

SOBRE HARMONITZACIÓ, DRET COMPARAT I LA RELACIÓ ENTRE AMBDÓS

Pablo Lerner*

Poques branques del dret donen lloc a tant debat a l'entorn del seu objecte, el seu abast o la seva importància com el dret comparat. Cap professor de dret penal es preguntaria per a què serveix estudiar dret penal, o cap professor de dret civil, per a què serveix el dret civil, però aquesta pregunta sí que apareix entre els estudis de dret comparat. Fins i tot una considerable part dels comparativistes encaren l'estudi del dret comparat amb una actitud «defensiva».¹

Segons la meua manera de veure, l'interès pel dret comparat és clar: ens ajuda a entendre millor el dret com a creació cultural i proporciona una base intel·lectual per a la interpretació i l'anàlisi de diferents sistemes jurídics, cosa que, en definitiva, també ajuda a entendre i interpretar el propi. El dret comparat és una actitud intel·lectual cap al dret que dona una base teòrica àmplia per a ana-

* Advocat (Universitat de Buenos Aires), doctor en dret (Universitat de Jerusalem) i docent titular (*Senior Lecturer*) a l'Escola de Dret Ramat Gan (Israel). El present treball va tenir el seu origen en la classe donada a la Facultat de Dret de la Universitat Catòlica Argentina el 12 de setembre de 2002. Els trams finals de la investigació van ser duts a terme a l'Institut Helènic de Dret Estranger i Comparat i a la Facultat de Dret de la Universitat d'Atenes (març-abril 2003). Dono el meu agraïment a la Fundació A. Onassis per la beca atorgada i al professor K. Kerameus per la seva hospitalitat i col·laboració. I dono gràcies també al professor A. Vaquer, de la Universitat de Lleida, pels seus comentaris i les seves observacions. Tots els errors són, per descomptat, responsabilitat meua exclusiva.

1. J. MERRYMAN, «The Loneliness of the Comparative Lawyer», a J. MERRYMAN (ed.), *The Loneliness of the Comparative Lawyer and other Essays in Foreign and Comparative Law*, la Haia, 1999, p. 1-12; D. TALLON, «Quel Droit Comparé pour le XXIème siècle?», *Uniform Law Review* (1998), p. 703-709; A. von MEHREN, «The Rise of Transnational Legal Practice and the Task of Comparative Law», *Tulane Law Review*, núm. 75 (2001), p. 1215-1224. Es podria arribar a pensar que és més fàcil escriure sobre dret comparat que escriure dret comparat.

litzar realitats jurídiques.² La comparació és important per als diferents actors de la tasca jurídica, legisladors,³ jutges⁴ i acadèmics, els quals poden trobar-hi diferents usos. És també una manera de demostrar interès pel pluralisme, ja que entén que pobles distints tenen cultures jurídiques distintes. Si bé no és necessari justificar l'interès per la comparació, això no vol dir que no haguem de continuar elaborant els principis en els quals es fonamenta en funció dels canvis que van tenint lloc en el pla jurídic mundial. A causa de les tendències d'unificació del dret, dels canvis ocorreguts en el mapa polític mundial, del procés de globalització i de la interacció entre els països, la comparació adquireix una transcendència renovada.

Si prenem com a premissa que el dret comparat es beneficia de la permeabilitat entre els sistemes, l'etapa de la major comunicació hauria de ser la millor hora per al dret comparat. La crítica que la idea d'harmonització dona un caràcter massa funcionalista al dret comparat és certa, però també el procés d'harmonització ajuda a definir millor el perfil del dret comparat i atorga a aquest una perspectiva més àmplia, ja que treu la comparació del seu caràcter ornamental per a transformar-la en un instrument necessari per a entendre els fenòmens jurídics.

Comparació i harmonització transiten per camins paral·lels; a vegades s'acosten i marxen plegats, i en altres casos van en direccions diferents. Aquesta relació és complexa i admet diferents lectures. Hi ha qui, com Rodolfo Sacco, sosté que, des d'un punt de vista històric, la unificació del dret *no* necessita el dret comparat, mentre que autors com Zweigert i Kötz opinen que l'harmonització

2. Sobre el dret comparat en general, vegeu A. GAMBARO i R. SACCO, *Sistemi Giuridico Comparati*, Torí, 1991, p. 1 i seg.; R. SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, 3a ed., Torí, 1989, p. 6 i seg.; R. SACCO, «Legal Formants: A Dynamic Approach of Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, núm. 39 (1991), p. 1 (part 1) i 343 (part 2), esp. p. 3 i seg.; B. MARKESINIS, «Comparative Law: A Subject in Search of an Audience», *Modern Law Review*, núm. 53 (1990), p. 1-21; P. de CRUZ, *A Modern Approach to Comparative Law*, Deventer, 1993, p. 14 i seg.; P. LEGRAND, «Comparer», *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 48 (1996), p. 278; X. BLANC-JOUVAN, «La formation au droit comparé», *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 48 (1996), p. 347.

3. El legislador va a buscar en el dret comparat elements que li permetin elaborar, o reelegant, la norma local, omplir una llacuna o tenir coneixement de nous instituts que apareguin en altres latituds. En molts casos, l'enfocament del legislador respecte al dret estranger és més proper a la legislació comparada que a un autèntic dret comparat.

4. En el cas del jutge, la seva actitud cap al dret comparat és diferent, ja que en principi només està autoritzat a decidir d'acord amb el dret local. No obstant això, li pot servir com a font d'inspiració i per a desenvolupar una base intel·lectual més àmplia sobre la qual podrà basar les seves decisions. Pel que fa a l'aplicació del dret comparat, vegeu els articles publicats a U. DROBNIG i S. van ERP (ed.), *The Use of Comparative Law by Courts*, la Haia, 1999.

sí que necessita el dret comparat.⁵ En definitiva, ambdues postures són certes! Efectivament, al llarg de la història hi ha hagut processos d'unificació, tal com va ocórrer a l'edat mitjana amb el dret romà o en períodes posteriors amb la recepció del dret francès o el dret alemany,⁶ en els quals els canvis legislatius no es van basar en el dret comparat. De la mateixa manera que l'harmonització no ha de ser assimilada amb el dret comunitari, no tota formació del dret unificat ha d'estar lligada forçosament al dret comparat.⁷ Crec que el que és important és prestar atenció no només al paper del dret comparat en l'harmonització, sinó a com l'harmonització expandeix el dret comparat.

Començaré amb alguns comentaris sobre la noció de *harmonització*. A continuació assenyalaré alguns dels punts en els quals l'harmonització i el dret comparat s'entrellacen, i finalment em referiré a la manera en què el dret serveix com a base per a l'elaboració o la reelaboració dels diferents sistemes jurídics.

1. EL CAMÍ CAP A L'HARMONITZACIÓ

Durant l'Imperi romà, un dret ocupava tot un vast territori. La caiguda de l'Imperi romà d'Occident l'any 476 va comportar una fragmentació del dret a Europa. Però a finals del segle XI es va començar a consolidar a Europa un sistema jurídic basat en el dret romà i el dret canònic, els quals, a partir del seu ressorgiment a la Universitat de Bolonya, van ser ensenyats a totes les universitats i van passar a ser dret positiu, almenys com a dret supletori, a tota l'Europa occidental (quan, al seu torn, a l'Europa oriental continuava vigent el dret romà

5. K. ZWIEGERT i H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3a ed., Oxford, 1998, p. 24 (trad. T. Weir).

6. R. SACCO, «Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, núm. 39 (1994), p. 1, 2 i seg.

7. En una mateixa revista dedicada al tema de l'harmonització és possible trobar opinions diferents. Així, per exemple, un autor sosté: «I do not think that the records of the Court and the Community Legislation suggest they are engaged in a comparative law activity» (I. FORRESTER, «The Role of Comparative Law in the Development of European Law on Intellectual Property», a INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law*, Zuric, 2002, p. 87-104, esp. p. 89), mentre que un altre pot, amb molt bons fonaments, opinar que «le législateur affirme donc correctement, bien que de façon implicite, qu'une mesure d'harmonisation législative requiert une analyse comparative préalable de a situation du droit en vigueur dans les États membres» (B. STAUDER, «L'Exemple du Droit de la Consommation», a INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Role of Comparative Law*, p. 11-40, esp. p. 13).

justinianeu). És l'anomenat *ius commune*, propi d'una era en la qual existia una unitat jurídica, encara que aquesta estava basada en la diversitat.⁸

Aquest sistema va anar canviant progressivament i la importància del *ius commune* va anar disminuint. A mesura que l'estat nacional s'anava fent més fort, el poder polític a Europa se centralitzava, i se centralitzava també la font productora del dret; el dret nacional va anar incrementant la seva importància i el *ius commune* va desaparèixer. El punt culminant d'aquest procés va ser la codificació del segle XIX. La idea de *codificació*, sobretot a partir del codi francès,⁹ s'associa amb el nacionalisme jurídic.¹⁰ Els canvis en el mapa polític mundial, i sobretot a Europa, després de la Segona Guerra Mundial, van portar a un canvi en aquesta concepció, i la constitució de marcs polítics i econòmics comuns, sumats a una interrelació més gran entre els països, van portar a buscar camins per a posar fi a la diversitat de drets. Es van buscar marcs jurídics comuns que agilitessin les transaccions entre els països i facilitessin els processos d'integració.

Les diferències entre els sistemes jurídics s'han anat fent menys marcades i es parla fins i tot de l'elaboració de codis comuns a diferents països, tal com s'ha projectat per a Europa, això sí, fins ara, sense cap resultat concret.¹¹ Cal aquí fer un aclariment. A Europa, una gran part de les veus que se senten en contra de l'harmonització són en realitat veus contra un codi civil europeu que reemplaçi els codis actuals, però la polèmica a l'entorn de la codificació d'un dret europeu no ha de ser entesa com la polèmica a l'entorn de l'harmonització,¹² i encara

8. Em referiré a aquest punt a continuació.

9. Vegeu A. M. RABELLO, «On the Codification Process», a A. M. RABELLO (ed.), *The Principles of Unidroit and National Modern Codifications*, Jerusalem, 2001, p. 149-200, esp. p. 193 i seg.

10. Aquesta idea canvia els nous codis, com en el cas del codi holandès. Sobre el codi holandès (i el seu caràcter eclèctic), vegeu A. HARTKAMP, «Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht», *Rebels Zeitschrift*, núm. 57 (1993), p. 664-684; M. HESSELINK, «Il codice civile olandese del 1992: un esempio per un codice civile europeo?», a G. ALPA i E. BUCCICO (ed.), *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice Civile Europeo*, Milà, 2002, p. 71-82.

11. Vegeu, per exemple, Y. LEQUETTE, «Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar», *Dalloz* (2002), p. 2202-2214; W. van GERVEN, «Codifying European Private Law? Yes, if...», *European Private Law*, núm. 27 (2002), p. 156-176, esp. p. 163.

12. En definitiva, els qui s'oposen a l'harmonització reproduïxen les postures de Savigny, ja que relacionen el procés d'unificació amb un ritme natural que aquest mateix hauria de tenir, i que en definitiva té. P. LEGRAND, «European Legal Systems are not Converging», *International Comparative Legal Quarterly*, núm. 45 (1996), p. 52-81; P. LEGRAND, «Against a European Civil Code», *Modern Law Review*, núm. 60 (1997), p. 44-63; P. LEGRAND, «On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unreasonable Observations», *European Review of Private Law*, núm. 10 (2002), p. 61-76. El pas d'una Europa de codis a un codi per a Europa no és ni ha de ser entès com un procés acotat o com un procés que cal desenvolupar en una única etapa. Vegeu-ne *infra* el text a les referències bibliogràfiques de les notes 142 i seg.

menys contra la comparació.¹³ L'oposició que en determinats cercles europeus hi ha a la codificació no hauria de ser entesa com una oposició total a tot el que s'identifiqui amb l'harmonització. Per exemple, es pot estar a favor d'una llei única per a les transaccions internacionals sense que això impliqui una adhesió a la idea de reemplaçar els codis nacionals. Tal com assenyala Bonell, una codificació unificada per a tot Europa és més difícil d'aconseguir que una codificació del dret comercial transnacional.¹⁴ Centrar l'harmonització en termes de codi pot portar a creure que l'harmonització és un procés unívoc que forçosament ha de desembocar en una legislació única, i això no és així.¹⁵ L'harmonització no ha de ser entesa, almenys en aquest estadi, com un marc jurídic únic i absolut. L'harmonització és un procés pel qual les barreres entre els sistemes jurídics tendeixen a desaparèixer i els sistemes jurídics van incorporant normes comunes o similars, però no és un procés que es doni a diferents nivells, en diferents camps del dret i regits per pautes i principis diferents. Aquest procés es desenvolupa en estadis: parteix de l'acceptació d'instituts, després les solucions es van acostant i, finalment, les diferències queden limitades a aspectes tècnics. L'última fase seria l'adopció de normes comunes sobre la base de projectes d'unificació.

Es parla d'unificació, convergència i harmonització com si fossin intercanviables, però tècnicament són expressions diferents.¹⁶ La convergència es refereix a un procés gradual que es porta a terme sobre la base de canvis en l'ordre legislatiu intern dels països, que adopten una normativa comuna. El terme *convergència* pot ser entès com a sinònim de *harmonització*, encara que sembla més apropiat distingir entre ambdós. Mentre que l'harmonització es refereix a un procés impulsat per legisladors o comissions de diferent tipus, la convergència al·ludeix a un procés més natural que és conseqüència de diferents factors i causes i

13. A favor de la codificació del dret europeu vegeu G. ALPA, «The European Civil Code: "E Pluribus Unum"», *Tulane European and Civil Law Forum*, núm. 14 (1999), p. 1-14.

14. M. BONELL, «Do We Need a Global Commercial Code?», *Uniform Law Review* (2000), p. 469-481, esp. p. 480.

15. W. van GERVEN, «Codifying European Private Law?», p. 156-176.

16. Vegeu, per exemple, S. FERRARI, «Le Fontu Normativa di Produzione non Nazionale», a P. RESCIGNO (ed.), *Trattato di Diritto Privato*, vol. 1, Torí, 1982, p. 147-174, esp. p. 153 i seg.; A. RIEG, «L'Harmonisation européenne du Droit de famille: Myth ou Réalité», a W. STOFFEL i P. VOLKEN (ed.), *Conflicts et Harmonisation: Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Friburg, 1990, p. 473-499, esp. p. 473 i seg.; R. DAVID, «The International Unification of Private Law», *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 2, cap. 5, p. 89; G. CANIYET, «La Convergence des Systèmes Juridiques au Point de Vue du Droit Privé Français», *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 55 (2003), p. 7-22; A. ROSSET, «Unification, Harmonization, Restatement, Codification and reform in International Commercial Law», *American Journal of Comparative Law*, núm. 40 (1992), p. 683-697.

pel qual els sistemes jurídics van guanyant en similitud, encara que, en definitiva, l'harmonització porta a la convergència. A vegades també s'usa el terme *aproximació*, que és la idea utilitzada en el Conveni de Roma¹⁷ pel Parlament Europeu.¹⁸ Mentre que l'harmonització fa més referència a la idea de procés en el qual progressivament es van esborrant diferències entre els sistemes,¹⁹ la unificació és un estadi més evolucionat en el qual els sistemes jurídics es basen en una mateixa norma legal mitjançant l'adopció d'un text únic. Jo utilitzaré generalment el terme *harmonització* sense entrar en gaire detalls, és a dir, entenent-lo com el marc generalitzador, marc que pot incloure també projectes d'unificació o d'aproximació.

Més important que traçar distincions que poden ser en gran manera semàntiques, és entendre que els camins per a aconseguir l'harmonització (i, en definitiva, per a arribar a la unificació) poden ser diversos i no són excloents.²⁰ És possible distingir entre vies centralitzades, és a dir, les que s'emmarquen en un eix polític legal determinat que tendeix a fixar —i fins i tot imposar— la norma harmonitzadora, i vies descentralitzades, per les quals transiten les iniciatives privades. Com a exemple d'harmonització centralitzada podem posar la legislació internacional i les convencions internacionals.²¹ Així, el marc de la Unió

17. Art. 100.

18. Vegeu, per exemple, la Resolució del Parlament Europeu de 15 de novembre de 2001, sobre l'aproximació del dret civil i comercial dels estats membres. Vegeu també el Pla d'acció sobre dret europeu dels contractes, publicat per la Comissió el 12 de febrer de 2003. Vegeu A. QUINONES ESCÁMEZ i A. BATALLA TRILLA, «Un paso inevitable en la armonización del derecho contractual europeo: la elaboración de un derecho internacional privado común atento a los objetivos del mercado interior», a S. ESPIAU i A. VAQUER (ed.), *Bases para un derecho contractual europeo*, València, 2003, p. 617-628; D. STAUDENMAYER, «The Commission Action Plan on European Contract Law», *European Review of Private Law*, núm. 11 (2003), p. 113-127.

19. Per a alguns, el terme *harmonització* és una mica ambigu i menys precís que el terme *unificació*. M. BOODMAN, «The Myth of Harmonization of Laws», *American Journal of Comparative Law*, núm. 39 (1991), p. 699-724.

20. Vegeu J. SMITS, *The Making of European Private Law*, Antwerp, 2002, p. 6 i seg. Vegeu també R. SACCO, «Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, núm. 39 (1991), p. 4-5; H. J. MERTENS, «Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationale Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff», *RabelsZ*, núm. 56 (1992), p. 219-242; A. SCHWARTZ, «Die Europäisierung des Privatrechts am Beispiel des Kaufrechts», a D. MARTINI i N. WITZLEB (ed.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, Berlín, 1999, p. 33-52.

21. Si agafem el cas del dret europeu, es tracta d'un procés d'harmonització que es fa per diferents mitjans, cadascun dels quals té una intensitat diferent i brinda una harmonització en diferents plans: el mateix Tractat de Roma, base de la Unió Europea, va plantejar un principi d'harmonització en establir pautes per a coordinar les polítiques econòmiques. N'és un exemple el cas de la política agrícola comunitària (PAC), que va ser el motor de part dels primers esbossos d'harmonització.

Europea es basa en una activitat legislativa que dóna forma a un autèntic dret europeu harmonitzat en diferents camps.²² Una altra via centralitzada és la cooperació judicial i, particularment pel que fa a Europa, la labor del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

Si passem a les vies descentralitzades, l'harmonització es dóna també com a conseqüència de la pràctica internacional producte de la decisió dels factors del comerç internacional. En la mesura en què comerciants i àrbitres internacionals arriben a la conclusió de la importància de basar la seva activitat en textos uniformement acceptats, es va donant un procés d'harmonització en el tràfic internacional. Des del punt de vista del dret comparat, adquireix una rellevància particular una altra via descentralitzada: la que rep l'expressió en els projectes harmonitzadors, preparats per comissions o grups de treball. Es tracta de principis que poden ser adoptats voluntàriament per comerciants en negocis internacionals i que estan destinats a regir el tràfic dels contractes transnacionals. Aquests treballs no tenen en principi una aplicació compulsiva.²³ Els treballs més significatius són els Principis sobre contractes comercials internacionals Unidroit, els Principis de dret europeu dels contractes (PECL, d'acord amb les sigles en anglès), l'Avantprojecte de codi civil europeu i l'Avantprojecte de codi europeu de contractes. Els Principis Unidroit van ser preparats per l'Institut d'Unificació del Dret, que funciona a Roma sota la direcció de J. Bonell.²⁴

Els PECL van ser elaborats per la Comissió de Dret Contractual Europeu sota la direcció del professor danès Ole Lando. Es tracta d'una comissió

22. Així, podem assenyalar directives que han portat a terme l'harmonització en el camp de la venda fora d'establiments comercials (Directiva 85/577), els viatges combinats (Directiva 90/314), la protecció al consumidor contra clàusules abusives (Directiva 93/13), la utilització d'immobles en règim de temps compartit (Directiva 94/47), la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància (Directiva 97/7), la venda de béns de consum (Directiva 99/44), etc. M. PALACIOS GONZÁLEZ, «El deber de información en los contratos con consumidores», a S. ESPIAU i A. VAQUER (ed.), *Bases para un derecho contractual europeo*, València, 2003, p. 89-96; J. DALHUISEN, *International Commercial and Financial Law*, Oregon, 2000, p. 123 i 125. Sobre el dret de la Comunitat Europea, poden consultar-se, entre altres obres, P. MENGOZZI, *European Community Law* (trad. P. de Luca), 2a ed., la Haia, 1999; T. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, 4a ed., Oxford, 1998; P. CRAIG i G. DE BURCA, *EU Law*, 3a ed., Oxford, 2002.

23. I. DAVIES, «The New Lex Mercatoria: International Interests in Mobile Equipment», *International Comparative Law Quarterly*, núm. 52 (2003), p. 150-176, esp. p. 150.

24. Sobre els Principis Unidroit i el seu camp d'aplicació, podeu consultar M. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, Nova York, 1997; M. BONELL, «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?», a A. M. RABELLO (ed.), *The Principles of Unidroit and Modern National Codifications*, Jerusalem, 2001, p. 9-19; A. M. RABELLO i P. LERNER, «The Unidroit Principles and the Israeli Law», *Uniform Law Review* (2003), en premsa.

privada, si bé va tenir en el seu moment el suport de la Comissió de la Unió Europea. La primera part del treball va ser publicada el 1995, i la segona, el 1999.²⁵ La tercera part va ser completada l'any 2003. Els Principis no tenen força obligatòria i estan destinats a servir de model a la futura llei europea o, com en el cas dels Principis Unidroit, si les parts en un contracte remetent expressament a ells com a llei aplicable. Tenint en compte que part dels acadèmics que van prendre part en la redacció d'aquests principis també van participar en la comissió que va preparar els PECL, també coneguda com a *Comissió Lando*, no és estrany que moltes de les solucions que trobem en els Principis Unidroit apareguin en els PECL. A més, existeix una clara correlació entre ells i la Convenció de Viena de 1980, sobre contractes internacionals.²⁶ Dos avantprojectes de codi civil, l'avantprojecte del professor Von Bar i l'avantprojecte del Grup de Pavia, sota la direcció del professor G. Gandolfi, tenen ja com a objectiu no només servir de «principis», sinó ser la base per al futur codi europeu, encara que la materialització d'aquesta idea està en un estadi embrionari. En el cas de l'avantprojecte del Grup de Pavia,²⁷ es tracta d'un codi europeu de contractes, projecte que guarda força similitud amb les solucions del codi civil italià i el projecte de Codi McGregor. El projecte de Von Bar²⁸ es basa en el treball de la Comissió Lando, si bé excedeix el marc del dret de contractes. Està clar que també en altres marcs, com per exemple el de les convencions internacionals —com la Convenció de Viena sobre la compravenda internacional—, podem veure la recerca de l'harmonització a través de la comparació.

Tots aquests projectes admeten una doble lectura, ja que poden ser entesos com a projectes de legislació futura, incloent-hi la possibilitat de ser aplicats voluntàriament per les parts de contractes internacionals, encara que no arribin a tenir força obligatòria de llei o convenció, però també poden ser entesos com a textos de dret comparat, ja que tots ells es basen en un detallat treball comparatiu. En aquesta harmonització descentralitzada, per la via de principis o per la via de projectes de codificació, és on el dret comparat troba la seva expressió més gran, ja que es tracta de treballs que parteixen de la base de l'existència de solucions jurídiques diferents i busquen trobar el denominador comú que serveixi de base a una futura legislació transnacional. Els PECL estan formulats

25. O. LANDO i H. BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law*, parts I i II, la Haia, 2000.

26. Sobre l'evolució de la Convenció de Viena de 1980 i els seus antecedents històrics, vegeu, per exemple, A. GARRO i A. ZUPPI, *Compravenda internacional de mercaderies*, Buenos Aires, 1990, p. 29.

27. El grup de treball està presidit pel professor italià G. GANDOLFI. Vegeu la ressenya de C. BRIZZIO «Anteproyecto de código europeo de contratos», *La Ley*, 1999-C, p. 985-1014, esp. p. 987.

28. Vegeu el lloc web de l'avantprojecte: www.sgecc.net.

amb notes que remetent al dret vigent en cadascun dels països de la Comunitat Europea i són, des d'aquest punt de vista, un clar treball comparatiu.

Si parlem d'un procés d'harmonització portat a terme sobre un treball de comparació, aleshores és fàcil plantejar la qüestió sobre la relació entre aquells que treballen en l'harmonització i aquells que s'interessen pel dret comparat. En altres paraules, suposem que trobem dos juristes, a qui no coneixem, i els preguntem quin és el seu camp: un respon que fa dret comparat i l'altre ens diu que s'ocupa de qüestions d'harmonització dels sistemes jurídics. Hem de suposar que en realitat ambdós transiten per les mateixes línies intel·lectuals en la seva investigació? Les seves activitats es complementen? Tenen l'harmonització i la comparació espais diferents? Són dependents, o no? A continuació miraré d'expressar alguns punts en els quals es manifesta aquesta relació.

2. COMPARATIVISTES I HARMONITZADORS: ENFOCAMENT SIMILAR?

Sobretot per part d'aquells que no estan d'acord amb l'harmonització i d'aquells que no s'interessen pel dret comparat, se sol sentir la crítica, cap a comparativistes i harmonitzadors, que ambdós treballen sobre la base d'un enfocament europeu i que la seva activitat es desenvolupa en el camp del dret privat. Em referiré primer a la idea d'*eurocentrisme* i després afegiré algunes notes sobre el caràcter «privat» que tenen el dret comparat i l'harmonització. Crec que ambdues característiques no són exactes i que fins i tot, a mesura que el procés d'harmonització es vagi materialitzant, perdran rellevància.

2.1. «EUROCENTRISME»

Efectivament, qui presta atenció a la relació que hi ha entre el dret comparat i l'harmonització pot percebre que ambdós camps estan imbuïts de característiques o influències del que podríem anomenar *cultura jurídica europea*, i encara ho estan més del que es coneix com a *dret continental*.²⁹ En gran manera, estem acostumats al dret comparat occidental, en el qual la reflexió sobre altres

29. No obstant això, qui vulgui argumentar que l'interès per la comparació no és una cosa desconeguda a Anglaterra, pot esmentar la dada que el British Institute of Comparative Law va ser fundat el 1895. Ja el 1869 Maine va esdevenir el primer titular del curs de teoria general d'història del dret i dret comparat a Oxford.

tradicions jurídiques no té gaire cabuda.³⁰ Recordem que l'interès pel dret comparat va sorgir a Europa durant la segona meitat del segle XIX³¹ i es va afirmar després del I Congrés de Dret Comparat que es va celebrar justament a París el 1900. L'«eurocentrisme» del dret comparat no és geogràfic, sinó que es manifesta per mitjà d'una actitud intel·lectual cap a la comparació caracteritzada per la relació particular que hi ha entre Europa i la resta del món. L'Europa del segle XIX i d'almenys començaments del segle XX va ser «exportadora» de sistemes jurídics, i països menys desenvolupats econòmicament i més dependents culturalment es van abocar cap a Europa.³² Els juristes no europeus van veure Europa com a model de comparació i, encara més, com a model que calia adoptar.³³ Sempre han estat nacions no hegemòniques les que han mostrat major permeabilitat cap als sistemes forans.³⁴ Tenim el cas del dret de Llatinoamèrica, la qual tradicionalment ha basat el seu dret privat en models europeus. Així, per exemple, veiem la clara influència francesa que hi va haver en el dret argentí,³⁵ i en les últimes dècades veiem també influència italiana.³⁶ Existeix el que podríem anomenar

30. Vegeu M. van HOECKE i M. WARRINGTON, «Legal Culture, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 47 (1998), p. 495-536.

31. Vegeu G. GORLA i L. MOCCIA, «Profili de una Storia del Diritto Comparato in Italia e nel Mondo Comunicato», *Rivista de Diritto Civile*, núm. 33 (1987), p. 237-262, esp. p. 240; P. de CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, 2a ed., Londres, 1999, p. 14 i seg. Una mostra d'aquest interès és que van començar a aparèixer revistes de dret comparat. Així, per exemple, el 1829 va començar a publicar-se a Heidelberg *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*.

32. No vull caure aquí en simplificacions excessives, però es podria adduir que l'eurocentrisme està lligat al paper de la cultura europea en el concert mundial.

33. Generalment, existeix una tendència a centrar l'estudi del dret comparat en països intel·lectualment menys avançats. R. SACCO, *Che cos'è il Diritto Comparato*, Milà, 1992, p. 30; A. WATSON, *Legal Transplants*, 2a ed., Geòrgia, 1993, p. 99.

34. Mentre que en els països desenvolupats el dret comparat és un àmbit per als comparativistes, en els països dependents el dret comparat és considerat moltes vegades un element de modernització del sistema jurídic i l'ús de fonts estrangeres ocupa espais importants dins de les acadèmies locals, cosa que moltes vegades s'ha traduït en una certa dependència cultural.

35. Sobretot, hi va haver una clara influència dels autors «clàssics». Menor és, en canvi, la influència dels juristes francesos més moderns. Això es veu en les edicions més noves i en les publicacions actualitzades, que continuen citant únicament els clàssics del dret francès. Vegeu, per exemple, J. J. LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil*, part general, 19a edició, Buenos Aires, 2001 (actualitzat per P. Raffo Benegas) [citant Aubry-Rau, Demolombe, Duranton, Josserand i, tot i que no és francès, Savigny]; E. Zannoni, *Derecho civil: Derecho de familia*, Buenos Aires, 2002 (citant Ripert Boulanger, Troplong, Planiol, Ripert, etc.). Potser això també és degut que la doctrina francesa d'avui treballa amb paràmetres diferents dels que va tenir en el passat.

36. P. LERNER, «El código civil italiano de 1942 y las reformas al código civil argentino», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103 (2002), p. 167-195.

menar *permeabilitat* per rebre idees jurídiques estrangeres. Així, no és estrany que encara avui, malgrat que existeix una doctrina nacional ben consolidada, sigui suficient observar les diferents revistes jurídiques per a trobar articles amb diferents graus de referència a sistemes o doctrines estrangeres.³⁷ També els projectes de reforma de codis civils mostren una profunda atenció als models comparats.³⁸

Paral·lelament, també l'harmonització transita per vies eurocentristes, i això és gairebé una conseqüència necessària d'una realitat incontestable: fins ara, el marc on l'harmonització ha aconseguit el seu exemple més acabat, malgrat totes les dificultats, és la Comunitat Europea. Si bé els èxits són encara parcials i no falten les veus contra l'harmonització «made in Brussel·les», la Unió Europea ha avançat indubtablement cap a un sistema jurídic basat en l'harmonització. Es tracta d'un espai geogràfic que posseeix una estructura jurídica comuna i una voluntat política fèrria, que permet i estimula la convergència dels sistemes jurídics. Aquest marc i aquestes condicions no existeixen encara en altres llocs. Alguns intents, com el cas del Mercosur a Amèrica del

37. De manera totalment accidental és possible assenyalar alguns títols de treballs on es veuen referències al dret estranger en diferents graus: L. LEIVA FERNÁNDEZ, «La técnica legislativa del Proyecto de Código civil de 1998», *La Ley*, 1999 (D), p. 1100-1116; G. MEDINA i C. WINOGRAD, «Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y la jurisprudencia comparada», *Jurisprudencia Argentina*, núm. IV (2000), p. 1078-1089; A. MORELLO, «Armonización y unificación de sistemas procesales civiles. Panorama», *La Ley*, 2000 (B), p. 1224-1231; A. BELLUSCIO, «Nueva base para la reforma del derecho de familia francés», *La Ley*, 2000 (B), p. 1293-1300; G. SCHOTZ, «Una introducción al estudio del *Factoring* internacional en el Mercosur», *El Derecho*, núm. 186 (2000), p. 1218-1232; G. GONZÁLEZ, «Comercio electrónico. Enfoque legal. Perspectiva internacional», *La Ley*, 2001 (B), p. 1262-1270; M. SALERNO, «La imprevisible alteración del contrato a causa del fenómeno monetario», *La Ley*, 2002 (A), p. 1317-1324; A. MONTELEONE LANFRANCO, «Sociedad extranjera no inscrita», *La Ley*, 2002 (A), p. 1325-1336; G. PEYRANO, «Banco de datos y tratamiento de datos personales: análisis de algunas problemáticas fundamentales», *Jurisprudencia Argentina*, núm. II (2001), p. 820-835; J. CASAS, «El concubinato: evolución y problemática», *Jurisprudencia Argentina*, núm. IV (2001), p. 1193-1214; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, «Determinación de la filiación del clonado», *Jurisprudencia Argentina*, núm. IV (2001), p. 1375-1407; J. ANAYA, «El código de comercio francés (I)», *El Derecho*, núm. 193 (2001), p. 621-629; A. STRATTA, «El código de comercio francés (II)», *El Derecho*, núm. 193 (2001), p. 888-900; H. MAIRAL, «Responsabilidad del estado en el derecho comparado», a *Responsabilidad del estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2001, p. 367-371; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, «La personalidad de las fundaciones en el Código de Velez Sarsfield y en el derecho comparado», a ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO DE CÓRDOBA, *Homenaje a Dalmacio Velez Sarsfield*, Córdoba, 2000, p. 387-416.

38. Vegeu el projecte preparat per H. ALEGRÍA i A. ALTERINI *et al.* *Proyecto de Código civil de la República Argentina*, Buenos Aires, 1999 [el projecte no ha assolit encara la sanció legislativa].

Sud,³⁹ no han aconseguit arribar a una etapa avançada de consolidació.⁴⁰ En el camp del dret internacional privat, a Llatinoamèrica s'han aconseguit certs —parcials— progressos, com per exemple els tractats de Montevideo de 1889 i 1940 i els treballs que porta a terme la CIDIP.⁴¹ Però tot això no és sinó una imitació del que seria un veritable procés d'harmonització del dret llatinoamericà. És per això que, quan busquem material per a parlar d'harmonització, hem d'acudir al lèxic europeu.

Tradicionalment, els juristes europeus s'han interessat per sistemes jurídics no europeus, amb més interès antropològic que jurídic.⁴² Però, si tal com explica Mattei, el lideratge europeu ha canviat i Europa ha passat de ser una exportadora d'idees a ser una importadora d'idees, la idea del dret comparat com a eurocentrista hauria de travessar avui en dia una nova lectura. El renovat interès per entendre cultures jurídiques que no són europees, i que no són occidentals, dóna una nova perspectiva al dret comparat. És necessari encarrilar la reflexió sobre l'harmonització cap a perspectives més àmplies i no ubicar-la *exclusivament* dins del pla jurídic europeu. Si busquem sistemes que puguin servir com a base d'anàlisi per a analitzar la convergència de diferents tradicions jurídiques, els podem buscar fora d'Europa, per exemple en el que es coneix com a *sistemes mixtos*, en els quals trobem diverses influències que demostren que diferents tradicions jurídiques poden conuiu en un mateix sistema. Aquests sistemes poden servir com a laboratori per a estudiar la «cohabitació»⁴³

39. Sobre l'estructura jurídica del Mercosur, vegeu A. MORELLO (ed.), *El Mercosur: Aspectos institucionales y económicos*, La Plata, 1993. Sobre els problemes i les limitacions en la unificació del dret al Mercosur, vegeu D. FERNÁNDEZ ARROYO, «International Contract Rules in Mercosur: End of an Era of Trojan Horse», a P. BORCHERS i J. ZEHOLL (ed.), *International Conflict of Laws for the third Millennium: Essays in the Honour of Friedrich Juenger*, Nova York, 2001, p. 157-173.

40. També a l'Àfrica hi ha intents d'harmonització regional, com els que porta a terme l'Organització per a l'Harmonització del Dret Comercial Africà. No puc emetre cap opinió respecte a aquesta qüestió, ja que no tinc informació sobre les activitats d'aquest institut ni de quina manera la idea d'harmonitzar el dret africà ha pres forma.

41. D. OPERTI BADAN, «L'Oeuvre de la CIDIP dans le Contexte du Droit International Privé Actuel», a A. BORRÁS *et al.* (ed.), *E Pluribus Unum: Liber Amicorum George Droz*, la Haia, 1996, p. 269-286; E. VESCONI, «Hacia un derecho comunitario en el Mercosur», a P. YESSIOU-FALTSI (ed.), *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Tossalónica, 1998, p. 525-541.

42. Eximis comparatistes europeus es van interessar pel dret africà. Aquest és l'exemple del professor italià R. SACCO. No obstant això, es tracta d'excepcions. El treball del professor Glenn és també un exemple d'interès de la comparació per cultures jurídiques no europees. H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, 2000.

43. Quan ens referim a sistemes mixtos, ens referim a sistemes jurídics que reuneixen elements de *common law* i de *civil law*. Existeix una altra accepció, més heterodoxa, del terme *sistema*

de tradicions jurídiques de diferent encunyació. Podem considerar els casos d'Israel,⁴⁴ la Louisiana o Sud-àfrica,⁴⁵ i aquests ens ajudaran no només a entendre l'harmonització «en la pràctica», sinó que serviran com a pont cap a altres tradicions per a treure el dret comparat de l'eurocentrisme.

Existeix un altre aspecte lligat a l'argument de l'eurocentrisme al qual ha de prestar-se atenció. La visió eurocentrista té avui dia una connotació addicional a la que va tenir al segle XIX, en funció de l'actitud refractària de l'acadèmia americana a la comparació⁴⁶ i l'harmonització. Mentre que per als professors europeus la integració ha accentuat l'interès per la comparació, per a la majoria dels professors de dret nord-americà el dret comparat és, en el millor dels casos, un camp perifèric.⁴⁷ En definitiva, els principals exponents del dret comparat als Estats Units van ser europeus, emigrants d'Alemanya que van arribar als Estats Units en vigílies de la Segona Guerra Mundial com a conseqüència de les persecucions del nazisme i allí van confirmar el seu caràcter de refugiats, «refugiant-se» intel·lectualment en el dret comparat.⁴⁸ Alguns d'aquests van tenir una indubtable transcendència a escala mundial, com el professor Schlessinger, però no van poder influir en la concepció provincialista que és patrimoni de la doctrina nord-

mixt, i és quan un sistema està format sobre la base de dos o més models, com és el cas del Codi civil italià, que es basa en els drets alemany i francès. Vegeu C. BRIZZIO, «Anteproyecto de código europeo», p. 987, i V. PALMER, *Mixed Jurisdictions Worldwide*, Cambridge, 2001, p. 7 i seg.

44. Pel que fa al model d'Israel, vegeu A. BARAK, «The Tradition and Culture of the Israeli Legal System», a A. M. RABELLO (ed.), *European Legal Traditions and Israel*, Jerusalem, 1994, p. 473-498, esp. p. 479 i seg.; A. BARAK: «The Civil Code Interpretation in Israel», a A. KELLERMAN, K. SIEHR i T. EINHORN (ed.), *Israel Among the Nations*, la Haia, 1998, p. 1-34; A. M. RABELLO, «Harmonization of Common Law and Civil Law in the Private Law of the State of Israel», *Israel Reports to the XIII International Congress of Comparative Law*, Jerusalem, 1990, p. 1-14; A. M. RABELLO i P. LERNER, «Israeli Contract Law: a Laboratory for Europe?», a S. ESPIAU i A. VAQUER (ed.), *Bases para un derecho contractual europeo*, València, 2003, p. 689-709.

45. Vegeu G. van NIEKERK, «The Convergence of Legal Systems in Southern Africa», *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, núm. 35 (2002), p. 308-318.

46. Sobre la relació entre la doctrina americana i el dret comparat, vegeu, entre altres, U. MATTEI i A. di ROBILANT, «The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe», *Tulane Law Review*, núm. 75 (2001), p. 1053-1098; M. RHEIMANN, «Stepping out of the European Shadow: Why Comparative Law in United States must develop its own agenda?», *American Journal of Comparative Law*, núm. 46 (1998), p. 637-646. Vegeu també O. SANDROCH, «Über das aussehen des deutschen Zivilrechts in der Welt. Von der Weltstellung des deutschen zur hegemonie des US-amerikanische Recht», *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, núm. 100 (2001), p. 3-40, esp. p. 13 i seg.

47. J. LANGBEIN, «The Influence of Comparative Procedure in the United States», *American Journal of Comparative Law*, núm. 43 (1995), p. 546.

48. P. LEGRAND, «John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: a Dialogue», *American Journal of Comparative Law* (1998), p. 3-66, esp. p. 5 i seg.

americana. Existeixen comparativistes cèlebres en la doctrina nord-americana,⁴⁹ però en general la ciència del dret comparat està més lligada a l'entorn jurídic europeu que al nord-americà. Aquesta actitud de la comunitat jurídica nord-americana cap al dret comparat no hauria de causar una admiració particular: d'acord amb el que s'ha exposat, el dret comparat significa el contrari del parroquialisme, i el parroquialisme és una característica de les nacions grans i riques.⁵⁰

No pot sorprendre, doncs, que les veus que s'oposen a l'harmonització considerin el cas dels Estats Units, on veiem cinquanta sistemes jurídics diversos, cosa que demostra que un país amb un desenvolupament econòmic enorme pot basar-se en una estructura jurídica fonamentada en la diversitat. Aquesta afirmació no és tan exacta. És veritat que, *cap enfora*, els Estats Units no han mostrat un interès particular pel procés d'harmonització, potser de la mateixa manera que tampoc no han mostrat un interès particular pel dret comparat. No és tan així *cap endins*. En primer lloc, llevat del cas de la Louisiana, en el camp del dret privat a tots els Estats Units es treballa amb un sistema de *common law*. A tots els Estats Units impera la mateixa cultura jurídica.⁵¹ Encara més, el dret nord-americà està portant a terme un procés d'harmonització intern que té lloc, entre altres vies, per mitjà dels treballs realitzats per la National Conference of Commissioners on Uniform State Law (NCCUSL) i l'American Law Institute, i que es palesa en els *restatements* i en l'Uniform Commercial Code.⁵² A més, encara *cap enfora* i pel que fa a l'harmonització, es va observant gradualment un interès cada vegada més gran per aquesta en certs cercles de la doctrina americana. Aquest és el cas de la col·laboració entre l'American Law Institute i l'Institut Unidroit en l'elaboració dels principis i les regles relatius al procediment civil internacional.⁵³ Es pot confiar que, progressivament, també en aquest sentit l'harmonització —i, per consegüent, la comparació— deixarà de ser un camp eurocèntric. Dependrà molt de la marxa dels processos econòmics i polítics a escala mundial.

Una última reflexió respecte a l'eurocentrisme: establir nous paràmetres per a l'anàlisi comparativa, adoptar una actitud menys occidental, entendre que el

49. Hi ha hagut comparativistes nord-americans importants, com H. YNTEMA, i avui dia a l'acadèmia dels Estats Units hi ha cèlebres professors de dret comparat, com per exemple M. A. GLENDON (Harvard) o J. GORDLEY (Berkeley).

50. P. LEGRAND, «John Henry Merryman», p. 8.

51. Fins i tot es pot dir que dins de cadascun dels estats hi ha dret unificat, i no simplement drets locals autònoms. Però aquest no és un argument molt convincent, ja que aquesta situació pot assimilar-se amb el que passa a Europa, on dins de cadascun dels països hi ha un dret únic.

52. Vegeu D. VAGTS, «Harmonizing Divergent Laws: the American Experience», *Uniform Law Review*, núm. 3 (1998), p. 711-720.

53. Vegeu els comentaris que van aparèixer a l'*Uniform Law Review*, núm. 4 (2001).

que és un dret per a un francès o per a un alemany no és el mateix que per a un japonès, no és una qüestió simple. El fet que estenguem l'estudi sobre l'harmonització més enllà del pla europeu no significa que, pel que fa a l'harmonització, les condicions que es donen a Europa per a arribar a una convergència entre els sistemes siguin similars a les que es puguin donar en altres latituds. Ampliar el marc del diàleg no implica que haguem de fer analogies en tots els casos.

2.2. «PRIVATISME»

Tradicionalment, el dret comparat ha estat vist lligat al dret privat.⁵⁴ És veritat que qui pot ser definit com un dels fundadors del dret comparat, Montesquieu, es va ocupar de qüestions que clarament poden ser definides com a dret públic, i que és possible assenyalar exponents importants del dret públic que van prestar atenció al dret comparat.⁵⁵ Tot i així i sense desestimar la importància que desperta el dret públic comparat, quan comencem a enumerar els principals exponents del dret comparat, la llista està composta principalment per noms identificats amb el dret privat.⁵⁶ Es poden assenyalar diferents causes d'aquesta tendència. Crec que una d'aquestes causes és segurament que el dret privat ofereix un incentiu per a la comparació per la seva tendència natural a buscar una normativa comuna en les transaccions internacionals i pel fet de tenir, el dret privat, arrels comunes (la referència és des d'ara mateix respecte al dret romà).

Per la seva banda, parlar de l'harmonització com un procés que es dona principalment en el camp del dret privat implica una apreciació que és limitada i generalitzadora alhora. Limitada perquè fins i tot a Europa, on s'ha arribat a un grau relatiu d'harmonització, el procés es dona només en certes àrees del dret privat, com en el dret laboral, el dret d'assegurances o el dret de la competència.⁵⁷ De la mateixa manera que hi ha matèries en les quals l'harmonització és gairebé

54. Això és així tant a Europa com als Estats Units. M. RHEIMANN, «Stepping out of the European Shadow», p. 639.

55. Així, per exemple, A. ESMEIN, *Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, París, 1928; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*, Milà, 1974; M. CAPPELETTI, *Comparative Constitutional Law*, Indianàpolis, 1979. Vegeu J. BELL, «La comparaison en Droit Public», a SOC. LÉG. COMPARÉ (ed.), *Mélanges en l'Honneur de Denis Tallon*, París, 1999, p. 33-44.

56. Donaré alguns noms, i em disculpo des d'aquest moment perquè tota llista d'aquest tipus és sempre incompleta: R. David, J. Gordley, G. Gorla, H. Kötz, E. Lambert, B. Markesinis, J. Merryman, F. Rabel, R. Sacco, R. Schlessinger, D. Tallon, R. Zimmermann, K. Zweigert.

57. K. CHRISTAHAHON-FOTIADI, «Einfluss des europäischen Rechts auf das griechische Zivilrecht», *Revue Hellénique de Droit International*, núm. 53 (2000), p. 277-291, esp. p. 279.

la conseqüència natural de la mateixa evolució del camp —com és el cas de la protecció del consumidor, o del dret de danys en camps nous, com el dels danys ecològics—, hi ha branques del dret en les quals es fa molt difícil arribar a un procés d'harmonització. En realitat, no hi ha encara harmonització en drets reals⁵⁸ o en les successions. L'harmonització en el camp del dret de família és, en el millor dels casos, fragmentària.⁵⁹ En definitiva, els principals esforços d'harmonització se centren en el dret de les obligacions i els contractes.

Però, d'altra banda, dir que l'harmonització és rellevant només en el dret privat implica fer una generalització excessiva. No cal excloure del procés d'harmonització el dret públic. És cert que encara és difícil pensar en una harmonització en l'àmbit dels sistemes de govern, però la unificació regional i la globalització comporten un major interès per l'anàlisi comparativa de les diferents estructures constitucionals⁶⁰ i dels drets fonamentals. Respecte a Europa, es pot pensar en un cert nivell d'harmonització constitucional que ve donat per la mateixa existència de principis fonamentals supranacionals, als quals estan subordinats de tal o tal altra manera els estats membres,⁶¹ més enllà del fet que la idea de cooperació econòmica i interdependència no pugui estar separada de l'existència de valors constitucionals comuns. Però fins i tot fora del marc de la Unió Europea podem veure una aproximació dels sistemes jurídics pel que fa a l'acceptació de principis fonamentals en el tema dels drets humans,⁶² o l'ús de principis constitucionals com a pauta per a resoldre qüestions de dret privat.⁶³

Comparativistes i harmonitzadors poden gradualment descobrir que no té

58. Però sí que hi ha alguns projectes en aquest sentit. Per exemple, en el marc del Grup de Trento es fa un treball sobre les garanties mobiliàries: E. KREMMER, *Security on Movables* (en preparació), citat a www.jus.unitn.it/dsg/common-core/books.html.

59. D. MARTINI, «Die Möglichkeit der Vereinheitlichung des Familienrechts innerhalb der Europäischen Union», a D. MARTINI i N. WITZLEB (ed.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, Berlín, 1999, p. 177-189. Una comissió d'acadèmics europeus analitza la possibilitat i les vies pràctiques de l'harmonització del dret de família. Ch. JUPPESEN i I. SUMMER, «Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe», *European Review of Private Law*, núm. 11 (2003), p. 269-272.

60. Vegeu, per exemple, G. MARBIDELLI, L. PEGORARO et al., *Diritto Costituzionale Italiano et Comparato*, Bolonya, 1995.

61. Vegeu la ponència de P. CRUZ-VILLALÓN «Nationale Verfassungsangleichung zur Stunde Europäischer Verfassungsgebung», a *2nd. European Jurists Forum*, Atenes, maig 2003 (pendent de publicació).

62. Vegeu G. BUQUICCHIO i P. GARRONE, «L'Harmonisation du Droit Constitutionnel Européen: la Contribution de la Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit», *Uniform Law Review*, 1998, p. 323-338.

63. Vegeu A. M. RABELLO i P. SARCEVIC (ed.), *Freedom of Contract and Constitutional Law*, Jerusalem, 1998.

gaire sentit esforçar-se a delinear les fronteres entre el dret públic i el dret privat justament atesa la interacció cada vegada més gran entre ambdós. El dret comparat ha de sortir del camp del dret privat, ja que les fronteres entre el dret públic i el dret privat tendeixen a difuminar-se. Això es farà més evident a mesura que l'harmonització amplii l'espectre de qüestions d'interès comú entre els diversos sistemes.

3. EL MARC DE LA COMPARACIÓ

Tant el comparativista com l'harmonitzador comparen sistemes jurídics diferents. Però hi ha una diferència entre ells pel que fa al marc de la comparació o, per ser més precisos, pel que fa al nombre de sistemes jurídics que ambdós han de tenir en compte. El comparativista és en cert sentit més lliure que l'harmonitzador, ja que pot elegir el seu objecte d'estudi, els sistemes que prefereix comparar, el seu nombre i la seva relació. Però això no és així en l'harmonitzador, que guia el seu treball en funció d'un nombre ampli de sistemes i ha de tractar de trobar el denominador comú entre ells. El marc harmonitzador és el que determinarà el nombre de països que s'han de tenir en compte. Aquesta diferència influeix en el treball d'ambdós en diferents aspectes. Em referiré en particular a dos d'aquests: la metodologia de treball i l'ús del llenguatge.

3.1. LA QÜESTIÓ METODOLÒGICA

En el dret comparat, la discussió a l'entorn del mètode té una importància particular.⁶⁴ No em refereixo a la discussió sobre si el dret comparat és ciència o mètode, ja que sembla ben acceptat que pertany a la primera categoria⁶⁵ (i això, sense perjudici que com a mètode pugui ser aplicat a altres branques del dret), sinó a les qüestions metodològiques que abasta. Des de l'època de Montesquieu fins als nostres dies hi ha hagut diferents maneres de veure el dret com-

64. Pel que fa al problema del mètode en el dret comparat, vegeu A. WATSON, *Legal Transplants*, 2a ed., Geòrgia, 1993, p. 1 i seg.; K. ZWEIGERT, «Methodological Problems in Comparative Law», *Israel Law Review*, núm. 7 (1972), p. 465; I. ZASTAY, «Problemes Methodologiques de droit Comparé», a M. ROLLAND (ed.), *Aspects Nouveaux de la Pensée Juridique: Recueil d'Études en Hommage à Marc Ancel*, vol. 1, París, 1975, p. 69-79.

65. K. BERGER, «Harmonization of European Contract Law: The Influence of Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 50 (2001), p. 877-900, esp. p. 894; V. V. PALMER, «Insularity and Leadership in American Comparative Law: the past one hundred

parat.⁶⁶ Es parla d'una mètode comparatiu que parteix de la definició del problema, la construcció d'un perfil i l'exposició d'una teoria basada en les semblances o diferències,⁶⁷ encara que això és relatiu, ja que el mètode del comparativista estarà en funció de l'enfocament teòric que pretengui exposar. Ara, mentre que el comparativista es guia per l'interès a formular una teoria general del model que estudia, l'harmonitzador té un altre enfocament metodològic, ja que agafa aquest marc teòric no com una fórmula que s'ha d'aconseguir, sinó com el punt de partida per a la seva tasca.

A diferència del comparativista, l'harmonitzador no busca redactar una teoria general, sinó que es nodreix d'aquesta. El comparativista no està obligat a escollir. En canvi, l'harmonitzador ha de tenir en compte que hi ha solucions diverses, i ha d'escollir entre una d'aquestes en el cas que existeixi una solució millor que una altra. A més, l'harmonització aspira a formular una llei que «representi» els diferents sistemes. I, per tant, la tasca harmonitzadora busca obtenir cert consens. És per això que es té la idea que els projectes d'harmonització han de ser conseqüència del treball de juristes de diferents països. Generalment, aquests grups d'harmonització estan formats per acadèmics, encara que no hi falten també advocats, que aporten la seva experiència en l'exercici professional. En aquests grups s'elegeix un membre ponent per a cada tema i després el seu informe és discutit en comissió. Finalment, el text proposat és analitzat en el que seria una sessió plenària. A vegades el text pot tornar de la sessió plenària a la comissió per a una reelaboració.⁶⁸

La idea d'harmonitzar porta a buscar formes metodològiques que donin

years», *Tulane Law Review*, núm. 75 (2001), p. 1093-1101, esp. p. 1100; R. SACCO, «One Hundred Years of Comparative Law», *Tulane Law Review*, núm. 75 (2001), p. 1159-1176, esp. p. 1162. D'alguna manera, el caràcter científic del dret és molt més clar encara en el cas dels juristes continentals, ja que en el dret continental el dret es va veure més com una ciència basada en motlles teòrics conceptuals, mentre que la concepció que impera en el *common law* propugna que l'estudi del dret es basa més en l'estudi de casos i en l'anàlisi pràctica.

66. Sobre Montesquieu i el dret comparat, vegeu A. M. RABELLO, «Montesquieu and the Codification of Private Law», a A. M. RABELLO (ed.), *European Legal Traditions and Israel*, Jerusalem, 1994, p. 39-53.

67. U. MATTEL, «The Comparative Jurisprudence of Schlessinger and Sacco: a Study on Legal Influence», a A. RILES (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, 2001, p. 238-256, esp. p. 238; W. KAMBA, «Comparative Law: a Theoretical Framework», *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 23 (1974), p. 485-519.

68. Vaig agafar l'exemple particular de la forma de treball dels PECL. Vegeu O. LANDO, «Contract Law in the EU. The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law», a *2nd. European Jurists Forum*, Atenes, maig 2003 (pendent de publicació). En els altres projectes d'harmonització la forma de treball és, en línies generals, similar.

la base per a aquest procés. El dret comparat es posa al servei de l'harmonització i crea marcs metodològics concordes, tant pel que fa a la forma d'encarar el treball comparatiu, com pel que fa a l'aspiració de trobar el comú denominador més ampli entre tradicions jurídiques diferents. Una manera particular de trobada metodològica entre harmonització i comparació, la trobem en el treball de l'anomenat *Grup de Trento*,⁶⁹ que continua el projecte del *common core* del professor Rudolf Schlessinger.⁷⁰ Com és sabut, la idea és reunir juristes de diferents tradicions jurídiques, els quals, davant de qüestions similars formulades en forma de casos, exposen la solució que consagra el sistema jurídic dels seus països respectius. Aquest tipus de treball pretén posar el dret comparat «al servei de l'harmonització» a l'efecte d'aclarir el marc doctrinal que pot servir al procés d'harmonització del dret europeu. Encara que els seus objectius són diferents dels dels projectes d'harmonització,⁷¹ ambdós tenen un denominador comú: la idea és que totes les societats tenen problemes similars, apliquen solucions diferents i arriben a resultats bastant semblants. Fins ara el Grup de Trento ha publicat dos volums, sobre la bona fe i sobre l'exigibilitat de les promeses.⁷² Un projecte similar es porta a terme en relació amb el dret sobre danys i perjudicis.⁷³ Aquests treballs no plantegen un text harmonitzador, sinó que permeten tenir una idea de les regles que imperen en diferents sistemes jurídics que caminen cap a un dret unificat.

La important contribució d'aquests treballs no hauria de portar a obviar les limitacions del mètode.⁷⁴ Cada un dels països és representat per un jurista, i no sempre la resposta es pot fixar amb els mateixos paràmetres. La idea d'una conclusió final no és més que una imatge del dret tal com sorgeix dels comentaris, ja que no sempre està clar en quina mesura hi ha un denominador comú. És

69. Sobre la tasca del Grup de Trento, vegeu M. BUSSANI i U. MATTEI, «Les Fonds Communs du Droit Privé Européen», *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 52 (2000), p. 29-48.

70. P. LEGRAND, «John Henry Merryman», p. 49; V. GROSSWALD CURRAN, «On the Shoulders of Schlessinger: The Trento Common Law of European Private Law Project», *European Review of Private Law*, núm. 11 (2003), p. 66-80.

71. M. BUSSANI i U. MATTEI, «Les Fonds Communs», p. 39 i seg.

72. L'expressió anglesa *enforceability of promises* no es pot traduir de manera literal al català. El volum s'ocupa principalment de la possibilitat d'executar promeses (contractes) a títol gratuït. Una vegada més, el problema és la traducció.

73. Ho fa el que es coneix com a Grup de Tilburg. Vegeu J. SPIER i O. HAAZEN, «The European Group on Tort Law ("Tilburg Group") and the European Principles of Tort Law», *ZeUP*, núm. 7 (1999), p. 469-493.

74. Ja el mateix professor Schlessinger va advertir sobre les limitacions del mètode emprat en el projecte. SCHLESSINGER, *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, vol. 1, Nova York, 1968, p. 32.

probable que fins i tot el representant de determinat país pugui sentir-se inclinat a exposar la seva postura personal sobre tal o tal altre tema, sense que la seva idea sigui coincident amb l'opinió de la doctrina majoritària al seu propi país. A més, la síntesi que s'obté és conseqüència d'un «rastreig» que fa el *general rapporteur* d'acord amb el material subministrat per cada un dels representants dels països. El fet de ser un treball col·lectiu condiona el resultat no només respecte als integrants, sinó també respecte a la manera en què es divideixen els grups de treball. L'elaboració d'una teoria jurídica en funció d'aquestes pautes està condicionada a la manera en què cada un dels juristes s'aproxima al cas, i no sempre les conclusions a les quals arriba el referent nacional respecte al cas concret són unívokes.

Els treballs del tipus *common core* s'ocupen de fer una anàlisi horitzontal dels sistemes jurídics, mostren que en principi són similars i prescindeixen del que s'entén per *anàlisi vertical*, és a dir, tenir en compte detalls tècnics, l'evolució històrica, etc.⁷⁵ Això és una cosa que no ha de causar sorpresa, ja que l'harmonització assumeix una certa perspectiva «ahistòrica», atès que observa sistemes jurídics en un moment determinat (l'actual) i prescindeix de les causes i les circumstàncies que han portat cada societat a adoptar el text legal.⁷⁶

3.2. ELS IDIOMES

Una altra de les qüestions que comparteixen el dret comparat i l'harmonització és la qüestió de l'idioma. Indubtablement, l'idioma té un paper important en la definició del marc de la comparació,⁷⁷ i té fins i tot un efecte d'arrossegament respecte a la definició del camp del dret comparat, ja que no poques vegades el jurista elegirà el seu camp en funció del seu domini de l'idioma del sistema que estigui interessat a estudiar. És obvi que per a aprofundir el dret musulmà s'ha de saber àrab, i qui s'interessi pel dret japonès haurà de fer els esforços pertinents per a aprendre aquesta llengua.⁷⁸ Això, per descomptat, no significa que

75. K. BERGER, «Harmonization of European», p. 887.

76. Vegeu *infra*, *contextualisme*.

77. Vegeu R. SACCO, «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, núm. 39 (1998), p. 1-343, esp. p. 10 i seg.; R. SACCO, *Introduzione*, p. 27 i seg.; R. GALLO, *Grandi Sistemi Giuridici*, Torí, 1997, p. 35 i seg.; N. KASIRER, «The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles», *European Review of Private Law*, núm. 10 (2002), p. 417-437.

78. Sobre la interessant experiència d'un professor nord-americà interessat pel dret japonès i la manera en què va arribar a poder dominar aquest idioma, vegeu L. KANOWITZ, «Translating a Japanese Labor Law Treatise», *American Journal of Comparative Law*, núm. 39 (1991), p. 417-436.

el comparativista que s'interessi per cultures jurídiques no occidentals estigui exclòs d'entendre-les pel fet de no saber-ne l'idioma.⁷⁹

No obstant això, la manca d'idioma no és una base per a negar tota actitud comparativa. En països que tenen una llengua comuna (els Estats Units i Anglaterra, o Espanya i Llatinoamèrica, per exemple), es pot comparar entre sistemes jurídics coneixent una única llengua (encara que aquest tipus de comparacions no sempre ofereixen una base teòrica àmplia, a causa justament de les similituds culturals, històriques, contextuals, etc.). De tota manera, no hauríem de limitar la problemàtica del dret comparat a una qüestió simplement idiomàtica. L'idioma és necessari, però no suficient. Tal com opina el professor Sacco, no s'ha de confondre la tasca del comparativista amb la del lingüista.

En el cas de l'harmonització, l'idioma té un paper preponderant, ja que harmonitzar implica trobar el determinador terminològic comú entre tradicions jurídiques. El problema és que trobar la terminologia que pugui expressar de manera exacta institucions de diferents cultures jurídiques no sempre és fàcil.⁸⁰ I, per descomptat, no és possible oblidar la qüestió de les barreres culturals conseqüència de les diferències idiomàtiques. L'harmonitzador ha d'entendre les diferències d'idioma per a formular el principi o la norma en termes que siguin entenedors i acceptables per totes les parts. La mateixa decisió respecte a quin idioma utilitza el grup de treball pot arribar a afectar l'acceptació del projecte d'harmonització.⁸¹ És clar que de la mateixa manera que certs sistemes jurídics tenen una major presència que altres, també certs idiomes són més significatius que altres.

La idea de traduir els projectes d'harmonització a la major quantitat possible d'idiomes és una decisió encertada,⁸² si bé la traducció per si sola no soluciona tots els problemes, ja que, per més exacta que sigui la traducció, sorgiran preguntes sobre si tal o tal altre terme té el mateix significat en l'idioma A que en l'idioma B. No n'hi ha prou amb traduir el terme *remedies* acceptat en el dret anglosaxó perquè un jurista continental entengui que això inclou el pa-

79. L'interessant treball del professor Glenn n'és una mostra. H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, 2000.

80. Sobre el problema de les diferents cultures jurídiques i la terminologia, vegeu, per exemple, J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, 2a ed., Nova York, 1997; J. BONELL, «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?», a A. M. RABELLO (ed.), *The Principles of Unidroit*, p. 9-19, esp. p. 12; A. FLESSNER, «Rechtsvereinheilichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung», *RabelsZ*, núm. 56 (1992), p. 243-260.

81. Vegeu la crítica d'un jurista francès al projecte de codi europeu de Von Bar pel fet que va ser preparat exclusivament en anglès. Y. LEQUETTE, «Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar», *Le Dalloz*, 2002, p. 2202-2214, esp. p. 2208.

82. Vegeu, per exemple, el cas dels Principis Unidroit.

gament d'una indemnització per incompliment d'un contracte. Com s'ha de traduir al castellà el terme anglès *consideration*? Es pot trobar una correlació exacta entre el *trust* i el negoci fiduciari? És el mateix la possessió que el *Besitz* del dret alemany? Quin és l'abast del terme *Geschäftsgrundlage*, utilitzat pel dret alemany en situacions en les quals els juristes castellanoparlants parlen de *onerositat excessiva sobrevenent* i els juristes anglesos parlen de *hardship*? No és el mateix *contrat* a França que *contract* en el dret anglès.⁸³ La traducció no soluciona per si sola els problemes si no es té una base teòrica que permeti a l'interpret definir el sentit de l'expressió. És per això que és necessari un treball comparatiu seriós i profund per a establir les bases d'una cultura jurídica comuna, que és, en definitiva, l'eix a l'entorn del qual gira el procés d'harmonització.

4. ESPECIALITZACIÓ I AMATEURISME

El títol d'aquest apartat pot causar una mica d'estupefacció, ja que d'aquest mateix es desprèn que no tot aquell que s'ocupa de la comparació (o, pel que fa al cas, de l'harmonització) ho fa com a especialització. Potser és possible dedicar-se al dret comparat o intentar harmonitzar sense ser especialista en la matèria? Crec que la resposta no és tan senzilla, ja que depèn del que entenguem per *especialista en dret comparat*. En termes generals, tot jurista compara: compara la vella jurisprudència amb la nova, compara els fets amb el dret, compara el text de la llei amb la interpretació que tal o tal altre tribunal ha fet d'aquesta, compara solucions o postures de diferents autors.⁸⁴ Però això no és dret comparat. El dret comparat compara diferents sistemes jurídics. Ambdues variables han de presentar-se interrelacionades. La comparació sola, o l'interès per un altre sistema jurídic fora d'aquell al qual pertany el jurista, no són suficients per si sols perquè es pugui parlar de *dret comparat*.

En un interessant article sobre un dels principals exponents del dret comparat als Estats Units, John Wigmore, A. Riles es refereix a l'amateurisme en el dret comparat.⁸⁵ Malgrat que no estic segur que calgui donar al terme *amateu-*

83. R. SACCO, «Formation of Contrats», a A. HARTKAMP *et al.* (ed.), *Towards a European Civil Code*, 2a ed., la Haia, 1998, p. 191-199.

84. Vegeu P. LEGRAND, «Questions à Rodolfo Sacco», *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 47 (1995), p. 943-971, esp. p. 952; K. ZWEIFERT i H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3a ed. (trad. T. Weir), Oxford, 1998, p. 2 i seg.

85. A. RILES, «Encountering Amateurism: John Henry Wigmore and the Uses of American Formalism?», a A. RILES (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, 2001, p. 94-126.

risme el mateix abast que hi dóna Riles, crec que es tracta d'una expressió afortunada. L'amateur s'interessa per altres sistemes jurídics, fora del seu, els pren com a referència per a la seva investigació, o com a complement a la seva tasca acadèmica, utilitza referències i fonts d'altres països, però no arriba a elaborar una teoria comparativa, sinó que solament utilitza el dret estranger com a forma de reforçar conclusions extretes *a priori* o com a forma de completar una investigació que no és comparada.⁸⁶ L'amateurisme comparatiu es dóna en qui es refereix al dret comparat com a mitjà «auxiliar» per a la seva investigació. Aquest amateurisme en el dret comparat es pot també observar en una aproximació al sistema jurídic d'altres països des d'una òptica formalista, que no forçosament arriba sempre a distingir els diferents elements formadors de la cultura jurídica que analitza.

En principi, no pot fer-se dret comparat «en general», i el comparativista es concentra en un camp (dret comparat civil, dret comparat penal, etc.). Paradoxalment, el comparativista és algú que s'ha d'especialitzar en un camp en el qual és difícil arribar a una altra especialització. No és senzill que un especialista arribi a un domini de dos o més sistemes jurídics tal com el té el jurista que s'ocupa d'un sistema, el seu. Un estudiós en dret comparat, en voler aprofundir dos sistemes jurídics, pot ser que no tingui profunditat en cap d'aquests.⁸⁷ Potser per definició el dret comparat tendeixi a ser una mica superficial.⁸⁸

Històricament, des que l'home va començar a reglar la seva conducta, es va interessar per l'existència de similituds i diferències entre les normes de diferents pobles, de diferents cultures. D'acord amb determinades tradicions, els romans es van interessar pel dret grec,⁸⁹ els pobles bàrbars van adoptar el dret romà, etc. No obstant això, aquesta influència d'una cultura jurídica sobre una altra no és suficient encara per a ser definida com a dret comparat. Es poden estudiar diversos sistemes jurídics sense comparar entre ells o sense comparar un sistema estranger amb el sistema nacional.⁹⁰ Qui s'especialitza en dret japonès

86. P. AGALLO FOULOU i Ch. DELIYANNU-DIMITRAHOU, «L'Utilisation du Droit Comparé par les Tribunaux Helleniques», *Revue Hellenique de Droit International*, núm. 47 (1994), p. 47-86, esp. p. 58 i seg.

87. J. MERRYMAN, «The Loneliness of the Comparative», p. 10 i seg.

88. Vegeu A. WATSON, *Legal Transplants*, p. 10. No sé si això és una cosa sempre negativa. És preferible un interès superficial per altres sistemes a un profund desconeixement d'aquests.

89. A. WATSON, *Legal Transplants*, p. 25. Cfr. K. ASSIMAHOPOULOU, «Comparative Law in the History of Greek Law», *Revue Hellenique de Droit Comparé*, núm. 38/39 (1985-1986), p. 323-333, esp. p. 324 i seg.

90. Vegeu P. LEGRAND «Questions à Rodolfo Sacco», p. 952.

estudia un sistema jurídic que no és el seu, sense que el mogui una motivació comparativa. Fins i tot molts dels articles que es poden trobar a les revistes de dret comparat no són sempre articles estrictament comparatius, sinó articles sobre dret estranger. Hi ha qui pretén fer comparació però, en definitiva, fa més aviat «juxtaposició» de sistemes.⁹¹

Aquesta relació entre el que podria ser una «comparació amateur» i el que podria ser una «comparació professional» pot arribar a canviar a mesura que s'avanci en les vies de l'harmonització fent que el dret comparat deixi de ser patrimoni dels especialistes i passi a ser interès de tota la comunitat jurídica. Si prestem atenció a la llista de juristes que participen d'una manera o altra en els projectes d'harmonització, no tots es definirien com a comparatistes, sinó que molts ho farien com a especialistes en el dret privat dels seus països respectius. És el treball d'harmonització el que els porta a adoptar una actitud comparativa. Probablement, una major «quantitat» de juristes interessats per la comparació comportarà una aproximació més «qualitativa» al dret comparat. En augmentar la interacció entre els sistemes, l'interès per la comparació hauria de portar un nombre més gran de juristes a interessar-se per l'anàlisi comparativa, no només com a ornament a la seva investigació, sinó com a base per a desenvolupar una teoria jurídica d'acord amb una visió menys localista del dret.

5. BUSCANT SIMILITUDS O DIFERÈNCIES?

Sembla bastant lògic concebre l'harmonització en termes de similituds i el dret comparat en termes de diferències. Comparar per a veure el que és diferent, harmonitzar sobre la base del que és similar entre sistemes diferents. No obstant això, des dels inicis del dret comparat modern veiem que ambdues actituds s'han anat intercanviant. En el passat, el dret comparat es va concentrar més en les diferències. Avui, el dret comparat es basa en la similitud, justament com a conseqüència de la necessitat d'harmonitzar. Trobar el denominador comú facilitarà l'elecció del sistema jurídic més convenient a aquells que es dediquen al comerç internacional.

Quan comparem sistemes jurídics, similituds i diferències apareixen interrelacionades. Moltes vegades són justament les diferències les que ajuden a veure què és el que les diferents cultures jurídiques tenen en comú.⁹² És usual des-

91. Tal com va assenyalar R. SCHLESSINGER, *Formation of Contracts*, p. 2.

92. J. GORDLEY, «Is Comparative Law a Distinct Discipline?», *American Journal of Comparative Law*, núm. 46 (1998), p. 607-615, esp. p. 615.

criure un sistema jurídic presentant-lo com un conjunt d'esferes cadascuna de les quals inclou dins seu esferes interiors, concèntriques. El cercle exterior representaria les idees més generals del sistema i els cercles interiors representarien els conceptes més particulars. Prenguem, per exemple, l'esfera del dret contractual. El cercle interior representaria la idea de *contracte* com a instrument jurídic per a dur a terme una transacció determinada. En el primer cercle exterior podríem incloure les normes relatives a la formació del contracte. En esferes més interiors inclouríem detalls més tècnics sobre formes determinades de contractes, fins a arribar a l'esfera més interior, que representaria la pràctica judicial pròpia del lloc en relació amb l'oferta i l'acceptació.

Per a l'observador, les similituds i les diferències entre les esferes dependran del lloc des d'on es mirin. A distància, les esferes poden semblar relativament similars, però a mesura que penetrem en les esferes, les distincions entre els sistemes jurídics es fan més notòries. Podem dir que, en sistemes que pertanyen a un tronc comú (a la mateixa «família»), les esferes exteriors seran similars entre si i dissemblants de les d'aquells sistemes que pertanyen a una altra tradició jurídica. Per exemple, la idea de *formació del contracte* és similar en tots aquells sistemes que vénen del Codi francès: «oferta-acceptació-causa». En canvi, per al *common law* aquesta esfera està delimitada pel mòdul «promesa-consideració». Si passem als cercles interiors, el quadre és més complex. Un alemany pensarà en l'oferta com en una declaració que és en principi irrevocable, mentre que un anglès o un francès sostindran que el principi és justament el contrari: la revocabilitat de l'oferta. La idea de *revocabilitat de l'oferta* és similar en els drets francès i anglès, però distinta en el dret alemany, on l'oferta va ser definida en principi com a irrevocable. Analitzant detalls podrem trobar que els cercles interiors de sistemes jurídics els cercles exteriors dels quals són dissemblants, tenen en determinats punts institucions molt similars. També podem percebre que les esferes, sobretot les esferes interiors, no tenen una forma determinada. Estan en un moviment relatiu, van canviant gradualment les seves formes a mesura que incorporen idees d'altres sistemes, reformen instituts, etc. El dret no és un fenomen estàtic.⁹³

L'harmonitzador busca delinear un perfil comú que permeti salvar les diferències entre els sistemes jurídics. Heus ací que aquells que s'oposen a l'harmonització, assenyalen justament que les diferències entre els sistemes jurídics són les que faciliten l'intercanvi. Enfront de la idea de transaccions comercials més ràpides i fàcils a causa d'una homogeneïtat normativa, es fa necessari entendre que portar diferents sistemes jurídics a un règim unificat implica costos. Si bé és

93. R. SACCO, *Introduzione*, p. 165.

veritat que diferents sistemes jurídics dificulten les transaccions, també és veritat que aquesta diversitat facilita un cert tipus de «competència» entre els sistemes jurídics, ja que estimula la millora perquè incita els legisladors nacionals (a través del dret comparat) a buscar solucions millors. Un món harmonitzat pot significar una paralització dels sistemes jurídics i una limitació de les opcions que els factors del comerç internacional poden tenir en els seus negocis. Els inversors poden elegir el seu sistema, i el sistema nacional obligat a competir amb altres sistemes va a buscar respostes més eficients.⁹⁴

Totes aquestes opinions, que sens dubte poden tenir un cert grau de veritat, no poden esborrar altres consideracions, com per exemple que, quan els comerciants tenen una base legal comuna, s'aconsegueix un tràfic més accelerat i eficient. La comparació no està en contra de l'eficiència, sinó que, al contrari, pretén aconseguir una llei harmonitzada que sigui eficient, ja que combina adequadament les millors solucions dels diferents sistemes jurídics. Però, encara més, és necessari entendre que el fet que existeixin diferències entre els sistemes jurídics no assegura que es pugui elegir una solució intrínsecament millor que una altra. Aquells que s'oposen a l'harmonització sembla que s'imaginin les diferències entre els sistemes en termes de blanc i negre. I això no és així. En comparar sistemes diversos, trobem similituds o diferències segons si observem la lletra de la llei (en sentit formal o material) o la solució a la qual el jurista de tal o tal altre sistema arriba al davant del cas concret. Així, aleshores podem distingir quatre possibilitats:

I. Normativa similar: el mateix resultat	II. Normativa diferent: resultat distint
III. Normativa diferent: el mateix resultat	IV. Normativa similar: resultat distint

Per a l'harmonitzador, el cas I no presenta cap problema particular: si dos o més sistemes tenen la mateixa llei i arriben al mateix resultat, l'harmonització és natural, òbvia. El problema és que, tal com assenyalaré a continuació, el mateix text jurídic no assegura la mateixa solució. En el cas II és on hi ha una dis-

94. Vegeu U. PROCACIA, «An International *Ius Commune* from an Economic Perspective», a A. M. RABELLO (ed.), *The Principles of Unidroit and Modern National Codifications*, Jerusalem, 2001, p. 119-137.

tinció clara entre els sistemes;⁹⁵ en aquest cas, l'adopció d'un text harmonitzador significa que un o més sistemes reemplaçen la normativa vigent. En el cas III, l'harmonització està en un estadi latent. Aquí podem veure que moltes vegades es tracta de diferències semàntiques,⁹⁶ o de la construcció jurídica que s'utilitza per a arribar a la solució.⁹⁷ El cas IV inclou en realitat dues alternatives. Una és que dos o més sistemes jurídics reconeixin un institut però li atorguin un significat diferent.⁹⁸ Aquesta és una situació bastant similar a la del cas II. Però hi ha una altra possibilitat més complexa encara i que planteja una incògnita per a l'harmonització. Em refereixo al cas, molt comú, en què les lleis són similars però la seva *aplicació* és distinta. Els articles 1427 del Codi italià i 1109 del Codi francès es refereixen a l'anul·labilitat del contracte per error, dol o violència. El text és similar, però les conseqüències en cadascun dels països no sempre són coincidents. Tots els sistemes estableixen la ingratitud com a causa de revocació de les donacions, però, mentre que en alguns la ingratitud s'aplica tant a la promesa de donació com a la donació efectuada, en altres la revocació val només per al cas de la promesa. A més, les circumstàncies que constitueixen ingratitud varien d'una societat a una altra. Aleshores sorgeix la pregunta següent: si avui tenim sistemes que amb la mateixa norma arriben a resultats diferents, qui pot assegurar que la situació sigui diferent després de l'harmonització? Heus ací una de les incògnites de l'harmonització, ja que l'adopció de textos similars no assegura solucions similars, atès que en tot sistema la solució al cas concret no és conseqüència de la llei, sinó de la interpretació que es doni a aquesta.

Si tornem a l'exemple de les esferes, en acostar-nos a aquestes no solament veurem que la forma dels cercles és distinta, sinó que podrem percebre que tenen textures distintes. Cadascuna d'aquestes esferes està configurada per diferents elements o «materials», que són els que constitueixen la cuirassa jurídica: la llei, la jurisprudència, les pràctiques o els usos. Així, en determinats sistemes la solució és

95. Prenguem el cas de la fundació: hi ha sistemes en els quals la fundació es defineix com una forma de fideïcomís i no posseeix personalitat jurídica, mentre que en altres sí que en té; en determinats sistemes la fundació és irrevocable, però és revocable (almenys en casos particulars) en altres (aquest és el cas de Grècia, on el fundador pot arribar a revocar una fundació en el cas que ell empobreixi).

96. El dret continental utilitza l'«enriquitment sense causa» per a arribar a solucions similars a aquelles a les quals arriba el *common law* a través del que es coneix com a *Restitution*.

97. En els sistemes en els quals la idea d'*excessiva onerositat (hardship)* no està expressament acceptada, els tribunals es basen en el principi de la bona fe. Aquest és, per exemple, el cas d'Israel.

98. L'article 1382 del Codi civil italià i l'article 404 del Codi civil grec es refereixen a la clàusula penal, a pesar que les conseqüències que sorgeixen de la clàusula penal en aquests països no són exactament les mateixes.

conseqüència de la pràctica judicial, mentre que en altres la solució és conseqüència de l'activitat del legislador. És per això que per a entendre el sistema jurídic no sigui suficient conèixer la llei i sigui necessari conèixer la jurisprudència.⁹⁹ És possible opinar que una mateixa llei no assegura el mateix dret en diferents latituds, i no hi haurà un dret totalment unificat si no hi ha una instància judicial superior que unifiqui el dret; i probablement la dinàmica de l'harmonització porta a plantejar la necessitat de tenir una jurisprudència unificada. En aquest sentit, no és sobrer recordar la tasca que avui du a terme el Tribunal de la Comunitat Europea, que per mitjà dels *preliminary rulings* fixa principis de validesa general en el territori de la Unió. Això no significa que haguem d'entendre l'harmonització en el sentit d'unificació total del dret i que tot procés d'harmonització hagi de tenir com a premissa l'existència d'un tribunal de cassació. No s'ha de deixar de tenir en compte que els textos harmonitzadors, com la Convenció de Viena sobre compravendes internacionals, no estableixen un tribunal únic.

Un text unificat pot portar a una aproximació dels textos judicials, i fins i tot es pot pensar que, quan la interpretació que un determinat tribunal atorgui a un text unificat sigui molt diferent de la interpretació acceptada en altres jurisdiccions, aquesta diversitat pot ser considerada arbitrària o irraonable. La idea de *jurisprudència unificada* no ha de ser descartada com un dels passos en el camí cap a la unificació del dret, encara que l'existència d'un tribunal unificador exigeix superar no pocs problemes, començant per la qüestió de la legitimitat.¹⁰⁰ De tota manera, si es materialitza, es tractarà d'un pas que es farà després d'haver transitat per etapes que encara semblen llunyanes. En aquest sentit, és necessari recordar que els projectes harmonitzadors tenen un propòsit relativament modest: busquen un denominador comú, i no un marc exclusiu i exclouent. Busquen integrar «text» i «context».

6. TEXTUALISME I CONTEXTUALISME

Podem definir el textualisme com una anàlisi basada en el text jurídic, en la regla jurídica (*rule of law*),¹⁰¹ i el contextualisme com l'anàlisi basada en les diferents circumstàncies polítiques, econòmiques, etcètera, que condicionen o influeixen en l'aplicació del text. Si es planteja així la disjuntiva, en l'estudi del dret comparat veiem que s'estableix una dialèctica entre el que definiríem com

99. R. SACCO, *Introduzione*, p. 53.

100. Així, per exemple, si pensem en l'espai jurídic europeu, un tribunal d'aquest tipus exigeix una reforma del marc convencional en el qual està basada la Unió Europea.

101. P. LEGRAND, «John Henry Merryman», p. 9 i 33.

una actitud textualista i el que definiríem com una actitud contextualista.¹⁰² L'actitud contextualista pot ser vista com una reacció contra una inclinació excessiva als textos legals, inclinació que fa que el dret comparat moltes vegades es perilli com a «legislació comparada», i una necessitat d'evitar un formalisme excessiu ha fet que busqui entrellaçar-se amb altres disciplines.

No és estrany que el nom de prestigiosos comparativistes aparegui lligat al que podria anomenar-se una *visió interdisciplinària*. Així, per exemple, Salleiles, Lambert o, en la nostra època, Sacco,¹⁰³ enquadren les seves anàlisis des d'un punt de vista sociològic; Gordley, Zimmermann o Stein, han basat les seves investigacions en una visió històrica,¹⁰⁴ i han insistit en l'evolució dels sistemes jurídics i en una recerca de les arrels en el dret romà.¹⁰⁵ Sens dubte influïts per tendències que vénen del dret americà, veiem que el dret comparat transita pels camins traçats pel *law and economics*,¹⁰⁶ l'anàlisi feminista del dret¹⁰⁷ i el *critical legal studies*,¹⁰⁸ escola segons la qual l'ús del dret comparat ha de ser un instrument

102. Vegeu W. EWALD, «Legal History and Comparative Law», *ZeUP* (1999), p. 553-559.

103. Respecte a Max Weber i el dret comparat, vegeu A. WHITE, «Max Weber and the Uncertainties of Categorical Comparative Law», a A. RILES (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, 2001, p. 40-57. Sobre el caràcter interdisciplinari del dret comparat, vegeu també R. SACCO, *Introduzione*, p. 162 i seg.

104. Vegeu, per exemple, la relació entre dret comparat i història del dret en la doctrina nord-americana. Vegeu M. REIMANN i A. LEVASSEUR, «Comparative Law and Legal History in the United States», *American Journal of Comparative Law*, núm. 46 (1998) (supl.), p. 1-16; A. FLESSNER, «Die Rechtsvergleichung als Kundin der Rechtsgeschichte», *ZeUP* (1999), p. 513-519.

105. J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991; P. STEIN, *Legal Institutions: the Development of Dispute Settlement*, Londres, 1984; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town, 1990; R. ZIMMERMANN, «Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science», *Law Quarterly Review*, núm. 112 (1996), p. 576-605. Existeix, certament, una estreta relació entre l'anàlisi històrica dels sistemes jurídics i l'actitud comparativa. La formació d'un sistema jurídic i els seus canvis posteriors es dona en un determinat marc que d'una manera o altra serà conseqüència d'una determinada evolució històrica.

106. Vegeu U. MATTEI, «An opportunity not to be missed: the Future of Comparative Law in the United States», *American Journal of Comparative Law*, núm. 46 (1990), p. 709-718, esp. p. 714 i seg.; U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Ann Harbord, 1997; U. MATTEI, *Basic Principles of Property Law: a Comparative legal and Economic Introduction*, Westport, 2000. Vegeu també V. GROSSWALD CURRAN, «Dealing with the Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives», *American Journal of Comparative Law*, núm. 46 (1998), p. 657-668, esp. p. 663.

107. Vegeu B. COSSMAN, «Turning the Gaze Back on Itself: Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project», *Utah Law Review*, 1997, p. 525.

108. En un món d'harmonització i convergència, la funció crítica del dret comparat adquireix una importància creixent. Tot i així, hem de ser prudents a l'efecte de no crear una correlació excessiva entre els *critical legal studies* en el dret nord-americà i el dret comparat, que planteja una perspectiva d'anàlisi diferent.

crític, gairebé «subversiu».¹⁰⁹ Cal, de tota manera, un aclariment: encara que el comparativista es basi en referències històriques o sociològiques, el dret comparat no s'hauria de reduir a un simple plantejament interdisciplinari. La idea de *dret i...* (dret i economia, dret i sociologia, etc.) està difosa, però el dret comparat no és «dret i...», sinó que és «dret», llis i ras.

Crec que el millor, en aquest punt, és evitar actituds extremes. Un contextualisme excessiu pot fer que s'arribi a treure el sentit a la comparació, tal com passa amb el corrent denominat *postmodernista*,¹¹⁰ que nega pràcticament el dret comparat a causa que el dret comparat prescindeix —d'acord amb aquesta concepció— de les particularitats que té cada sistema jurídic. El «postmodernista» s'aboca a un marc intel·lectual marcat per la recerca d'un discurs allunyat d'allò abstracte, inclinat als sentiments, a allò fugaç, a allò local, i aleshores la comparació perd importància. Jo no comparteixo aquest enfocament, però sí que considero que el dret comparat no pot ser entès en un sentit merament textualista. Un dret comparat estrictament textualista, o, si es vol, legalista, pot sonar com una cosa buida i mancada de la perspectiva suficient.

Els projectes harmonitzadors són bàsicament «textualistes». Aquest textualisme en l'harmonització no és simplement una variable metodològica, sinó que és el resultat del treball obtingut; en el cas de l'harmonització, el producte és justament el text. El treball de l'harmonització es basa en una recerca de fórmules de transició que no tenen perquè reflectir processos històrics o pautes socials o econòmiques. No obstant això, l'harmonització no planteja un textualisme que prescindeix del context, sinó que, per contra, és un textualisme que està destinat a fonamentar-se i integrar-se en el context. És per això que el text característic dels projectes d'harmonització rep la forma del que es coneix com a *soft law*, és a dir, és expressat en normes el contingut de les quals és «flexible», no detallista, i el camp d'aplicació de les quals no és del tot precís. Es tracta d'una norma oberta, composta en gran manera per estàndards o principis generals que han de ser, en definitiva, «omplerts» amb les decisions judicials.¹¹¹

109. La idea ha estat desenvolupada per diferents juristes europeus i americans. H. MUIR WATT, «La Fonction Subversive du Droit Comparé», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2000, p. 504-527; G. FLETCHNER, «Comparative Law as a Subversive Discipline», *International and Comparative Law Review*, núm. 46 (1998), p. 683-700.

110. Vegeu E. JAYME, «Osservazioni per una Teoria Postmoderna della Comparazione Giuridica», *Rivista di Diritto Civile*, núm. 43 (1997), p. 813-829; A. ZACCARIA, «Il Diritto Privato Europeo nell'Epoca del Postmodernismo», a J. GERBENS *et al.* (ed.), *Mélanges Franz Sturm*, vol. 2, Lieja, 1999, p. 1311-1333; A. PETERS i H. SCHKENK, «Comparative law beyond Post-Modernism», *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 49 (2000), p. 800-834.

111. O. LANDO, «Principles of European Contract Law: An Alternative or a Precursor of European Legislation», *RabelsZ*, núm. 56 (1992), p. 261-273, esp. p. 269.

Tal com he assenyalat, el fet que hi hagi un text únic encara no diu res respecte a la seva interpretació. I aquí, aleshores, entra en joc allò «contextual»: el context legal i, no menys important, el context cultural, social i econòmic on s'hagi d'aplicar la norma en qüestió. Un *text* únic no implica un *dret* únic. Aquest és el cas de la Convenció de Viena sobre la compravenda internacional de mercaderies, que rep diferents interpretacions. També en el cas d'una codificació uniforme, en distintes regions o països, es donarà lloc a diferents interpretacions. Un cas clar és el de la «bona fe», fórmula que apareix en diferents sistemes jurídics i que és recollida pels diferents projectes d'harmonització.¹¹² L'acceptació del principi no és tan problemàtica com sí que ho és arribar a una interpretació uniforme. L'ús de la bona fe en el *common law* és diferent a l'ús de la bona fe en el dret continental;¹¹³ aleshores, un jutge alemany interpretarà la idea de *bona fe* de manera diferent a com ho farà un jutge anglès o francès. Trobar un denominador comú en la bona fe no significa que forçosament hi hagi solucions similars. Són dues dimensions, la textual i la contextual, i el jurista local, i particularment el jutge, és en definitiva el pont entre ambdues. La interpretació del *text* —bona fe— dependrà del *context* en el qual aquell sigui aplicat.

És per això que aquest textualisme particular, el *soft law*, és la millor manera de superar les diferències que són producte dels diferents contextos culturals, econòmics, etcètera, que han de cohabitar sota un mateix marc harmonitzador. Aquest tipus de legislació no ha de ser entesa solament com una reacció a una casuística excessiva que pretén regular-ho tot, sinó com l'intent de crear un marc que permeti combinar diferents tradicions jurídiques, cadascuna de les quals està inserida en un context econòmic, cultural, etcètera. Els projectes harmonitzadors topen amb la necessitat d'adoptar una terminologia que sigui acceptable a diferents tradicions jurídiques i eviten l'ús de terminologia que sigui massa peculiar a tal o tal altre sistema jurídic.¹¹⁴ L'harmonització busca «principis generals», recerca que justament es nodreix de la metodologia comparativista.¹¹⁵ En els sistemes nacionals, el recurs als principis generals és sobretot un recurs interpretatiu destinat a solucionar els problemes de les llacunes del dret. Per al jutge nacional, la porta que s'obre cap als principis generals el porta a l'à-

112. Vegeu els Principis Unidroit, article 1.7, i els PECL, article 1201. Vegeu també R. ZIMMERMANN i S. WHITTAKER, *Good Faith in European Law*, Cambridge, 2000.

113. J. SMITS, *The Making of European*, p. 199.

114. J. SMITS, *The Making of European*, p. 35.

115. Ja en el primer congrés de dret comparat a París es va plantejar, entre els objectius del dret comparat, la recerca de principis generals. J. MERRYMAN, «On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law», a J. MERRYMAN (ed.), *The Loneliness of the Comparative Lawyer*, p. 17-49, esp. p. 37.

rea de la discreció judicial, que s'aplicarà d'acord amb les circumstàncies del cas i quan no trobi la solució en la legislació o en l'analogia. En canvi, quan l'harmonitzador busca pautes generals, busca trobar la fórmula que pugui servir com a denominador comú a les cultures jurídiques que estudia.

La qüestió de formular l'harmonització —i la codificació subsegüent— en forma de principis generals, pot arribar a donar als textos harmonitzadors un contingut simbòlic més que normatiu, ja que, en definitiva, la normativitat dependrà de la interpretació que es doni als textos, la qual pot variar d'un lloc a un altre. El consens que s'ha d'aconseguir a través de principis generals pot desdibuixar els objectius de l'harmonització. La solució ve donada per un text eclèctic que pretén ser un compromís entre diferents tradicions jurídiques. Moltes vegades la solució és una espècie de *trade off* entre diferents sistemes. Prenem, per exemple, l'article 2.4 (2) dels Principis Unidroit. Aquí veiem que l'oferta irrevocable és reconeguda a partir d'una declaració unilateral, seguint la fórmula del dret italià (acceptada també en altres sistemes continentals), però tot seguit veiem també el *reliance*, d'acord amb l'estil del *common law*.¹¹⁶

Tenint en compte les diferències existents entre les diferents solucions jurídiques, el textualisme de l'harmonització no farà desaparèixer la necessitat d'investigar el context. Ara bé, si hi ha un dret únic, quin serà aleshores l'interès per comparar? La manera de plantejar la qüestió no és errònia. En principi, necessitem la comparació per a poder elegir les millors solucions. Però, a més a més, el procés d'harmonització no ha de ser entès com un procés tancat i que té límits determinats. Es tracta d'un procés que gradualment va arribant a la creació de marcs legals nous, similars o iguals. Això no significarà forçosament que el dret sigui igual en totes les latituds. Comparativistes i harmonitzadors tenen un tasca fecunda que relaciona ambdós. En el complex passeig cap a l'harmonització, el dret comparat té un paper important: servir de guia per a poder anar fent camí.

7. D'ALLÒ ANALÍTIC A ALLÒ NORMATIU

El comparativista pretén desenvolupar una anàlisi de les solucions estudiades, elaborar una teoria jurídica o potser, simplement, criticar el seu propi

116. «L'oferta no podrà revocar-se: 1) si ella mateixa indica que és irrevocable, ja sigui assenyalant un termini fix per a la seva acceptació, ja sigui donant-ho a entendre d'una altra manera; 2) si el destinatari va poder considerar raonablement que l'oferta era irrevocable i ha procedit d'acord amb aquesta oferta.»

sistema jurídic tenint en compte altres experiències, però no pretén veure's com un legislador.¹¹⁷ El dret comparat no pertany al món de la normativa. El comparativista no pretén canviar o remodelar els sistemes jurídics que estudia, sinó entendre'ls. El paper del dret comparat és ajudar a explicar la llei.¹¹⁸ El dret comparat no planteja un marc normatiu, sinó un marc de descripció, d'anàlisi. Encara més: quan els legisladors o els jutges de tal o tal altre sistema jurídic busquen inspiració en sistemes jurídics forans, no ho fan generalment per mitjà dels treballs de dret comparat, sinó per mitjà dels textos legals, les decisions de la jurisprudència o la doctrina de la nació en la qual estan interessats o la que millor els pot ajudar a fer l'anàlisi necessària per a trobar la solució adequada.

La tasca de l'harmonitzador és diferent. El seu objectiu és formular un text que arribi a ser dret positiu, sigui perquè sigui acceptat per tals o tals altres països, sigui perquè les parts d'un contracte voluntàriament s'hi refereixen o almenys el jutge el pren com a element per a la interpretació. No obstant això, a diferència dels reglaments o les directives de la Unió Europea, que tenen una vigència operativa (directa o indirecta), o de les convencions internacionals, que estan destinades a ser ratificades pels estats i a ser integrades en el seu dret (encara que en la pràctica això no sempre succeeix), els principis harmonitzadors (com els Unidroit o els PECL) no tenen força obligatòria. El seu objectiu és arribar a ser dret positiu a través de la seva adopció per les parts d'un contracte internacional o, en una dimensió més àmplia, a través de l'adopció pels estats que acceptin reemplaçar l'ordre jurídic existent pel nou ordre previst en aquests principis. Aquests principis tenen el que podríem anomenar una *pretensió normativa*, són normatius en potència. Aquesta forma d'harmonització descentralitzada basa el seu èxit en l'adopció voluntària.

Aquests principis són harmonitzadors en potència i comparativistes en essència. La seva força normativa està basada en l'elecció de les solucions més apropiades, elecció que és conseqüència d'una tasca comparativa. I és justament aquí on s'entrellacen allò descriptiu i allò normatiu. Aquests projectes

117. Existeixen casos de professors de dret comparat que van treballar activament en l'elaboració de textos legals (com, per exemple, René David, que va preparar el Codi civil d'Etiòpia), però en general el comparativista no té pretensions normatives.

118. D'acord amb el que s'exposa en el Manifest de Trento: «Comparative law, understood as a science, necessarily aims at the better understanding of legal data. Ulterior tasks such as the improvement of law or interpretation are worthy of the greatest consideration but nevertheless are only secondary ends of comparative research.» R. SACCO, «Legal Transplant», p. 4.

harmonitzadors, més que no pas establir un dret nou, *descriuen* el dret existent, o el que es veu com un denominador comú del dret existent. Més que no pas delinear una nova *lex mercatoria*, declaren i defineixen més clarament l'existent. Més que no pas establir un marc normatiu, contenen una descripció del que és dret vigent en els diferents països d'Europa,¹¹⁹ o en diverses latituds (en el cas d'Unidroit). No es tracta d'adoptar una nova normativa, sinó de reelaborar l'existent en funció de l'anàlisi comparativa.

Així, és comú sostenir que, més que no pas a un codi (en el sentit europeu-continental de l'expressió), aquests projectes s'assemblen als *Restatements* americans. També els *Restatements* van ser redactats com un projecte «privat» de l'American Law Institute i pretenen reflectir el dret nord-americà, tal com va ser reflectit en la jurisprudència. Fins i tot, si observem els *Restatements* nord-americans i els Principis Unidroit, veurem que hi ha una clara similitud formal, ja que ambdós són presentats amb *black letter*, notes i comentaris. La comparació amb els *Restatements* nord-americans exigeix un aclariment. En ambdós casos l'acceptació del text depèn de factors que són aliens a aquells que el van elaborar: en el cas del *Restatement*, per la jurisprudència americana; en el cas d'Unidroit, pels comerciants i les legislatures nacionals, que poden utilitzar-lo com a model. No obstant això, la idea dels *Restatements* té una funció diferent de la dels projectes d'harmonització. Els *Restatements* estan dirigits als jutges¹²⁰ i no pretenen servir com a model per a la legislació futura dels Estats Units.¹²¹ Els *Restatements* nord-americans són un treball de comparació, però es tracta d'una comparació entre solucions de jurisdiccions que responen totes a una mateixa tradició jurídica. Els *Restatements* unifiquen jurisprudència en el fons d'una cultura jurídica comuna, la cultura jurídica del *common law*. Aquesta situació no es presenta a Europa i, per descomptat, no a escala transnacional, on trobem diferències conceptuales, terminològiques i operatives en una quantitat que no es troba dins dels Estats Units. Si existeix un *common core* dins d'Europa, i fins i tot fora d'Europa, aquest és molt més petit que no pas el que existeix dins del dret nord-americà. Els principis harmonitzadors, o els projectes de codi unificat per a Europa, desenvolupen un *restatement* d'un dret comú i no actuen sobre la base d'una cultura jurídica

119. R. MICHAELS, «Privatautonomie und Privatkodifikation», *RabelsZ*, núm. 62 (1998), p. 580-626.

120. Els Principis Unidroit o de la Comissió Lando (PECL) no estan dirigits als jutges, però això no treu que els tribunals nacionals puguin utilitzar-los com a base per a interpretar tal o tal altra norma legal.

121. En aquest punt seria més adequada la comparació amb l'Uniform Commercial Code (UCC) nord-americà, el qual sí que és un model per a la legislació estatal.

comuna, sinó que precisament contribueixen a crear-la a través d'aquest treball comparatiu.

Aquest aspecte de l'harmonització per la via de principis no és menor. En anar desenvolupant aquesta cultura jurídica comuna, basada en l'acceptació de principis comuns que poden ser similars o diferents del dret existent en cadascun dels sistemes compresos per l'harmonització, el dret comparat ingressa gradualment en el món d'allò normatiu. Si bé aquests principis no són encara dret positiu, ens van donant la base per a la formació d'un dret unificat, conseqüència d'una elaboració comparativa. Així com en el passat els sistemes jurídics van rebre solucions d'altres sistemes, avui dia la font de la legislació harmonitzada és la comparació. Crec que haig d'explicar aquest punt.

8. HARMONITZACIÓ, TRASPLANTAMENTS I DRET COMPARAT

Els models estrangers han estat sempre incorporats per diferents cultures jurídiques, sigui per imposició, per colonització o per la simple recerca de solucions que han estat considerades millors o tècnicament superiors. La distinció entre recepció *ratione imperii* i recepció *imperi ratione* va sorgir molt abans que es parlés d'harmonització o unificació del dret. No crec que es pugui reconèixer un sistema jurídic que sigui pur, és a dir, que estigui totalment lliure d'influències estrangeres, de la mateixa manera que no és possible pensar en un sistema jurídic que no tingui cap rastre de particularitat. Els sistemes jurídics evolucionen sobre la base d'imitacions o transferències d'un sistema a un altre.¹²² Sistemes jurídics com el del Japó, que fins al segle XIX eren impermeables a gairebé tota influència estrangera, no és possible trobar-ne avui dia.¹²³ El fet que determinats models hagin servit per a la codificació mostra la permeabilitat dels sistemes.¹²⁴ La majoria dels sistemes jurídics van néixer sobre la base d'un tronc comú, i d'aquí va néixer la idea de *famílies de dret*

122. Vegeu R. SACCO, «La Circolazione del Modello Giuridico Francese», *Rivista di Diritto Civile*, núm. 41 (1995), p. 513-523.

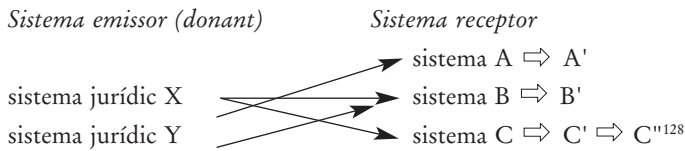
123. El Japó, que fins al segle XIX va ser una de les cultures més tancades, va adoptar el dret alemany i després de la Segona Guerra Mundial va adoptar models americans. Moltes de les solucions jurídiques que nosaltres descobrim en certs sistemes jurídics no són sinó trasplantaments de situacions existents en altres sistemes, a causa de diferents circumstàncies no precisament lligades a les característiques del sistema receptor. A Sud-àfrica hi ha influència del dret escocès, ja que Escòcia becava estudiants sud-africans per a estudiar allí.

124. Per això, el dret francès és per a un argentí molt més entenedor que el dret alemany o que la *common law*.

encunyada per René David.¹²⁵ Des d'aquest punt de vista, la comparació sempre ha existit. Al llarg de la història, podem veure que en la mesa de legisladors i comissions de reforma hi ha treballs legislatius, doctrina de diferents països. Fins i tot hi ha textos legislatius que es poden llegir com un treball de dret comparat.¹²⁶

És ben coneguda la teoria de Watson sobre els trasplantaments legals,¹²⁷ segons la qual els sistemes jurídics van evolucionant sobre la base d'elements presos, o traslladats, d'altres sistemes. Les institucions, les solucions i fins i tot les idees, són trasplantades d'un sistema jurídic a un altre. Històricament, la idea de *trasplantament* s'ha donat a través de l'adopció d'una tradició o un cos jurídic, o a través de l'adopció de determinats instituts. És a dir, tenim un sistema (generalment es tracta d'un sistema dominant) que projecta les seves institucions cap a altres sistemes jurídics, que les adopten:

Esquema 1



Tradicionalment, els trasplantaments van tenir lloc de models «dominants» a sistemes «permeables» a influències estrangeres. En aquest esquema van sorgir clarament models que van tenir primacia. Aquest és el cas del Codi francès o del

125. Fer referència a famílies de dret «a la David» sembla una mica antiquat, tenint en compte els canvis que s'han produït en la conformació dels sistemes jurídics. Per descomptat que des de 1989 no té sentit parlar de «països comunistes» com una categoria particular.

126. Poso com a exemple el cas del Codi civil argentí, que va anar acompanyat de notes del codificador Dalmacio Vélez Sarsfield en les quals es veu un interessant treball de comparació.

127. Vegeu A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2a ed., Geòrgia, 1993. El professor Watson aporta diversos exemples, com ara la recepció del dret romà a Escòcia (p. 45 i seg.). Vegeu també J. MERRYMAN, «On the Convergence (and Divergence)», p. 28.

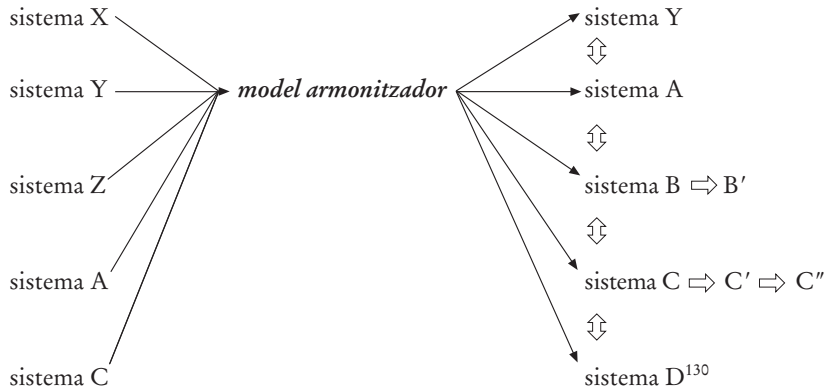
128. El fet que el sistema jurídic A adopti idees o instituts del sistema jurídic X no significa que el dret de A sigui idèntic al de X, ni tampoc que A tingui la mateixa solució que B. Encara més, d'acord amb la idea (certament opinable) de les famílies de dret, considerem, per exemple, que el sistema jurídic D, que ha adoptat solucions de Y, és certament diferent de A. El model basat en el trasplantament no significa que l'un influeixi en l'altre i allí s'escoti el procés. Per contra, l'adopció del model no esgota l'evolució del sistema adoptant, i és per això que el sistema C pot tenir elements diferents del sistema A, per haver seguit una altra evolució, o del sistema B, el qual ha rebut altres influències.

BGB, o, de manera diferent, del Codice civile (que ell mateix va estar influenciat pels models anteriors). Així, per exemple, el Codi francès va ser adoptat per Bèlgica i va influir en el model espanyol. El Codi civil alemany ha deixat la seva empremta en els codis de Grècia, el Brasil o el Japó. Es va produir una clara divisió entre països que exportaven idees o institucions i països que les importaven, però clarament hi ha cultures jurídiques que tenen primacia i són principalment exportadores, i hi ha altres cultures jurídiques que són importadores. En molts casos, l'adopció no va respondre a un criteri jurídic determinat, sinó que va ser producte d'unes circumstàncies polítiques i socials determinades.¹²⁹

On rau avui la diferència? En el fet que ara el model que s'ha d'agafar no és el de tal o tal altre sistema jurídic, sinó que la *comparació* és la que dona les bases del trasplantament. La comparació comença a tenir un aspecte *normatiu*. Ja no és el legislador el que va a buscar en la comparació la seva font d'inspiració per a trobar una solució adequada. Ara és la comparació la que ofereix un producte propi, anomenat *harmonització*. Sistematitzant les similituds i tancant la bretxa entre les diferències s'obté un text que és comparatiu per excel·lència. Aquest «nou» model de trasplantament es basa en l'existència d'influències recíproques entre els sistemes, influències que coadjuven a la realització d'un model comú. Ja no està clar quin és el sistema jurídic dominant, ja que tots els sistemes tendeixen a nodrir-se més i més de la mateixa terminologia i a treballar sobre la base dels diferents models. La distinció entre sistemes jurídics dominants-exportadors i sistemes jurídics importadors-receptors tendeix a fer-se difusa.

129. Considerem el cas del dret grec. Després de la independència de Grècia, va sorgir la idea d'adoptar els codis francesos. Aquesta provisió figurava fins i tot en les primeres constitucions d'aquest país. No obstant això, el dret civil grec es va bolcar en la pandectística alemanya, cosa que finalment va motivar que el Codi civil grec de 1940-1946 estigués basat en el model del BGB. Per què aquest procés? Doncs perquè, quan a partir de 1821 els juristes grecs van començar a buscar el dret bizantí «nacional», el van trobar per mitjà del *Corpus Juris*, comentat pels pandectístics alemanys. A això cal sumar-hi el fet que un príncep bàvar va ser coronat rei de Grècia (1835) i va portar a la seva cort juristes alemanys que, òbviament, van influir perquè el nou estat adoptés el dret alemany. Aquesta influència ha continuat fins avui. Vegeu A. YIANNPOULOS, «Historical Development», a K. KERAMEUS i Ph. KOZYKE (ed.), *Introduction to Greek Law*, 2a ed., Deventer, 1993, p. 1-12; J. SONTIS, «Das Grieschische Zivilgesetzbuch im Rahmen der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit», *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanische Abteilung)*, núm. 78 (1961), p. 355-385.

Esquema 2



Aquest text va sent adoptat (i alhora també adaptat) per diferents sistemes jurídics i per diversos factors del comerç internacional. Es produeix així un trasplantament que no és ja d'un model nacional a un altre model nacional, sinó del model harmonitzador al dret nacional.

En donaré alguns exemples: el Codi tipus iberoamericà de dret processal, el qual no té força de llei però serveix de model,¹³¹ els PECL i els Principis Unidroit, que serveixen de model a legisladors en diferents parts del globus.¹³² Els textos harmonitzadors no es presenten com un text obligatori, sinó com un text *voluntari* per a ser seguit per legisladors o mediadors. El valor d'aquests textos és servir de model, no de dret positiu.¹³³ El nou Codi civil de Lituània es basa

130. Aquí veiem que tant sistemes que en el passat es definien com a exportadors, com sistemes que van ser tradicionalment importadors, contribueixen ara a la consolidació d'un dret comú que rebrà expressió en els principis. Aquests principis serveixen de base per a la reelaboració legislativa, que, com en el cas anterior de l'esquema I, no és una reelaboració uniforme, sinó que tal o tal altre sistema hi introduirà altres reformes. L'harmonització no és un procés tancat.

131. Així és en el cas de l'Uruguai. Vegeu el Codi general del procés a l'Uruguai (1989). M. STORME, «Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to General Harmonization», *Uniform Law Review* (2001), p. 763-777, esp. p. 767.

132. J. BASEDOW, «Uniform Law Conventions and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts», *Uniform Law Review* (2000), p. 129-139.

133. J. SMITS, «Mixed Legal Systems and the European Private Law», a J. SMITS (ed.), *The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law*, Tilburg, 2001, p. 1-14, esp. p. 5.

en els Principis Unidroit. El Codi del Quebec presenta no pocs punts de contacte amb els Principis Unidroit.¹³⁴ Els projectes de reforma del Codi argentí presten la deguda atenció a la Convenció de Viena. Un exemple interessant el dona la recent reforma del BGB, que va entrar en vigor l'1 de gener de 2002. Els juristes alemanys han dut a terme una àmplia reforma del Codi en matèria de dret de les obligacions.¹³⁵ Aquesta reforma té la particularitat que rep els ensenyaments de la jurisprudència (el cas més clar és el de l'acceptació expressa de la responsabilitat precontractual), però també adapta solucions al dret de la Convenció de Viena sobre compravendes internacionals i a la normativa europea en la matèria. Malgrat que el procés de reforma del Codi alemany va començar molt abans de la publicació dels Principis Unidroit o els Principis de la Comissió Lando, aquests mateixos van ser tinguts en compte durant els trams finals de la preparació de la reforma,¹³⁶ i és per això que no es pot desestimar la seva influència en la configuració de la nova normativa alemanya.¹³⁷ És cert que no falten diferències entre el nou text del BGB i els PECL.¹³⁸ No obstant això, en molts casos la solució és similar¹³⁹ o a vegades les diferències teòriques no són tan significatives en el pla

134. Vegeu P. CRÉPEAU, «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts», a A. M. RABELLO (ed.), *The Principles of Unidroit and National Modern Codifications*, Jerusalem, 2001, p. 21-61.

135. Vegeu, per exemple, K. BERGER, «Harmonization of European», p. 894 i seg.; J. SCHMIDT-RÄUTSCH, *Das Neue Schuldrecht*, Colònia, 2002, p. 7 i seg.; S. LORENZ i Th. RIEHM, *Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht*, Munic, 2002; A. HELDRICH, «Modernization of the German Law of Obligations: Harmonization of Civil Law and Common Law in the Recent Reform of the German Civil Code» (ponència exposada al congrés «Comparative Remedies for the Breach of Contract», Universitat de Tel Aviv, 2 de juny de 2002, no publicada); G. CIAN, «Significato e Lineamenti della Riforma dello *Schulrecht Tedesco*», *Rivista di Diritto Civile*, núm. 49 (2003), p. 1-18; C. CANARIS, «La Mancata Attuazione del Rapporto Obbligatorio: Profili Generali. Il Nuovo Diritto delle Leistungsstörungen», *Rivista di Diritto Civile*, núm. 49 (2003), p. 19-38; O. LANDO, «Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts», *RabelsZ*, núm. 67 (2003), p. 231-245.

136. R. ZIMMERMANN, *Breach of Contractual Remedies under the New German Law of Obligation*, Roma, 2002, p. 51.

137. O. LANDO, «Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs», p. 234.

138. Per exemple, pel que fa a la responsabilitat precontractual (*culpa in contrahendo*) o a la normativa sobre la responsabilitat per incompliment del contracte. El dret alemany distingeix entre contractes «normals» (*normalen Verträgen*) i contractes de responsabilitat estricta o moderada (*strengere oder mildere Haftung*). Aquesta distinció no apareix en els PECL, que es guien pel principi que la responsabilitat contractual és estricta. Vegeu O. LANDO, «Das neue Schuldrecht», p. 241.

139. El text reformat del BGB estableix ara que el fet que l'obligació assumida en el contracte sigui impossible no transforma el contracte en invàlid (art. 311a. I). Aquesta solució és conforme amb els PECL (art. 4:102). R. ZIMMERMANN, *Breach of Contractual Remedies*, p. 32.

pràctic.¹⁴⁰ Però, més enllà de les similituds o les diferències, cal destacar que aquesta reforma ha de ser analitzada tenint en compte el dret comparat i vista des de la perspectiva d'un futur dret europeu.¹⁴¹ La mateixa idea exposada pel Ministeri de Justícia alemany en el sentit que la reforma del BGB servirà de base a un futur codi europeu,¹⁴² ens parla clarament d'una tendència que podríem anomenar *d'obertura cap a l'harmonització*, encara que aquesta mateixa no trobi els marcs legals (ni polítics) per a materialitzar-se plenament.

A poc a poc, de manera directa i indirecta, aquesta harmonització descentralitzada es va incorporant als sistemes jurídics i va fent que les diferències entre els drets nacionals vagin desapareixent. Amb l'harmonització, el dret comparat ja no actua solament com a element informatiu, o fins i tot com a component crític del pensament jurídic, sinó que ho fa com a base funcionalista de reelaboració de la legislació nacional. Aquest procés constitueix un nou tipus de recepció: *la recepció del dret comparat*. I aquí em permeto d'utilitzar el terme *recepció* amb un doble significat: tant en el sentit que els sistemes jurídics reben el fruit de la comparació a través dels projectes harmonitzadors, com en el sentit que el dret comparat adquireix una rellevància particular i és rebut com un mecanisme d'anàlisi i modernització del sistema jurídic. Aquest tipus particular de trasplantament reflecteix la dinàmica que es va desenvolupant entre els sistemes jurídics com a conseqüència de l'harmonització. És una recepció que es va produint gradualment com a conseqüència de la necessitat d'harmonitzar i d'entendre que la comparació, en definitiva, ofereix solucions bones, equilibrades, coherents, encara que, per descomptat, no perfectes, no absolutes i també en molts casos opinables. Aquest tipus de recepció, com qualsevol altre tipus de recepció d'un sistema jurídic, troba oponents, i en això no hi ha res de nou. Com és sabut, el professor P. Legrand¹⁴³ s'oposa a la possibilitat d'harmonitzar sistemes jurídics

140. Per exemple, la demanda per danys, en el BGB, està lligada a la noció de *culpa* (art. 275). En els PECL, perquè no hi hagi responsabilitat del deutor, la no-prestació ha de ser conseqüència de circumstàncies que el deutor no va poder preveure i que van estar fora del seu control (art. 9:501(I) i 8:108). Vegeu R. ZIMMERMANN, *Breach of Contractual Remedies*, p. 18.

141. «[The PECL and UNIDROIT Principles] should now much more readily be resorted to as a comparative baseline for evaluating, interpreting and developing the new German rules.» R. ZIMMERMANN, *Breach of Contractual Remedies*, p. 51. Vegeu també la bibliografia de la nota 135.

142. R. ZIMMERMANN, *Breach of Contractual Remedies*, p. 9.

143. P. LEGRAND, «The Impossibility of Legal Transplants», *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, núm. 4 (1997), p. 111 i seg.; P. LEGRAND, «European Legal Systems»; vegeu també P. LEGRAND, «The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies Beyond Pleasure», *Tulane Law Review*, núm. 75 (2001), p. 1033-1051, esp. p. 1045. I vegeu la resposta de Watson a A. WATSON, «Legal Transplants and European Private Law», a J. SMITS (ed.), *The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law*, Tilburg, 2001, p. 15-26.

a causa de les diferències existents entre ells, diferències que no són només conceptuals, sinó que es donen també en el pla de la mentalitat. Ja abans de Legrand, autors com Kahn-Freund van exposar les seves reserves a l'harmonització des de l'òptica sociològica.¹⁴⁴ Paradoxalment, ambdues postures, a favor i en contra de l'harmonització, tenen una mica de raó. Ambdós enfocaments no són irreconciliables i depenen de la postura que s'adopti: macrocomparació o microcomparació.¹⁴⁵

Almenys als ulls del comparativista, la diferència de mentalitat no hauria de representar un obstacle per a un procés d'harmonització basat en el desenvolupament d'una teoria comparativista, sinó un desafiament per a observar on són les diferències i on són les similituds, sense arribar a reduccionismes absoluts. No es pot negar que hi ha diferents maneres d'entendre el dret entre, per exemple, un jurista anglès i un jurista francès. Però aquesta dada per si sola no és suficient per a definir una postura en contra de l'harmonització, ja que, si centrem la qüestió de l'harmonització en la mentalitat, com s'explica que països diferents hagin adoptat solucions legals pertanyents a societats que poc o res tenen a veure amb la mentalitat adoptada? El cas de Turquia, que va adoptar la legislació suïssa, és potser el més clar: tenen els turcs la mateixa mentalitat que els suïssos, el dret civil dels quals van adoptar? Amb o sense harmonització, comerciants de diferents parts del món mantenen un fluid intercanvi a pesar de la diferència de mentalitat.¹⁴⁶ No es pot deixar de notar que la teoria de Legrand es concentra en les diferències entre el *common law* i el *civil law*. I què hi ha aleshores respecte els països que pertanyen al *civil law*? Entre ells no hi ha problemes de mentalitat? L'harmonització no significa un canvi de mentalitat ni una total uniformitat en les condicions socioeconòmiques del lloc, de la mateixa manera que l'euro no significa l'existència de les mateixes condicions econòmiques en tots els països de la Comunitat Europea, i ni tan sols dins de cadascun dels països.

9. UN NOU *IUS COMMUNE*

Sembla que està bastant acceptat que el procés d'harmonització porta a un «nou *ius commune*», encara que no és fàcil delinear el perfil d'aquest nou *ius*

144. O. KAHN-FREUND, «On Uses and Misuses of Comparative Law», *Modern Law Review*, núm. 37 (1974), p. 1.

145. Sh. ZONGLING, «Legal Transplants and Comparative Law», *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 51 (1999), p. 852-857.

146. I això, sense parlar de la idea de *lex mercatoria*, concepte difús però que posa de manifest la possibilitat de normes acceptades en diferents parts del món.

commune. Tal com he assenyalat, la idea del *ius commune* té els seus orígens a l'edat mitjana. Crec que plantejar els termes d'aquesta etapa en funció d'un *ius commune* amb reminiscències medievals peca de certa inexactitud. En l'època medieval no hi havia una perspectiva comparativa. Tots treballaven sobre la base del dret romà i el dret canònic. Es tractava d'un marc intel·lectual comú, que donava també marge a un sens fi de drets locals que difícilment interessaven els juristes d'altres latituds. El *ius commune* no va ser un model homogeni. Sobre la base d'una cultura jurídica comuna hi havia un sens fi de sistemes locals, sense que hi hagués una unitat jurídica nacional. Un clar exemple d'això era el cas de França.¹⁴⁷ No és possible, ni tampoc desitjable, recrear el dret medieval i aplicar-lo avui dia en diferents sistemes jurídics. Aquest nou *ius commune* no ha de ser entès com un dret residual a la manera del dret romà durant l'època medieval.

En general, al meu entendre, no hauríem de limitar l'harmonització a una concepció romanista del procés.¹⁴⁸ El dret romà constitueix el tronc comú dels sistemes jurídics occidentals, però avui no és suficient tornar a les arrels romanes, en principi perquè tampoc l'expressió *dret romà* ens assegura un marc únic. En el dret romà hi va haver diferents èpoques. De la mateixa manera que el dret romà de la Basílica no és el mateix dret romà que el del *Corpus Iuris*, aquest no és el mateix dret romà que el de l'època clàssica. El treball d'harmonització no busca desenvolupar un vell *ius commune* —que en realitat ja no existeix—, sinó recrear un *ius commune* que tingui característiques noves en la seva formulació i que certament pugui reconèixer un fonament comú. Però sobre aquesta base anem edificant una cosa nova. El plànol d'aquest nou edifici ens el dóna el dret comparat.

Aquest nou *ius commune* es va desenvolupant en funció de la comparació. Aquesta nova cultura jurídica es va formant com a síntesi de formats i tendències que existeixen i existien des de fa molt temps però que són reelaborats des d'una òptica comparativista. El dret comparat es va perfilant com l'instrument més adequat per a modelar el marc intel·lectual en el qual es desenvoluparan els sistemes jurídics. Sorgeix un consens sobre quines són les regles que han de regir en els contractes internacionals, les pautes que han de guiar la protecció del consumidor, els contorns de la responsabilitat extracontractual, la reparació del

147. És ben conegut el comentari de Voltaire sobre el canvi de sistema jurídic de la mateixa manera que es canvia de cavall entre posta i posta. Vegeu J. L. HALPERIN, *L'Impossible Code Civil*, París, 1992, p. 19 i seg.

148. R. ZIMMERMANN, «Roman Law and European Legal Unity», a A. HARTKAMP *et al.* (ed.), *Towards a European Civil Code*, 2a ed., la Haia, 1998, p. 21-39.

dany, etc. Aquest consens sorgeix com a conseqüència de la comparació. Acceptem gradualment que, si hi ha diferents solucions a un mateix problema, posar front a front diferents tradicions jurídiques ens conduirà a elegir una normativa bona.

Avui dia, el diàleg entre els juristes no hauria de ser plantejat en termes de dret alemany o francès, i ni tan sols en termes de *common law-civil law*, sinó des d'una perspectiva més àmplia en la qual l'harmonització obri un marc de més interacció entre països el pes jurídic específic dels quals va ser diferent.¹⁴⁹ Avui treballem per un pluralisme basat en una interacció entre diferents tradicions. El dret comparat deixa de tenir un paper passiu i es perfila com un impulsor dels canvis i com el motlle en el qual aquestes reformes són dissenyades. No crec que exagerin els qui veuen el dret comparat transformant-se lentament en la columna vertebral de tota educació jurídica que vulgui ser dinàmica i alhora coherent amb els canvis que es van produint. Per a aconseguir aquesta coherència i tenir rellevància, el dret comparat haurà d'estar a to amb les tendències harmonitzadores, però sense dependre exclusivament d'aquestes; haurà de deixar de ser eurocèntric i no conformar-se amb un enfocament «privatístic» del dret; haurà de donar cabuda a altres disciplines, sense per això traslladar-se a esferes metajurídiques; haurà de ser flexible, crític i renovador, encara que no forçosament revolucionari; haurà de tendir a una alta especialització, però alhora haurà d'estar dirigit a un públic de juristes ampli i necessitat dels instruments que la comparació subministra. El dret comparat haurà d'acudir a nous camins metodològics i haurà d'adoptar una perspectiva global rica i flexible. La comparació no està destinada a cristal·litzar solucions, sinó a plantejar el fonament teòric per a una renovació constant.

Així com a l'edat mitjana el *ius commune* va sorgir com a conseqüència de la difusió del dret a càrrec de les universitats, també avui la universitat té la primacia en la formació d'aquest nou llenguatge jurídic. En l'era de l'harmonització, el dret comparat hauria d'afinar el debat intel·lectual i hauria de tendir a la formació d'una cultura jurídica en la qual allò local o allò localista tingui un paper menys decisiu en la configuració del sistema jurídic. L'estudi del dret comparat i la seva introducció en els plans d'estudi són importants a l'efecte de dur a terme els plans d'unificació del dret.¹⁵⁰ No per a copiar models, sinó per a des-

149. Tenim el cas del Codi d'Holanda, que ha despertat un intens interès entre els comparativistes.

150. Vegeu R. GOODE, «Insularity or Leadership? The role of the United Kingdom in the Harmonization of Commercial Law», *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 50 (2001), p. 751-765, esp. p. 764.

envolupar un pensament crític en la formació dels juristes. En la nostra era, ser jurista exigeix ser comparativista.¹⁵¹

CONCLUSIÓ

Si l'interès pel dret comparat representa un *desafiament* a la concepció localista del dret,¹⁵² el pas a l'harmonització és l'*abandonament* d'aquesta concepció.¹⁵³ La comparació reemplaça l'aïllament i l'harmonització substitueix la idea del dret com a cosa localista, potser perquè el caràcter localista del dret té més de mite que de realitat. Mentre que el dret comparat va sorgir com una manera d'entendre o analitzar sistemes jurídics que es pressuposaven diversos, el procés d'harmonització porta la comparació a un altre estadi en el qual la seva funció és expandir la base del diàleg jurídic entre els diferents actors del concert global.

Admeto que, si és difícil parlar d'una cultura jurídica europea,¹⁵⁴ molt més difícil és encara parlar d'una nova cultura jurídica mundial. Tot i així, crec que els qui no estan d'acord amb l'harmonització han d'admetre que cert grau d'harmonització, a diferents nivells i amb diferent intensitat, es va aconseguint. Els sistemes es van acostant i cada vegada veiem una proximitat més gran entre les diferents tradicions jurídiques, encara que no està clar quina és la importància d'aquest procés i de quina manera es traduirà en una legislació universal en determinats camps del dret.

L'èxit de l'harmonització dependrà en gran manera de l'acceptació d'aquests principis pels homes de negocis i del seu arrelament en la comunitat internacional, i també des d'ara d'una forta voluntat política que porti els estats a acceptar la necessitat de ser part d'aquest procés de convergència jurídica. El dret comparat no pot per si sol constituir un factor catalitzador del procés d'harmonització. No obstant això, en un món interrelacionat, un treball comparatiu adequat pot tancar la bretxa que hi ha entre les necessitats pràctiques dels homes de negocis i els perfils teòrics cada vegada més complexos que assumeixen els diferents instituts.

151. «Nemo iurista nisi comparatista». K. KERAMEUS, «Quelques Réflexions sur le Sort Actuel du Droit Comparé», *Revue Hellenique du Droit International*, núm. 54 (2001), p. 511-516, esp. p. 516.

152. W. STOFFEL, «Enlightened Decision Making», *Tulane Law Review*, núm. 75 (2001), p. 1195-1214, esp. p. 1198 i seg.

153. K. SONO, «The Rise of Anational Contract Law in the Age of Globalization», *Tulane Law Review*, núm. 75 (2001), p. 1185-1193.

154. J. SMITS, *The Making of European*, p. 8.

Comparació i harmonització es necessiten mútuament, encara que cadascuna transiti per camins diferents. Ambdues convergeixen cap a una destinació comuna: el sorgiment d'una cultura jurídica més àmplia que estigui d'acord amb una era de canvis que ens porten inexorablement a una harmonització dels sistemes jurídics; una era de convergència, però també plena de contradiccions. És simptomàtic que moltes de les publicacions que es refereixen a l'harmonització o al *ius commune* comencin amb l'expressió *cap a*.¹⁵⁵ Estem en un procés, en un «cap a», ens encaminem en certa direcció, encara que, malgrat molts esforços, encara no veiem clar el camí, ni sabem quina és exactament la meta. Això és precisament el que atorga interès a l'empresa.

155. A. HARTKAMP *et al.* (ed.), *Towards a European Civil Code*, la Haia, 1998; J. BASEDOW *et al.* (ed.), *Aufbruch nach Europa*, Hamburg, Max Planck Institut, 2001.

