

# P R E S E N T A C I Ó

## Dret privat andorrà: entre el *ius commune* i la codificació



Iago ANDREU i SOTELO

### Constitucionalisme i codificació

“Sols resto l’única filla de l’imperi Carlemany”, diu un dels versos de l’himne andorrà; i tot i que veure Andorra –sorgida de les donacions dels comtes a la mitra d’Urgell durant els segles XI i XII i cristal·litzada a final del segle XIII– com un vestigi de l’imperi carolingi és una mica exagerat, sí que tindria fonament concebre el Principat com l’única peça supervivent de les universalitats medievals: l’Església i l’Imperi. Molt sovint s’ha remarcat aquest fet des del punt de vista del dret públic: l’estabilitat institucional d’Andorra i la seva adaptabilitat des de la baixa edat mitjana fins a la contemporaneïtat, la mateixa estructura del coprincipat, amb uns cosenyors hereus –de manera més o menys directa– d’aquelles universalitats. Menys evident i menys citat és el paper d’Andorra com a últim reducte, com a “cas de pervivència” en paraules de Mn. Ramon Vilardell, del *ius commune* medieval.

En efecte, els andorrans, amb el síndic Ignasi Moles al capdavant, van ser hàbils el 1806 per convèncer Napoleó de reprendre el coprincipat per la banda francesa, i van incorporar així un element estrany, vestigi de l’Antic Règim, al nou ordre sorgit de la Revolució. Una incorporació que no va significar per a Andorra –com a mínim durant més d’un segle– l’entrada en la roda implacable del constitucionalisme i la codificació. El respecte als drets individuals, l’imperi del dret, l’elecció dels governants per part dels governats, els contrapesos entre els diferents poders... Andorra ja gaudia *de facto* de molts dels avantatges que els hereus de la Revolució Francesa proclamaven *de iure*.

La lògica de les coses prescrivia per al Principat una via reformista i de sedimentació, més que no pas revolucionària i de constitució. Més anglesa, que francesa, per dir-ho d’una forma tan simple com gràfica. Per bé que Andorra participa de la tradició jurídica del *civil law* i no del *common law*, la seva circumstància no ha estat mai la de França i Espanya, la de la necessitat de tallar de soca-rel amb el passat i *constituir-se* en una cosa nova; sinó més aviat la d’adaptar el passat a les necessitats del present.

Però els andorrans no són anglesos i, tot i que amb la Nova Reforma de 1866 semblava iniciar-se un camí de sedimentació, decantació i reformisme, el cert és que el Principat va arribar a final del segle xx amb una estructura jurídicopolítica que comprometia molt seriosament la seva participació en la comunitat internacional i el seu reconeixement –i, per tant, supervivència– com a Estat. Així, amb la Constitució de 1993, que estableix formalment la separació de poders i la plena sobirania nacional, Andorra agafa de ple la via francesa/continental del constitucionalisme.

La lògica del constitucionalisme mena de manera inevitable a la codificació: la separació de poders converteix el jutge en “la boca de la llei” –en expressió, una mica tronada ja, de Montesquieu– i la sobirania nacional exigeix que aquesta llei sigui aprovada pel parlament elegit pel poble; si a això hi afegim que l’imperi de la llei i el principi d’igualtat davant la llei necessiten d’unes normes legals públiques, sistematitzades i de conseqüències previsibles, la lògica del binomi constitucionalisme-codificació esdevé implacable.

Hi ha una altra raó, més prosaica i més efectiva, que reforça aquesta lògica: el dret privat andorrà –veritable reducte del *ius commune*– té un sistema de fonts poc definit i que es presenta com a obscur per a uns operadors jurídics formats en la codificació i no pas en la tradició del dret comú medieval. Aquesta és la força més gran que empeny avui en dia Andorra cap a la codificació, perquè –a diferència del constitucionalisme– aquí no hi ha, si més no per ara, una pressió externa que obligui el Principat a moure’s en aquesta direcció.

I així arribem al debat actual amb unes posicions ja d’entrada desiguals: la voluntat d’iniciar un procés de codificació del dret privat és majoritària entre els operadors jurídics andorrans. Ara bé, vist que han transcorregut 200 anys des del furor codificador de la França napoleònica, vist que part dels objectius ideals de la codificació han estat assolits de manera incompleta i imperfecta, vist fins i tot que les tradicions jurídiques del *common law* i del *civil law* han tendit en les darreres dècades a influir-se mútuament més que no pas a divergir, convé mirar-se l’actual clam per un codi civil andorrà amb un punt d’escepticisme. Com també convé mirar amb certa desconfiança –i així ho veurem també més endavant– el romanticisme elitista d’aquells que no voldrien tocar una sola peça del castell de cartes del *ius commune*.

### La pèrdua de l’ars jurídica

Des de la perspectiva romànticosentimental a la qual al·ludia fa una estona, s’insisteix –de manera exagerada al meu parer– en la tradició romanística del *ius commune* vigent a Andorra. No és res exclusiu del Principat; també a Catalunya, per exemple, hem vist coses semblants. Recordo un article publicat fa una dècada a *El País* en què l’autor –el catedràtic de dret civil de la Universitat Pompeu Fabra Dr. Pau Salvador Coderch– ironitzava sobre l’excés d’èmfasi d’alguns sobre la tradició romanística catalana i recordava que cap romà (dels temps imperials, s’entén) no havia coincidit mai amb cap català. El mateix es podria dir dels andorrans: cap andorrà no ha coincidit mai amb cap romà.

Aquells que insisteixen en la saviesa i la depurada tècnica romana inherent al dret privat no codificat també exageren una mica: perquè en el camí que va des de la Roma clàssica i els seus juristes fins al *ius commune* rebut a Andorra van passar moltes coses. Convé recordar-les de manera succinta, perquè d’aquella evolució podríem extreure algunes conclusions que ajudarien a il·luminar el debat actual i, sobretot, a restar-hi dramatisme.

El sistema de fonts i el sistema processal del dret romà clàssic s'acosten més a l'actual sistema del *common law* que no pas a la codificació continental. El dret parteix d'una pluralitat de normes (les lleis, els senatconsults, les constitucions...) breus, generalistes, perdurables i no estrictament sistematitzades. Unes normes que seran modulades, interpretades i –si convé– clarament modificades pels seus aplicadors: els pretors. El pretor, en tant que magistrat encarregat de redactar les fórmules que cada any s'inclouen a l'àlbum i en les quals aquells que tinguin una pretensió jurídica han d'encabir-la, acaben convertint-se en la font més dinàmica i activa del dret romà clàssic, i releguen els advocats a mers experts en retòrica i argumentació i els jutges a persones de provada solvència moral que decidiran conforme a l'equitat i el sentit comú. Darrere les actuacions del pretor –concedint i denegant accions– hi ha la feina constant i imprescindible dels juristes, dels experts en dret que interpreten, glossen i comenten les lleis i la casuística que se'n deriva.

Tot plegat configurava un sistema, el *ius civile*, amb pluralitat de fonts no jerarquitzades, on el precedent i la doctrina tenien un pes específic molt significatiu al costat de la raó escrita; un sistema en constant evolució que precisava d'unes circumstàncies socials molt particulars: lleis escrites originals, establiment de la magistratura del pretor, ciutadans formats en retòrica per fer d'avocats, ciutadans disposats a fer de jutges –car podien arribar a respondre amb el seu patrimoni si erraven la decisió– i, molt especialment, de juristes d'alt nivell capaços de rebre, fer evolucionar i transmetre l'*ars jurídica*.

Tota aquesta cultura jurídica entra en risc de desaparició a partir del segle III amb la ruralització de l'imperi i, molt especialment, a partir del segle V, amb la caiguda de l'imperi romà d'Occident. Davant d'aquest risc, Justinian, emperador d'Orient entre el 527 i el 565, emprèn una colossal empresa per compilar, sistematitzar i preservar tota la raó escrita del *ius civile*.

La gran obra codificadora justiniana, el *Corpus Iuris Civilis*, es divideix en tres grans blocs: El *Còdex*, que és la recopilació i sistematització de les normes; el *Digest*, que és la recopilació i sistematització de la doctrina dels juristes clàssics; i les *Institucions*, que són una mena de manual de dret.

En el fons, la situació amb què es troba Justinian –i que l'empeny a realitzar la seva gran tasca codificadora– no és gaire diferent de la situació amb què s'han trobat –i es troben– aquells països que han optat per la via de la codificació del dret civil en època contemporània: es conserva una gran quantitat de raó escrita i de doctrina, però s'ha anat perdent l'*ars jurídica*, que és el ciment que dóna coherència al sistema, tant en el *ius civile* clàssic com en el *ius commune* baix medieval.

### És el *ius commune* un mite?

El debat entre els partidaris de la codificació i els defensors de mantenir el *ius commune* té un punt de paradoxal, perquè el *ius commune*, és a dir, el dret romà justinianeu modulat pel dret canònic medieval i reinterpretat per glossadors i comentaristes com Bartolo de Sassoferrato o Baldo degli Ubaldi, només va ser possible gràcies a un procés codificador previ, l'endegat per Justinian al segle VI, sense el qual la recepció –el renaixement– del dret romà a partir del segle XII a les principals ciutats europees no hauria estat possible o, si més no, hauria estat extremament complicat.

Però, més enllà d'aquesta paradoxa, també caldria preguntar-se si una defensa a peu i a cavall del dret privat no codificat té avui el mateix sentit que fa 200 anys. En efecte, des que el parlament autonòmic català va endegar la ingent –tot i que no sempre encertada– tasca de codificar el seu dret civil, Andorra ha esdevingut més que mai una illa dins un entorn codificat.

L'absència de codificació impedeix, fins i tot, tenir una noció clara i precisa de les fonts del dret privat i l'ordre de prelación entre aquestes mateixes fonts. La versió més acceptada ens diu que les fonts del dret privat andorrà són la norma escrita, el costum, el dret català anterior al Decret de Nova Planta (1716), el dret comú, el dret canònic, el dret romà i la doctrina. Una noció àmplia de *ius commune* permetria incloure totes les fonts excepte la primera.

Aquest fet, per si sol, no converteix Andorra en un cas de pervivència del *ius commune*. Perquè s'esdevé que el Principat s'ha anat dotant d'un sistema processal fill de la codificació; un sistema que dificulta la dinàmica evolutiva pròpia del dret comú. En la mesura en què el jutge és la boca de la llei, el dret ho té molt difícil per evolucionar per la via del precedent o de la interpretació. Per això resta obert el debat si seria o no convenient crear una sala de cassació en matèria civil al Tribunal Superior; mesura que podria ser, acompanyada d'un procés de positivització del dret, una alternativa a la codificació entesa en termes napoleònics.

Hi ha, però, un fet encara més rellevant que podria convertir el *ius commune* vigent a Andorra en poca cosa més que un mite: la formació dels operadors jurídics. A mesura que la codificació s'ha anat estenent i consolidant arreu, Andorra ha anat tenint operadors jurídics cada cop més allunyats de la tradició del dret comú; operadors jurídics que han crescut a l'ombra dels codis i que necessiten, més que mai, de raó escrita sistematitzada. Aquests operadors obren la porta a un risc major –molt real a Andorra–, tant des del punt de vista del codificador com del defensor del *ius commune*: en absència de codi i de sistematització, un manual –més o menys acadèmic– pot acabar convertit en codi per la porta del darrere.

Aquestes pinzellades serveixen per il·lustrar que, molt probablement –i per desgràcia–, Andorra no és un cas de supervivència del *ius commune* tal com aquest sistema jurídic es podia entendre a la baixa edat mitjana i a l'edat moderna, sinó que perviu de manera força precària, convivint amb un sistema processal que no li és propi i essent aplicat per operadors cada vegada més allunyats de la seva tradició.

### És la codificació un mite?

Si bé és cert que la defensa a ultrança de mantenir l'*statu quo* del *ius commune* va acompanyada molt sovint d'una càrrega de romanticisme i d'idealització, tampoc no és menys cert que la defensa dels ideals codificadors –tal com van ser plantejats a principi del segle XIX– sona avui també amb un punt d'ingenuïtat idealista.

El principal argument subjacent a tot procés de codificació no és la defensa de l'imperi del dret, ni la publicitat de les lleis, ni la igualtat dels ciutadans (aquesta és la part ingènua). No, darrere de qualsevol codi hi ha una voluntat de reafirmació nacional. Els codis civils són fills dels estats-nació i no és estrany que comencessin a aparèixer al mateix temps que es decretava formalment la fi de les universalitats medievals: el Codi Civil napoleònic és de 1804 i el certificat de defunció del Sacre Imperi Romanogermànic és de 1806.

De la mateixa manera que la raó pot ser reveladora de llum però també justificadora de

tenebres, la llei positiva, coherent i sistematitzada pot servir per reafirmar identitats nacionals, però també per deformar-les o per esborrar-les del mapa. Per això no és estrany que alguns països (com Andorra) i territoris que aspiren a ser-ho (com Catalunya) haguessin fet de l'absència de codi un element reafirmador de la pròpia identitat. Ara bé, un cop codificat tot l'entorn, els codis civils veïns poden arribar a suposar un risc tan elevat per a la pròpia identitat que aquells països reticents amb la codificació acaben optant per aquesta via. Prou conegut és l'intent d'assimilació del dret català per part del mal anomenat dret civil comú espanyol (que, de fet, és el dret de Castella); un intent d'assimilació que, per via indirecta i molt menys intensa, també ha influït en la trajectòria del dret privat andorrà.

Un cop reafirmada la identitat i la sobirania nacionals, es passa a la resta de qüestions que en el debat públic més sovint apareixen vinculades a la codificació. La primera és aquella que requereix unes normes prou clares, coherents i sistemàtiques perquè el seus aplicadors es limitin a ser *la boca de la llei*. Hi ha, en tot procés de codificació, una voluntat no confessada –i no sempre conscient– de congelar la realitat. Evidentment, totes les lleis es poden canviar, però des del moment en què algú els posa el títol de codi, en ressalta la coherència i la sistematització i es blinda contra eventuais modificacions per la via del precedent i la interpretació; qualsevol canvi porta aparellat un punt afegit de dificultat.

Però els camins de l'evolució del dret són inescrutables i no és estrany que sovint –o més sovint del que els ingenus codificadors del XIX haguessin volgut– la jurisprudència hagi modificat el sentit de les prescripcions d'un codi. Entre aquells que hem estudiat dret al sud dels Pirineus, un dels exemples més clàssics és el de l'article 1137 del Codi Civil espanyol, que estableix la no-presumpció de la solidaritat en les obligacions i, per tant, la necessitat de fer constar de manera explícita aquesta solidaritat. L'article és meridianament clar, com també ho són les reiterades sentències de la sala civil del Tribunal Suprem espanyol que afirmen que no cal explicitar aquesta solidaritat i que acaben pràcticament invertint la presumpció de l'article 1137 fins a convertir-la en una presumpció de solidaritat. I tot això sense tocar ni una coma de l'article en qüestió. Són exemples com aquest els que fan que Montesquieu i la seva "boca de la llei" acabïn sonant com el Dr. Pangloss del *Candide* de Voltaire i el seu "millor dels mons possibles".

Un altre dels mantrons clàssics de la codificació és el de la seguretat jurídica. Una legislació omnicomprendiva, completa, sistemàtica, pública, escrita... contribueix a donar seguretat jurídica als operadors i als ciutadans. Reprenent l'exemple del paràgraf anterior, m'agradaria saber què en pensa de la seguretat jurídica que donen els codis la part que va perdre el primer recurs sobre l'article 1137 del Codi Civil espanyol el 1973 i que va veure com el Suprem feia dir a les paraules allò que les paraules no diuen.

La seguretat jurídica és tenir la certesa sobre què decidiran els tribunals donada una situació concreta. És cert que és més fàcil assolir aquesta seguretat amb una llei positiva i sistemàtica; però no és menys cert que és molt sovint el professional qui ha de tenir aquesta seguretat i transmetre-la al ciutadà (al client); i el professional pot tenir aquesta seguretat amb el dret codificat, però també amb el *ius commune* no codificat... o amb el dret positiu, sense la parafernàlia del codi.

D'altra banda, quan en el debat sobre la codificació del dret s'aborda la qüestió de la seguretat jurídica, es posa èmfasi –al meu parer excessiu– en l'aspecte formal d'aquesta seguretat o

certesa: és cert que, *ceteris paribus*, la llei positiva dona més seguretat jurídica que el *ius commune*. Això des d'un punt de vista formal, perquè des d'un punt de vista material, la llei positiva pot atemptar de manera molt més efectiva contra la seguretat jurídica que no pas el *ius commune*. Ho intento il·lustrar amb un exemple recent:

De totes les institucions del dret privat, la usucapió és la més orientada a maximitzar la seguretat jurídica en el seu aspecte material. No es tracta aquí de conèixer *ex ante* la conseqüència jurídica, sinó de donar certesa per mitjà de la prescripció adquisitiva a una situació d'inseguretat, no sobre els fets –són aparents i coneguts–, sinó sobre els drets que es deriven d'aquests fets. En aquest sentit, el *ius commune* vigent a Catalunya fins fa unes dècades prescrivia, per exemple, que les servituds eren susceptibles d'usucapió exceptuant les no-aparents i algunes altres, tal com el 1960 va recollir la Compilació de Dret Civil de Catalunya seguint la prescripció trentenària dels Usatges de Barcelona. El 1990, un cop recuperada l'autonomia i la capacitat d'innovar el dret propi, el flamant parlament català va aprovar la Llei 13/1990, que permetia la usucapió de totes les servituds, fins i tot d'aquelles no-aparents. Vista la incertesa que comportava permetre usucapir servituds no aparents, al cap de només onze anys el parlament català va fer un gir radical en la matèria i en la llei 22/2001 –les disposicions de la qual ja estan integrades avui dia al Codi Civil de Catalunya– va prohibir la usucapió de totes les servituds. És a dir: l'existència *de facto* d'una servitud aparent, contínua, manifesta... no serà mai raó constitutiva per a la servitud *de iure*.

Crec que exemples com l'anterior mostren prou bé com un parlament democràtic aprovant lleis positives i sistemàtiques pot crear més inseguretat i incerteses en una dècada que el *ius commune* en uns quants segles. Això sí, si ens atenem a l'aspecte purament formal que tant agrada als partidaris del furor napoleònic, el règim de servituds català va guanyar molta seguretat jurídica, encara que haguem de limitar aquesta seguretat a la certesa que la regulació d'una institució com la prescripció adquisitiva de drets mutarà de manera capritxosa i radical un cop cada deu anys.

### Cap a una nova universalitat

De la mateixa manera que és cert que sense la codificació justiniana del segle VI no hauria estat possible el naixement del *ius commune* al segle XII, l'exemple de Justinià també evidencia que la pretensió sistematitzadora i omnicomprensiva de tot projecte codificador té un punt quimèric. El mateix emperador Justinià, un cop enllestit el *Corpus Iuris Civilis*, es va veure en l'obligació de promulgar noves lleis, les *Novel·les*, que en certa manera trenquen la sistematització per ell imposada.

En aquest sentit, caldria veure la tendència codificadora actual a Andorra, no des de la pretensió vana de congelar la realitat, de voler saber-ne més que més de 2.000 anys de raó jurídica, sinó com un pas necessari dins de la dinàmica del dret: codifiquem per, acte seguit, començar a trencar el codi.

L'ideal codificador, s'ha dit abans, és propi dels estats-nació, que no deixen de ser una figura institucional més del passat que del futur. Andorra s'encamina, com tots els països del món –i especialment els europeus– cap a una nova universalitat de la qual ha de sorgir un nou dret comú.

En aquest context, la positivització i la codificació del dret privat serveixen més per protegir les particularitats i la identitat que no pas per projectar-se cap al futur. I, evidentment, totes dues coses són necessàries; però no es pot pretendre emprendre el camí codificador com si res no hagués passat els darrers 200 anys.

El 2007, en el pròleg a l'edició de la tesi de Mn. Ramon Vilardell de 1974 sobre el *ius commune* a Andorra, Ladislau Baró –sempre model de la *finezza* que tant ens manca– demanava “diàleg amb el passat, des de l’assumpció d’allò que encara avui resta vigent dels principis del *ius commune*” per elaborar “una nova legislació civil, allunyada del dogmatisme codificador”. Així sigui.

**Iago ANDREU i SOTELO**

Llicenciat en dret, periodista i coordinador de les XIX Jornades