

LES FONTS DEL DRET CIVIL ESCOCÈS*

Esteve Bosch Capdevila
Professor titular de dret civil
Universitat Rovira i Virgili

1. INTRODUCCIÓ

Si hom intenta buscar paral·lelismes entre Catalunya i Escòcia, fàcilment li vindrà la idea d'un sentiment nacionalista comú, que es tradueix en una autonomia política dins d'Espanya i la Gran Bretanya, respectivament. Si aquestes analogies es volen cercar dins de l'àmbit jurídic, i concretament dins del dret civil, ja són aparentment més difícils de trobar. La falta de codificació del dret civil escocès i la seva ubicació intuïtiva dins del sistema anglosaxó del *common law*, sembla que situen tots dos drets en plànols diferents i contraposats. Però la realitat no és ben bé aquesta.

El dret civil català i l'escocès tenen diferències importants, però també punts de contacte notables. En primer lloc, cal començar dient que el dret civil escocès no constitueix un exponent dels sistemes del *common law*, sinó que es tracta d'un dels anomenats *sistemes mixtos* —com ho són també, entre d'altres, els de Sud-àfrica, Israel, Sri Lanka, la Louisiana, Filipines, Puerto Rico o el Quebec—, és a dir, sistemes que reuneixen elements tant del *civil law* com del *common law*. El dret civil escocès té, per tant, un component romanista que no ens pot resultar aliè.¹

* El present treball és fruit d'una estada realitzada al Center for the Study of the Civil Law Tradition, de la Universitat d'Aberdeen, durant els mesos de juny a setembre de 2001, i el juliol i l'agost de 2003, gràcies a una beca Batista i Roca atorgada per la Generalitat de Catalunya. L'autor vol agrair al professor David Carey Miller l'ajut prestat per a la realització d'aquest treball.

1. Tot i que el dret anglès ha anat exercint cada vegada més influència en el dret escocès, són moltes encara les institucions presidides per una regulació de base romana, especialment en relació amb el règim dels béns mobles i el dret d'obligacions i contractes.

I, en segon lloc, cal tenir en compte també que la no-codificació del dret civil escocès no implica una primàcia de la jurisprudència com a font del dret, sinó que la llei continua sent la font primera, que pot ser objecte d'interpretació i integració, però no de modificació ni de derogació, per part dels tribunals. Però és que, a més, les diferències radicals que en matèria de fonts sembla que existeixen entre un sistema com l'escocès —que considera com a fonts «primàries» la jurisprudència i la doctrina— i un altre com el català —inspirat en la clàssica trilogia llei, costum i principis generals del dret—, tendeixen a minimitzar-se, per diverses raons. Primerament, perquè les sentències del Tribunal de Cassació de Catalunya, les del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, i la tradició jurídica catalana —de la qual forma part la doctrina dels autors clàssics catalans—, constitueixen, d'acord amb l'article 111-2 CCC, un element no solament d'interpretació, sinó també d'integració del dret civil de Catalunya. I, d'altra banda, perquè a Escòcia no es descarta la codificació del seu dret civil, i un grup de juristes treballa en aquest sentit.²

Aquest treball té com a objectiu primordial fer una aproximació a les fonts del dret civil escocès, amb una atenció especial al valor de la jurisprudència i la doctrina científica com a fonts del dret. Atès el paper que aquestes fonts tenen a Catalunya d'acord amb l'article 111-2 CCC, l'experiència del model escocès pot ajudar a resoldre algunes de les qüestions que es plantegin en l'aplicació a Catalunya de l'article esmentat.

2. LES FONTS DEL DRET CIVIL ESCOCÈS

En el dret civil escocès no hi ha cap norma que contingui una relació de les seves fonts, a diferència del que succeeix en altres ordenaments jurídics —com, per exemple, en el dret civil català, en què l'article 111-1 CCC enumera i jerarquitzava les fonts del dret. Això no obstant, la doctrina i la jurisprudència són unànimes a l'hora de distingir entre les fonts «primàries» —que gaudeixen d'*authority* i són, per aquest ordre, la llei, la jurisprudència i certes obres de la doctrina científica— i les fonts «secundàries» —a les quals manca aquesta «autoritat» i que són la resta de la doctrina científica, el costum i l'equitat.³

2. Respecte a la codificació del dret civil escocès, vegeu la nota 4.

3. Aquest és l'ordre de prelación de fonts actual, que ha anat variant al llarg de la història; James Dalrymple Stair, un dels *institutional writers*, en la seva obra *The Institutions of the Law of Scotland* (1681) situava el costum com a primera font del dret, lloc que no li va prendre la llei fins al segle XIX.

2.1. LA LLEI

També a Escòcia la llei és la primera font del dret. Atès que de moment no ha triomfat la tasca codificadora,⁴ la determinació del dret vigent és una feina complicada, especialment si l'intenten fer juristes aliens al sistema. El panorama legislatiu escocès, doncs, té coincidències amb el que hi havia a Catalunya abans de la Compilació de 1960: un conjunt de lleis de diferents èpoques i diverses procedències, difícilment coordinables entre elles. D'aquesta manera, a Escòcia regeixen lleis aprovades pel Parlament escocès abans de l'any 1707, altres d'aprovades pel Parlament de la Gran Bretanya del 1707 al 1800, i també n'hi ha d'aprovades pel Parlament del Regne Unit a partir del 1801; finalment, i des del 1999, arran de la Devolution Act, el nou Parlament escocès pot aprovar lleis, sense que això impliqui que el Parlament del Regne Unit no pugui seguir aprovant lleis aplicables a Escòcia.⁵

Des d'un punt de vista formal, aquestes lleis presenten una sèrie de peculiaritats, entre les quals es poden destacar les següents:

1. No es troben dividides en articles, sinó en «seccions».
2. Al final de cada llei és relativament freqüent que hi hagi una secció que defineixi algunes de les paraules utilitzades.⁶

4. Tot i que, des de la Devolution Act i la consegüent possibilitat que el Parlament escocès legisli en matèria civil, s'ha obert un debat respecte a si convé o no elaborar un codi civil escocès. Si bé han començat els treballs en aquest sentit —per mitjà d'un grup de professors de la Universitat d'Edimburg dirigit pel professor Eric Clive—, el cert és que de moment és una feina de caràcter exclusivament privat, per la qual cosa el valor d'aquest hipotètic codi serà, en principi, merament doctrinal. Aquest projecte, impulsat, com diem, per l'entusiasme d'un grup de professors, és vist per alguns amb una simple indiferència, però d'altres hi exerceixen una oposició frontal. Entre els enemics més acèrrims hi ha l'autoritat judicial escocesa més alta, lord Rodgers, cosa que fa presagiar un final no molt feliç del projecte. Val a dir que el debat no té tant un rerefons polític com un de merament jurídic, i es planteja com una lluita entre els partidaris del *case law system* i els que creuen que la codificació podria significar una millora i un perfeccionament d'un sistema mixt com és l'escocès. Vegeu, sobre aquesta qüestió, Eric CLIVE, «The Scottish Civil Code Project», a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws and Codification in Europe*, p. 83-101, i Esteve BOSCH, «Why Scots Private Law Should Be Codified», *Scots Law Times*, núm. 29 (2003), p. 237 i seg.

5. D'acord amb el sistema de distribució de competències de les seccions 28 i 29 de la Scotland Act 1998.

6. Per exemple, la Sale of Goods Act 1979 estableix, a la secció 61 (1), que «In this Act, unless the context or subject matter otherwise requires: "action" includes counterclaim and set-off, and in Scotland condescence and claim and compensation; [...] "buyer" means a person who buys or agrees to buy goods [...]».

3. Algunes lleis proporcionen exemples per a la seva aplicació.⁷

4. Les lleis poden contenir apèndixs susceptibles de ser consultats per tal de resoldre ambigüitats, si bé, en cas de conflicte entre una secció de la llei i l'apèndix, preval la primera.

2.2. LA JURISPRUDÈNCIA

La jurisprudència és la segona font del dret civil escocès. Es troba, doncs, per sota de la llei, si bé la no-codificació del dret li atorga una rellevància que no té en altres sistemes.

2.2.1. Referència històrica

La consideració de la jurisprudència no ha estat la mateixa al llarg de la història. Fins al segle XVI, la gran importància del costum i la falta d'accessibilitat de les sentències limitaven molt el valor de les decisions dels tribunals com a font del dret. Va ser a partir de l'any 1532, amb la creació del College of Justice per James V, que el *judicial precedent* va començar a adquirir importància amb els anomenats *Practicks*, que eren repertoris de decisions de la Court of Session fets per a l'ús privat dels jutges i que tenien com a finalitat que hi hagués homogeneïtat en les decisions.⁸

Per als *institutional writers*, com James Dalrymple Stair,⁹ el precedent no era per si mateix necessàriament vinculant, però l'existència d'una sèrie de decisions en un mateix sentit evidenciava l'existència d'un costum respecte a aquesta qüestió, costum que sí que tenia caràcter vinculant per als jutges; d'aquesta manera, fins ben entrat el segle XVIII, el costum era la primera font del dret, i la jurisprudència només era important en la mesura que constituïa un «costum judicial».

7. La Consumer Credit Act 1974 conté fins a vint-i-quatre exemples relatius a l'ús de la nova terminologia; en el seu apèndix 4, part 2, l'exemple 1 disposa: «Facts. Correspondence passes between an employee of a money lending company (writing on behalf of the company) and an individual about the terms on which the company would grant him a loan under a regulated agreement. Analysis. The correspondence constitutes antecedent negotiations falling within section 56(1)(a), the moneylending company being both creditor and negotiator.»

8. Vegeu, sobre aquesta qüestió, H. MACKECHNIE, «Practicks», a *An Introductory Survey of the Sources and Literature of Scots Law*, p. 25-41.

9. *Institutions of the Law of Scotland*, § 1.1.16.

No va ser fins al segle XIX que el *judicial precedent* va passar a ser una font autònoma del dret. Els principals factors que expliquen aquest canvi van ser la influència del dret anglès, el desenvolupament dels *law reports*,¹⁰ les reformes de la Court of Session —la creació de dues divisions a l'Inner House va possibilitar que els jutges analitzessin els casos de manera més detallada i, consegüentment, dictessin unes sentències més elaborades—¹¹ i la «degradació» del costum, que va deixar de considerar-se la primera font del dret.

2.2.2. *El coneixement del precedent: els reports*

La consideració del precedent com a font del dret exigeix, d'acord amb el principi de seguretat jurídica, que es pugui conèixer. De la mateixa manera que la llei és publicada, les decisions dels tribunals susceptibles de constituir *authority* haurien de tenir una publicitat similar. Això no obstant, aquesta funció recopiladora no s'ha considerat una obligació de l'Estat fins fa relativament poc temps,¹² de manera que no hi havia una col·lecció oficial de *law reports*. Això implica que davant d'un tribunal es pot citar qualsevol sentència, tant si està *reported* com si no. Són ben clares en aquest sentit les paraules de lord Guthrie: «The authority of a case depends not upon whether it is to be found in a series of reports but upon the fact that it is a judicial decision.»¹³ Per tant, es pot invocar qualsevol precedent, tant si està recollit al *Session Cases* (SC) com si ho està en altres repertoris —com, per exemple, l'*Scots Law Times* (SLT)— o en altres publicacions periòdiques —en el cas *Wills' Trustees vs. Cairngorm Canoeing and Sailing School Ltd.*,¹⁴ la House of Lords va prendre en consideració un cas publicat l'any 1867 a l'*Elgin and Morayshire Courier*—,¹⁵ o fins i tot encara que no estigui contingut en cap repertori, i també es pot donar el cas que un *unreported case* que hagi estat citat per un tribunal sigui inclòs com un annex en la sentència dictada per aquest tribunal.¹⁶

10. G. MAHER i T. SMITH, § «Judicial precedent», a *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*, vol. 22, p. 95-97.

11. Vegeu, sobre aquesta qüestió, J. S. LEADBETTER, «The Printed Law Reports 1540-1935», a *An Introductory Survey of the Sources and Literature of Scots Law*, p. 45.

12. Tret d'algunes excepcions, com per exemple els *Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases and Immigration Appeal Reports*, que es publiquen oficialment.

13. En el cas *Leighton vs. Harland and Wolff Ltd.*, *Scots Law Times*, 1953, p. 36.

14. SC, 1976, p. 30-162; SLT, 1976, p. 162-212.

15. El cas *Seafield vs. Jamieson*, publicat a l'*Elgin and Morayshire Courier* del dia 26 de juliol de 1867.

16. El 1977, en el cas *Albyn Properties Ltd. vs. Knox* (SC, 1977, p. 108; SLT, 1977, p. 41), la First Division va seguir un cas de l'any 1971 que fins a aquell moment no s'havia publicat i que

Des del 1999, l'Scottish Court Service presenta una nova forma electrònica de *report* a través de la web *www.scotcourts.gov.uk*, en la qual es contenen les decisions dels jutges de la Court of Session a partir del setembre del 1998, així com les sentències més importants de les *sheriff courts* des d'aquella mateixa data.¹⁷ Igualment, totes les decisions de la House of Lords, a partir del dia 14 de novembre de 1996, es poden trobar a la web *www.parliament.uk*.¹⁸

2.2.3. *L'estructura judicial escocesa en matèria civil*

Per tal de comprendre el valor que té la jurisprudència en el dret escocès, és necessari que fem una referència, ni que sigui breu, a l'estructura judicial escocesa, que en l'àmbit civil està formada per la Sheriff Court, la Court of Session —integrada per l'Outer House i l'Inner House— i la House of Lords.

a) La Sheriff Court és la instància inferior en matèria civil. Es tracta d'una institució que va néixer al segle XII, però que des de llavors ha sofert una gran transformació. Actualment es regeix per la Sheriff Courts (Scotland) Act 1907 —modificada per la Sheriff Courts (Scotland) Act 1913— i per la Sheriff Courts (Scotland) Act 1971. En la Sheriff Court concorren el conegut com a *sheriff principal* —que és la persona que hi ha al capdavant de la Sheriff Court— i els altres *sheriffs* —que per delegació ostenten també les funcions d'aquell.

La jurisdicció de la Sheriff Court és molt àmplia. En matèria civil, constitueix tant un tribunal de primera instància com un tribunal d'apel·lació —quan es recorre davant del *sheriff principal* la decisió presa en primera instància per un dels *sheriffs*. La competència de la Sheriff Court s'estén pràcticament a tota la matèria civil, amb excepcions com, per exemple, les accions relatives a l'estat civil de les persones. I hi ha alguns casos —les reclamacions de quantitats no molt elevades— en què la jurisdicció de la Sheriff Court és exclusiva, cosa que significa que el litigi no pot ser conegut, ni de manera originària ni en apel·lació, per la Court of Session i, per tant, l'únic recurs possible és davant del *sheriff principal*.

va aparèixer a partir de llavors com un apèndix als *Session Cases Reports* de l'Albyn Properties Case (és el cas Glasgow Heritable Trust Ltd. vs. Donald, SC, 1977, p. 113).

17. Les sentències es troben disponibles a partir de les catorze hores, aproximadament, del dia en què són publicades.

18. Una vegada s'ha accedit a la dita web, cal entrar primer a la pàgina que porta per títol *Judicial work* i, després, a la de *Judgments*.

b) Mentre que a cada *sherriffdom* hi ha una Sheriff Court, la *Court of Session* té la seva seu a Edimburg, a la Parliament House. La Court of Session es regeix per la Court of Session Act 1988, que l'ha separat entre l'Outher House, que és el tribunal de primera instància, i l'Inner House, que és una instància d'apel·lació.

—L'Outher House està formada per 24 *juniors lords of session* —que actuen de manera separada— i no és un tribunal d'apel·lació, sinó que coneix en primera instància de tots els assumptes que no són competència exclusiva de la Sheriff Court.¹⁹

—L'Inner House té dues divisions, cadascuna amb la mateixa autoritat: la First Division està formada pel *lord president* i per quatre *lords of session* més, i la Second Division està formada pel *lord justice-clerk* i pel mateix nombre de *lords of session*. Ambdues divisions tenen la mateixa jurisdicció i les parts no poden elegir quina d'elles coneixerà del cas. La majoria de vegades, l'Inner House és un tribunal d'apel·lació que veu els recursos contra les decisions del *sheriff*, el *sheriff principal* o els *lords* de l'Outher House. Les decisions de l'Inner House només són apel·lables davant de la House of Lords.²⁰

c) La House of Lords —que no té la seva seu a Escòcia, sinó a Anglaterra— és la darrera instància d'apel·lació de les sentències de la Court of Session.²¹ El fet que la House of Lords hagi estat integrada per jutges anglesos —poc conegedors del dret escocès— ha causat importants perjudicis a aquest dret, tant perquè ha ocasionat equívocs i confusions, com perquè ha introduït doctrines angleses contràries a la tradició jurídica escocesa.

2.2.4. *La força vinculant de la jurisprudència dels tribunals escocesos*

La qüestió de la força vinculant del precedent judicial es pot resumir en dos principis: el de jerarquia, en virtut del qual les sentències dels tribunals superiors vinculen les dels inferiors, i el de l'*apellate jurisdiction*, que exigeix, per tal que es produeixi aquella vinculació, que les sentències del tribunal inferior siguin susceptibles d'apel·lació davant del tribunal superior.

19. D'aquesta manera, llevat d'aquells casos en què la Sheriff Court o la Court of Session tenen competència exclusiva, el demandant normalment pot elegir acudir a la Sheriff Court o bé a l'Outher House. Si bé se sol preferir la primera per raons de proximitat i economia, si el litigi és de quantia elevada pot ser desitjable acudir a una instància amb més «autoritat» que la del *sheriff*.

20. Apel·lacions que poques vegades es duen a terme, atès el gran cost econòmic que representen.

21. Però no solament d'aquestes sentències, sinó també de les dels altres tribunals del Regne Unit.

La justificació de la teoria del *judicial precedent* es troba en el fet que si el tribunal inferior sap que la seva decisió podrà ser objecte de recurs davant d'un tribunal superior que manté una posició diferent de la de la sentència de primera instància, és absurd que aquest tribunal adopti una tesi diferent de la d'aquell que coneixerà de l'apel·lació, ja que aquest revocarà la seva sentència.²²

2.2.4.1. Les sentències de la House of Lords

La House of Lords no és, com s'ha dit, un tribunal escocès, sinó un tribunal del Regne Unit. Aquesta circumstància fa plantejar la qüestió de l'eficàcia que tenen a Escòcia les sentències que es dicten en apel·lacions de sentències no escoceses. La regla general és que no vinculen els jutges escocesos,²³ si bé s'han apuntat algunes possibles excepcions: quan la sentència es refereix a principis generals del dret que són comuns a Anglaterra i Escòcia²⁴ i quan la regulació de tots dos països és semblant.²⁵

22. Aquesta idea, ja la va expressar clarament el lord *chancellor* el 1972 en una apel·lació anglesa davant de la House of Lords: «The fact is, and I hope that it will never be necessary to say so again, that in the hierarchical system of courts that exists in this country, it is necessary for each lower tier, including the Court of Appeal, to accept loyally the decisions of the higher tier» (*Broome vs. Cassell & Co. Ltd.*, *Law Reports, Appeal Cases: 1972*, p. 1027-1054).

23. En el cas *Glasgow Corporation vs. Central Land Board* (*Session Cases (House of Lords): 1956*, p. 1-16; *Scots Law Times*, 1956, p. 41-45), lord Norman va declarar que una decisió de la House of Lords en una apel·lació anglesa en la qual no es decidia cap qüestió de dret escocès no havia de ser tractada com a obligatòria pels tribunals escocesos.

24. En el cas *Orr Ewing vs. Orr Ewing's Trustees* (1884) —*Rettie's Session Cases: House of Lords: 1884*, p. 600-636—, el lord *president* Inglis va dir —en contra de l'opinió majoritària del tribunal— que la Court of Session estava obligada per les decisions de la House of Lords dictades en apel·lacions angleses o escoceses que tractessin sobre principis comuns a tots els drets britànics. Quan el cas va arribar a la House of Lords, lord Selborne —*Rettie's Session Cases: House of Lords: 1885*, p. 3— va mantenir aquesta mateixa doctrina i va establir que «[a] decision of this House, in an English case, ought to be held conclusive in Scotland, as well as England, as to questions of English law and jurisdiction which it determined. It cannot, of course, conclude any question of Scottish law, or as to the jurisdiction of any Scottish Court in Scotland. So far as it may proceed upon principles of general jurisprudence, it ought to have weight in Scotland; as a similar judgment of this House on a Scottish appeal ought to have weight in England. If, however, it can shown that by any positive law of Scotland, or according to authorities having the force of law in that country, a different view of the proper interpretation, extent, or application of those principles prevails there, the opinions on those subjects, expressed by noble and learned Lords when giving judgment on an English appeal ought not to be held conclusive in Scotland.»

25. Així va succeir en el cas *Virtue - The Alloa Police Commissioners vs. William Virtue*, *The Scottish Law Reporter* (1873), p. 140-149.

Centrant-nos ja en les apel·lacions de sentències escoceses davant la House of Lords, és obvi que la seva doctrina vincula els tribunals escocesos (a la Court of Session i a la Sheriff Court). Quant a la qüestió de si també vincula la mateixa House of Lords, s'ha originat una forta polèmica, ja que:

a) Inicialment, la jurisprudència era molt canviant. En el cas *Perry vs. Whitehead*, l'any 1801, es va manifestar que la House of Lords tenia poder per a canviar els seus propis criteris,²⁶ mentre que el 1852, en el cas *Bright vs. Hutton*, es va dir el contrari.²⁷

b) En la sentència en la qual es va abordar més directament la qüestió —l'any 1898, en el cas anglès *London Street Tramways Company vs. London County Council*—²⁸ es va afirmar que, llevat de casos molt excepcionals d'errada manifesta —quan s'hagués aplicat una llei derogada o s'hagués ignorat una llei vigent, per exemple—, la House of Lords estava vinculada per les seves pròpies decisions, i només una llei del Parlament podia alterar la seva doctrina.

c) Aquesta doctrina establerta en el cas *London Tramways* va ser objecte de moltes crítiques dures, fins al punt que l'any 1966 la mateixa House of Lords va emetre una *practice statement* en la qual declarava que en determinats casos la House of Lords —no els tribunals inferiors— es podia apartar de la seva jurisprudència.²⁹ I, en una sèrie de sentències posteriors, la House of Lords va anar

26. Lord Eldon va manifestar que «[a] rule of law laid down by the House of Lords cannot be reversed by the Chancellor [...] The rule of law must remain, till altered by the House of Lords».

27. Lord St. Leonards va afirmar que la House of Lords estava vinculada per les seves pròpies decisions i no podia canviar, en principi, de criteri; únicament podia rectificar l'errada que anteriorment havia comès. I, en la mateixa sentència, lord Campbell encara va anar més lluny, ja que va afirmar que una decisió de la House of Lords només podia ser rectificada per la llei.

28. *Law Reports, Appeal Cases (House of Lords): 1898*, p. 375-381.

29. Aquesta *Practice Statement (Judicial Precedent)*, dictada pel lord *chancellor* lord Gardner, amb presència de lord Reid, lord Denning, lord Parker of Waddington, lord Morris of Borth-y-Gest, lord Hodson, lord Pearce, lord Upjohn i lord Wilberforce, va establir que «[t]heir Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

»Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practise and, while treating former decisions of the House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

»In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.

»This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.»

perfilant l'exercici correcte de la facultat atorgada per la *practice statement*, per a la qual cosa va establir una sèrie de regles:

1. El poder de la House of Lords d'apartar-se de la seva jurisprudència anterior (*ouerrule*) s'ha d'utilitzar de manera prudent i mesurada, i no simplement perquè la decisió anterior sigui qüestionable.

2. La House of Lords es podrà apartar de la doctrina que, si bé era correcta quan es va pronunciar, ha perdut, pel transcurs del temps o pel canvi de circumstàncies, la raó que la fonamentava.

3. No és fàcil que una decisió que hagi estat seguida durant molt de temps perdi la seva força com a precedent, tret que hi hagi raons importants que justifiquin el canvi.

4. Un cas que hagi estat resolt fa poc per la House of Lords és improbable que sigui *ouerruled* en les sentències més immediates.

5. Una doctrina de la House of Lords no serà *ouerruled* quan hagi rebut el suport de la llei, ni tampoc quan sigui raonable pensar que el Parlament, que podria haver canviat aquesta doctrina jurisprudencial, no ho ha fet.

d) El poder atribuït per la *practice statement* a la House of Lords va ser utilitzat per primera vegada en el cas *Dick vs. Falkirk Burgh* (1976),³⁰ en què s'anul·lava la doctrina del cas *Darling*,³¹ que era *authority* quant a la regla segons la qual una acció de reclamació pels danys causats a una persona no es podia interposar pels seus parents quan la víctima havia mort. Les raons que, segons la House of Lords, justificaven la dita facultat d'*ouerrule* en el cas *Darling*, eren, a més de la justícia del cas concret, que la Scottish Law Commission ja havia apuntat l'any 1973 la necessitat de revisar la doctrina del cas *Darling* i que la regla que s'havia d'abolir no era indiscutida.

2.2.4.2. Les sentències de la Court of Session

La força de les sentències de la Court of Session és diferent segons si les dicten tots els jutges (la *Whole Court*) o si es tracta de decisions dels *ordinary lords* de l'Outher House, o d'alguna de les divisions de l'Inner House.

a) L'eficàcia de les sentències de la *Whole Court* està subjecta a una problemàtica similar a la que acabem de plantejar respecte a les de la House of Lords. La qüestió es va tractar en el cas *Yuill's Trustees vs. Harvie and others* (1902),³²

30. *Session Cases (House of Lords): 1976*, p. 1-29.

31. *Darling vs. Gray & Sons: 1892, Rettie's Session Cases (House of Lords):* p. 19.

32. *Scots Law Times: 1902*, núm. 10, p. 169 i seg.

en què es va discutir si la doctrina de la Whole Court en el cas *Miller's Trustees vs. Miller* podia ser reconsiderada per la mateixa Whole Court, i es va arribar a una decisió negativa.³³ A més de la seguretat jurídica que oferia la vinculació al precedent, dues raons van ser decisives: la inexistència, en relació amb la Court of Session, d'una regla similar a l'establerta per la *practice statement* per a la House of Lords, i el fet que la sentència de la Court of Session podia ser objecte de recurs després davant de la House of Lords, que sí que podia apartar-se de la doctrina de la Court of Session.

D'altra banda, en el que no hi havia cap dubte és en el fet que les decisions de la Whole Court vinculen les dues divisions de l'Inner House, i l'Outer House.

b) Quant a l'efecte vinculant de les sentències d'una divisió de l'Inner House, la jurisprudència més recent és bastant unànime a l'hora de considerar que una divisió queda vinculada per les decisions de l'altra divisió.³⁴ I, d'altra banda, en el cas *Hunter vs. Glasgow Corporation*³⁵ es va establir clarament que les decisions d'una divisió de l'Inner House eren obligatòries per a tots els jutges de l'Outer House.

33. Vegeu, sobre aquesta qüestió, T. B. SMITH, *The Doctrines of Judicial Precedent in Scots Law*, p. 30.

34. La majoria dels casos en què es manté la no-obligatorietat són del segle XIX i començaments del XX. Per exemple, en el cas *Earl of Wemyss vs. Earl of Zetland* (1890) —*Rettie's Session Cases*, núm. 18, p. 126-130—, lord Young va afirmar: «I should like to say that I do not approve of any judgment of any Division as conclusive on Scots law. If it should happen to be thought wrong on further consideration either by the same Division or by another Division, I am not of opinion that it is necessary to summon the Whole Court, or that nothing but an Act of Parliament will correct an error which has been fallen into.» En canvi, en el cas *Galloway vs. Galloway* (1947) —*Session Cases: 1947*, p. 330 i seg.—, lord *president* Cooper va manifestar: «If a motion had been made to us for the reconsideration of *Thomson vs. Bowater* by a larger Court, I should have been disposed for myself to have acceded to that motion, but no such motion has been made; and, as *Thomson vs. Bowater* is directly in point in relation to the question which the reclaimers desire to have reviewed, namely the refusal of the two items in the specification, it appears to me that we have no option but to follow *Thomson vs. Bowater* and so hold the reclaiming motion to be competent.» T. B. Smith, en una obra seva del 1952 —*The Doctrines of Judicial Precedent in Scots Law*, p. 28—, deia que la pràctica seguida en aquell moment era que les decisions d'una divisió havien de ser tractades com a obligatòries en les dues; i, més recentment, aquesta opinió ha estat ratificada: «There have been a number of dissenting voices, particularly in the older cases. This would seem to suggest that one time (possibly even as late as the 1930s) there was no settled practice on the question and no consensus amongst the judges. Nevertheless the practice of the judges for the last 50 years seems to have crystallised. Divisions nowadays do regard themselves as bound by previous Divisional decisions and a larger court is convened if it is felt that the earlier decision ought to be reconsidered» —A. A. PATERSON i T. St. J. N. BATES, *The legal System of Scotland*, p. 328-329.

35. *Session Cases: 1971*, p. 220.

c) Finalment, pel que fa a l'«autoritat» de les decisions dels jutges de l'Outher House, l'opinió més acceptada és en aquest cas la de la no-vinculació, de manera que, tot i que no és el més freqüent, un *lord ordinary* es pot apartar de la sentència dictada per un altre *lord ordinary*,³⁶ si bé serà convenient que al·legui les raons que l'han portat a aquesta decisió.

2.2.4.3. El precedent i la Sheriff Court

La Sheriff Court està vinculada per les decisions de la House of Lords³⁷ i de l'Inner House.³⁸ En canvi, i atès que no hi ha apel·lació de la Sheriff Court a l'Outher House, les decisions dels seus *lords ordinaries* no vinculen ni el *sheriff principal* ni els *sheriffs*,³⁹ si bé un i altres normalment les segueixen, tret que hi hagi raons importants en sentit contrari.⁴⁰

Quant a l'eficàcia de les decisions de la Sheriff Court en la mateixa Sheriff Court, es poden establir les regles següents:

1. El *sheriff principal* no està vinculat per les decisions de cap *sheriff*, ja sigui del mateix *sheriffdom* o d'un de diferent, ni tampoc per les sentències d'un *sheriff principal* d'un *sheriffdom* diferent.⁴¹ En canvi, no hi ha una doctrina cla-

36. Per exemple, en el cas *Galbraith vs. Galbraith* (1971) —*Session Cases: 1971*, p. 66—, lord Wheatley es va apartar de la decisió de l'Outher House en el cas *Warden vs. Warden* (1951) —*Session Cases: 1951*, p. 508—; en el cas *Collins vs. South of Scotland Electricity Board* —*Session Cases: 1977*, p. 13—, lord Grieve no va seguir la decisió de l'Outher House en el cas *M'Bay vs. Hamlett* —*Session Cases: 1963*, p. 282.

37. Per exemple, en el cas *Boomsma vs. Clark and Rose Ltd.* —*Scots Law Times (Sheriff Court): 1983*, p. 67—, el *sheriff* va acceptar que estava obligat a aplicar la doctrina establerta per la House of Lords en el cas *Smith vs. UMB Chrysler (Scotland) Ltd.* 1978.

38. En els *reports* podem trobar-ne molts exemples: en el cas *Luke vs. Little* —*Scots Law Times (Sheriff Court): 1980*, p. 138—, el *sheriff* va seguir la decisió de l'Inner House en el cas *Kaye vs. Hunter* —*Session Cases: 1958*, p. 208.

39. Vegeu, per exemple, el cas *Foster vs. Graigmillar Laundry Ltd.* *Scots Law Times (Sheriff Court): 1980*, p. 100.

40. Així va succeir, per exemple, en el cas *Foster vs. Craigmillar Laundry Ltd.* —*Scots Law Times (Sheriff Court): 1980*, p. 100—, en què el *sheriff* no va aplicar una sentència del *lord ordinary* perquè va considerar que la seva opinió no s'ajustava a les decisions de l'Inner House, que sí que eren obligatòries per al *sheriff*.

41. Vegeu, per exemple, el cas *Troc Sales Ltd. vs. Kirkcaldy District Licensing Board* —*Scots Law Times (Sheriff Court): 1982*, p. 77—, que no va seguir la decisió del cas *Muir vs. Chief Constable of Edinburg* —*Scots Law Times (Sheriff Court): 1961*, p. 41. Així mateix, en el cas *Spencer vs. Spencer* —*Scots Law Times (Sheriff Court): 1983*, p. 87—, el *sheriff principal* del *sheriffdom* de Grampian, Highlands i Islands va dir, en relació amb la sentència del cas *Milne vs. Milne* —*Scots Law Times (Sheriff Court): 1964*, p. 28—, decidida pel *sheriff principal* de Glasgow: «Notwithstanding

ra respecte a si el *sheriff principal* està vinculat per les seves pròpies decisions i per les dels qui el van precedir en el càrrec.⁴²

2. Quant als *sheriffs*, resten vinculats per les decisions del *sheriff principal* del mateix *sheriffdom* —fins i tot quan aquest ja ha abandonat el càrrec—,⁴³ mentre que no ho estan per les seves pròpies decisions —com es va establir clarament en el cas *Smillie vs. Hamilton Burgh Licensing Court*—, ni per les decisions dels *sheriffs principals* d'altres *sheriffdoms* —decisiones que tindran caràcter decisiu però no vinculant, de manera que, quan una decisió s'estimi incorrecta, no serà seguida.⁴⁴

2.2.5. *Les raons que poden justificar el no-seguiment dels judicial precedents*

Hem assenyalat fins ara que els tribunals escocesos estan, en determinats casos, vinculats per la jurisprudència emanada d'altres tribunals. Però aquesta vinculació és absoluta o bé s'admeten algunes excepcions que permeten als tribunals apartar-se d'aquestes decisions en principi vinculants? Smith i Maher⁴⁵ assenyalen una sèrie de casos en què un tribunal pot ignorar el *judicial precedent*:

the great respect which is owed to any pronouncement on such a matter by Sir Allan Walker QC, I find it impossible to agree with his decision in that case. Since the decision is not binding in this sheriffdom I must act on the views which I have formed and entertain the appeal»; poc després, el mateix problema es va plantejar davant del *sheriff principal* de North Strathclyde, que també va preferir no seguir la doctrina del cas *Milne vs. Milne* (es tractava del cas *Lamberton vs. Lamberton* —*Scots Law Times (Sheriff Court): 1984*, p. 22).

42. En el cas *Hill vs. McMillan* —*Scots Law Times (Sheriff Court): 1980*, p. 3—, un *sheriff principal* va distingir entre les seves pròpies opinions expressades com a *sheriff principal* i les que havia mantingut anteriorment en un altre cas en què actuava com a jutge substitut, amb la qual cosa va donar a entendre que estava vinculat en el primer cas, però no en el segon. I en el cas *City Bakeries Ltd. vs. S and S Snack Bars and Restaurants Ltd.* —*Scots Law Times (Sheriff Court): 1979*, p. 28—, el *sheriff principal* de Glasgow va decidir en el mateix sentit que ho havia fet qui l'havia precedit en el càrrec, si bé de la sentència es dedueix que no se sentia obligat a fer-ho.

43. G. MAHER i T. SMITH, § «Judicial precedent», a *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*, vol. 22, p. 130.

44. Per exemple, el cas *North West Securities Ltd. vs. Barrheat Coachbuilders* —*Scots Law Times (Sheriff Court): 1975*, p. 34— no va seguir el cas *FC Finance Ltd. vs. Langtry Investment Co. Ltd.* —*Scots Law Times (Sheriff Court): 1973*, p. 11; vegeu-ne més exemples a G. MAHER i T. SMITH, § «Judicial precedent», a *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*, vol. 22, p. 132, nota 7.

45. G. MAHER i T. SMITH, § «Judicial precedent», a *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*, vol. 22, p. 175 i seg.

1. Quan el supòsit de fet no és realment idèntic.⁴⁶
2. Quan la sentència que s'al·lega com a precedent no s'ajusta a la *general legal authority*. Com a mostra d'aquesta no-concordança amb la jurisprudència majoritària s'esmenta que la doctrina de la sentència en qüestió hagi estat escassament seguida en casos posteriors, o que no hagi estat recollida per la bibliografia jurídica.
3. Quan el punt decisiu a l'hora de prendre la decisió no ha estat argumentat.⁴⁷
4. Quan el cas que s'al·lega com a precedent ha estat mal *reported*.⁴⁸
5. Finalment, i com a supòsit més important i a la vegada més polèmic, s'al·lega el canvi en les circumstàncies, d'acord amb la regla *cessante razione cessat ipsa lex*. Es tracta, com diem, d'un supòsit discutit, atès que una interpretació àmplia d'aquest principi podria fer trontollar el sistema del *judicial precedent*.⁴⁹

2.3. ELS AUTHORITATIVE WRITINGS

Podem dir que a Escòcia la regla general és que la doctrina científica no és una veritable font del dret. Tot i que determinades obres poden tenir una força

46. Així va succeir en el cas *Lawrence Building Co. Ltd. vs. Lanarkshire County Council* —*Scots Law Times*: 1979, p. 2-13.

47. En el cas *Aldridge vs. Simpson-Bell* —*Scots Law Times*: 1971, p. 188-193—, el *lord ordinary* no va seguir la doctrina de l'Inner House en el cas *Baillie vs. Wilson* —*Scots Law Times*: 1916, núm. 2, p. 252— perquè el punt concret que es debatia havia estat decidit sense aportar arguments.

48. En el cas *Laing and Irvine vs. Anderson* —*Scottish Jurist*, núm. 44 (1871), p. 53—, es van al·legar les imperfeccions en els *reports* de dos casos anteriors per a refusar-los com a precedent.

49. Dues de les interpretacions més extremes serien les següents:

a) Quan una regla de dret ha perdut el seu fonament racional a conseqüència de canvis en les circumstàncies socials o polítiques, ja ha deixat de ser una regla vàlida de dret i ja no té caràcter vinculant. Aquesta interpretació ha merescut la crítica de Smith i Maher (G. MAHER i T. SMITH, § «Judicial precedent», a *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*, vol. 22, p. 171-175), que entenen que aquest sentit és massa ampli, atès que sempre, en major o menor manera, es produeixen canvis en la realitat social que, d'acord amb aquesta teoria, podrien justificar el no-seguiment de les decisions anteriors. Potser per aquest motiu aquesta interpretació ha estat seguida poques vegades; l'excepció seria la sentència de lord Wheatley a l'Inner House en el cas *M'Kendrick vs. Sinclair* —*Scots Law Times*: 1971, p. 234—; vegeu I. D. WILLOCK, «Judges at Work: Making Law and Keeping to the Law», *Juridical Review* (1982), p. 242.

b) Quan una regla ha perdut la seva racionalitat a conseqüència d'un canvi en les circumstàncies de fons, la regla té menys pes, si bé segueix sent vàlida fins que sigui derogada per l'autoritat competent; és a dir, els canvis en les circumstàncies poden fer que una regla disminueixi la seva força, però això no afecta la seva validesa com a regla (vegeu G. MAHER i T. SMITH, § «Judicial precedent», a *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*, vol. 22, p. 171-175).

persuasiva considerable en funció del prestigi del seu autor, queda en principi a les mans dels jutges acceptar o no aquesta doctrina.

Ara bé, hi ha determinades obres —les *authoritative writings*— de certs autors —els anomenats *institutional writers*— que sí que tenen la consideració de fonts del dret, de manera que els tribunals estan obligats a seguir la seva doctrina si falta la llei o el precedent judicial aplicable al cas.⁵⁰

2.3.1. *Les obres que tenen authority*

La determinació de les obres que tenen *authority* no està exempta de polèmica. Són acceptades unànimement com a font del dret les sis obres següents:

- *Ius Feudale* (1655), de Sir Thomas Craig.
- *The Institutions of the Law of Scotland* (1681), de Viscount Stair.
- *An Institute of the Laws of Scotland* (1751-1753), d'Andrew McDouall, lord Bankton.
- *An Institute of the Law of Scotland* (1772), de John Erskine.

50. En aquest aspecte, s'ha dit que el dret escocès té una gran afinitat amb el de Sud-àfrica —que també és un dels anomenats *sistemes «mixtos»*. En tots dos sistemes es fa una distinció entre els treballs de certs autors coneguts com a *Old Authorities* i la bibliografia jurídica en general. G. WILLE —*Principles of South African Law*— ha afirmat que a Sud-àfrica els tractats d'un ampli nombre de juristes holandesos, escrits als segles XVII i XVIII, són tan *authority* com el *common law*, i que el *Roman-Dutch law* consisteix, de fet, en les regles de dret establertes en els seus llibres per Grocio, Vöet, Van Leeuwen, Huber, Bynkershoek, Van der Keesel i Van der Linden. I el cert és que els escrits de Grocio i Vöet van tenir també una gran influència en el dret escocès. En el cas *Stewart's Ex. vs. Londres Midland and Scottish Railway Co.* —*Scots Law Times (House of Lords): 1944*, p. 20—, s'afirma: «During the 17th. And 18th. Centuries Scottish students of law, in the absence of opportunities of academic instruction in their own country, resorted in large numbers for their legal education to the great seminaries of civil law in Holland then at their zenith. Stair, the first edition of whose *Institutions* was published in 1681, was himself in exile at Leyden from 1682 to 1688. Lord President Forbes (1685-1747) was a student at Leyden, and Lord President Dundas (1713-1782) studied at Utrecht. It was on his way to study at Utrecht that Boswell in 1763 enjoyed the august company of Dr. Johnson as far as Harwich. We "import our lawyers from Holland", said Butler to Saddletree in a famous passage in "The Heart of Midlothian". From their sojourn in Holland the aspirants to practice in the Parliament House brought back with them not only the principles which they had imbibed from the masters of the Roman-Dutch law but also the Roman-Dutch law but also the treatises of which the law schools of the Dutch Universities were so prolific. No Scots lawyer's library was complete in those days which did not contain the works of Grotius, Vinnius, the Voets, Heineccius, and other learned civilians. Collections of decisions of the Scottish judges were few and inaccessible, and the Court of Session, with its predilection for principle rather than precedent, heard many arguments adorned with citations of the Roman law and its Dutch commentators.»

— *Commentaries on the Law of Scotland and on the Principles of Mercantile Jurisprudence* (1804), de George Joseph Bell.

— *Principles of the Law of Scotland* (1829), també de George Joseph Bell.

També són majoritàriament acceptades, tot i que hi ha més dubtes, les tres obres següents:

— *The Institutions of the Law of Scotland* (1684), de Sir George Mackenzie.⁵¹

— *Principles of the Law of Scotland* (1759), de John Erskine.⁵²

— *Principles of Equity*, de Henry Home, lord Kames.

2.3.2. Els institutional writings com a font del dret

Es pot dir que el millor moment dels *institutional writings* ja ha passat, si bé encara gaudeixen de la consideració de font primària del dret.

a) A mitjan segle XIX, el costum havia quedat relegat com a font del dret, i la doctrina dels autors i la jurisprudència, per aquest ordre, ocupaven la seva posició. La primacia dels *institutional writings* per sobre dels *judicial precedents* s'explicava bàsicament per dues raons: el defectuós *report* de les decisions judicials i, algunes vegades, el seu caràcter contradictori; i el caràcter més accessible i gens variable —l'obra segueix immutable al llarg del temps— dels *institutional writings*.

b) Però a partir de la segona meitat del segle XIX la situació es va invertir i va ser la jurisprudència la que, juntament amb la llei, va assumir la funció de desenvolupar el dret. Les raons d'aquest gir s'expliquen, d'una banda, per la no-admissió de més obres jurídiques com a *authoritative*, i, de l'altra, per l'enfortiment del precedent ocasionat per la reorganització dels tribunals i la millora del *reporting*. I, actualment, tret d'algunes opinions aïllades,⁵³ no s'admet que els

51. Van considerar *authority* aquesta obra lord Hunter (*lord ordinary*) i el jutge de la 2nd. Division lord Mackintosh en el cas *Lord Advocate vs. Aberdeen University* —*Scots Law Times: 1963*, p. 361-366—; en relació amb la importància de l'obra de Mackenzie, vegeu H. L. MACQUEEN, «Mackenzie's Institutions in Scottish Legal History», *Journal of the Law Society of Scotland*, núm. 29 (1984), p. 498.

52. En el cas *Sudgen vs. HM Advocate* —*Scots Law Times: 1934*, p. 465— es va concedir *authority* a aquesta obra.

53. Com, per exemple, la de David M. WALKER, *The Scottish Legal System*, p. 476, que considera que els *authoritative writings* tenen una força equivalent a la de cadascuna de les divisions de l'Inner House, i cita algunes opinions que afirma que són tan respectades als tribunals com les decisions de la House of Lords: «Stair, Erskine and Bell are cited daily in the courts, and the court will pay as much respect to them as to a judgment of the House of Lords, though it is bound

tribunals puguin fer passar la doctrina dels *institutional writings* per damunt de decisions judicials que els siguin vinculants.

2.4. LES FONTS «SECUNDÀRIES»

En les anomenades *fonts secundàries* —que són el costum, la resta de la doctrina científica i l'equitat— queda dubtós el seu caràcter com a font del dret, atesa la seva manca d'*authority*.

2.4.1. *El costum*

L'any 1878, en el cas *Learmonth vs. Sinclair's Trustees*,⁵⁴ lord *justice-clerk* Moncrieff va afirmar: «Custom is older and stronger than statute.» El que sorprèn d'aquesta afirmació és que es fes a finals del segle XIX, però expressa una realitat que la història ha demostrat que era certa. Efectivament, a l'edat mitjana el costum i la llei eren, per aquest ordre, les fonts del dret, primàcia que es va consolidar a l'època dels *institutional writers*.⁵⁵ Però a partir del segle XVIII la importància del costum va anar disminuint, fet en el qual van influir diverses circumstàncies: la capacitat de la llei per a innovar i modificar el dret, i que les decisions dels tribunals es van començar a escriure i a recopilar en tractats. Així, ja a la meitat del segle XIX la jurisprudència i la doctrina dels *institutional writers* van passar per davant del costum pel que fa a la seva consideració com a fonts del dret.⁵⁶

to follow a judgment of the House of Lords whatever the institutional writers may have said» (lord NORMAN, «The Scottish Judicature and Legal Procedure», conferència feta al Holdsworth Club, Birmingham, 1971, citada per David M. WALKER, *The Scottish Legal System*, p. 476, nota 83).

54. *Rettie's Session Cases: 1878*, núm. 5, p. 548-560.

55. El jurista escocès més prestigiós, James Dalrymple STAIR, a *The Institutions*, I.1.15, si bé, d'acord amb la seva condició de iusnaturalista, va concedir el primer lloc, en la jerarquia de fonts del dret, al dret natural i a l'equitat, dins del dret positiu posava en primer lloc el costum, per damunt de l'*statute law*: «Next into equity, nations were ruled by consuetude, which declareth equity and constituteth expediency, and in the third place, positive laws of sovereigns became accustomed, customs always continuing and proceeding, so that every nation, under the name of law, understand their ancient and uncontroverted customs time out of mind, as their first fundamental law.» Aquesta preferència del costum sobre la llei també és acceptada per John Erskine —*An Institute*, vol. 1, I.44— i per lord Bankton —*An Institute*, I, I, 59.

56. A finals del segle XVIII, l'antiga terminologia que distingia entre *lex* i *consuetudo*, o *ius scriptum* i *unwritten law*, com a fonts del dret, va anar decaient, i es va imposar la contraposició entre *statute law* i *common law*; Gloag i Henderson afirmen —W. M. GLOAG i R. C. HENDERSON,

En el dret escocès modern, el costum com a font del dret té caràcter local, i es tracta d'un costum diferent del *general common law*; aquells costums immemorials als quals feien referència Stair o Erskine ja no tenen la consideració de costum, sinó que formen part del *common law*, ja que han estat recollits per la jurisprudència i pels *authoritative writings*. Així doncs, aquella pèrdua d'importància dels antics costums és més aviat des d'un punt de vista formal, atès que el seu contingut ha estat incorporat per les fonts primàries.

Per tal que s'admeti davant d'un tribunal, el costum ha de superar una sèrie de requisits: no ha d'anar contra la llei, ha de ser cert, acceptat generalment i raonable, i s'ha d'haver observat durant un cert temps.

1. En el dret escocès modern —a diferència del que succeïa amb els *institutional writers*, que admetien que el costum local era font del dret tot i que diferís del *general common law*—, es considera que el costum no pot anar contra la llei.

2. Al contrari del que succeeix en el dret anglès,⁵⁷ en el dret escocès no es fixa un període de temps mínim durant el qual el costum s'ha d'haver observat fins a la seva acceptació com a font del dret. El transcurs del temps és únicament un factor que s'ha de considerar juntament amb els altres a l'hora d'apreciar l'existència del costum,⁵⁸ mentre que alguns costums es poden establir i generalment acceptar molt ràpidament, d'altres requereixen, en canvi, un termini més llarg.⁵⁹

Introduction to the Law of Scotland, 8a ed., 1980, p. 1— que «The Law of Scotland consists partly of enacted law [...] runs the first sentence of Gloag and Henderson, and partly of common law, which is recognised by the Courts as binding on some ground other than expresse enactment». El canvi en la terminologia s'explica per la progressiva consideració de la jurisprudència i la doctrina com a fonts autònomes del dret, emmarcades dins del sistema general del *common law*. Els *institutional writers*, des de Craig fins a Erskine, van considerar la jurisprudència el primer exemple de costum com a font del dret. Amb el pas del temps, la paraula *custom* ja no és susceptible de descriure enterament el *common law*, sinó que constitueix únicament una petita part d'aquest, cada vegada amb menys importància.

57. En el dret anglès s'exigeix que el costum hagi existit des de temps immemorial, temps que s'ha fixat entre l'any 1189 i el segle XIII. Respecte al costum a Anglaterra, vegeu C. K. ALLEN, *Law in the Making*; J. W. WELWOOD, «Custom and Usage», a *Halsbury's Laws of England*, vol. 12, § I i seg.; i William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, p. 76 i seg.

58. Maher assenyala, a G. MAHER i T. SMITH, § «Judicial precedent», p. 190, que l'opinió d'Erskine —*An Institute*, I.I.44— segueix sent vàlida: «No precise time or number of facts is requisite for constituting custom; because some things require in their nature longer time, and a greater frequency of acts to stablish them than others.»

59. La durada d'aquest termini ha estat una qüestió que poques vegades s'ha discutit en les *reported cases* que han fet referència al costum. En el cas *Learmonth vs. Sinclair's Trustees —Rettie's Session Cases: 1878*, núm. 5, p. 548-554 (lord Gifford) i 560 (lord *justice-clerk* Moncrieff)—, lord Gifford va assenyalar que el costum que s'al·legava regia «from time immemorial, and at least as far back as 1787», mentre que lord *justice-clerk* Moncrieff parlava d'un «immemorial custom or usage followed in the country of Caithness». Per tant, en cap no s'exigia un termini de temps concret.

3. El costum ha d'haver estat acceptat de manera general per la societat o, com a mínim, ha d'existir la consciència de la seva obligatorietat.⁶⁰

4. Finalment, el costum ha de ser racional. Aquest és un concepte força imprecís que es tracta de manera detallada en el cas *Bruce vs. Smith*, resolt possiblement de manera poc satisfactòria. Els fets van tenir lloc l'any 1890 a l'illa de Shetland, quan uns mariners van aconseguir atraure una balena cap a aigües poc fondes i aleshores la van capturar. El litigi es va plantejar perquè el propietari de la vora del terreny en què la balena va ser capturada va reclamar, «conformably to the laws, usages, and rights of the islands», la tercera part dels beneficis obtinguts per la dita captura, al·legant que així ho disposava un costum seguit a les dites illes des de temps immemorial (les dues terceres parts restants s'havien de dividir a parts iguals entre els pescadors i la Corona). A més, el demandant al·legava el cas *Scott vs. Reid*,⁶¹ en el qual lord Cockburn havia acceptat la vigència d'aquell costum. La *Second Division*⁶² va considerar que aquell costum no superava el requisit de la raonabilitat. Un dels arguments utilitzats per lord *justice-clerck* MacDonald va ser que el costum havia de ser just, i, si bé no hi havia cap dubte respecte a l'existència d'*opinio iuris*, aquesta consciència de l'obligatorietat podia no ser sinó el resultat d'una imposició d'una de les parts motivada per la seva situació de poder enfront de l'altra. En canvi, el jutge dissident, lord Lee, va considerar que el costum en qüestió no era tan irracional que no hagués de ser acceptat pel dret i va admetre la doctrina del dret anglès segons la qual, una vegada s'havia provat el costum, la càrrega de la seva no-raonabilitat corresponia a l'altra part; a més, lord Lee va fer notar que el sistema jurídic de les Shetland era diferent del *common law* escocès.⁶³

Aquest cas mostra, com assenyala Maher,⁶⁴ que és molt difícil definir el significat del requisit de la «raonabilitat» en relació amb el costum i que, en tot cas, el jutge té en aquesta matèria un marge de discrecionalitat ampli. Maher considera que el costum del cas *Bruce vs. Smith*, tot i que podia ser contrari a l'e-

60. MAHER diu, a G. MAHER i T. SMITH, § «Judicial precedent», p. 191, que exigir que el costum sigui *universally acquiesced in* potser és posar el llistó massa alt, però tampoc no ha de baixar massa d'aquest punt.

61. 1838, *unreported* (no publicat).

62. En l'apel·lació a la sentència del *sheriff substitute* i amb l'opinió en sentit contrari de lord Lee.

63. La majoria de jutges no van tenir en compte si el costum s'havia originat a les Shetland o en una altra part d'Escòcia. A Orkney i a Shetland la majoria de costums estan basats en l'Udal Law, un sistema jurídic d'origen noruec que es va seguir en aquelles illes abans que s'incorporessin a la Corona escocesa els anys 1468 i 1469, respectivament.

64. MAHER, § «Judicial precedent», p. 193.

quitat des d'una òptica actual, no era més irracional ni opressiu que altres costums antics que s'havien acceptat com a fonts del dret.⁶⁵

2.4.2. *La doctrina dels autors*

Ja s'ha assenyalat que determinades obres dels *institutional writers* tenen la consideració de fonts primàries del dret, valor que no tenen la resta d'obres de la doctrina científica. La doctrina dels autors pot tenir una força persuasiva, en el sentit que pot ajudar els tribunals a prendre decisions, sempre en funció del prestigi de l'autor i de la qualitat de l'obra, però no és font del dret. I si un tribunal accepta l'opinió d'un autor, aquesta opinió passa a tenir *authority*, però no per si mateixa, sinó pel fet que ha estat acceptada per un tribunal; és a dir, l'*authority* no li és atribuïda *iure proprio*, sinó en virtut del reconeixement judicial, d'una manera similar al que passava respecte al costum.⁶⁶

Un sector de la doctrina —influenciada pel dret anglès— manté l'opinió que un autor no pot ser citat davant d'un tribunal fins que mor. Aquesta opinió es basa en el fet que és a partir d'aquest moment que ja no pot canviar d'opinió.⁶⁷ Però Smith i Maher han posat en relleu que els treballs de Hume i Bell van ser admesos pels tribunals com a *authority* quan eren vius.⁶⁸

Pel que fa als criteris de selecció i ponderació de la doctrina científica, és evident que no es dóna el mateix valor a totes les obres. A més del prestigi de

65. Recentment, en ocasió del cas anomenat *St. Ninian's Isle Treasure - Lord Advocate vs. Aberdeen University* —*Scots Law Times: 1963*, p. 361—, el professor Knut Robberstad i Sir Thomas Smith han demostrat que l'origen de l'esmentada divisió tripartita —que afectava tant balenes com tresors— es trobava en el *General Lawbook* del rei noruec Magnus *The Law-Mender*, primerament acceptat en el districte de Gulathing, a Noruega, l'any 1274, i adoptat poc després a les illes Faroe i a Shetland i Orkney; vegeu T. B. SMITH, «The Law relating to the Treasure», a A. SMALL, T. THOMAS i D. M. WILSON (ed.), *St. Ninian's Isle and its Treasure*, p. 149-166.

66. Vegeu W. A. WILSON, «Knowing the Law and Other Things», *Juridical Review* (1982), p. 259-266.

67. I així s'ha establert en algunes sentències. Lord Wright, l'any 1936, en el cas *Nicholls vs. Ely Beet Sugar Factory Ltd.* —*Law Reports (Chancery Division): 1936*, p. 343-349—, quan es va referir a l'obra de Sir Frederick Pollock *Law of Torts*, deia d'aquesta que «fortunately not yet an authority», al·ludint al fet que, atès que l'autor encara era viu, no constituïa «autoritat». Fins i tot, en una apel·lació davant de la House of Lords, es feia referència a Bell de la manera següent: «That most enlightened autor who (though no authority for their Lordships) is still to be looked on with greatest deference» —cas *Gardner vs. Cuthbertson*, *P. Shaw's Scotch Appeals (House of Lords)*, núm. 2, p. 291-298.

68. G. MAHER i T. SMITH, § «Judicial precedent», a *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*, vol. 22, p. 220.

l'autor, es té en compte també l'època en què es va escriure el treball —es concedeix més força a una obra escrita en la fase de maduresa de l'autor que no pas a una d'escripta en els seus inicis— i es considera un valor afegit que l'autor en qüestió hagi passat a formar part de la *Bench*.⁶⁹

2.4.3. L'equitat

La darrera de les anomenades fonts «secundàries» és l'equitat, de la qual s'ha discutit tant el concepte com el caràcter de font del dret.⁷⁰

a) L'equitat s'identifica amb la idea de justícia i permet atorgar al dret una certa flexibilitat. Però a partir d'aquesta idea general hi ha moltes diferències de matís. Mentre que els *institutional writers* escocesos identificaven l'equitat amb la raó i el dret natural, per al jurista anglès Blackstone l'equitat depenia de les circumstàncies particulars de cada cas, en el sentit que no podien existir unes regles prefixades d'equitat sense destruir la seva vertadera essència.⁷¹

b) També ha estat polèmica la seva consideració com a font del dret. Per als *institutional writers*, hi havia unanimitat en el fet que l'equitat sí que constituïa font del dret, si bé no tots estaven d'acord pel que fa a la seva jerarquia.⁷² En canvi, al segle XIX, amb el legalpositivisme de Bentham i Austin, l'equitat ja no tenia aquella consideració, atès el caràcter subjectiu, variable o fins i tot capriciós del que era o no equitatiu. Actualment, l'equitat té, com s'ha dit, un paper secundari com a autèntica font del dret, de manera que els tribunals no es poden basar exclusivament en l'equitat per a resoldre un litigi, però aquesta encara conserva la seva importància, com ho demostren les circumstàncies següents:

1. Moltes regles o doctrines del dret escocès s'han modificat per equitat per tal de corregir la rigidesa d'algunes normes legals.

2. L'equitat es té en compte en la interpretació de les normes i dels negocis jurídics.

69. Així ho entén T. B. SMITH, «Authors and Authority», *The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, núm. 12 (1972), p. 3-20.

70. Respecte a l'equitat en el dret escocès, vegeu Henry H. BROWN, «Equity», *Juridical Review*, núm. 26 (1914), p. 338 i seg.; David M. WALKER, «Equity in Scots Law», *Juridical Review*, núm. 66 (1954), p. 103 i seg.; lord WARK, «The Law of Nature», a *An Introductory Survey of the Sources and Literature of Scots Law*.

71. William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, p. 61.

72. Vegeu Henry HOME, lord Kames, *Principles of Equity*.

3. La Court of Session conserva un poder, anomenat *nobile officium*, per a fer intervenir l'equitat quan l'aplicació del dret dona lloc a conseqüències clarament injustes, si bé el cert és que en la pràctica aquest poder ha estat utilitzat molt poques vegades.⁷³

3. CONSIDERACIONS FINALS

Aquest treball ha pretès fer una introducció a un sistema jurídic desconegut per molts com és l'escoçès, amb l'estudi de les seves fonts del dret. Però, com tots els estudis de dret comparat, la seva hipotètica utilitat seria menor si no s'intentés posar en relació amb el nostre dret vigent. I, en aquest sentit, l'experiència escocesa ha posat en relleu, segons el nostre parer, la necessitat d'aclarir una sèrie de qüestions:

1. En relació amb el valor de la jurisprudència com a element d'integració del dret i, especialment, respecte al seu caràcter vinculant, convindria establir un règim clar pel que fa a qüestions com ara si convé que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya estigui vinculat per la seva pròpia doctrina, si aquesta ha de ser necessàriament seguida per les instàncies inferiors i el valor que poden tenir les sentències de les audiències provincials. L'estudi d'aquesta matèria del dret escoçès aporta un grau de reflexió i el plantejament d'una sèrie de problemes que poden revestir una utilitat indubtable.

2. El recurs a la tradició jurídica catalana com a element d'integració quedaria reforçat si es fes una selecció d'autors, o, millor dit, d'obres, amb *authority*. Si s'acotés més el concepte de *doctrina clàssica catalana*, limitant-la a certes obres de Càncer, Fontanella, Brocà o Borrell i Soler, per exemple, possiblement es reforçaria el seu paper.

3. Però, en tot cas i en compliment del principi de seguretat jurídica, és essencial l'accés fàcil a la tradició jurídica catalana. Considerem molt discutible que es pugui invocar davant d'un tribunal una sentència no recopilada o l'opinió d'algun autor clàssic plasmada en una obra escrita en llatí. Si es vol reforçar el paper de la tradició jurídica catalana, caldria que es fessin recopilacions de sentències i traduccions al català de les obres i les sentències amb *authority*.

73. Respecte al *nobile officium*, vegeu la *Green's Encyclopaedia*, § «Nobile Officium», *The Laws of Scotland*, vol. 22, § 426.

4. BIBLIOGRAFIA

- ALLEN, Carleton Kemp. *Law in the making*. 7a ed. Londres: Oxford University Press, 1964.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. 14a ed. Vol. I. Londres: Cadell & Davies, 1803.
- BOSCH, Esteve. «Why Scots Private Law Should Be Codified». *Scots Law Times*, núm. 29 (2003), p. 237 i seg.
- BROWN, Henry H. «Equity». *Juridical Review* (1914), p. 338-350.
- BUSBY, Nicole; CLARK, Bryan; MAYS PAISLEY, Richard Roderick; SPINK, Paul. *Scots Law*. Edimburg: T. & T. Clark, 2000.
- CAMERON, J. T. «Custom as a Source of Law in Scotland». *Modern Law Review*, vol. 27 (1964), p. 306-321.
- CLIVE, Eric. «Law-Making in Scotland: From APS to ASP». *Edinburgh Law Review*, vol. 3, núm. 2 (1999), p. 131-150.
- «The Scottish civil code project». A: MACQUEEN, Hector L.; VAQUER, Antoni; ESPIAU, Santiago [ed.]. *Regional Private Laws and Codification in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 83-101.
- ERSKINE, John. *An institute of the law of Scotland*. Edimburg: Bell & Bradfute, 1871.
- FERGUSON, R. B. § «Equity», dins la veu «Sources of Law (formal)». A: *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*. Vol. 22. Edimburg: The Law Society of Scotland & Butterworths, 1987, p. 198-212.
- GLOAG, William Murray; HENDERSON, Robert Candlish. *Introduction to the Law of Scotland*. Edimburg: W. Green i Sweet & Maxwell, 1933.
- *The Law of Scotland*. 11a ed. Edimburg: W. Green: Sweet & Maxwell, 2001. [Editada per H. L. MacQueen et al.]
- HADFIELD, B. «The Nature of Devolution in Scotland and Northern Ireland». *Edinburgh Law Review* (1999), p. 3-31.
- HOME, Henry [lord Kames]. *Principles of Equity*. Edimburg: Kincaid & Bell, 1760.
- LEADBETTER, J. S. «The Printed Law Reports 1540-1935». A: *An Introductory Survey of the Sources and Literature of Scots Law*. Edimburg: Robert MacLehose & Co. Ltd., 1936. (Stair Society; 1), p. 42-58.
- MACKECHNIE, H. «Practicks». A: *An Introductory Survey of the Sources and Literature of Scots Law*. Edimburg: Robert MacLehose & Co. Ltd., 1936. (Stair Society; 1), p. 25-41.
- MACPHAIL, I. D. *Sheriff Court Practice*. 2a ed. Edimburg: W. Green, 1998.
- MACQUEEN, Hector L. «Mackenzie's Institutions in Scottish Legal History». *Journal of the Law Society of Scotland*, núm. 29 (1984), p. 498.
- MAHER, G. «Statutory Interpretation and Overruling in the House of Lords». *Statute Law Review*, vol. 2 (1981), p. 85-93.

- MAHER, G.; SMITH, Thomas. § «Judicial precedent», dins la veu «Sources of Law (formal)». A: *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*. Vol. 22. Edimburg: The Law Society of Scotland & Butterworths, 1987, p. 92-175.
- MARSHALL, Enid A. *General principles of Scots Law*. 6a ed. Edimburg: W. Green: Sweet & Maxwell, 1995.
- MAXWELL, David. *The Practice of the Court of Session*. Edimburg: Scottish Courts Administration, 1980.
- MAXWELL, Peter Benson. *The Interpretation of Statutes*. Londres: 1953.
- MCDOUALL, Andrew [lord Bankton]. *An Institute of the laws of Scotland*. 1751-1753. 3 v.
- PALMER, Vernon Valentine. *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- PATERSON, Alan; BATES, T. St. J. N. *The legal System of Scotland: cases and materials*. 4a ed. Edimburg: W. Green: Sweet & Maxwell, 1999.
- SELLAR, W.; David H. § «Custom», dins l'entrada «Sources of Law (formal)». A: *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*. Vol. 22. Edimburg: The Law Society of Scotland & Butterworths, 1987, p. 176-198.
- SMITH, Thomas B. § «Custom», dins l'entrada «Sources of Law (formal)». A: *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia*. Vol. 22. The Law Society of Scotland & Butterworths, 1987, p. 212-222.
- «The Law relating to the Treasure». A: SMALL, Alan; THOMAS, Charles; WILSON, David M. [ed.]. *St. Ninian's Isle and its Treasure*. Oxford: Oxford University Press, 1973.
- *The Doctrines of Judicial Precedent in Scots Law*. Edimburg: 1952.
- *British justice: the Scottish contribution*. Londres: 1961.
- «Authors and Authority». *The Journal of the Society of Public Teachers of Law* (1972), p. 3-21.
- STAIR, James Dalrymple (1st. Viscount). *Institutions of the Law of Scotland deduced from its originals, and collated with de civil, canon and feudal laws, and with the customs of neighbouring nations*. Edimburg: 1981.
- WALKER, David M. «Equity in Scots Law». *Juridical Review* (1954), p. 103-147. — *The Scottish Legal System*. Edimburg: W. Green & Son, 2001.
- WARK, Lord. «The Law of Nature». *An Introductory Survey of the Sources and Literature of Scots Law*. Edimburg: Robert MacLehose & Co. Ltd., 1936. (Stair Society; 1), p. 249-256.
- WELWOOD, J. W. «Custom and Usage». A: *Halsbury's Laws of England*. 4a ed. Vol. 12. § I i seg.
- WILLE, G. *Principles of South African Law*. 7a ed. Cape Town: D. Hutchinson, 1977.
- WILSON, W. A. «Knowing the Law and Other Things». *Juridical Review* (1982), p. 259-266.