar una aproximació als problemes que he posat en relleu en aquesta introducció. Per això cal iniciar l’estudi tractant de determinar els significats que es

<sup>5</sup> Vegeu la informació sobre les reformes recents a Alemanya a LAMARCA (2002), *InDret.com*, 78, 11 de gener de 2002, i LAMARCA-RAMON, *InDret.com*, 96, 4 de juliol de 2002. Vegeu també MÖLLERS. “European Directives on Civil Law the German Approach: Toward the Re-Codification and New Foundation of Civil Law Principles”. *ERPL*, núm. 6, 2002, p. 777-798.

<sup>6</sup> No és la meua intenció ni aquest és el lloc convenient per plantejar de nou tota la discussió sobre les competències civils de la Generalitat en l’àmbit patrimonial. Vegeu les STSC 88/1993, de 12 de març, i 156/1993, de 6 maig. La literatura sobre aquestes sentències i sobre les competències és important i molt poc coincident. Per no citar més que la darrera, em remeto a BADOSA (1994), p. 11; DELGADO (1994), p. 37 i PÉREZ TORRENTE (2000), p. 31 i s.

<sup>7</sup> O com diu CÁMARA (1999), p. 1672, “un moderno suplicio de Tántalo: disgregación nacional *versus* armonización supranacional”, amb la nostàlgia pròpia de qui aposta per una harmonització europea.

poden donar a la paraula *codificació*: *i*) com a expressió d'una cultura jurídica concreta; *ii*) com a instrument polític que permet obtenir determinades finalitats expressades en la política jurídica concreta que es tingui, i *iii*) últim, però no menys important, com a expressió de l'exercici de la sobirania. Aquests tres punts, acompanyats de la reflexió sobre les possibilitats de la codificació europea i de les línies mestres de la codificació catalana, hauran de ser l'objecte d'aquesta intervenció i m'hauran de portar a les conclusions corresponents.

## II. ELS SENTITS DE L'EXPRESSIÓ *CODIFICACIÓ*

He dit abans que l'expressió *codificació* pot ser entesa en diferents sentits. I tots ells són perfectament acceptables per definir-ho.

### A) *Codificació com a forma d'expressió d'una cultura jurídica concreta*

Certament, una part de la cultura jurídica europea s'ha expressat i s'expressa per mitjà d'un o diversos codis. Què vol dir, doncs, *cultura* en el sentit que aquí estic utilitzant? Quan cal definir en què consisteix la cultura jurídica, André Jean Arnaud<sup>8</sup> ens diu que les expressions *cultura*, *valors* i *civilització* són tres conceptes íntimament lligats entre si i al mateix temps, lligats al de pensament jurídic. *Cultura*, per Arnaud, és el conjunt de coneixements que en un mitjà concret constitueixen el pou on els membres de la comunitat els obtindran i enriquiran el seu sentit crític, el seu gust, el seu criteri. Si aquesta idea la projectem sobre la *cultura jurídica*, Arnaud ens dirà que l'autor de l'expressió l'entendrà, en sentit ampli, com el conjunt de coneixements, valors, principis, ideologies lligades al dret i que, en un sentit més estricte, entendrà com a *cultura jurídica* les tècniques d'exposició i d'interpretació utilitzades pels operadors jurídics o el conjunt de les opinions i de les apreciacions del públic en general sobre el dret.

Si lliguem aquestes idees, arribarem a una conclusió: d'inici, podem afirmar que la cultura dicta comportaments propis a les societats humanes i el dret és un dels coneixements inclosos en aquests comportaments. En conseqüència, tindrà uns elements comuns en tot l'àmbit en el qual aquesta *cultura jurídica* es pot considerar comuna. I efectivament, aquests elements existeixen. Els eixos bàsics a partir de la Revolució Francesa per als països continentals han estat: *i*) la racionalització de les regles del dret; *ii*) la necessitat d'evitar la inseguretats jurídica, i *iii*) la necessitat d'evitar l'exercici arbitrari del poder. A partir d'aquí es veurà clar que el codi serà

<sup>8</sup> ARNAUD (1991), p. 22-23.

considerat l'instrument que permet ordenar el dret en un text únic i evitar així els defectes del particularisme jurídic, tan criticat, sobretot en el segle XVIII, pels racionalistes.<sup>9</sup> I és en aquest sentit que el codi forma part de la cultura jurídica continental europea, de la mateixa manera com no en forma de la cultura jurídica anglosaxona. I que a Espanya també existeix una peculiar manera d'entendre el que significa *codi*, molt especialment en l'àmbit del dret civil.

### ***B) Codificació com a instrument polític per obtenir determinades finalitats***

Com he dit abans, la racionalització de les regles del dret, la necessitat d'evitar tant la inseguretat jurídica com l'arbitrarietat de qui té el poder, etc., han fet que, de manera cíclica, els poders públics hagin sentit la necessitat d'ordenar en un únic text les regles del dret. Un dels instruments per aconseguir-ho serà el codi. La protecció de l'individu ha estat una preocupació constant de filòsofs i juristes que han discutit sobre el paper que ha de tenir en un determinat ordenament jurídic. El dret és una de les creacions de la humanitat més complexes i sofisticades i reflecteix clarament la protecció dels drets inalterables dels individus per mitjà de *i)* la creació d'un ordre social ferm i estable i *ii)* la unitat de les solucions jurídiques, ja que solament si no existeixen zones excloses es pot predicar la igualtat de tots els ciutadans.

Aquestes eren les finalitats clares dels codificadors del segle XIX i, més concretament, dels francesos, la doctrina dels quals va influir notablement en tot el continent europeu.

L'exemple paradigmàtic del que s'ha afirmat a la introducció és el Codi civil francès de 1804, resultat de la confluència de diferents corrents d'opinió, però fonamentalment, del racionalisme jurídic, que venia dels autors holandesos i més concretament de Grotius i que va ser acceptat de manera total pels autors francesos anteriors al Codi civil i molt especialment per Domat, seguit més tard per Pothier, de manera que, com afirma Arnaud,<sup>10</sup> els principis racionalistes van significar un clar tombant de la història.<sup>11</sup> Segons aquesta escola, el dret és una creació de l'home,

<sup>9</sup> Els estudis més importants sobre la codificació posen en relleu aquesta necessitat. Vegeu, entre altres, CASTRO (1949), p. 176; IGLESIA (1996), II, p. 494; TARELLO (1976), p. 28-34 i TOMÁS Y VALIENTE (1992), p. 467.

<sup>10</sup> ARNAUD (1969), p. 95.

<sup>11</sup> El iusnaturalisme racionalista, tal com havia estat plantejat i defensat pels juristes de l'escola i rebut a França, comportava unes característiques molt determinades: era individualista, subjectivista i voluntarista. I d'ell deriva el que després es qualificarà d'*humanisme jurídic*, és a dir, la preocupació dels juristes pel lloc que ocupa la persona en un determinat sistema normatiu. Com afirma HATTENHAUER (1987, p. 16-17), la

però reflecteix en les seves formulacions els drets inalterables, la protecció dels quals assegura.<sup>12</sup> El resum d'aquestes idees es troba en el lema de la Revolució Francesa, *liberté, fraternité*, al qual s'adjunta jurídicament el de *propriété*, que a partir de llavors es converteix en un dels elements essencials de la construcció jurídica en el Codi civil francès i, de retruc, en els de l'anomenada família francesa, entre els quals es troba l'espanyol.

Aquests principis es tradueixen clarament en les lleis civils. Començant pel Codi civil francès: la persona serà el centre de la regulació al llibre I del Codi; la propietat es definirà com a dret absolut en l'art. 544 i l'autonomia de la voluntat es deduirà de l'art. 1134, que permet revocar els acords presos per les parts contractuals sempre que concorri el consentiment mutu. El Codi civil francès i tots els de la seva família són, per tant, el producte més típic del corrent filosòfic del iusnaturalisme racionalista. Hi influeixen, a més, el liberalisme polític, entorn del que s'ha qualificat de *paix bourgeoise*,<sup>13</sup> i el liberalisme econòmic.<sup>14</sup> És un codi que s'ha qualificat de burgès, garant d'un ordre social ferm i estable.

També aquestes influències es poden constatar en el Codi espanyol. Així, en l'art. 29 Cc es consagra clarament *el principi de la igualtat de les persones davant la llei*, en afirmar-se que "*el nacimiento determina la personalidad*". D'aquesta manera, tots els nascuts són persones i totes les persones tenen els mateixos drets.

En l'art. 348 Cc es consagra *el principi de la propietat com a dret absolut*, en dir-se que "*la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*".

En l'art. 1255 Cc es consagra *el principi de l'autonomia de la voluntat*, quan s'afirma que "*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*".

Però per sobre d'aquests drets hi havia la unitat de regles jurídiques: no hi pot haver igualtat entre els ciutadans si no es regeixen tots per les mateixes lleis. D'aquesta manera, tant el Codi civil francès com el Codi civil espanyol pretenen regular *tota* la matèria jurídica i evitar així que

influència d'aquesta escola filosòfica en la seva projecció jurídica implica decidir que solament els homes són persones i que tots els homes són persones, d'on es derivarà que el dret tindrà com a característica comuna del concepte de persona el gaudi d'aquesta, sense distinció, dels drets de la societat civil.

<sup>12</sup> En això, és iusnaturalisme, encara que els seguidors d'aquestes escoles siguin protestants.

<sup>13</sup> ARNAUD (1973), p. 147 i s.

<sup>14</sup> TOMÁS Y VALIENTE (1992), p. 480. La qüestió de la relació entre dret privat i revolució burgesa està excel·lentment explicat en els diferents treballs del llibre col·lectiu, coordinat per Carlos Petit, *Derecho privado y revolución burguesa*. Marcial Pons, Madrid, 1990.

existeixin zones excloses del codi, que provoquin diferències entre els ciutadans. Unitat de fonts del dret i unitat de solucions.

Malgrat tot, la solució de la codificació entesa en el sentit d'un únic text no té una traducció igual arreu d'Europa: *i)* en alguns països se seguiran mantenint separades les dues branques més importants del dret privat, el dret civil, en el codi civil i el dret mercantil, en el codi de comerç; *ii)* a Espanya finalment, no s'aconseguirà ni tan sols la unitat del dret civil, la qual cosa provocava que Alonso Martínez es posés les mans al cap en la discussió del projecte del text del Codi civil;<sup>15</sup> *iii)* finalment, tampoc no s'assolí al Regne Unit, simplement perquè no s'uní a la influència codificadora i on també existeixen sistemes diferents a Escòcia i al País de Gal·les.

Per tant, l'obtenció de determinades finalitats de política jurídica no necessàriament requereix un codi únic; els mateixos objectius es poden aconseguir per altres mitjans. O bé els poders públics poden proposar-se altres finalitats que no estiguin necessitades d'un codi.

### C) *Codificació, mecanisme per a l'exercici de la sobirania*

La codificació francesa va produir un efecte reflex en l'Europa del moment, però amb diferents resultats segons els països. Per això quan parlem d'aquest tema ens estem referint a un problema que es va plantejar de manera clara a Alemanya al segle XIX i que es reflecteix en la coneguda discussió Thibaut-Savigny, però que es reproduirà a Espanya i que es planteja també a Europa en l'actual moviment codificador.

En primer lloc, Estat i Nació tenen una tendència a diferenciar-se. Com afirma Iglesia:<sup>16</sup>

“el Estado no es el titular del poder soberano, que radica en la Nación; la Nación cede su ejercicio al gobierno, pero no le cede todo el poder, sino sólo una parte, aquella estrictamente necesaria para mantener el orden. El Estado se limita a ejercer una parte de los poderes de la nación, dentro de los límites establecidos por la nación”.

Aquest plantejament no és exclusiu del dret públic, ans bé, també influirà en el dret privat, que apareix totalment dissociat del públic

<sup>15</sup> “No querer que una nación se constituya sobre la unidad de creencias, sobre la unidad de la lengua, sobre la unidad de la legislación y del *derecho*, eso, francamente, me parece que es desviarse del cauce abierto por la ley histórica del progreso y distinguirse de todos los partidos conservadores del mundo”. *Diario de sesiones del Congreso*. Diari núm. 97, sessió de 17 d'abril de 1889, pàg. 2611 i s.

<sup>16</sup> IGLESIA FERREIROS (1996), II, p. 476.

a partir de la Revolució Francesa i que no pot limitar-se a garantir la possibilitat de realitzar la llibertat, sinó que ha de protegir l'individu davant les eventuals accions dels altres, fins i tot de l'Estat.

En la codificació civil alemanya la necessitat de trobar un únic llibre de lleis que garantís aquests principis fou un problema paral·lel a la necessitat d'unificació política. Molt possiblement, la discussió sobre la necessitat de codificar el dret privat es produeix massa aviat a Alemanya, però els plantejaments sobre que la unitat nacional requereix una codificació que faci que un únic codi civil regeixi per a tots els individus es reproduïx de manera mimètica a Espanya a mitjan segle XIX. I si hi pensem, també es produeix en l'actual estat de coses a la Unió Europea. La codificació, com ja havia succeït a França, busca la unitat perquè altrament és inútil, però la coexistència de nacions individuals provoca tensions que es van manifestar en la discussió entre dues escoles, una partidària de la immediata codificació i l'altra d'ajornar-la, i això va influir fortament en els plantejaments espanyols i en la construcció d'un dret civil català per la necessitat d'oposar-lo al Codi civil.

La polèmica es planteja, doncs, a Alemanya entre Thibaut i Savigny, i encara que aquest no és el moment oportú per explicar en profunditat les característiques més fonamentals del pensament d'aquests dos autors,<sup>17</sup> penso que resulta útil fer-ne una referència.

a) THIBAUT publica el 1814, és a dir, deu anys després de l'entrada en vigor del Codi civil francès, un llibre titulat *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*. En aquest llibre, Thibaut posava en relleu el *galimaties jurídic* que existia en aquell moment al seu país, que, segons l'autor, feia inabastable el dret a Alemanya. La situació era, per tant, insostenible. Però Thibaut era partidari del Codi civil francès i proposava un codi semblant al de Napoleó; per tant, ens trobem davant d'un racionalista, seguidor de les idees franceses.

b) SAVIGNY publica el mateix any 1814 un llibre de resposta a les propostes de Thibaut: *Sobre la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*. En aquest llibre formula el que serà el manifest de l'escola defensat al llarg de tot el segle XIX. En les seves línies es formulen les propostes següents:

– El dret té una arrel popular: és el *Volkgeist*. El llenguatge, els costums i el dret tenen connexió entre si i procedeixen de la peculiar forma de ser dels pobles, l'esperit popular.

– El dret es manifesta a través dels costums que tenen origen en la història del país. Se li sobreposen els coneixements jurídics, però aquests s'han d'adaptar a la història. Això portarà a l'*Escola històrica del Dret*.

<sup>17</sup> Per a una consulta més aprofundida de les línies doctrinals d'aquests dos autors, es pot consultar TOMÁS Y VALIENTE (1992), p. 40-42 i WIEACKER (1957), p. 325-459.



– Per legislar per al futur s’ha de conèixer la història. Però la història del dret ha de ser considerada no com a història de fets, sinó de la dogmàtica jurídica, “como historia de la técnica jurídica, de la formación de los conceptos jurídicos y aun éstos referidos exclusivamente al ámbito del Derecho civil”.<sup>18</sup> Per aconseguir aquests resultats, Savigny funda l’any 1814, en col·laboració amb Eichhorn, l’anomenada *Revista Històrica para la Ciencia del Derecho*.<sup>19</sup>

El dret romà és un element essencial perquè era el més científic i el més perfecte.<sup>20</sup>

Les idees de Savigny van contribuir fortament al desenvolupament dels nacionalismes i, d’aquí, a considerar el dret de cada poble com a element configurador de la seva idiosincràsia. A més, en resulta també una forta resistència als moviments codificadors, amb la finalitat d’evitar polítiques uniformistes i, en molts aspectes, artificials. I, finalment, una clara mitificació del passat.<sup>21</sup>

### III. LA CODIFICACIÓ DEL DRET PRIVAT EUROPEU

Pocs discuteixen sobre la conveniència d’un dret privat europeu<sup>22</sup> i l’existència d’un concepte en l’actualitat. Sánchez Lorenzo diu que el dret privat europeu (DPC) correspon a una noció de dret positiu, és a dir, dret vigent a tots els països de la UE. Per aquest autor, es tracta d’un concepte no solament formal, sinó també material:

“Dentro del DPC no sólo se encuentra el Derecho comunitario fruto de las disposiciones contenidas en el Derecho comunitario constitucional u originario y el Derecho privado o de armonización que conforma la denominada «integración

<sup>18</sup> TOMÁS Y VALIENTE (1992), p. 41.

<sup>19</sup> Per a una major comprensió d’aquesta escola i de la seva transcendència en el dret posterior, vegeu Wieacker (1957), p. 348 i s.

<sup>20</sup> Això porta a un clar conservadorisme. Tomás y Valiente (1992, p. 42) cita la crítica que feia Marx al conservadorisme ideològic de l’escola. Una de les conclusions serà que no es pot codificar abans d’un llarg període de consolidació d’estudis històrics i això significava mantenir un *statu quo* poc adequat a la nova economia. Economia i evolució jurídica no estaven d’acord, doncs, amb les idees de l’Escola Històrica del Dret.

<sup>21</sup> Wieacker (1957, p. 337-338) posa en relleu que l’Escola històrica del Dret és un retorn tardà a la jurisprudència humanista i que, per tant, no és una creació del Romanticisme. Afirmar que “mediante el Romanticismo se convirtió el Historicismo en sino del siglo XIX. La varita mágica de la «comprensión» histórica comenzó a descubrir la mina del subconsciente histórico, aunque también hizo posible la gran mentira del siglo XIX de representarse en el arte y en la formación cultural, no en su propio estilo, sino bajo la máscara de la historia”.

<sup>22</sup> Sobre el concepte de *dret privat europeu*, vegeu per tots SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 4.

positiva». El concepto abarca igualmente la «integración negativa» o el conjunto de reglas genéricas o específicas, especialmente jurisprudenciales, que decantan los límites a los Derechos privados nacionales impuestos por el juego del mercado interior y las libertades en circulación.<sup>23</sup>

### A) *Els arguments de la codificació europea*

És evident, doncs, que ens trobem davant d'una realitat inqüestionable, que ha d'influir necessàriament en el desenvolupament i l'estructura mateixa dels drets nacionals i, en el nostre cas, del dret civil català. En parlar de la codificació europea, ens podem plantejar algunes qüestions, que es discuteixen a bastament en l'entorn comunitari.

1r. Si, com he dit abans el dret és un producte cultural, que respon a unes determinades raons i que obeeix a finalitats molt concretes, es poden utilitzar arguments de tipus cultural per fonamentar tant la necessitat de la codificació com la negativa a un codi general. En aquest sentit es planteja la discussió dret continental *versus* Regne Unit. Un dels autors més contraris a admetre la tècnica de la codificació en l'àmbit europeu és Pierre Legrand,<sup>24</sup> per a qui el *Common Law* i el *Civil Law* són dues formes diferents d'experiència jurídica, que es tradueixen en la naturalesa del raonament jurídic, el diferent significat de la sistemàtica emprada, la naturalesa de les regles jurídiques, el diferent paper que els fets tenen en ambdós sistemes i, sobretot, el significat dels drets en relació amb les accions.

2n. Una segona qüestió se centra en els arguments favorables a la codificació europea. Actualment s'utilitzen criteris d'aparent racionalitat, especialment econòmica. Un exemple el trobem en el raonament de Hesselink, quan argumenta que no existeixen característiques suficients del dret nacional per a un ciutadà europeu mitjà que li permetin

<sup>23</sup> Vegeu també DíAZ-AMBRONA (2001, p. 27), per a qui existeix un concepte de *derecho civil comunitario*, que serà aquell “que regula la persona, sus derechos y las relaciones personales y económicas derivadas de ser un sujeto de derecho dentro de la familia y de la comunidad” i segueix dient que “el derecho civil comunitario tiene como centro a la persona, de tal manera que ésta no es sólo su fin sino su causa, y regula la persona en sí misma considerada y en los derechos que le corresponden como tal, así como en su proyección de vida de relación con los demás, en su alteridad”. Aquesta definició no em satisfà, per tal com no és aquesta, en realitat, la finalitat del dret privat comunitari, fonamentat, sobretot, en el mercat interior i la llibertat de circulació. La regulació del dret de la persona potser podria trobar-se en la Carta de Drets fonamentals de la UE, però fins ara tot el dret privat comunitari ha de fonamentar-se en els Tractats CE i, per tant, té uns fonaments diferents d'aquells que li atribueix l'autora citada.

<sup>24</sup> LEGRAND (1996), *in totum*.

identificar sense cap dubte que el seu ordenament és diferent del del seu veí i per això aquest autor es pregunta: és justificable que el mateix problema tingui en l'actualitat quinze respostes legals?<sup>25</sup> L'anàlisi econòmica del dret proporciona arguments en aquest sentit, perquè l'existència d'una diversitat jurídica és un fet que provoca inseguretats a l'operador jurídic i, al mateix temps, genera elevats costos de transacció i el desincentiva a l'hora de realitzar operacions transfrontereres.<sup>26</sup> Per això es propugna la necessitat que es posi en vigor un únic conjunt de regles per tal de facilitar els intercanvis econòmics a l'interior de la UE.<sup>27</sup> Que es tracti d'un codi complet o d'un conjunt de principis, en allò que s'ha denominat *soft law*, és una simple qüestió de metodologia: el que importa és que existeixi un dret uniforme com a expressió clara de la unitat d'Europa. És a dir, es tracta d'harmonitzar les legislacions ara vigents.

3r. Si això és cert en allò que es refereix als intercanvis econòmics, més dificultats existeixen amb relació a altres branques del dret. Certament, la UE ha tractat d'assegurar els drets dels ciutadans a través de sistemes, com els reglaments, en els quals s'intenta facilitar la lliure circulació de les persones en el territori UE, a més d'altres objectius. Aquesta és la intenció del Reglament núm. 1347/2000, de 29 de maig de 2000, *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes*, conegut amb el nom de Brussel·les II, tot regulant els aspectes de l'execució de les sentències dictades pels Tribunals europeus relacionades amb divorci, responsabilitat parental, etc.; això no significa que la pretensió sigui unificar aquesta àrea, la qual cosa ensopegaria amb dificultats importants des del punt de vista competencial.<sup>28</sup> És a

<sup>25</sup> HESSELINK (2001), p. 48.

<sup>26</sup> Així ho recull SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 155. Vegeu també la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo* d'1 de juliol de 2001 (DOCE 2001/C 255/01), núm. 23-33. Especialment els núm. 32 i 33 es refereixen a allò que es diu en el text: "32. Además, estos costes de transacción más elevados pueden ser una desventaja competitiva, por ejemplo, en los supuestos en que un proveedor extranjero compita con un proveedor establecido en el mismo país que el cliente potencial". També CÀMARA (1999), p. 1671, al·ludeix a aquesta forma d'argumentació fonamentada en les necessitats del mercat.

<sup>27</sup> El mateix en la resolució del Parlament Europeu, de 15 de novembre de 2001 (COM[2001] 398-2001/2187[COS]), en què es diu que el dret internacional privat ja no és un instrument útil en el mercat únic europeu, que ja ha arribat a un estat avançat d'integració, i que les directives no creen un marc adequat per al mercat interior.

<sup>28</sup> Hi ha, però, alguns grups europeus que treballen en aquesta direcció, com la Comission on European Family Law (CEFL), creada l'1 de setembre de 2001. Vegeu els seus treballs, composició, etc. a <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl>. Segons la seva declaració d'intencions "El principal objectiu de la CEFL és impulsar un exercici de reflexió teòrica i pràctica en relació amb l'harmonització del Dret de Família a Europa. Amb aquesta finalitat, la

dir, es tracta del reconeixement mutu de les decisions dels tribunals, sobre la base de la confiança i que comporta una via per assolir la seguretat dels ciutadans de la UE.<sup>29</sup> Ara bé, cal posar en relleu que la possibilitat d'establir regles uniformes de dret de família no està inclosa en les finalitats declarades dels Tractats UE; ans bé, com afirma Sánchez Lorenzo:

*“In extremis, podría concebirse una acción comunitaria en el ámbito del Derecho de familia, vinculada con las exigencias de la libre circulación de personas, en concreto con el fin de facilitar la reagrupación o situación familiar del trabajador o del prestador de servicios, garantizar las pensiones alimenticias o establecer conceptos comunes sobre las personas a cargo del trabajador o prestador de servicios que podría propiciar disposiciones relativas a la custodia de menores, patria potestad, derechos de visita, etc.”*<sup>30</sup>

Però, i estic plenament d'acord amb Sánchez Lorenzo, no és possible pretendre la creació d'un dret de família europeu substancial. Ens hem de limitar a qüestions processals, com la regulada en el Reglament Brussel·les II. Sense perdre de vista, però, que una certa uniformitat arribarà de la mà de la regulació dels drets fonamentals dels ciutadans de la UE, una part important de la qual es projecta en les regles del dret de família.

4t. Alguns consideren que un codi europeu és l'única via per a la salvació dels drets minoritaris. En tant que tenen la possibilitat de poder introduir algunes de les seves solucions en el futur text unitari, això pot permetre la seva salvació. Altrament corren el risc de ser fagocitats pels

Comissió es proposa: Estudiar quin és l'estat actual de la investigació comparada en allò referent a l'harmonització del Dret de Família en els països europeus. S'intercanviaran experiències i es coordinaran les futures activitats d'investigació en aquest camp. Buscar el nucli comú per solucionar diversos problemes jurídics sobre la base de la comparació entre les diferents solucions adoptades en els Drets de Família dels diversos ordenaments jurídics europeus. Estudiar el paper dels futurs (potencials) Estats membres de la Unió Europea en el procés d'harmonització del Dret de Família. El resultat que s'espera obtenir mitjançant la creació d'aquesta Comissió és fonamentalment la formulació d'un conjunt de Principis del Dret Europeu de Família que es considera que pot facilitar l'harmonització del Dret de Família a Europa.”

<sup>29</sup> Com diu HERRERO DE MIÑÓN en “La Europa del Derecho”, article publicat al diari *El País*, el dia 13 de gener de 2003.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 205. CÁMARA (1999), p. 1671, sembla que té un major optimisme en relació amb l'harmonització d'aquestes matèries, encara que, després, d'una manera més realista, acabi dient que “a fuer de realistas, pese a la progresiva convergencia (sobre todo en soluciones a las nuevas realidades sociales), la perseverancia de reglas puramente nacionales en estos campos es enorme”.

<sup>31</sup> Sobre els problemes que plantegen les directives, vegeu CASTRONUOVO (2001), p. 247; HESSELINK (2001), p. 37-40; SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 37-43, entre altres.

grans sistemes dominants com a conseqüència de l'harmonització que té la seva base en el mercat. Aquest argument sembla molt utòpic, però podria ser utilitzat per sistemes com el dret civil català.

5è. El sistema de les directives no acaba de funcionar.<sup>31</sup> Es diu que, si bé les directives són un vehicle apropiat quan allò de què es tracta és d'integrar el dret europeu en els drets nacionals, a la vegada manifesten una manca de coherència que deriva de la seva limitació a la regulació d'aspectes molt concrets de la realitat jurídica, que s'agreuja quan el legislador nacional les transposa a l'ordenament intern, ja que molts cop utilitzen conceptes inconsistents entre elles, com passa amb les successives i diferents definicions de *consumidor*, o bé introdueixen conceptes estranys a l'ordenament jurídic al qual s'han de transposar, com succeeix amb el de *bona fe* en el *common law*.<sup>32</sup> Finalment, les directives són parcials, per tal com solament despleguen aspectes previstos en els Tractats CE (art. 94 i 95 del Tractat UE). Són, per tant, un remei provisional, parcial i lent, a més que la seva posada en vigor no respon a l'objectiu de la unificació del dret privat, sinó a objectius cada cop diferents.

En definitiva, com diu Castronuovo,<sup>33</sup> el criteri dominant de la *funcionalitat* del futur dret europeu no es pot reduir a l'eficiència o a la pura dimensió econòmica, sinó que s'ha de mesurar d'acord amb els valors lligats a la categoria general del benestar. Com, però, haurem d'integrar aquí els drets minoritaris com el dret civil català i quina significació pot tenir en el moment actual parlar d'un codi català? Aquesta és una qüestió que haurem d'argumentar i discutir en l'última part d'aquesta presentació.

## ***B) Quin codi europeu i per a què?***

Els anteriors arguments ens porten a plantejar, d'una manera prudent, el que jo he denominat en anteriors treballs el Guadiana de la política europea en matèria de dret civil.

L'any 1989 el Parlament europeu requereix als Estats membres la iniciació dels treballs preparatoris per a la redacció d'un codi de dret privat europeu comú;<sup>34</sup> aquesta decisió fou seguida per la de 1994, en la qual de nou es feia una crida per reiterar la necessitat de la redacció d'un codi europeu en sectors del dret privat.<sup>35</sup> Els problemes que planteja

<sup>32</sup> Un exemple d'anàlisi del problema al·ludit en el text a McKENDRICK (2002), p. 96-98

<sup>33</sup> CASTRONUOVO (2001), p. 229.

<sup>34</sup> Decisió de 26 de maig de 1898. Resolució *On Action to Bring into Line the Private Law of the Member States* (OJC 158/400, 26 de maig de 1989).

<sup>35</sup> Resolution on the Harmonisation of Certain Sectors of the Private Law of the Member States. [(1994)OJC 205/518, 6 de maig de 1994].

el mercat únic i la necessitat de crear el que s'ha anomenat *espai jurídic europeu* porten, entre altres raons, el Consell de Ministres de Tampere (1999) a proposar una major convergència en el dret civil:

“39. Por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil, para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles.”

A partir d'aquí, la història és ben coneguda:<sup>36</sup> de moment, acaba amb la resolució del Parlament europeu de 15 de novembre de 2001, en la qual urgeix a la compilació de dades referents a conceptes legals i solucions comuns i terminologia jurídica també comuna entre els quinze membres de la UE, especialment en els àmbits següents:

“El dret general dels contractes, la regulació de la compravenda, els contractes de serveis, incloent-hi els serveis financers i les assegurances, les seguretats personals (fiança), les obligacions no contractuals (danys i restitució), el dret regulador de la transferència de la propietat dels béns mobles, les garanties dels crèdits i dels béns mobles i el trust”.

Però és possible una codificació europea? El codi civil futur serà el producte d'una cultura jurídica concreta,<sup>37</sup> però quina? La pregunta que ens hem de fer tot seguit es refereix a la necessitat de coordinar sistemes tan diferents com els codis que pertanyen a la família francesa, els que pertanyen a la família alemanya, els que pertanyen a la família escandinava i tot el *common law*. Ara ja no es tracta d'organitzar una cultura més o menys localitzada en un espai geogràfic més o menys gran, com va passar amb la codificació alemanya; es tracta d'harmonitzar experiències jurídiques diverses, sistemàtiques diferents. Sense perdre de vista que si s'arriba a aprovar un text d'aquest tipus, sorgeix una altra dificultat en la seva aplicació, la qual cosa pot dur a una nova forma d'ineficiència: la que pot provocar la seva interpretació i aplicació per professionals de cultures jurídiques molt diferents.

Tornem així a la idea inicial de per a què serveix una codificació i quins són els objectius que ha de perseguir en aquest moment històric concret: el codi europeu és una idea política, no tècnica, perquè si al segle XIX la posada en vigor d'un codi civil constituïa una forma de manifestació de

<sup>36</sup> Vegeu Díez PICAZO; ROCA; MORALES (2002), p. 104-107 i 121. Sobre la consulta formulada per la Comissió Europea el juliol de 2001 sobre la conveniència d'iniciar treballs de cara a la futura unificació del dret privat europeu i les diferents respostes, vegeu MARTÍN (2002), p. 637-641.

<sup>37</sup> La relació entre codi europeu i cultura també és posada en relleu per CASTRINUOVO (2001), p. 225.

la sobirania exclusiva i exclouent de l'Estat, avui posar en vigor un codi a la UE significa la necessària cessió de sobirania dels Estats membres a la UE,<sup>38</sup> la qual cosa, al seu torn, planteja nous problemes, com ara la justificació competencial sobre la base dels principis de proporcionalitat i subsidiarietat establerts a l'article 5 del Tractat<sup>39</sup> i, a més, planteja els corresponents problemes als Estats plurilegislatius, com passa a Espanya i el Regne Unit.

Certament, els autors que són absolutament favorables al codi europeu diran que es necessita un instrument tècnic que faciliti la integració i oblidaran que existeixen les dificultats normals derivades de la distribució de les competències d'acord amb els Tractats UE.<sup>40</sup> També es dirà que el codi europeu és un instrument per facilitar un determinat canvi de mentalitat, però s'oblida que el dret civil no és una cosa que afecti d'una manera dramàtica les relacions entre els ciutadans; és un problema polític al mateix temps que tècnic i per això l'única mentalitat que pot canviar és la dels operadors jurídics, amb els límits culturals abans explicats. Els canvis jurídics operats des de dalt no solen ser gaire eficients.

Però si seguim mantenint la idea que el codi civil és un instrument polític, haurem de concloure que en la cultura jurídica europea l'instrument per evitar els mals que deriven de l'actual situació la tècnica emprada sempre ha estat el codi, amb diferents opcions, però sempre el codi. I, per altra banda, la posada en vigor d'un text d'aquest tipus significaria un clar exercici de sobirania en tant que obligaria els Estats membres a acceptar aquest text general i a decidir sobre les legislacions internes.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> La relació entre sobirania i codificació a Europa està molt ben recollida a CASTRONUOVO (2001), p. 222.

<sup>39</sup> Sobre aquesta qüestió cal referir-se a la intervenció de SÁNCHEZ LORENZO, en aquestes mateixes Jornades. Vegeu també SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 218-224, MANGAS-LIÑÁN (2000), p. 48-49 i MARTÍN (2002), p. 641-645.

<sup>40</sup> En aquest sentit, vegeu SÁNCHEZ LORENZO, que posa en relleu els límits materials (p. 202 i s.), derivats dels principis de subsidiarietat i proporcionalitat (p. 217 i s.) i culturals (p. 225 i s.), la qual cosa dificulta l'obtenció de l'objectiu final; CÁMARA (1999), p. 1670, MARTÍN CASALS (2002), p. 641-645 i Díez PICAZO; ROCA; MORALES (2002), p. 121 i s., en tractar dels problemes que planteja la relació PECL i codi civil europeu. Com es veu, el camí no és tan fàcil de recórrer.

<sup>41</sup> La discussió, però, pot plantejar-se en un altre terreny: el de l'harmonització de les normes de conflicte, a partir de l'art. 65 del Tractat i que els autors especialitzats en la matèria sostenen com a camí més útil per arribar a la finalitat de tenir un dret unificat. Vegeu SÁNCHEZ LORENZO (2002), cap. IV *in totum* i la bibliografia citada. Ara bé, el Parlament europeu, quan proposa la metodologia i el calendari sobre el futur dret privat europeu, assenyala expressament que el dret internacional privat ja no és un instrument útil per a un mercat comú europeu, que ja ha arribat a un alt grau d'integració, citant la *Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*. Setembre 2001, p. 53.

## IV. LA CODIFICACIÓ DEL DRET CIVIL CATALÀ

L'examen de l'actual situació a Espanya, que és un Estat plurilegislatiu en evolució, a partir de les competències reconegudes a diverses comunitats autònomes en l'art. 149.1.8 CE, ens mostra que els problemes que he descrit en l'apartat anterior no són gaire diferents dels que en el moment actual es plantegen al nostre país. I ens porten a considerar Catalunya com un banc de proves per a la futura estructura del dret privat europeu. En definitiva, la comparació és possible, perquè si la matèria de què es pretén que s'ocupi el codi europeu és la relativa a les obligacions i els contractes, això significa que els Estats membres tindran una legislació sobre aquest tema a la qual hauran d'adaptar-se, si més no pel que fa a la regulació de les relacions amb els Estats membres de la UE. En l'àmbit intern, com es pot comprovar, les comunitats autònomes tampoc no tenen competència sobre les bases de les obligacions i contractes. De la qual cosa podríem deduir que podem traspasar a escala espanyola allò que està succeint a escala europea: els mateixos problemes, per bé que les solucions són diferents en cada un dels nivells. O per explicar-ho millor, els problemes competencials que es produeixen en la relació UE - Estats membres poden reproduir-se en la relació Estat - comunitats autònomes. Perquè, a més, el problema de la conservació dels codis nacionals malgrat la codificació civil europea es trasllada a l'àmbit intern, tot i que, com és ben sabut, el dret europeu no modifica les estructures internes dels Estats membres.

En quin context es mou avui el dret civil català? La decisió política ha consistit en la redacció d'un codi civil en l'àmbit de les competències i així ho demostra la Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya (DOGC núm. 3798, de 13 gener 2003)<sup>42</sup>, en la qual s'estableix l'estructura del Codi civil de Catalunya. Certament, raons polítiques ben conegudes van impedir a Catalunya en el seu moment arribar a una codificació del dret civil;<sup>43</sup> aquesta circumstància comporta

<sup>42</sup> Impugnada pel Govern de l'Estat (BOE 3 de juny de 203 i DOGC de 5 de juny de 2003).

<sup>43</sup> Malgrat les reiterades intervencions de DURAN I BAS al Congrés i el Senat en les diverses discussions sobre la Llei de bases del futur Codi civil. En la defensa del vot particular sobre la conveniència de mantenir diverses codificacions separades, DURAN I BAS proposava una codificació diferent per a cada un dels drets forals, redactant-se aquestes lleis "bajo la inspiración de los principios jurídicos de cada región por más que sean afines entre todos los territorios forales, son un tanto distintos en cada uno [...] Sin duda allí donde se encuentra completa homogeneidad entre lo general y lo especial no hallo dificultad en que en lugar de trasladarlo a la Ley foral, se hagan meras referencias; pero de todos modos, el Código especial para cada región habrá de salir completo [...] lo que permitiría hacer un Código para cada región con reproducción en él de todo lo general, o una ley especial con referencia a éste, pero siempre con unidad de espíritu, o bajo la base de un verdadero principio orgánico" (Congrés. Sessió de 16 juny de 1885. Diari núm. 176, p. 5183-5184).



un seguit de conseqüències importants a l'hora de donar contingut a un codi civil català. Efectivament:

1r. El dret de la persona, en el qual s'inclou el matrimoni, resulta cada cop més tributari dels drets fonamentals. Efectivament, els grans problemes que avui es poden discutir en el dret de família excedeixen el marc tradicional i, fonamentalment, obeeixen a dues grans línies de tractament: la primera és la que té relació amb els drets fonamentals, com ja he dit abans; en aquest punt, els exemples que trobem sobrepassen les competències de qualsevol comunitat autònoma per arribar a qüestions molt més generals i que no poden ser tractades de manera localitzada: el problema del canvi de sexe dels transsexuals i les conseqüències que l'admissió del canvi de la constància registral té en relació amb el dret a casar-se d'aquestes persones;<sup>44</sup> la discussió sobre el reconeixement de drets o no a les parelles no casades o, com s'afirma, els efectes de l'exercici negatiu del dret constitucional a contraure matrimoni, que es discuteixen al nostre país a nivells constitucionals, per tal com aquest dret, el de contraure matrimoni, està reconegut a l'art. 32 de la Constitució;<sup>45</sup> el dret dels homosexuals a casar-se o no;<sup>46</sup> la protecció dels menors i el significat de la potestat dels pares;<sup>47</sup> la protecció de l'habitatge familiar;<sup>48</sup>

<sup>44</sup> El TEDH ha canviat darrerament la seva posició en aquest tema. Efectivament, les sentències *Christine Goodwin v. United Kingdom* i *I v. United Kingdom*, ambdues de l'11 de juliol de 2002, reconeixen que el Tribunal ha de reexaminar les decisions anteriors, i admeten el dret d'un transsexual a casar-se, encara que el Tribunal reconeix que són els Estats els que han de determinar els requisits d'aquest matrimoni. A Espanya, la Direcció General dels Registres i del Notariat ha admès que pugui registrar-se un matrimoni d'una persona de diferent sexe legal, encara que coincideixi amb el sexe biològic (RDGRN de 8 gener de 2001[RJ2001\2568], entre altres). Vegeu el comentari de FERNÁNDEZ CAMPOS a *CCJC* 56, núm. 1526, pàg. 707.

<sup>45</sup> A partir de la STC 120/1984, de 10 desembre, el Tribunal Constitucional espanyol ha mantingut que no era contrari a la Constitució una regulació dels efectes de les unions de fet, però que aquestes no són equiparables al matrimoni, amb matisacions a la STC 222/1992, de l'11 de desembre.

<sup>46</sup> Fins ara l'únic cop que s'ha pronunciat el Tribunal Constitucional sobre aquest tema ha estat en la Interlocutòria 222/1994, d'11 de juliol, en la qual es mantenia una doctrina semblant a la que s'ha posat en relleu a la nota anterior. El Parlament Europeu va aprovar una resolució el 8 de febrer de 1994, en què instava la Comissió a elaborar una recomanació dirigida a acabar amb la discriminació i criminalització de l'homosexualitat als països comunitaris; en el paràgraf 14, i després de demanar la presentació d'un informe, es diu que la recomanació hauria de tractar d'acabar amb "la prohibició de contraer matrimoni o de accedir a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia". A partir d'aquí són conegudes les reformes recents del Codi holandès, en què es reconeix el matrimoni de persones del mateix sexe, i d'Alemanya.

<sup>47</sup> Com en el cas de la sentència del TEDH, *L v. Finland*, de 27 d'abril de 2000, en un supòsit de protecció de menors.

<sup>48</sup> El Consell d'Europa va aprovar una recomanació sobre els drets dels cònjuges relatius a l'ocupació de l'habitatge familiar i utilització del parament. Es tracta de la *Recomanació*

el reconeixement del dret a decidir sobre tractaments mèdics intrusos, com fa la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, etc. Són qüestions que estan íntimament relacionades amb drets constitucionalment reconeguts, amb relació als quals el mateix Estat hi té poc a dir<sup>49</sup> i, per tant, els límits amb què ensopega la legislació autonòmica són importants. La segona línia és la social: els problemes del dret de família avui ja no són tant el règim de béns del matrimoni com les polítiques de suport als membres de la família, segons quina sigui la seva edat i situació: els menors i les mares divorciades, la gent gran, etc.<sup>50</sup> Per tant, dret de família equival en aquest sentit a política social. I no sembla una idea estranya considerar que el dret civil és un dels instruments d'aquesta política; altrament el dret civil deixaria de tenir cap justificació. Però no és l'únic i gosaria dir que tampoc no és el principal.

Per això el dret de la persona i de la família tenen un marc molt clar, cada cop més rígid i per bé que, evidentment, tinguem competències en una part important d'aquests aspectes, no hi ha gaires possibilitats d'innovació. Vegeu, si no, la modificació del règim de separació de béns efectuada el 1993, que porta cada cop més a solucions semblants al règim de participació, que és el que va solucionar els problemes que plantejava el divorci en els països nòrdics als anys 30 del darrer segle.<sup>51</sup>

Però és que, a més, suposant que la UE es proposés legislar en aquest àmbit més enllà del dret a la lliure circulació de les persones, quin sentit tindria un dret de família europeu, més enllà dels drets fonamentals reconeguts al Conveni europeu de drets fonamentals?<sup>52</sup>

2n. En l'àmbit dels drets reals, el problema no es presenta fàcil, perquè en aquest punt conflueixen almenys dues competències i una tercera

(81)15, adoptada en la reunió 338 dels delegats dels ministres del Comitè de Ministres el 16 d'octubre de 1981. Vegeu el text i el comentari d'aquesta recomanació a ELORRIAGA DE BONIS (1995), p. 60-65.

<sup>49</sup> Una altra cosa és que alguns cops sigui difícil determinar quins són els límits i els continguts dels drets fonamentals en el moment en què s'apliquen al dret de la família, com posa en relleu Antokolskaia, "Human Rights as a Basis for the Harmonisation of Family Law?". Comunicació en el *Congrés de la International Society of Family Law*, dut a terme a Copenhaguen-Oslo el mes d'agost de 2002. Vegeu-la a [http://www.jus.uio.no/ifp/isfl/antokolskaia\\_m.rtf](http://www.jus.uio.no/ifp/isfl/antokolskaia_m.rtf)

<sup>50</sup> Com posa en relleu RIBOT (1999), p. 19 i 174 i s., on es discuteix sobre la dualitat i/o primacia de les prestacions familiar i les socials. Aquesta és clarament la política reflectida en la Llei 31/2002, de 30 de desembre, de mesures fiscals i administratives (DOGC núm. 3791, de 31.12.2002, especialment en els art. 8 i 9).

<sup>51</sup> Com així es dedueix dels arguments emprats en les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 26 d'abril de 2000 i 21 d'octubre de 2002, en la qual es diu expressament que "s'ha d'afirmar sense dubtes que concorre en el cas debatut una notòria desigualtat patrimonial entre els cònjuges en el moment de la ruptura".

<sup>52</sup> En aquest mateix sentit, SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 204-205

pot derivar de la decisió del Parlament europeu relativa a la necessitat d'unificar les regles sobre garanties personals, transferència del dret de propietat dels béns mobles i les garanties dels crèdits i dels béns mobles. Però, d'altra banda, el tractament de la propietat és una qüestió de constitucionalitat, tant en l'àmbit espanyol com l'europeu. L'art. 298 del Tractat estableix que *“el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”*. Certament, no es pot dir que no es pugui anar a una regulació unificada europea del dret de propietat, perquè el sentit de l'article citat es refereix al vessant públic del règim de la propietat i, més concretament, a les qüestions derivades del règim d'expropiacions. I això comporta que, almenys, sigui discutible aquesta possibilitat,<sup>53</sup> perquè la manca de límits explícits d'aquesta competència fa que la qüestió tingui perfils incerts i sigui, per tant, discutible.

Però és que en l'àmbit intern la qüestió tampoc no és pacífica i així ho demostra el nou recurs d'inconstitucionalitat del Govern de l'Estat contra la Llei 25/2001, de 31 desembre, de l'accessió i l'ocupació.<sup>54</sup>

Els drets reals, però, no inclouen únicament la regulació de la propietat: afecta tots els drets reals limitatius del domini (usdefruit, servituds, censos, etc.), els drets d'adquisició preferent (tempteig, retracte, opció), les garanties, etc. La discussió sobre l'abast de les competències entre els diferents cossos legislatius existeix tant en l'àmbit europeu com en l'àmbit intern. Sempre he pensat que el dret de propietat, que s'ha proclamat com un dels pilars del desenvolupament de la personalitat i que ha estat objecte de ferotges debats en èpoques passades, avui resulta més fàcil de modificar que altres drets: les competències dels ajuntaments amb relació als plans urbanístics tenen més ressò entre els particulars que les decisions de l'Estat o de les comunitats autònomes relacionades amb el nucli dur del dret de propietat, és a dir, el dret a seguir sent titular dels béns, gaudir-ne i disposar-ne.

Pel que fa al problema competencial, Catalunya té les mateixes limitacions que totes les altres institucions civils, havent-se d'aplicar, en conseqüència, les línies d'interpretació marcades pel Tribunal Constitucional. Una altra cosa és la conveniència o no de legislar sobre tota la matèria relativa als drets reals, que és un tema d'oportunitat política i de política legislativa.

<sup>53</sup> Així ALPA (2000), p. 326 i SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 207.

<sup>54</sup> Mitjançant una providència de 21 de maig de 2002, el Tribunal Constitucional va admetre a tràmit el recurs d'inconstitucionalitat núm. 2427/2002, promogut pel president del Govern espanyol contra els articles 24, 25 i 26 d'aquesta llei (BOE núm. 133, de 04-06-2002, p. 19866)].

3r. Aquest mateix problema, encara més agreujat, el trobem en la regulació de les obligacions i els contractes, amb relació als quals la disputa sobre la competència és molt complexa.<sup>55</sup> Per altra banda, també, el mateix intent d'unificació dels drets d'obligacions i contractes a Europa no deixa de tenir els seus inconvenients i els seus detractors, problema del qual ara no puc ocupar-me perquè ja hi he fet referència en aquest treball. En el dret espanyol, el problema competencial es planteja de manera aguda amb relació a les obligacions contractuals. Deixant ara de banda el problema sempre discutit i mai no resolt sobre el significat de l'expressió, cal posar en relleu que, a més, del text constitucional sorgeixen dues limitacions clares: *i*) la competència exclusiva de l'Estat en matèria de dret mercantil (art. 149.1.6 CE), i *ii*) el mateix art. 149.1.8 CE en tant que determina el límit clar de la competència autonòmica i fixa que no es pot legislar directament en la matèria d'*obligacions i contractes*, sinó solament desenvolupant les bases de les obligacions contractuals. D'aquí en resulta una competència molt restringida que es limitaria a la regulació d'aspectes molt concrets.

4t. El dret de successions no té problemes ni competencials ni de confluències europees. La diversitat és tan gran que seria difícil propugnar un dret comunitari de successions; però és que les mateixes raons poden aplicar-se a Catalunya.<sup>56</sup>

La conclusió en aquest punt és il·lustrativa: si examinem les tendències europees i la situació a Espanya pel que fa als poders legislatius de Catalunya, veurem que coincideixen en el punt de l'abast de la distribució de competències, fins al punt que es pot examinar com una piràmide. La base d'aquesta piràmide seria la competència en matèria de dret de successions: és la més àmplia possible; en canvi, a mesura que anem pujant graons, la piràmide es va fent cada cop més estreta; efectivament, les competències en dret de família i drets reals (propietat i altres drets reals) són compartides i limitades pel sostre constitucional i quan arriben al vèrtex, trobem que les competències són molt febles, tant si ho mirem des del punt de vista de Catalunya, amb el problema corresponent a la determinació de l'abast de les bases de les obligacions contractuals, com si ho examinem des del punt de vista de l'Estat, amb la perspectiva del possible codi europeu. Per això la competència de la Generalitat resulta clara en el dret de successions, en el dret de família i persona, si bé amb els límits constitucionals derivats de l'aplicació dels drets fonamentals; però resulta més dubtosa en els drets reals o en alguns aspectes concrets de la

<sup>55</sup> Vegeu la nota 6 d'aquest mateix text.

<sup>56</sup> SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 206.

seva regulació i absolutament incerta en el que es refereix a les obligacions i contractes.

Però, dit això, la pregunta següent que cal fer-se és *quin sentit té un codi català a principis del segle XXI?* Resulta contradictori parlar d'un codi limitat a una regió que ni tan sols és membre de la UE més que indirectament, en el moment en què estem discutint si convé o no un codi unitari per a la UE? Si reprenem els tres significats que al principi d'aquesta reflexió he atribuït a la *codificació*, la resposta ha de ser clarament positiva. Vegem-ho:

1r. He dit que la *codificació* expressa una cultura jurídica determinada. Doncs bé, Catalunya ha tingut aquesta cultura jurídica des de fa anys i no solament com a conseqüència del Codi civil espanyol, sinó precisament en contraposició al mateix codi. El dret català respon a uns principis jurídics propis, el més important dels quals és la *llibertat civil*,<sup>57</sup> recollit a l'art. 111-6 de la Llei 29/2002, que estableix que *“les disposicions d'aquest Codi i de les altres lleis civils catalanes poden ésser objecte d'exclusió voluntària, de renúncia o de pacte en contra, llevat que estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi de llur contingut. L'exclusió, la renúncia o el pacte no són oposables a tercers si en poden resultar perjudicats”*. A més, el dret català ha estat tractat i estudiat d'acord amb una metodologia concreta, seguidora de l'historicisme de Savigny, la qual cosa arriba fins a l'art. 1r de la Compilació catalana, en la seva reforma de 1984, que establí que la interpretació i la *integració* s'havia de fer a través de la *tradició jurídica catalana*, i el mateix es repeteix en l'art. 111-2,1 de la Llei 29/2002, on es diu que *“en la seva aplicació, el dret civil de Catalunya s'ha d'interpretar i s'ha d'integrar d'acord amb els principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica catalana”*.

2n. He dit abans que la *codificació* també és un instrument polític per obtenir unes determinades finalitats, per mitjà de la igualació dels ciutadans davant la llei i altres que es puguin pretendre, com a mesures concretes de política jurídica. Per exemple, si es vol promoure la protecció dels interessos de les famílies no matrimonials, una de les possibles solucions és la regulació, per la via del codi, de les conseqüències que aquestes unions tenen. Penso que no cal insistir més en aquest punt: el codi és ell mateix un instrument i no tant una finalitat i amb el codi es

<sup>57</sup> Que ja era proclamat com a tal principi en el Memorial de greuges. Vegeu Memòria en defensa dels interessos morals i materials de Catalunya presentada directament a S.M. lo Rey en virtut d'acort pres en la reunió celebrada en la Llotja de Barcelona lo dia 11 de Janer de 1885. Ed. facsímil. Barcelona. Conselleria de Justícia. Generalitat de Catalunya, 1990, p. [106]. Sobre el principi de llibertat civil i la seva aplicació al dret civil català, em remeto al meu treball “Família, Pairalisme i Institucions jurídiques”. Estudis d'Història Agrària, núm. 12, 1998, p. 20-24.

poden posar en marxa determinades polítiques jurídiques. Aquest també és el sentit de la codificació catalana.

3r. Si la codificació també és la forma d'expressió de la sobirania, també és clar que en aquest sentit el Codi català respon a la finalitat de l'exercici de les competències reconegudes en l'Estatut d'autonomia, com ho posa en relleu el preàmbul de la Llei 29/2002, Primera llei del Codi civil de Catalunya, on s'afirma "*l'exercici de la competència per conservar, modificar i desenvolupar el dret civil de Catalunya, recuperada fa més de vint anys en el nou marc constitucional i estatutari*". La història del dret civil català no és res més que un llarg camí per arribar a la present situació.

## V. A TALL DE CONCLUSIÓ

Pocs juristes gosarien estar avui en contra d'un codi civil català, amb els límits, és clar, de la distribució de les competències d'acord amb els paràmetres constitucionals i les avui realment escasses possibilitats d'una autèntica innovació o originalitat. El Codi català, a més, no és una roda boja en el panorama europeu, perquè la hipotètica promulgació d'aquest codi no pot alterar els drets interns ni en la seva estructura ni en el seu contingut, no solament perquè, com diu Martín, "no sembla que sigui possible assolir a curt o mitjà termini la unificació que comportaria l'existència d'un Codi civil europeu",<sup>58</sup> sinó perquè fins i tot queda poc clar l'abast de l'aplicació d'aquest codi, tenint en compte els problemes competencials i els límits espacials que tindria.<sup>59</sup>

Però si ningú no pot discutir objectivament en aquest moment sobre la realitat del Codi de Catalunya, sí que cal advertir d'alguns problemes que avui presenta el nostre procés codificador:

1r. El legislador català corre el risc de crear un dret artificial que sigui rebutjat, ignorat o evitat pels operadors jurídics. Si un dels retrets que es fa al possible futur codi europeu és que ara per ara es tracta d'un dret de professors, la mateixa crítica pot fer-se al dret català. Per exemple, la definició de la *facultat de disposició* i del *negoci jurídic* en el Preàmbul de la Llei 22/2001 de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària preferent, té el risc de semblar massa poc pràctica, quan, a més, ni afegeix ni treu res al text de la Llei, que es pot interpretar sense necessitat de recórrer a les definicions del Preàmbul. O la regulació de la usucapció com a forma d'adquisició del dret de servitud, que ha passat de la regulació dels articles 283 i 343 de

<sup>58</sup> MARTÍN CASALS (2002), p. 661

<sup>59</sup> SÁNCHEZ LORENZO (2002), p. 212

la Compilació catalana, que distingien segons el tipus de servitud que es tractés d'adquirir per usucapió, a la possibilitat d'adquirir-les totes, en l'art. 6 de la Llei 13/1990, fins a no poder-se'n adquirir cap per usucapió en la Llei 22/2001. Quines raons avalaven la solució de la Llei 13/1990, que no han pogut ser mantingudes onze anys més tard? S'ha produït un rebuig social d'aquesta forma d'adquisició? El Preàmbul de la Llei 22/2001 només justifica la prohibició de la usucapió dient que "*com a novetat, cap servitud no es podrà adquirir per usucapió*". Resta eliminada, doncs, la usucapió com a mecanisme d'adquisició de les servituds. És suficient la parca explicació del Preàmbul esmentat o més aviat es tracta de legislar per legislar?

2n. No es pot legislar sense tenir en compte tot allò que s'està discutint a Europa en el moment actual. Des dels problemes relatius al dret de família, independentment que una codificació sigui convenient en aquest punt, que no ho és, passant pels problemes de les garanties sobre béns mobles, a les qüestions metodològiques de plantejaments del mateix contingut d'un codi i les tècniques legislatives; el nostre codi ho ha de tenir en compte, perquè s'insereix en un context cultural molt determinat i no està aïllat.

3r. Tampoc no es pot crear un dret de baixa qualitat, amb característiques més reglamentistes que una autèntica llei, que fan difícil interpretar els textos legals i deixen la porta oberta a llacunes, que moltes vegades no es poden emplenar amb els recursos a l'autointegració, a causa de la remissió general al Codi civil com a dret supletori.<sup>60</sup> Un sistema de clàusules més generals seria més prudent en el moment actual.

Moltes persones estan mirant allò que Catalunya està fent amb el seu codi. El pitjor que ens podria succeir seria que el Codi català funcionés solament com a model tècnic i no fos capaç d'ordenar la conducta dels ciutadans del país: formaria part de la cultura, i estaria d'acord amb la finalitat política de l'exercici de la sobirania però no solucionaria els problemes. I això seria un fracàs.

<sup>60</sup> Un exemple d'aplicació impecable del Cc com a supletori el proporciona la STSJ de 3 juny de 2002, quan rebutja l'aplicació del Codi civil en un problema d'interpretació de pèrdua del dret d'aliments per mala conducta de l'alimentat. Diu la sentència que "no pot identificar-se, però, un determinat dèficit de regulació amb la típica i genuïna llacuna que, en qualsevol Ordenament jurídic, permet la crida al seu corresponent dret supletori. Per exemple, una cosa és que, regulada una institució, s'acusi després sobre algun aspecte un determinat buit per dèficit de regulació, buit sempre subsanable gràcies al mecanisme supletori del Codi civil, i una altra ben distinta, que dins d'un cos normatiu aquell buit expressi una omisió intencionada per tal com la seva regulació hagués resultat discordant des d'una perspectiva total i sistemàtica (per representar, per exemple, un cos dissonant, per estrany, dins de l'harmonia pròpia d'un Ordenament)".

Vull acabar aquesta presentació recordant una llarga citació del professor Federico de Castro, neutra, perquè s'aplica a la codificació sigui qui sigui el legislador i les matèries que pretengui codificar, i intemporal, amb independència del temps en què es faci. CASTRO diu:

“Hacer un buen Código, organizador del general convivir, de acuerdo con el sentimiento e ideal nacional, es tarea nada fácil; pero, una vez realizada, será de enorme trascendencia, tanto si nace para implantar un ideal revolucionario, como si se limita a conseguir la unidad de la legislación según los moldes ya aceptados. Sea cualquiera la tendencia a que sirva, supone una condensación de ideas que, con ello sólo, adquieren una mayor fuerza de expansión; su carácter monumental les confiere el valor ejemplar de la obra lograda y la estabilidad de la labor difícil de rehacer; para la Nación que lo realizó es internamente un centro de seguridad jurídica, de permanencia institucional y el herramental más seguro para la unidad jurídica y, con ello, para la unión política y social de su pueblo; externamente, manifiesta el poder creador de los hombres de un país y una raza, y será un medio enérgico de influencia cultural.”<sup>61</sup>

Res més que això desitjo per al Codi de Catalunya.

## BIBLIOGRAFIA

ALPA, Gido (2000). “European Community Resolutions and the Codification of ‘Private Law’”. *European Review of Private Law*, 2, p. 321-332.

ANTOKOLSKAIA, Masha (2002). “Human Rights as a Basis for the Harmonisation of Family Law?”. *Congrés de la International Society of Family Law, celebrada a Copenhaguen-Oslo*, el mes d'agost de 2002; [http://www.jus.uio.no/ifp/isfl/antokolskaia\\_m.rtf](http://www.jus.uio.no/ifp/isfl/antokolskaia_m.rtf).

ARNAUD, André-Jean, (1969). *Les origines doctrinales du Code civil français*. LGDJ, París.

ARNAUD, André-Jean, (1973). “La paix bourgeoise”. *Quaderni fiorentini*, núm. 2, p. 147-176.

ARNAUD, André Jean, (1991). *Pour une pensée juridique européenne*. PUF. Paris.

BADOSA, Ferran (1994). “La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil”. *Iuris*, 1.

<sup>61</sup> CASTRO (1949), p. 176.



CAENEGEM, Raoul C. van (1991). *I signori del Diritto. Giuristi, legislatori e professori nella storia europea*. Trad. de L. Ascheri Lazzari. Milano. Dot. Giuffrè.

CÁMARA, Sergio (1999). “Hacia un Código civil europeo: ¿realidad o quimera?”. *La Ley*, D-61, p. 1668-1676.

CAPPELLETTI ed. (1978). “Introduction”. *New Perspectives for a Common Law of Europe*. European University Institute. Firenze, p. 1-27.

CASTRO, Federico de (1949). *Derecho civil de España*. T. I. Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid.

CASTRONUOVO, Carlo (2001). “Savigny, i moderni e la Codificazione europea”. *Europa e Diritto privato*, 2, p. 219-255.

DELGADO, Jesús (1994). “Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades autónomas en materia de Derecho civil”. *Iuris*, 1.

DÍAZ AMBRONA BARDAJÍ, M. Dolores (dir.) (2001). *Derecho civil comunitario*. Editorial Colex. Madrid.

DÍEZ PICAZO, Luis; ROCA, Encarna; MORALES, Antonio (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos*. Civitas. Madrid.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*. Aranzadi. Pamplona.

HATTENHAUER, Hans (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*. Trad. de Gonzalo Hernández. Editorial Ariel. Barcelona.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (2003). “La Europa del derecho”. *El País*. 13 de enero de 2003.

HESELINK, Martjin (2001). *The New European Legal Culture*. Editorial Kluwer. Deventer.

IGLESIA FERREIROS, Aquilino (1996). *La creación del derecho*. Marcial Pons. Madrid.

LAMARCA, Albert (2002). “Entra en vigor la modernització del dret alemany d'obligacions”. *InDret Working paper* núm. 78, 11 de gener de 2002.

LAMARCA, Albert; RAMOS, Sonia. “Entra en vigor la segona llei alemanya del dret de danys”. *InDret Working paper* núm. 96, 4 de juliol de 2002.

LEGRAND, Pierre (1996). “European Legal Systems are not Converging”. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 45, part 1, p. 52-81.

MCKENDRICK, Ewan (2002). “Traditional Concepts and Contemporary Values”. *ERPL*, 1, p. 95-109.

MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego (2000). *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. 2a edició. McGraw Hill. Madrid.

MARTÍN CASALS, Miquel (2002). “El Codi civil de Catalunya en la cruïlla del dret privat europeu”. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, p. 633-662.

PÉREZ TORRENTE, José Antonio (2000). “Competències legislatives en matèria de dret patrimonial”. *El futur del dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*. Universitat de Girona. Tirant lo Blanch 2000, p. 23-39.

PETIT CALVO, Carlos (1990). *Derecho privado y Revolución burguesa*. Marcial Pons. Madrid.

RIBOT IGUALADA, Jordi (1999). *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*. Tirant lo Blanch. Valencia.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2002). *Derecho privado europeo*. Editorial Comares. Granada.

TARELLO, Giovanni (1976). *Storia della Cultura giuridica moderna*. T. I. Il Mulino. Bologna.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1992). *Manual de Historia del Derecho español*. 4a edició. Editorial Tecnos. Madrid.

WIEACKER, Franz (1957). *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*. Trad. de Fco. Fernández Jardón. Editorial Aguilar. Madrid.

