

MISCEL·LÀNIA BORRELL I SOLER

RECU LL D'ESTUDIS OFERTS A LA MEMÒRIA

D'ANTONI M.^a BORRELL I SOLER

PER LA

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS, ECONÒMICS I SOCIALS

FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA
INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

1962

MISCEL·LANIA BORREL I SOLER

This One



Q2DL-BT2-HWP6



Antoni de Dorsell

MISCEL·LÀNIA BORRELL I SOLER

RECU LL D'ESTUDIS OFERTS A LA MEMÒRIA

D'ANTONI M.^a BORRELL I SOLER

PER LA

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS, ECONÒMICS I SOCIALS

FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA

INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

1962

Dipòsit legal: B. 7113 - 1962

T A U L A

Antoni M. Borrell i Soler	IX
La Miscel·lània	XVII
Bibliografia de Borrell i Soler	XIX
Josep M. ^a Ainaud de Lasarte: Entorn del testament sacramental	1
Joan Anglada i Viladebò: Detracció de la quarta per l'hereu gravat en capítol. Glossa a un text de Borrell	11
Josep M. ^a Arqués i Campillo: El valor dels principis sistemàtics del dret català	29
Antoni Bergós: Els recs del Pla de Lleida	39
R. Ridagor, S. I.: El espíritu del derecho canónico	47
A. Borrell i Macià: L'abús de dret	77
Joaquim de Camps i Arboix: El dret català i el repartiment de la terra	91
Carles Cardó, prev.: Esperit és unitat	107
Joaquim Carreras i Artau: Notes sobre el jurista barceloní Ignasi Sanponts i Barba	113
Fermí Cortés Muñoz: Revocabilitat i caducitat dels tancats arrossers	125
Francisco Elías de Tejada: Torras i Bages en el pensamiento político catalán	135
Ramon Faus i Esteve: La reforma del codi civil i el dret especial de Catalunya	169
J. Ll. Garriga i Llambí: Diferències entre les consuetudines ilerdenses i les d'Horta i Miravet	181
Rafael Gay de Montellà: Les servituds de dret públic	189
Juan Iglesias: Cataluña y el derecho romano	195
Enric Jardí i Casany: La penetració del dret romà en el sistema jurídic anglès	201
Aurelio Joaniquet Extremo: El derecho en los estatutos de las corporaciones mercantiles medievales. Interés palpitante del manuscrito "Consolat dels mercaders catalans a Bruges", obrante en la biblioteca del duque de Medinaceli	215
F. Maspons i Anglasesell: El contracte de masoveria	247

Cristòfor Massó i Escofet: Els emprius en les altes valls pirinenques .	261
L. Neville Brown: The source of Spanish law. A comparative study .	267
Joan Oller i Rabassa: El concepte català de la pobresa legal	305
Manuel Parés i Maicas: La investigació de la paternitat en el dret català i el codi civil espanyol	311
Josep M. ^a Pascual i Serres: Sobre "compres i millores" a la comarca de Gandesa	351
Josep M. ^a Pi-Suñer: L'ensenyament del dret, per Antoni Borrell i Soler.	363
Ramon M. ^a Roca i Sastre: La supressió de la regulació romana del prellegat	369
Francisco Salinas Quijada: La supletoriedad romana en el derecho na- varro	399
Maurici Serrahima i Bofill: La institució d'hereu amb condició sus- pensiva	423
Jacques Treillard: Les rapports contemporains du droit privé et du droit public en France	443
Josep M. ^a Trias de Bes: Contribució a la història del dret internacional privat espanyol: de l'antiguitat a l'edat mitjana	459
Joan Ventosa i Calvell: Transcendència de l'obra d'Antoni Borrell i Soler	467
Francisco F. de Villavicencio: Notas sobre la técnica de la nueva ley de Propiedad Horizontal	475
Llista de subscriptors	483

ANTONI M. BORRELL I SOLER

El 29 de desembre de 1864 naixia en una de les cases del carrer de Santa Anna d'aquesta ciutat, Antoni M. Borrell i Soler. Fill de Josep Borrell i Montmany, jurisconsult de prestigi que vers els anys 1881 i següents exercí el deganat al Col·legi d'Advocats de Barcelona. Per línia materna, descendent dels Soler i Brusi, noms vinculats tants anys a la direcció del popular *Diario de Barcelona*. Els seus primers contactes amb aquest món tingueren lloc a través d'una família en la qual hom feia del Dret una professió i s'estimaven les lletres, en la qual eren conservades les tradicions de la nostra terra, es respirava un profund sentiment religiós i, pràcticament, es vivia la caritat.

En aquest ambient havia de forjar-se la seva ànima, ambient que l'acompanyà durant el curs de la seva llarga vida.

Si en unes poques paraules haviem de perfilar el retrat moral de la seva persona, podríem dir que ha viscut la justícia, ha practicat la caritat i ha estat humil en tots els seus actes.

Deia en un dels seus discursos:

L'educació moral de l'advocat ofereix una garantia: que no arribaran a la Sala del Tribunal les pretensions injustes dels clients, si més no les temeràries i ridícules; perquè l'advocat, sacerdot de la justícia, té la missió d'educar el client en l'exercici d'aquesta virtut.

Ha d'usar del seu ascendent i prestigi per a dirigir-lo pels camins de la justícia, suprimir les argücies i subtileeses amb què pot temptar-lo la lletra del precepte escrit, posar per sobre la regla freda, la raó i l'esperit de la llei, inspirar-se en l'harmonia entre la vida social i la jurídica.

I, seguint aquests principis, en la vida pràctica i professional res no l'importava que una reclamació fos emparada per una llei, si la considerava injusta: no l'acceptava malgrat representar-li la pèrdua d'un bon assumpte en el sentit econòmic de la paraula.

La seva modèstia — deia Faus — el portà a refusar tot càrrec d'ostentació i de representació política. Tan sols a causa d'allò que en podem dir coacció dels seus amics i companys, acceptà de presidir l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona.

Tenia un concepte tan humil d'ell mateix i de les seves coses, que la seva obra magna, *El Dret civil vigent a Catalunya* tardà molts anys a sortir a la llum pública, després d'haver-lo redactat; i, potser molts més encara n'hauria tardats, si no l'hagués editat l'Oficina d'Estudis Jurídics de la Mancomunitat de Catalunya.

La seva caritat el portà, mentre les forces li ho consentiren, a casa del pobre i a tenir cura dels necessitats en els afers professionals, en peu d'igualtat al client de més categoria.

Es destaca pel seu gran amor al Dret català, perquè és dret, és català, i reflecteix un dels elements més característics de la nostra personalitat col·lectiva. Quantes vegades, en les vetlles d'hivern, el vèieu llegir fragments i més fragments del Digest, i, a través de les seves paraules, fruit en la contemplació de la societat d'aquell temps, en la lògica de la construcció jurídica... i, resolt el cas que li interessava, continuar llegint i meditant aquells textos antics... Desapareixia l'interès pràctic, però continuava aquell goig espiritual de l'investigador.

El 14 de gener de 1907 ocupà per primera vegada la presidència de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona, i en el seu discurs inaugural s'ocupà del Dret civil com a element d'educació del poble.

“La idea del dret — deia — educa la intel·ligència; la seva pràctica, la voluntat, i el sentiment, el cor del poble.”

Desitjava que la justícia fos a l'abast de tothom, des dels més alts fins als més baixos, sense distinció de fortunes; i en contemplar que aquest desig no sempre correspon a la realitat, se'n plany amb les següents paraules:

Perquè l'Estat mira amb indiferència com s'infringeixen sense escrúpols, a voltes amb mala fe, els contractes, quan l'ofensor sap que el perjudicat no li haurà de sortir a compte acudir a la Justícia. I — afegia — alguna volta us

haveu fet càrrec de la gravetat d'aquestes paraules: "no surt a compte acudir a la Justícia? Té dret l'Estat a declarar-se impotent, deixant la resolució dels conflictes a la força privada o aconsellant una resignació que pot imposar la Religió en nom de la Bondat i de la Justícia eterna, però no l'Estat, dispensador de la justícia temporal?"

Més tard tractarà de les *Belleses del Dret*. Deixem que en parli l'enamorat:

No dubto — diu — que els qui us heveu dedicat a l'estudi i a la pràctica del Dret, haureu sentit moltes vegades l'encant de les seves belleses; i dic belleses perquè no és una sola, ni una sola la classe d'emoció estètica que us haurà produït; sinó que unes voltes, el perfum que destilla la justícia; altres, la contemplació serena de la ciència del Dret; altres, l'emoció de salvar l'honra i els mitjans de vida de qui s'ha confiat a la vostra ciència i a la vostra integritat; el sentiment de responsabilitat dels qui heveu... estat enviats a realitzar la grandiosa tasca de forjar les lleis... totes aquestes i altres manifestacions de la vida jurídica i de l'imperi de la justícia produeixen altres tants sentiments i emocions que, contemplats, des d'un punt de vista enlairat, on no arriben les passions ni les preocupacions dels interessos propis, no haurà pogut menys de produir-vos una delectació purament estètica. Heveu descobert la bellesa del Dret.

Si la bellesa és una harmonia vivent, ¿no serà bella la justícia? ¿No serà bell el dret que té per missió de fer-la viable en les relacions entre els homes?

La difícil naturalitat — diu, referint-se al Dret Romà — amb que desenrotlla algunes de les seves institucions, com desenrotllaria el binomi de Newton o un problema d'anàlisi matemàtica, li dóna tot el caràcter d'aquella bellesa sòbria, serena de l'arquitectura clàssica grega.

Aquesta estètica de les ciències exactes és la que reivindico pel Dret Romà i també per les legislacions que tenen un sistema jurídic comparable al de Roma, en la puresa dialèctica de llurs línies i en l'harmonia de l'engranatge de llurs institucions.

I quan el Dret surt dels límits rigorosos que li assenyalaria una lògica tan inflexible com la de la geometria — perquè el dret es troba influït per l'element contingent variable de la vida social que ha de regir —, el que perd de bellesa clàssica ho supleix en bellesa romàntica; si té menys serenitat, guanya en sentiment.

I en un altre lloc havia dit:

Quan el poble arriba a sentir la poesia del Dret — perquè el Dret participa de la bellesa de Déu, que es a la vegada Justícia infinita i Bellesa suprema, troba en aquest sentiment un imant que l'atrau al camí de la justícia i de la virtut educadora, llavors arriba al major grau d'eficàcia.

En les paraules transcrites s'endevina que les inquietuds intel·lectuals d'Antoni M. Borrell no quedaren limitades al Dret, sinó que també s'estengueren a la filosofia, a les ciències exactes i a la literatura.

L'any 1901 es reuní a Barcelona el Congrés Universitari Català, i, d'aquest, nasqueren els Estudis Universitaris Catalans, dels quals fou el primer president i en els quals, des de l'any 1904 fins a llur incorporació, bé que temporal, a la Universitat de Barcelona, tingué al seu càrrec la càtedra de Dret civil català.

El 17 d'octubre de 1903, en inaugurar-se el primers curs, organitzat pels Estudis Universitaris Catalans, ens dona a conèixer el seu criteri sobre l'ensenyança en explicar que:

Busquem per professors persones aptes, sense tenir compte quina sigui la seva nacionalitat, ni que tinguin ni deixin de tenir títol oficial... De les assignatures, sols se'n donaran coneixements elementals i essencials, deixant que l'alumne, amb això per base, es faci l'estudi al seu gust.

Combat l'ensenyança que sols es dirigeix a la memòria, enfarfegant-la amb coneixements difusos i enciclopèdics; es declara contrari a l'oratória dels catedràtics que expliquen molt teoria però que fan fer poca pràctica als alumnes. Creu com a millor mètode d'ensenyança el dialogat, puix que llavors s'obliga l'alumne a treballar i a exercitar la intel·ligència. I afegeix:

Volem que es vegi tota l'assignatura en forma elemental; però que d'aquests elements, que han d'ésser el més essencial, el nervi de l'ensenyança, en tinguin els deixebles un coneixement clar, precís, sòlit i arrelat. I volem, al mateix temps, que, partint d'aquests coneixements, el professor procuri despertar-los les aptituds i aficions científiques, deixant-los veure altres problemes més enlairats, altres punts de vista nous, enseyant-los el camí per investigacions pròpies, per esplai de ses iniciatives, animant-los ambdós consells i ambdós entusiasmes.

Nosaltres donem un valor secundari a la memòria de coses bastant-nos la d'índex. Aquella és un pou en què s'estanquen les idees; aquesta, una font de la qual ragen fluides quan es necessiten... Nosaltres volem que el raciocini sigui el laboratori per on passin les idees perquè arribin a la memòria en forma assimilable; i volem que en aquest laboratori no solament s'hi practiquin anàlisis, sinó que es facin síntesis originals, treballs propis...

Per la càtedra de Dret català desfilaren diverses generacions d'advocats i juriconsults, i —en paraules de Coll i Rodés— la labor ordenada, constant, quieta i quotidiana que exigeix una càtedra honradament professada, li permeté de portar a bon terme un tractat en què ha estat recollit tot el nostre Dret civil i que meresqué el primer premi Duran i Bas de l'Institut d'Estudis Catalans.

D'aquest tractat, el mateix Coll i Rodés deia:

En realitat... és el primer i, per ara, únic tractat complet posat a l'abast dels estudiosos i professionals del nostre Dret... representa la indispensable obra de consulta posada a l'abast dels estudiosos, i més endavant podrà servir a la necessària tasca de la fixació del dret vigent.

I el professor Castán, el 1927:

No sols constitueix la millor obra publicada de Dret català en aquests darrers temps, sinó que no en tenim cap de Dret comú espanyol que estigui escrita amb tal precisió i rigor tècnic...

Com el sol escampa la boira i dona claredat i llum a les coses, així el "Dret civil vigent a Catalunya" dissipà en gran manera les tenebres que existien entorn de l'aplicació del nostre Dret; repetidament l'han citat els tribunals en llurs resolucions; i, en facilitar el seu coneixement ha evitat que, en la pràctica, hom fes extensiva en major grau, en perjudici del català, l'aplicació del Dret codificat.

En el *Codi civil a Catalunya*, premiat per l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona el 1903, estudia les pertorbacions que, a partir de la seva publicació, la jurisprudència havia produït en el nostre Dret.

Exposa el règim jurídic vigent a Catalunya, d'acord amb la llei, i el que, en la pràctica, aplicaven els Tribunals.

Això li dona peu per a tractar de l'esperit del nostre Dret, fer un càlid elogi de les seves institucions, defensar-ne llur aplicació i lluitar contra l'uniformisme.

Als qui, amb raons més o menys espectaculars, el defensaven, els deia:

Es clar que seria més senzilla la tasca de l'enginyer, si plana fos la superfície de la terra, com fóra més fàcil la del sastre, si tinguessin les mateixes mides tots els cossos humans; però ni en el físic ni en el moral Déu ha circumscrit les

seves obres al criteri mesquí uniformista, sinó a la unitat superior que resulta de l'harmonia en la diversitat de sers, tons, ratlles, moviments, sons... esplendor de vida i element de felicitat, molt preferible a l'enervant monotonia.

De 1925 a 1929 va tenir al seu càrrec, a la "Revista Jurídica de Catalunya", la secció titulada "Miscel·lània Jurídica", i, en ella, en 48 estudis, anà exposant i comentant el moviment jurídic de distints països, sense exceptuar el nostre, i els problemes que de més destacat interès es presentaven.⁷

A la mateixa revista tractà, en distints articles, de "Els Censos i la Reforma de Barcelona", "Algunos problemas sobre el beneficio de inventario", i de "El delito de infanticidio".

Entre les conferències i discursos, ultra els referits, podem esmentar: "Formes testamentàries", "Protecció de la vídua en els règims jurídics espanyols", "L'enriquiment indegut"; i la conferència llegida el 1955 en la sessió inaugural de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona, en la qual, a través de diversos discursos presidencials, exposava l'evolució, a Catalunya, de les idees jurídiques en un segle.

Dels 80 als 90 anys publicà tractats sobre *El dominio, El contrato de compra-venta, Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles, Nulidad de los actos jurídicos*, i, finalment, *El Derecho civil español*, en cinc volums. En tots ells cerca expressament una finalitat eminentment pràctica; hi buida la jurisprudència del Tribunal Suprem; i deliberadament fuig de recollir-hi totes aquelles doctrines modernes, més o menys científiques, que encara no han entrat a formar el nostre Dret vigent.

La seva cooperació a l'obra codificadora del Dret català gairebé arrenca del primer dia. El 7 de juny de 1901 Trias i Giró i Romaní i Puigden-golas havien acabat l'avantprojecte d'Apèndix al Codi civil, i aquest darrer, en carta, fa constar el bon servei que els havia prestat l'estudi de Borrell i Soler sobre successió en general. El 2 de juny de 1905 la Diputació de Barcelona el designà Vocal de la Comissió encarregada de redactar el Projecte de Llei en què devien contenir-se les institucions forals de Catalunya que convenia de conservar; i des d'aquell moment, d'una manera ininterrompuda, ha format part de la Comissió de l'Apèndix; posteriorment, de la Jurídica assessora; i, fins a la seva mort, de la de juristes per a l'estudi i ordenació del Dret foral de Catalunya.

En relació amb aquesta darrera activitat, deia Faus:

Sus observaciones eran tan atinadas, y las enmiendas tan bien fundamentadas, que jamás nadie osó hacerle la menor observación. Cuando, debido a su avanzada edad, no podía asistir personalmente a las sesiones, estaba presente su espíritu, siempre su gran "tratado" sobre la mesa, y, cual si perviviera la Ley de Citas, ante cualquier discusión o discrepancia, se terminaba diciendo: ¿qué opina Borrell sobre esto? Y si el punto controvertido había sido estudiado por él, terminaba la discusión, admitiendo, sin replicar, sus clarísimas observaciones. Era edificante ver a juristas de la talla de un Roca Sastre deponer sus puntos de vista cuando disentían de los de Borrell y Soler.

Nomenat Magistrat del Tribunal de Cassació de Catalunya el 10 de març de 1934, les seves ponències, a criteri del mateix Faus, eren denses en doctrina, i especialment dues d'elles, referents a la prodigalitat i a la donació remuneratòria, veritables tractats sobre aquestes matèries.

El dia 3 de febrer de 1956, a la venerable edat de 91 anys, lliurava l'ànima a Déu a l'antic poble de Sant Vicenç de Sarrià.

LA MISCEL·LANIA

La *Societat Catalana d'Estudis Jurídics, Econòmics i Socials*, filial de l'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS, acordà d'homenatjar l'inclita memòria d'ANTONI MARIA BORRELL I SOLER, mestre de tantes promocions d'homes de Dret de Catalunya, amb la publicació d'una MISCEL·LANIA on fossin recollits els treballs signats per noms rellevants de la ciència jurídica de Catalunya i de fora d'ella.

Hom constituí una Comissió d'Honor i una altra d'executiva.

La Comissió d'honor era integrada pels senyors Ramon d'Abadal i de Vinyals, Francesc de P. Condomines i Valls, Josep Farré i Moregó, Ramon Faus i Esteve, Enric Gabarró i Samsó, Santiago Gubern i Fàbregas, Francesc de P. Maspons i Anglasell, Josep Maria Pi-Sunyer, Josep Maria de Porcioles i Colomer, Ramon Maria Roca i Sastre i Joan Ventosa i Calvell.

La Comissió executiva era formada pels senyors Francesc de P. Maspons i Anglasell, Josep Maria Ainaud de Lasarte, Antoni Borrell i Macià, Joaquim de Camps i Arboix, Eduard Cardona i Romeu, Enric Jardí i Casany i Maurici Serrahima i Bofill.

Aquesta Comissió executiva inicià les seves tasques orientant-se amb una direcció: recabar la col·laboració d'homes de Dret i escriptors dels més diversos països i llengües per tal de formar un índex de tanta qualitat com representatiu. D'altra banda, inicià la subscripció per a nodrir el pressupost de les quantioses despeses que implicava una tan important publicació.

Com és habitual en semblants empreses, l'aplec dels treballs a recollir fou tasca que requerí el concurs del temps, és a dir, d'uns quants anys, en el transcurs dels quals ha estat possible d'oferir un volum d'un contingut tan divers com valuós. És el fet capital en què culmina l'esforç realitzat

per la Comissió executiva i que aquesta ofereix a la glòria del jurista català, a la ciència del Dret en general i, especialment, al de Catalunya.

La subscripció iniciada prenia per base d'obtenir el suport econòmic de corporacions i entitats, així com la individual de tots aquells qui fossin sensibles a les finalitats proposades. Foren fixades dues quotes: una de cinc-centes pessetes i una altra de mil. La llista inserida al final d'aquest volum és prou significativa. Diguem, però, que la Diputació provincial de Barcelona i l'Ajuntament de la capital catalana ens afavoriren suscrivint generosament cadascuna d'aquestes Corporacions, sustantives quotes; que les Diputacions provincial de Girona, Lleida i Tarragona ens han honorat amb valuoses aportacions, així com el Col·legi Notarial de Barcelona, el Col·legi d'Advocats de Barcelona i altres Col·legis del nostre territori. L'inventari de les aportacions individuals comprèn els noms més insignes i més devots de la nostra jurisperícia. Així, podem concloure que el mèrit dels estudis ací publicats és equiparable a la generositat del bo i millor de l'estament que fa del Dret instrument de la seva professió, sense oblidar de posar aquesta al servei de la cosa pública.

A tots, l'agraïment més sentit dels promotors de la MISCEL·LÀNIA BORRELL I SOLER.

La coincidència entre la publicació d'aquest volum amb un fet, relativament recent, de la magnitud que suposa la promulgació de la llei aprovant la Compilació del Dret civil especial de Catalunya, és una felicitat oportunitat. ANTONI MARIA BORRELL I SOLER hauria estat satisfet de veure convertida en norma legal aquella doctrina per ell tan sapientment exposada i enaltida, baldament la forma material del nou ordenament no significués la plena i legítima aspiració desitjada per la seva ideologia jurídica. Completarà la coincidència el fet que eminents figures que signen alguns dels estudis de la MISCEL·LÀNIA són artífexs emèrits del nou text legal.

Aquesta garba de circumstàncies és la que oferim com la nostra millor corona d'homenatge a ANTONI MARIA BORRELL I SOLER i en perpètua memòria.

BIBLIOGRAFIA DE BORRELL I SOLER

LLIBRES

El Codi civil a Catalunya, Estudi crític de les sentències del Tribunal Suprem de Justícia i de les Resolucions de la Direcció General dels Registres (Barcelona 1904).

Dret Civil vigent a Catalunya, Publicació de l'Oficina d'Estudis Jurídics de la Mancomunitat de Catalunya (Barcelona 1923), 5 volums.

Derecho Civil vigente en Cataluña, Edició castellana, Bosch, Casa editorial (Barcelona 1944), 5 volums.

Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español, Bosch, Casa editorial (1947).

El dominio según el Código civil español, Bosch, Casa editorial (1948).

El contrato de compraventa según el Código civil español, Bosch, Casa editorial (1952).

Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles, Bosch, Casa editorial (1954).

Derecho civil español, Bosch, Casa editorial (1954), 5 volums.

DISCURSOS I CONFERÈNCIES

El Dret civil considerat com element d'educació del poble, Fills de Joan Jepús (Barcelona 1907).

Formes testamentàries, en "Estudis de Dret Català", publicat per l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona (Barcelona 1918).

L'enriquiment indegut dins l'ordre del Dret civil (Barcelona 1926).

Bellesa del Dret (Barcelona 1930).

Protección de la viuda en los regímenes civiles españoles, conferència al Colegio Notarial de Barcelona, el 9 de març de 1945.

La Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona y algunos de sus presidentes, Discurs presidencial en la sessió de reconstitució de l'Acadèmia, Revista Jurídica de Catalunya (1955).

ARTICLES

El Delito de infanticidio, Revista Jurídica de Catalunya.

Donaciones inoficiosas y perjudiciales a los acreedores, ídem, ídem (1897).

Crisi del Dret civil, ídem, ídem (1905).

Dret civil català, Revista dels Estudis Universitaris Catalans (Barcelona 1907).

Els censos i la reforma de Barcelona, Revista Jurídica de Catalunya (1908).

¿S'ha de pagar lluïsmes per les alienacions forçoses per causa d'utilitat pública?, Revista dels Estudis Universitaris Catalans (1908).

Patrimoni familiar, Revista Jurídica de Catalunya (1925).

¿Cal tenir en compte la diferència de nivell de les finques per a calcular la distància de la propietat veïna a què s'han de plantar els arbres?, ídem, ídem (1925).

Una obra de Dret civil del Dr. Planas i Casals, ídem, ídem (1926).

Litis expensae, ídem, ídem (1926).

Una resolució de la Direcció General de Registres de 30 de maig de 1925 referent a bens reservables, ídem, ídem (1926).

Escola Jurídica Catalana, ídem, ídem (1927).

Retraete de confinants, ídem, ídem (1927).

Dret d'aliments, ídem, ídem (1927).

Autocontracte, ídem, ídem (1928).

Renúncia unilateral de dret real sobre finca alienada, ídem, ídem (1928).

Reforma de la successió intestada. Un problema relatiu a las substitució pupilar, ídem, ídem (1928).

Ultima jurisprudència del Tribunal Suprem relativa a la Constitució "A fragitar frauds", ídem, ídem (1935).

Dels fills posats en condició, ídem, ídem (1935).

Don Juan Martí Miralles (necrologia), Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid, 1949).

Algunos problemas sobre el beneficio de inventario, Revista Jurídica de Catalunya.

TEMES TRACTATS EN LA SECCIÓ DE "MISCEL·LÀNIA JURÍDICA" DE LA REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA ANYS 1925 A 1929.

Testament mancomunat.

Clàusula de confiança.

Successió dels impúbbers a Catalunya.

Liquidació de l'associació a compres i millores.

Força major que no es pot preveure.

A propòsit d'un article de Josep Hamel sobre l'"afectio societatis". Essència del contracte de societat.

Consideracions sobre l'usdefruit d'una indústria a propòsit d'una sentència de 5 de gener del 1925.

El R. D. llei de 25 de juny del 1926 sobre redempció de foros.

Un fulletó sobre la Constitució del 1812.

Una resolució interessant de la Direcció General de Registres relativa a la hipoteca en garantia de crèdits condicionals.

Un article de R. Demogue sobre accions concedides a tercers.

Si la dona divorciada per adulteri té dret a demanar aliments al marit innocent. Si en la segona instància del judici d'aliments provisionals es pot alegar per primera volta la pèrdua del dret d'aliments per adulteri. Si els efectes del divorci, segons el Codi civil, són exclusius del divorci perpetu.

Algunes consideracions sobre la culpa aquiliana.

¿És necessari el consentiment d'un malalt o ferit per subjectar-lo a determinat tractament terapèutic o intervenció quirúrgica?

Com es fa un tracte?

Fonaments del costum jurídic segons alguns autors catalans contemporanis.

¿Els efectes de la rescissió per lesió "ultra dimidium" en cas de venda precedida de promesa unilateral, s'ha d'atendre al valor de la cosa al temps de la venda o de la promesa definitiva?

Efectes civils del Codi penal de 1928.

Consideracions sobre arrendaments de finques urbanes.

El Dret a Bèlgica.

Decadència de les escoles exegetica i històrica.

L'escola històrica a Catalunya.

Nuevos estudios jurídicos, per Josep Poal i Jofresa.

Distinció essencial entre l'arrendament de serveis i el mandat.

ENTORN DEL TESTAMENT SACRAMENTAL

per

JOSEP M.^a AINAUD DE LASARTE



L'estudi de la recent Compilació del Dret civil especial de Catalunya ens permet de comprovar de quina manera les nostres institucions jurídiques han evolucionat al llarg dels segles i com el nou ordenament legal ha procurat de recollir aquelles modificacions que la pràctica del Dret ha considerat més viables. El propòsit de la Compilació ha estat de sistematitzar les institucions del Dret privat català atenent la seva vigència i la seva aplicabilitat al moment actual, i, per tant, els juristes que tan magistralment l'han elaborada han cregut convenient de recollir únicament aquelles institucions vivents que responguessin a una comprovada i autèntica realitat.

Una d'aquestes institucions—i no pas de les menys discutides—és la del testament sacramental. Amb aquest breu treball aportem algunes noves dades referents als seus orígens, i al mateix temps examinem com queda regulada aquesta secular forma de testar en la Compilació vigent. Ens dol, però, que el mestre de tots i gran mantenidor del Dret català, Antoni M. Borrell i Soler, que amb tanta lucidesa i amb tant d'afecte tractà aquesta institució, no hagi pogut veure publicada la MISCEL·LÀNIA que li dediquem ni la Compilació que recull el nostre Dret; el seu exemple, això no obstant, ha d'ésser-nos decisiu per al futur.

El testament sacramental és, essencialment, un testament nuncupatiu privilegiat per a atorgar el qual només cal que el testador manifesti la seva darrera voluntat davant dos testimonis, els quals, una vegada mort el testador, han de jurar davant d'un altar la veracitat d'allò que el testador el testador. L'acta en la qual consten llurs declaracions queda convertida en testament.

El primer text català que el regula és el *Recognoverunt proceres*, conjunt de consuetuds i franqueses dels ciutadans de Barcelona atorgades pel rei Pere el Gran el 3 de gener de 1284. L'examen d'aquest privilegi ha permès de destriar clarament dues parts diferents: la primera, constituïda per un recull d'antics costums de la ciutat de Barcelona, posat per escrit en aquella ocasió i confirmat pel monarca a petició dels prohoms, ancians i juristes barcelonins; i la segona, que comprèn una sèrie de capítols amb peticions dirigides al bon regiment de la ciutat, igualment atorgades pel rei. El text original (que encara es conserva, amb el segell reial, a l'Arxiu de la Corona d'Aragó, a Barcelona), fou redactat en llatí; aviat, però, se'n feren versions catalanes, i una d'elles fou la versió oficial que ha estat vigent fins a la recent Compilació del Dret català.

El capítol del *Recognoverunt proceres* que tracta del testament sacramental porta el número 48; correspon, per tant, a la primera part, la que hem vist formada per antics costums de la ciutat. Ens ho confirma el mateix privilegi en afirmar que aquestes matèries eren "privilegis concedits pels antics sobirans" i "costumes antigues que de temps antics s'observaven en aquesta ciutat". Aquest text legal, doncs, ens prova que el testament sacramental ja feia temps que s'aplicava a Barcelona. I ens ho prova també l'examen de l'abundosa documentació dels segles x al xiii, que es conserva als arxius barcelonins i que en bona part ha estat publicada per mossèn Josep Mas en les rúbriques del "Llibri Antiquitatum" de la Seu barcelonina, per mossèn Josep Rius i Serra en el *Cartulari de Sant Cugat del Vallès*, per mossèn Josep Sanabre i pel Dr. Frederic Udina en els seus estudis sobre l'Arxiu Comtal de Barcelona.

Així hem pogut comprovar l'existència de testaments sacramentals atorgats molt abans de la promulgació del *Recognoverunt proceres*. Ja l'any 981 en trobem a Santa Maria de Manresa, a l'altar de Sant Miquel del castell d'Aramprunyà, i al monestir de Sant Cugat del Vallès; a Sarrià (987); a Sant Pere de Reixac (992), a l'altar de Santa Coloma de la catedral de Barcelona (994) i a Santa Maria del Mar (998). Ja al segle xi en trobem a Santa Eulàlia de Vilapiscina (1017), a l'altar de Sant Jaume, de Barcelona (1021), a Terrassa (1036), a Sant Andreu de Palomar (1037), a Sant Feliu d'Arraona (1039), a Vic (1040), a Sant Cugat del Rec, a Barcelona (1054), a l'altar de Sant Pastor, a Barcelona (1054), a l'altar de Sant Joan de la catedral de Barcelona (1065), a Granollers (1065), a Sant Pere de les Puel·les (1074), a l'altar de Santa Anastàsia de la Seu de Girona (1075), a Sant Adrià de Besós (1078), i en multitud de parròquies i esglésies dels

bisbats de Barcelona, Vic i Girona. El primer, però, que trobem jurat davant l'altar de Sant Fèlix de l'església dels Sants Just i Pastor, a la ciutat de Barcelona, no ho és fins l'any 1011. El 18 d'octubre d'aquell any, un sacerdot anomenat Wilara, abans d'emprendre el pelegrinatge a Sant Jaume de Compostela, atorgà testament jurat davant l'altar de Sant Fèlix de l'església mencionada. I des de la primera meitat del segle XII, gairebé tots els testaments sacramentals que trobem són jurats davant l'altar de Sant Fèlix de l'església dels Sants Just i Pastor, dins els murs de la ciutat de Barcelona. No hem pogut precisar el moment exacte, però en promulgar-se el *Recognoverunt proceres* ja feia més d'un segle que els testaments sacramentals barcelonins es juraven en aquest altar.

És molt interessant d'estudiar les característiques del testament sacramental en aquest període (981-1284), en què no el trobem regulat per cap text legal conegut. Precisament la prova testimonial sofreix en aquest període una profunda evolució. Superant la importància que els pobles bàrbars donaven al jurament (*Jurare est testum Deum invocare*), veiem consolidar-se el paper del testimoni, per una doble influència del Dret canònic i del Dret romà. Si bé el testimoniatge "de visu et auditu" és l'únic que el jutge pot prendre en consideració, el "sacramentum" o jurament solemne augmenta el valor del testimoni. Aquest, però, ha d'ésser sempre plural: dos o, amb preferència, tres, per a remeiar la possible absència d'un d'ells. Així els trobem mencionats en molts d'aquests testaments sacramental: "*Testes ac juratores*", "*huius rei testes ac juratores*". Poques vegades trobem que els testimonis fossin pregats: "el qui oïren i foren pregats per a assistir quan el testimoni ordenà la seva darrera voluntat". En els mateixos *Usatges*, el sacrament no era prova (168, *Affirmantis*) ni el testimoni d'un de sol (86, *Et testes*), però sí que ho era el de dos o més testimonis (168, *Affirmantis*). El jutge podia preguntar als testimonis, que juraven abans de prestar declaració.

En els documents examinats veiem que el nombre de testimonis és variable: generalment, tres; a vegades, més; rarament, dos. És des de la segona meitat del segle XII que trobem correntment només dos testimonis. Normalment eren homes, però surt algun cas de testimonis femenins: així, en el testament atorgat per Berenguer Sendrat, jurat l'any 1082 davant l'altar de Sant Fèlix de l'església dels Sants Just i Pastor de Barcelona, pels testimonis Joan, Pere, Seniofred, Pons i Nèvia, *femina*.

Podien atorgar testament diferents classes de persones: trobem sacerdots, militars, comerciants, dones (Nolanda l'any 1008, Bonafilia l'any

1009, i Maria, l'any 1038), la reina Peronella, vídua de Ramon Berenguer IV (document molt important pel seu contingut i pel seu redactat); prelats, com els bisbes de Barcelona, Vivas (995), Guilabert (1062) i Arnau (1143), o l'arquebisbe de Tarragona, Berenguer de Vilademuls, assassinat l'any 1193. Molt sovint consta el motiu pel qual atorgaven testament: malaltia greu, ferida, expedicions militars, viatges o peregrinacions. El testament era atorgat correntment abans d'iniciar el viatge o peregrinació, com trobem en els casos del prevere Wilara, ja citat, i del bisbe Arnau de Barcelona (l'any 1143 abans de marxar en peregrinació a Terra Santa i a Roma, on morí). El lloc on testaven era indiferent: trobem molts casos en què ho feien dins la ciutat de Barcelona. La majoria eren verbals: *ad comprobandum ultimam voluntatem Bernardi, defuncti, verbis suis tantum modo promulgatum*. Una vegada trobem que la testadora no sabia d'escriure: el va dictar i el signà amb un punt. En un cas el trobem escrit i jurat posteriorment. Normalment es fa constar que els testaments són jurats dins els sis mesos posteriors a la mort del testador, i fins i tot una vegada es parla que es jura dins els sis mesos "com diuen les lleis". Això ens fa pensar que aquest costum estava estretament relacionat amb alguna disposició legal anterior, observada en part, i és gairebé segur que es tracta de la "Lex Visigothorum", anomenada al nostre país *la Lig goda*. Evidentment, una de les disposicions d'aquest text legal — Llibre 2, títol 3, Llei 12 — tracta dels qui moren en camí o en expedició pública, els quals poden atorgar testament simplement davant dos testimonis (que poden ésser dos servents), els quals han de jurar-lo una vegada mort el testador, davant el jutge i el Bisbe. La similitud amb el testament sacramental és encara més gran si comprovem com el mateix text legal, en el Llibre 5, títol 7, llei 1, estableix que la manifestació de voluntat del qui ha testat sol davant testimonis s'ha de fer dins els sis mesos. Cal afegir, a més, que molts dels testaments sacramental del segle xi que hem consultat foren jurats a presència d'alguns dels jutges i sacerdots que intervingueren en la formació dels *Usatges* i que eren bons coneixedors del Dret visigòtic.

Aquest devia ésser, doncs, l'origen remot, el consuetudinari i el legal d'aquesta privilegiada forma de testar. Una tradició més o menys fundada atribueix al rei Lluís *el Piadós* el seu privilegi als barcelonins i concretament a l'altar de Sant Fèlix de l'església dels Sants Just i Pastor. Un estudi recent de la senyoreta Marina Mitjà centra aquesta qüestió en el repartiment de la ciutat de Barcelona efectuat en aquell temps i confirmat per un privilegi del rei Carles *el Calb* l'any 844: d'aquesta divisió de la ciutat

devia provenir la consuetud de jurar els testaments damunt l'altar de Sant Fèlix els habitants "de dins dels murs de Barcelona".

El text del privilegi *Recognoverunt proceres* no fa altra cosa, doncs, que recollir aquest costum pel que fa a Barcelona. Tocant a Girona, es tracta clarament d'un procés semblant, de reconeixement reial d'una antiga consuetud i no pas d'una extensió dels privilegis barcelonins a Girona, com s'ha afirmat a vegades.

El pas dels segles, però, alterà el testament sacramental gairebé essencialment. Allò que era un privilegi personal (als ciutadans de Barcelona) s'estengué als residents a la ciutat; hom testà fora i dins de la ciutat, en viatge o a casa, en perill de mort o no. Una corruptela s'introduí així mateix durant l'interrogatori per part del Notari (ara per part del Jutge) després de jurar tots dos testimonis: les repreguntes, gairebé l'única garantia que hi havia per a comprovar la veracitat dels declarants. Les facilitats de la vida moderna i l'adopció d'altres formes de testar més segures i eficients l'anaren apartant de la pràctica, sense deixar, però, de mantenir la seva vigència. La darrera recopilació de lleis catalanes, l'any 1704, la recollí i seguí vigent a Barcelona, al bisbat de Girona i a Tortosa. Ja al segle XIX, alguns autors seguiren l'anàlisi que d'aquesta institució havia començat Pere Nolasc Vives, d'acord amb els estudis i les pràctiques de Cancer i Fontanella. Alguns autors, pocs, eren partidaris de no alterar les coses; d'altres — entre ells, Manuel Duran i Bas — eren partidaris de la seva supressió (així en la seva *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, publicada a Barcelona l'any 1883), mentre que altres autors (entre ells, Joan Maluquer i Viladot, Pella i Forgas, Brocà i Corbella) hi creien necessàries algunes modificacions. D'aquest mateix parer era Antoni M. Borrell i Soler, que en el seu article *Formes de testar* indica algunes garanties que permetessin la supervivència d'aquesta forma privilegiada de testar.

El criteri contrari, però, fou el que prevalgué, i així veiem com a l'Apèndix de l'any 1930 el testament sacramental és suprimit totalment. A partir del 1947, però, torna a imposar-se un corrent que podríem considerar més eclèctic i que desitja de mantenir la institució, bé que modificant-ne alguns aspectes. Així ho reconeix l'"Avantprojecte" publicat el 1953, quan, en parlar del testament sacramental, diu que la Comissió no ha cregut oportú de mantenir la supressió d'una forma testamentària establerta per antics privilegis, arrelada en la tradició i recollida per la jurisprudència. Però sí que ha estimat convenient, ateses les actuals circum-

tàncies històriques, d'adoptar les precaucions necessàries en defensa dels mateixos testadors. Certament, no hi ha cap dubte que el testament sacramental, per la seva manca de formalitats, entranya innegables perills, però també—i encara més—els enclouen algunes de les formes privilegiades que reconeixen els Codis civils de França, Itàlia i Espanya (entre altres, derivats del Dret romà), com són el testament militar i el testament marítim. I a Espanya, encara més el testament militar atorgat durant una batalla, assalt o combat (art. 720 CC), o el testament atorgat en cas de naufragi (art. 731 CC), i, això no obstant, no han estat mai derogats. I bé; és cert que el valor religiós del jurament ha disminuït per a moltes persones, que arribarien al perjuri o al falsejament de les darreres voluntats del testador. També és cert, però, que sovint ens trobem amb molts casos de testaments atorgats sota altres formes en què la voluntat pot ésser viciada o mal interpretada, i bé se segueixen mantenint. El que cal—i és el que amb excel·lent criteri ha fet l'actual Compilació—és donar el màxim de garanties tant al testador com als possibles hereus, mantenint el privilegi per als ciutadans de Barcelona (i els diocesans d'Ossona), però precisant-ne alguns punts poc clars. Així s'expressà en el Projecte de 1955, el qual, amb les modificacions que hi introduí la Comissió Codificadora, és el text que finalment fou incorporat a la vigent Compilació. En aquesta, el testament sacramental ve regulat en els articles 103 i 104 del Títol II, i en l'article 242, que determina la caducitat del testament sacramental, si no és elevat a escriptura pública dins els cinc anys posteriors a la mort del testador.

En el preàmbul de la Llei de 21 de juliol de 1960, per la qual és aprovada la Compilació del Dret civil especial de Catalunya, es diu que es retorna la seva puresa al testament sacramental en referir-la als "ciutadans de Barcelona" precisament en la seva absència de la ciutat. Ben examinats els orígens de la institució, podríem afirmar que aquesta mesura—que actualment queda justificada per la facilitat d'altres formes de testar i per la limitació del privilegi als autèntics ciutadans de Barcelona—no correspon exactament ni a la forma en què es practicava el testament sacramental en els seus orígens ni al caràcter de Privilegi—"quasi llei privada"—que té el capítol 48 del *Recognoverunt proceres*. Privar de l'ús del testament sacramental els ciutadans barcelonins, si no és en el cas que es trobin malalts i de viatge, fora de la ciutat, no és exactament retornar la puresa primitiva a la institució. El fet que en el capítol 48 del *Recognoverunt proceres* es parli que els testimonis prestaran jurament dins

els sis mesos en què es trobin a Barcelona, no s'oposa al rotund i afirmatiu *ubicumque sit* que estableix el privilegi, el qual, de més a més, té caràcter personal i no pas territorial. Aquest és un punt que potser hauria valgut més no esmenar; els altres —rogació de testimonis, manifestació expressa de la darrera voluntat (com ja ho era a Girona), així com el dret reconegut a les repreguntes durant el jurament— són plenament encertats. No creiem, però, que el testament sacramental sigui indispensable per a la vida jurídica catalana, però trobem molt just que hom hagi procurat de conservar-lo, tal com el mateix Borrell i Soler demanava ja fa anys. Recordem sempre que les institucions de Dret català són alguna cosa més que un simple record històric o sentimental: en són en l'esperit, l'expressió de la vida jurídica del nostre poble configurada a través dels segles i de les generacions.

**DETRACCIÓ DE LA QUARTA PER L'HEREU
GRAVAT EN CAPÍTOLS**

per

JOAN ANGLADA i VILARDEBÓ

(Glossa a un text de Borrell)*¹

“Si l’heretament fet al fill que es casa conté fideïcomís i el donador institueix hereu al donatari, amb la mateixa limitació, un cop purificat el fideïcomís, l’hereu pot treure la trebeliànica a què tingui dret dels béns reservats pel donador, però no dels que formen part de l’heretament, car aquests, des de la donació quedaren exclosos del patrimoni del testador i no els afecten els drets derivats del testament; i perquè no existeix el motiu pel qual s’establí la quarta, ja que el donatari, en morir el testador, no necessita estímulo per a acceptar el que ja havia estat acceptat en firmar l’escriptura dels capítols. Així ho entenen els autors catalans i ho sanciona directa i indirectament l’antiga jurisprudència, els quals afirmen categòricament que no es devengui trebeliànica per successió contractual. Però aquesta regla sembla que s’ha de limitar al cas d’heretament a favor del fill que es casa, amb exclusió de la successió deguda a heretament preventiu i fins dels altres atorgats a favor del fill que s’espera; perquè no s’accepten en vida del donador i estan subordinats a la condició que el donatari sobrevisqui a aquell, coses que essencialment els diferencien en aquest respecte de l’heretament a favor del fill que es casa.”

* Aquesta glossa va ésser redactada fa anys, abans que es tingués notícia de la vigent “*Compilación del Derecho Civil de Cataluña*”. L’estudi dels articles que dedica a la “*quarta trebeliànica*” ens portaria massa lluny. Ens limitem a fer constar que la secció 3.^a del seu capítol VII, tit. II llibre II, significa una revalorització de la quarta, especialment al possibilitar la seva detracció abans de la restitució de l’herència, i que la tesi rígida de l’exclusió en cas de capítols ve atenuada en algun dels caires que s’exposen en les següents ratlles.

1. Aquestes ratlles no van acompanyades de l’aparat bibliogràfic necessari, i l’autor se n’excusa per la raó d’haver estat escrites a Vic, on no hi ha cap biblioteca apta per fer un treball seriós d’investigació jurídica.

Aquesta és la tesi, que copiem del volum IV, pàgina 173, paràgraf 385, de l'obra mestra de Borrell i Soler.

Gom que no és d'investigació, sinó més aviat d'exposició, el text reflecteix exactament l'opinió dominant sobre la matèria, encara que fa una reserva que ja no es troba en els autors antics. Vol dir, doncs, que tampoc no és intangible la doctrina que cita. Anem a fer una glossa sobre aquesta detracció que es vol negar a l'hereu gravat en capítols. No és pura divagació teòrica, sinó una especulació damunt una part viva del nostre Dret de Família.

La "quarta" a què ens referim no ha tingut sort amb el nom, perquè el porta enmanllevat; però gaudeix, en canvi, d'una supervivència que demostra el perfecte encaix que encara té dins el conjunt del Dret successori.

Els qui viuen en ciutats importants creuen que és una institució anacrònica, però en aquesta, com en tantes matèries, hom hauria de tenir molt en compte les agudes observacions de Roca i Sastre que remarquen la distinció entre el Dret viu a les comarques rurals i el que predomina a les aglomeracions urbanes.²

Per això ens sorprèn que hi hagi un autor, l'únic que coneixem en tal sentit, que, després de posar en evidència la disparitat entre el Codi civil i el nostre Dret en aquest punt,³ addueixi els arguments més objectius a favor de la supervivència de la quarta, i al final es decanti cap a la seva supressió donant importància a tres arguments: 1) Perill de polvoritzar el patrimoni que es tracta de salvar amb el fideïcomís. Aquest perill — diem — si el fideïcomitent creu que existeix, el pot evitar prohibint-ne o limitant-ne la detracció. 2) No és modalitat essencial, sinó adjectiva del fideïcomís. Creiem que, tot i no ésser substancial, la quarta és un accident que segueix el fideïcomís, com l'ombra segueix al cos. La seva supressió seria una destrallada en la carn viva de la institució. 3) La supressió seria una nova nota de modernització del nostre Dret. Amb aquest argument es podrien suprimir moltes peculiaritats de les nostres institucions jurídiques.

Fonamentant-se en aquestes manifestacions de Camps i Arboix, l'articulista Jerónimo López López diu que a Catalunya "El derecho a detraer

2. *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho sucesorio*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Madrid, 1943, p. 368.

3. *Modernitat del Dret Català*, cap. VII, p. 224.

la cuarta trebeliánica no suele defenderse con mucho interés”.⁴ No cal dir que no estem d'acord ni amb l'un ni amb l'altre d'aquests autors.

La quarta és un engranatge més del sistema successori català, una millora del règim de fideïcomís, un complement i àdhuc un fre de la institució d'hereu.

Sembla que ara ja no es combat tant aquesta darrera, perquè, després de les dures crítiques que ha sofert, continua resistint, i això significa que alguna cosa de bo hi ha en ella. No són solament els autors catalans qui la defensen, como el mateix Camps i Arboix ja citat.⁵ D'altres de fora de casa n'hi ha que li troben justificació.

Un d'ells fa constar que, per exemple, ha evitat que a Catalunya hagués d'aplicar-se la llei sobre concentració parcel·laria.⁶ J. Vicens Vives diu que l'hereu escampa “es un subproducto degenerado de una institución eminentemente social”, i Vallet de Goytisoló completa l'argument dient que és “una institución beneficosa que no puede abolirse por el hecho de que excepcionalmente se use mal de ella. Para determinar el régimen común interesan los casos normales, no las excepciones patológicas”.⁷

Resta encara amb tota la seva força la *ratio legis* d'aquella Constitució aprovada a les Corts de Montsó l'any 1585: “Zelant per la conservació de les Cases principals...”.⁸

El sistema agrari català de masoveria i parceria s'ha fet possible mercè a la institució de masovers hereus. Si a cada generació s'hagués de dividir el que forma el *rem* de la casa (bestiar, maquinària, grans, etc.) aquesta continuïtat dels contractes hauria estat impossible i el sistema hauria degenerat cap a una proletarització del camp, que és el que avui hom vol eliminar de les extenses regions espanyoles on regna.

Aquest règim ve perpetuant-se principalment a les comarques rurals

4. *La regulación del fideicomiso en el Código Civil Español*, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo VIII, julio-septiembre 1955, p. 774, n.º 116.

5. *Modernitat del Dret Català*, cap. VI, pp. 197-210.

6. VALLET DE GOYTISOLO, *Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente Europeo*, en *Revista de Derecho comparado*, Barcelona, julio-diciembre 1954, p. 45. Citat per CASTÁN en el discurs d'apertura del corrent any judicial.

7. J. VICENS VIVES, *Noticia de Cataluña*. Barcelona, 1954, p. 42. Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, en *Anuario de Derecho Civil*, VIII, p. 458, nota 1.274.

8. *Constitucions i Drets de Catalunya*, volum I, lib. VI, tit. V. 11. Philip en la Cort de Montçó. Any 1585: cap. 94.

a través dels capítols matrimonials. La seva flexibilitat, la característica d'irrevocabilitat i l'amplitud dels pactes, permeten solucions elegants a tots els problemes familiars.

Estructurades aquestes escriptures per uns juristes tan experts i coneixedors de les necessitats que han de satisfer, com són generalment els nostres notaris, han arribat a aconseguir dintre la varietat de llur contingut una harmoniosa unitat que les converteix en una de les peces mestres de la nostra literatura jurídica. Si Lord Wright ha pogut dir que el contracte C.I.F és potser la més elegant de les institucions del Dret mercantil,⁹ molt bé es podria dir el mateix d'algunes d'aquestes escriptures de capítols amb referència al Dret de Família, perquè tenen aquella bellesa funcional que és l'única que hom pot admetre en el Dret.

En aquests capítols, poques vegades hi manca el fideïcomís condicional o, si es vol, la condició resolutòria que es purifica quan l'hereu mor sense fills.

En el text borrellià que hem transcrit es nega al fiduciari que es troba instituint en capítols la detracció de la quarta, que en les fonts romanes s'anomena Falcídia i ens ha arribat a nosaltres amb el nom de "trebelliànica".

Anem a examinar si resta ben justificada aquesta exclusió. Com és costum de Borrell, en nota consigna les cites que abonen el text. Per tant, abans que tot caldrà fer un repàs de totes les cites que hem pogut comprovar de les consignades en la nota que reforça el text copiat.

Hi ha una sola referència a un text del *Corpus*, que és el següent: "Hi ha aquesta qüestió: Si aquelles coses que el marit va lliurar en vida a la muller per donació vénen compreses en la petició del fideïcomís. Responguí que aquestes havien de considerar-se fora de la categoria de béns del difunt i que, per tant, no es comprenien en el fideïcomís, perquè, ella les hauria de tenir àdhuc essent un altre l'hereu. Però el marit pot encomanar especialment a la fe de la muller que també les restitueixi". Es el fragment 68 del llibre XXXI del Digest, títol únic. L'argument no ens sembla decisiu, perquè el darrer incís li treu molta força. A més, solament al·ludeix a les donacions de béns de present i no pas universals, que és el cas menys freqüent en els capítols.

9. K. N. LLEWELLYN, *Belleza y estilo en el Derecho*, traducció y pròleg per José PUIG BRUTAU, pp. 22-24.

Brocà i Amell¹⁰ no fa sinó citar la doctrina dominant sense afegir-hi raons originals. Brocà¹¹ diu que per no existir el motiu de la concessió de la quarta trebel·liànica a l'hereu instituït en testament, no té lloc en les restitucions que s'efectuen per virtut de contracte o en conseqüència dels capítols, i dels heretaments, reversió i substitució consignats en ells.

Vives i Cebrià¹² diu que no es detreu la quarta quan el gravamen és imposat en un contracte.

Tots aquests autors es basen en els textos de Fontanella i Càncer que anem a exposar.

Càncer en *Var. Resol.*, part 1.^a, cap. 11. *De Trebeliànica et Falcidia*, diu textualment:

“Quero an gravatus restituere haereditatem ex contractu detrahant trebeliànica? Dic quod non, sed solum gravatus ut haeres in ultima voluntate, ita in terminis Mant. Nerutius, Socinus jun. Gravata post multos per eum relatos ubi nec donatione causa trebelianicam detrahi affirmat. Haeres autem per dispositionem inter vivos quis effici non potest. Sum enim certi modi succedendi, inter quos non reperitur pactum neque conventio ut pulchre notat Bartholus.”

Ens plauria que aquest text fos ben estudiat, perquè no solament no hi veiem cap argument convincent, sinó que, al contrari, dóna com a certs principis que creiem totalment superats precisament per l'elaboració de la institució catalana dels capítols, que en aquelles dates no tenia encara la configuració que va anar prenent. Diu, per exemple, que ningú no pot ésser hereu per disposició entre vius, i podríem contestar-li, amb Roca i Sastre, que l'heretament és la institució d'hereu feta en contracte per causa o derivació de matrimoni.¹³ Càncer diu també que hi ha diferents formes de succeir, però entre elles no hi ha el pacte ni el contracte. Llavors, què són els heretaments?

No és estrany que Càncer es produeixi així, perquè encara, en el capítol VIII *De donationibus* n.º 130, pregunta si és vàlid l'heretament fet pels esposos a favor dels fills naixedors. I, encara que contesta que no hi ha cap dubte sobre la validesa, solament el plantejament del problema vol dir com tot just s'anava formant aquell dret consuetudinari que havia de florir en aquesta esplèndida i original institució dels capítols matrimonials de Catalunya. Fontanella, citat per tots els autors, dóna molt pocs

10. Pr. 117, p. 229.

11. *Instituciones de Derecho Civi de Cataluña*, I, p. 727.

12. Vol. I, nota 1, al lib. VI, tit. 6è.

arguments en favor de la seva tesi. Es limita a citar al seu torn Baldus, Gravetas, Càncer i d'altres. Diu¹⁴ "que el qui ve obligat a restituir per contracte no gaudeix d'aquestes detraccions, perquè d'això, ni la llei Falcidia ni la Trebel·liànica no en parlen". Afegeix que Peregrinus ensenya la mateixa doctrina, perquè l'"hereu" no restitueix pas per la llei Trebel·liànica, sinó per pacte".

En el mateix lloc addueix una decisió de la Règia Audiència del dia 1 de maig de 1601 que rebutja la petició de la quarta, "atès que la reclamant havia succeït per contracte". (En el cas, era una donació.)

Pella, en la seva obra sobre el Dret civil vigent a Catalunya, s'ocupa també de la qüestió¹⁵ i explica que el millor treball sobre la matèria és el del portugués Joan de Carvalho. Repeteix els arguments de sempre: que no hi ha la raó legal (estímul a l'acceptació) perquè el fideïcomís és contractual, o sia, acceptat ja per l'hereu. Cita el dictamen de dos distingits advocats gironins en el mateix sentit. Examinat aquest dictamen, resulta ben clar que en els fideïcomisos continguts en els heretaments no hi ha aquesta raó legal, però que tampoc no hi és en els fideïcomisos testamentaris condicionats a l'existència de fills. Carvalho dona com a decisiu el frag. 46 del tít. V, llibre 28 del Digest, realment interessant, però difícilment resolutori de la qüestió plantejada en els heretaments condicionals catalans. Borrell, com és natural, no esgota les cites. Podem afegir a les seves un text de Duran i Bas:¹⁶ "Conforme a la opinión de los tratadistas del Derecho romano, ha sido doctrina corriente en Cataluña que, además de las otras causas por las cuales de acuerdo con las leyes, cesa la detracción, deja igualmente de tener lugar, en los fideicomisos establecidos por contrato, aunque sea nupcial".

També podem afegir-hi Roca i Sastre, que en el llibre ja citat, després de millorar la definició de Fontanella sobre el heretaments, diu que aquests no són una donació, sinó purament i simplement un acte d'institució d'hereu. El contigut (dels heretaments) és successori; la formulació contractual, la causa, el matrimoni. Conté una part regida pel Dret d'Obligacions, i una altra pel Dret de Successions. Així, tot allò que es refereix a l'acceptació de l'herència pertany a la figura testament, perquè, donat el caràcter unilateral d'aquest acte, no es produeix vinculació de cap mena

13. *Derecho Hipotecario*, I, XX, p. 424.

14. Cl. IV, G. IX, pars. IV, n.º 145, Decis 468: *De pactis nuptialibus*.

15. 111, p. 64.

16. *Memòria*, pp. 262-263.

entre causant i hereu, cosa que no succeeix amb l'heretament per la seva índole contractual. Així s'explica que l'hereu gravat de fideïcomís no tingui dret a la quarta trebel·liànica, que pot reclamar, en canvi, l'hereu testamentari a causa del fet que aquesta quarta és un estímul a l'acceptació. Això no obstant, si bé aquesta doctrina és perfectament aplicable als heretaments a favor del fill que es casa, no ho és tant respecte dels atorgats a favor dels fills naixedors, perquè en aquests el caràcter successori és més intens.¹⁷ Com veiem, és la tesi de Borrell, o sia la doctrina antiga, però ja corregida, millorada.

Podem, encara, citar a favor d'aquesta doctrina una sentència del Tribunal Suprem — 18 gener 1930 — calendarada també per Borrell. El cas venia de Catalunya. El Jutjat va donar lloc a la detracció de la quarta, l'Audiència la va denegar, i el Tribunal Suprem va confirmar. Eren advocats: del recurrent, l'antic catedràtic d'Administratiu a Barcelona, Sánchez Diezma, i del recorregut, José Antonio Primo de Rivera.

Els arguments d'aquesta sentència són d'interès. Diu primerament que no existeix, ni el recurrent no cita, cap disposició legal que preceptuï expressament la procedència de la detracció en els heretaments instituits en els capítols, ni era possible que hi figurés cap precepte d'aquesta classe en la legislació romana, perquè el seu formulisme jurídic va fer necessàries la Llei Falcidia i el Senatconsulte Vespasià, puix que no podia regular ni tan sols preveure aquesta institució singularíssima catalana i el seu fur; afegeix que aquesta llei del Dret romà no es pot aplicar per interpretació *a pari* a les especials successions fideïcomissàries atorgades en les cartes dotals de Catalunya, perquè, a més que aquestes són actes *inter vivos* i, com a tals, irrevocables, segons repetides sentències del Tribunal, i que és corrent en aquestes capitulacions de fer-se, entre altres reserves, les de testar i la de poder disposar dels béns en vida, particularitat impròpia de l'essència de les successions universals per raó de mort, la dita quarta trebel·liànica apareix únicament aplicable a les successions *mortis causa*, puix que va ésser creada per evitar la manca d'adició o d'acceptació de l'herència, i aquest perill no existeix en els heretaments de les capitulacions matrimonials, on es fa constar l'acceptació com en tot document en què consti una relació jurídica bilateral; diu també "que és molt significatiu el fet acceptat com a cert per totes dues parts que fins ara no s'hagi plantejat el problema malgrat els segles d'existència que aquesta

17. *Derecho Hipotecario*, I, XX, pp. 428-429.

institució de Catalunya porta de vida, i malgrat també la multitud de vegades que els capítols han estat objecte de plets; cosa que fa deduir lògicament que és comú sentir dels doctes i del poble la conformitat i l'assentiment general a allò que en tals capítols hom té per costum d'establir respecte als heretaments, que es compleix sense detraccions ni regateigs, per un fur o legislació especial en l'origen del qual tanta participació i tanta transcendència han tingut els usos i costums".

Maspons i Anglasesell es limita a dir, en l'únic text que li coneixem¹⁸ sobre aquesta matèria: "Té dret a la quarta trebelliànica l'hereu gravat, menys en el casos següents: 1) Si el testador li ho prohibeix. 2) Si el fiduciari no és hereu universal, sino instituït en cosa certa. 3) Si el fideïcomissari és una Causa pia". No al·ludeix, doncs, al cas de l'hereu gravat en capítols com a cas d'excepció. Els textos de Planas i Casals, i de Corbella¹⁹ tampoc no esmenten aquesta excepció.

En el *Apéndice de Derecho Catalán al Código Civil* de 1930 trobem l'article 312, que diu: "Sólo tendrá derecho a la cuarta trebelliánica el primer heredero testamentario gravado de restitución". Com que en l'article 297 ha dit que els fideïcomisos podien establir-se en testament, en codicil i en capítols, la interpretació literal ens portaria a eliminar els fiduciaris que ho fossin, instituïts en codicil o en capítols. ¿És això el que volien dir els autors de l'"Apéndice"?

El magistrat Antoni Sabater²⁰ publica una monografia sobre aquesta quarta, i diu que no hi ha detracció quan el gravamen restitutori s'estableix per contracte. Cita, però, l'opinió contrària de Saguer i la sentència abans al·ludida del 1930.

El gran civilista català Coll i Rodés²¹ es demostra partidari de la vivència de la quarta, però no parla concretament de la qüestió que examinem.

Tancarem aquestes cites amb dues opinions a favor de la detracció en el cas que ens ocupa. Una, la d'un autor tan conegut dels fideïcomisos como el notari Saguer. Es pronuncia en sentit contrari al criteri de Borrell perquè no li sembla segur "que es confirmi la tal doctrina el dia que el cas sigui portat a la resolució del T. S., perquè no existeix cap text legal en què recolzar una tal teoria. Si l'heretament en capítols tenint el caràcter universal comunica a l'heretat la consideració d'hereu, per allò

18. *El nostre Dret familiar*, cap. XXVI-VI, n.º 412, p. 195.

19. *Derecho Civil Español Común y Foral*, en *Manual de Derecho Catalán*.

20. R. G. L. J. t. 191; 1952, pp. 33-39.

21. R. J. C., volum XVIII (1912), pp. 357-59.

tan sabut que essent igual la raó no ha d'ésser distinta la disposició legal i per consideracions d'analogia o, millor, d'igualtat, no es comprèn que deixi de tenir dret a fer efectiva la trebel·liànica, havent de considerar-se com a inventari la descripció de béns que es faci en els mateixos capítols. No cal dir que creiem que ningú no negarà als hereus, en virtut d'heretament preventiu, el dret a detreure la quarta trebel·liànica".²² Encara que, com hem vist, no va encertar el pronòstic, el seu vot ha de tenir-se en compte. Podia citar una anterior decisió, que no és una sentència, com diuen alguns dels autors que hem esmentat, sinó una Resolució de la Direcció General dels Registres — darrera opinió que volem esmentar — del 13 de maig del 1899.

Un substitut volgué inscriure tota l'herència a favor seu amb la simple aportació dels documents successoris, i li és denegada "perquè els hereus del primogènit tenen dret a deduir o a retenir la porció legítima que li correspon en concepte de fill i, en el seu cas, la quarta part dita vulgarment trebel·liànica, en concepte d'"hereu fiduciari", tot d'acord amb les lleis catalanes i romanes". Es tractava concretament de fideïcomís establert en heretament preventiu.

Totes les opinions contra la detracció en el cas concret que estudiem en definitiva es poden reduir a dos grups: 1) L'hereu gravat en capítols no té dret a la quarta trebel·liànica perquè no existeix la *ratio legis* que la va fer necessària a criteri del legislador: l'estímul a l'acceptació de l'herència, el desig d'evitar el refús de l'herència i, per tant, l'incompliment del fideïcomís. 2) La detracció es va concedir als hereus instituïts en actes de darrera voluntat i, per tant, no es pot estendre als gravats per contracte.

Anem a considerar aquests arguments començant per dir que la quasi unanimitat en la doctrina no ens ha de privar d'intentar una revisió. En realitat els autors no fan sinó citar-se uns als altres sense una tasca d'investigació, perquè ja donen per bones les raons dels primers comentaristes. L'autoritat de Fontanella i Càncer és molta, però en d'altres punts no ha estat seguida.

En aquesta mateixa institució de la quarta hem vist com la doctrina suavitzava el primitiu rigor en la formació d'inventari tant pel que fa

22. *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, pr. 88.

referència al seu contingut com al termini per a fer-lo. Igualment ha variat la forma de liquidar la quarta, perquè si un temps es va considerar com un dret de crèdit, darrerament s'estima com a participació hereditària patrimonial, diferència que ha donat molt de joc en els presents temps de plusvaloritzacions ràpides de les finques.

A més: donades la complexitat i les variants que tenen els heretaments, potser valgui la pena de considerar si tots han d'ésser mesurats igualment o ha d'haver-hi distincions, com hem vist que indiquen el mateix Borrell, Roca i Sastre i Sagner Olivet. Si tant s'ha dit que el Dret no és una cosa estàtica, sinó en evolució continuada, el qui estimem el nostre no ens hem de limitar a repetir conceptes sense examinar-ne el fonament, sinó que hem de veure si el procés d'evolució ja fa anacròniques unes solucions i en promou d'altres de més adients, més que més en qüestions com és ara aquesta, que, com diuen tots, no té font legal expressa que la resolgui.

“Mes com els instituïts hereus, quan d'ordinari eren pregats de restituir tota o quasi tota l'herència, refusaven d'adir-la per un lucre nul o mínim, i per això s'extingien els fideïcomisos, després, en temps de Vespasià August, sota el consolat de Pegasus i de Pusió, el Senat va decretar que a aquell qui hagués estat pregat de restituir l'herència, li fos igualment lícit de retenir la quarta part, segons que per la Llei Falcídia es concedia, dels llegats.”²³

Aquesta fou evidentment la *ratio legis* de la nostra quarta. El que ens sorprèn, però, és que hom sostingui que aquesta raó de la llei perduri encara i que la seva absència, en el cas de l'hereu que ja accepta en capítols, el privi de la detracció.

Ens sembla que aquesta raó avui és totalment inoperant. La quarta va crear-se a favor del fiduciari gravat amb un fideïcomís pur — no condicional ni ajornat —, perquè era en tal cas quan l'hereu no tenia cap lucre, sinó únicament un mandat gratuït.

En canvi, en els fideïcomisos condicionals de Catalunya *sine liberis* no hi ha cap necessitat d'estímul perquè el lucre hi és i no pas mínim, sinó suficient per a decidir a l'acceptació. Es pot demostrar examinant les diverses hipòtesis que poden donar-se.

23. *Instituta*, 5 (11-23). *De fideicommissariis hereditatibus*.

Si quan es publica el testament, l'hereu gravat amb aquella condició, té fills, ja no hi ha cas. Si és solter, pot tenir la fundada esperança que es casarà i tindrà successió. Tampoc no hi jugarà la condició. Si és casat sense fills ni esperança de tenir-ne, també li convé d'adir l'herència, perquè, abans no es purifiqui contra ell la condició, l'haurà posseïda amb tots els beneficis inherents i amb el lucre consegüent. Per tant, no hi ha por que rebutgi l'herència a causa del fideïcomís. De fet, tots els hereus gravats amb una tal condició, àdhuc en els casos no infreqüents de prohibició de la quarta, accepten, sense dubtar, l'herència i, si més no, passen a posseir-la vitalíciament.

Veiem, doncs, com la *ratio legis* de la quarta no exerceix cap paper en l'acceptació d'una herència condicionada. Si la detracció depenia de l'existència d'aquell estímul, hauria de desaparèixer com a perfectament inútil. Tots sabem que la desaparició de la *ratio legis* no en significa la derogació, però la fa anacrònica i d'aplicació infreqüent. ¿Per què la quarta és avui una institució viva, considerada per molts justa i digna de perdurar en el nostre *Corpus*? Ens sembla que això és degut al fet que existeixen unes raons tant o més poderoses que la inicial. Hom considera molt just i raonable que un fill instituit hereu, que ha estat educat i pujat com a tal, que ha posseït i vetllat l'herència, pugui disposar de quelcom més que de la minsa legítima, en haver d'abandonar-la per una circumstància gairebé sempre aliena a la seva voluntat. Podem aplicar aquells termes significatius del Codi Alfonsí: "Conuenible cosa es e con razon que el heredero de cada un home aya los bienes de aquel a quien deue heredar, o cierta parte dellos. Ca desaguizado seria de auer nome de heredero e non le venir ende pro ninguno".²⁴

També és considerat molt just que amb aquesta quarta l'hereu gravat pugui formar un peculi per a la seva vídua, que fins a la mort de l'hereu ha estat en posició de mestressa, i sense aquesta quarta es veu exposada a ésser llançada de la llar que durant anys ha estat la seva, sense uns drets que li permetin de portar dignament la seva viduitat. La quarta, amb el seu problema de retenció del patrimoni abans de la liquidació, constitueix per a ella una garantia que serà tractada amb respecte.

Aquestes raons tan valen per a l'hereu gravat en capítols com per al gravat en testament. La quarta ve a satisfer unes necessitats en tots els casos de fideïcomís condicional. Per tant, la distinció que hom vol fer no

24. Partida, 6.^a, tit. XI, proemi.

ve reforçada per cap raó vivent, sinó per un argument derivat d'una situació jurídica purament teòrica no vivent. Ens sembla una excepció fonamentada en un anacronisme i oposada a raons d'actualitat i d'equitat evidents.

Si considerem, com alguns autors, que la quarta, més que no pas un estímul, és un premi a la acceptació, també desapareix l'argument que comentem, perquè llavors la raó tant opera en els heretaments com en els fideïcomisos instituïts en testament.

Un altre grup d'autors es fixen en l'argument segons el qual en els fideïcomisos contractuals no es pot fer la detracció. El Tribunal Suprem arriba a dir que no es pot citar cap disposició legal que permeti una tal detracció en els heretaments per la concluent raó que en crear-se la quarta aquells no existien.

Doncs bé: els heretaments, són únicament un contracte? El mateix Borrell²⁵ ens diu que participen d'acte entre vius i *mortis causa*, i això darrer per tal com transmeten el patrimoni del donant a títol universal. Dins la sistemàtica del seu Tractat, els situa, no pas entre els contractes, sinó com a integrants del Dret de Família. Brocà i Amell diu, amb Fontanella, que són una espècie intermèdia entre donació entre vius i acte de darrera voluntat. Fontanella els anomena "hermafrodites". Roca i Sastre diu que el seu contingut és successori. Doncs bé: si les diferents parts dels contractes complexes mereixen d'ésser tractats segons la naturalesa jurídica que tenen, si l'heretament té una naturalesa essencialment i radicalment successòria, per què no hem de considerar-lo afecte per les regles del fideïcomís?

Creiem que no es tracta pas de saber si hi ha cap font legal que admeti la detracció en els heretaments en capítols sinó, si hi ha algun precepte que la prohibeixi en tals casos, car la detracció és la regla general en el fideïcomís.

En tots han estat equiparats els llegats i els fideïcomisos, ens diu un text romà.²⁶ La nostra quarta es coneix sempre en el *Corpus* amb el nom mateix que en els llegats: *Falcídia*. On hi ha hereu gravat amb llegats excessius hi ha la Falcídia. On hi ha un hereu universal gravat amb fideï-

25. V. pr. 385, p. 171.

26. 1 (XXX). D.

comís també hi ha la Falcídia, anomenada després Trebel·liànica. Per tant, no cal que cap disposició possibiliti aquesta quarta en els heretaments, perquè es poden citar com a fonaments legals tots els que apliquen la Falcídia als fideïcomisos.

Ens empeny més cap a aquesta tesi la consideració que la quarta té un llevat que la va fer estendre, com ho demostren els textos romans. El nostre Dret pròpiament dit, quan se n'ocupa, en tres Constitucions "ho fa més aviat per imposar-ne l'aplicació, fora del cas en què el testador la prohibeixi amb paraules expresses, i *no altrament*". En les altres Constitucions hom parla de l'hereu que gaudeix de la detracció com a gravat, sense distingir entre els títols constitutius del gravamen.²⁷

No es pot sostenir que quan hom parla d'hereu gravat només s'admeten els fideïcomisos testamentaris, perquè en els textos romans ja trobarem la quarta seguint fideïcomisos establerts en títols que no són testaments. Maynz ja diu²⁸ que la Falcídia estesa als fideïcomisos es va aplicar també a les donacions *mortis causa* i a les donacions entre consorts. És a dir, que la quarta, que s'anomenava Falcídia per analogia a allò que hi ha legislat sobre els llegats, va seguir el camí dels fideïcomisos. Hi ha un text molt clar per a demostrar aquesta doctrina: "Està comprès en alguns decrets del Dret, que en les donacions fetes entre marit i muller té lloc la llei Falcídia perquè fan com de fideïcomís:²⁹ *quando fideicommissis partibus funguntur*". En un altre text llegim:³⁰ "A aquells a qui hom va fer una donació per causa de mort, se'ls pot encomanar un fideïcomís en qualsevol temps; i aquest fideïcomís, els hereus el lliuraran salvant el compte de la Falcídia que hom va determinar que, a la manera dels llegats tingués lloc també en aquestes donacions".

En el *Codi* de Justinià trobem també aquest text:³¹ "En les donacions *mortis causa* es pot instituir un fideïcomís i és dóna l'acció de fideïcomís".

I encara:³² "S'ha de recordar que les donacions *mortis causa* es comparen als llegats de manera que tot allò que és de dret en aquests és igual

27. Vol. I, lib. VI, tit. VIII. *De l'inventari faedor per lo hereu*. 1-11-111. Vol. I, lib. VI, tit. VI. *De la quarta trebel·liànica*. I.

28. *Curso de Derecho Romano*, 111, pr. 425, p. 652.

29. 12 (VI-50), *Codi Justinià*.

30. 1 fr. 77 (XXXI), *Digest*.

31. 1 (VIII-57).

32. Fr. 37 (XXXIX-6), *Digest*.

en aquells". La mateixa doctrina en la *Instituta*³³ i en altres textos³⁴ es pot trobar en la quarta a què ens referim: es podia detreure en els fideï-comisos establerts en les donacions *mortis causa* i *entre consorts*. D'on es dedueix la regla general, sense excepcions, que sempre que hi havia fideïcomís tenia lloc la quarta.

Tots el arguments anteriors valen més encara en alguna categoria d'heretaments o sia en aquells en els quals la matèria contractual a penes sorgeix. Borrell anomena estrictes³⁵ — en oposició als extensos — aquells heretaments en els quals el pare fa donació al fill que es casa de tots els béns que el donador tingui en morir, però sense donar-li res de present. En aquest cas el patrimoni del donant no sofreix cap minva, la donació no es consuma fins a la mort del donant mitjançant l'acceptació i la relació de béns que fa l'heretat. El mateix Borrell diu que els heretaments en els quals llur perfecte compliment no arriba fins a la mort del donatari, tenen en part categoria de donacions *mortis causa*.³⁶ I ja hem vist que en aquestes donacions ja era concretament prevista la detracció de la quarta.

Doncs bé: en aquests heretaments, que es poden reduir a no res, i que el donatari accepta per pura fórmula perquè ni l'un no sap què dóna ni l'altre el que accepta, ¿és lògic de privar l'heretat de la detracció de la quarta? ¿No sembla desproporcionada la conseqüència a les premisses?

Finalment, en aquells capítols que contenen heretaments a favor dels fills que s'espera (*preventius* i *no preventius*), totes les anteriors raons serveixen encara més. Aquí no es pot parlar de contracte, perquè el no nat no pot contractar i, encara que hi hagi la fórmula de l'acceptació del notari —avui ja no emprada i que rebutja Roca i Sastre—, una tal acceptació per boca d'altri no li pot portar cap perjudici.

Ja hem vist com Sagner, Borrell, i Roca i Sastre se n'han adonat i propugnen el dret a la detracció en aquests heretaments. La resolució de la Direcció General de Registres i Notariat que abans hem citat es referia també a un cas d'heretament *preventiu*.

33. 1 (II-7).

34. Frs. 41 i 42 proemi (XXXIX-6) D.; fr. 32-1 (XXIV-1) D; 2 (VIII-47), *Codi*.

35. IV pr. 386, p. 175.

36. IV pr. 412, p. 300.

A notar que cap dels autors antics no s'han fixat en aquesta variant dels capítols pel que fa referència a la detracció, la qual cosa significa l'existència d'un criteri tancat, que la literatura notarial va saber donar als capítols matrimonials de Catalunya encaixant-los a les necessitats dels temps, de les coses i de les persones.

Com a conclusió diríem:

I. Que potser caldria revisar la doctrina sobre la detracció de la quarta trebel·liànica pels hereus gravats de restitució en els capítols matrimonials, a base de donar lloc a aquella per les raons actuals que han vingut a substituir amb avantatge l'única raó que va donar lloc al seu naixement.

II. Que en els heretaments estrictes, segons la terminologia borrelliana, i en els establerts a favor dels fills que s'esperen, la detracció sembla indiscutible.

Ara, qui més hi sàpiga que més hi digui. Malgrat la convicció de la nostra migrada aptitud per a intervenir en debats jurídics, no ens hem pogut estar d'exposar una convicció formada després de molts anys d'intervenir bastant intensament en qüestions del Dret Familiar en una comarca on aquest és molt viu i conegut. Menys hem pogut encara resistir la temptació quan se'ns ofería una ocasió tan propícia com és la de col·laborar a un homenatge escrit a l'autor de l'únic i magistral tractat modern de Dret català.

**EL VALOR DELS PRINCIPIS SISTEMÀTICS
DEL DRET CATALÀ**

per

JOSEP M.^a ARQUÉS i CAMPILLO

Advertiment: Previ ¹

Refós el Dret positiu català en la nova Compilació del 21 de juliol del 1960, aquest treball, que fou escrit abans de la promulgació d'aquella, té un regust de cosa antiquada però, amb tot, hem preferit respectar la seva estructura original amb l'addició d'unes notes destinades a aclarir els problemes que planteja la interpretació del nostre text a la llum del nou ordenament civil.

En les disposicions del Dret indígena de Catalunya, hom dona diverses normes de les quals es dedueixen altres tants principis generals per a bastir una teoria de la nul·litat dels contractes. Bé que la major part d'aquests principis coincideixen essencialment amb els del Codi civil, també es produeixen casos en què presenten característiques d'originalitat i permeten solucions més directes que no les derivades de l'aplicació del Codi a títol de Dret supletori. I tot això, sense haver de recórrer al concepte de causa;

1. Fragment de la nostra monografia *Principios sistemático-contractuales del Derecho indígena catalán. ¿Es aplicable a Cataluña la doctrina de la causa tal como aparece en el Código civil...?*, les finalitats primordials de la qual consisteixen a demostrar, d'una banda, la inexistència en les legislacions romana, canònica i catalana del concepte causal contingut en el Codi civil, i, d'altra banda l'existència d'un nombre de principis sistemàtics de Dret català que permeten la construcció d'una teoria general i legal de la contractació, completament al marge del concepte de la causa establert en el Cos legal de Dret comú i, per consegüent, la inaplicabilitat d'aquest concepte a Catalunya. Part, aquesta darrera, fonamentada en el propòsit d'obrir camí als qui, amb més capacitat, vulguin carregar-se la noble, bé que delicada, responsabilitat de revalorar i donar nova vitalitat al Dret territorial català, actualment sotmès a una rigorosa i absorbent tendència uniformista.

perquè hem de tenir present que en Dret català la inexistència o la il·licitud de la causa també reporten la nul·litat del contracte, però partint d'un concepte de causa totalment diferent del consagrat per l'article 1.274 del Codi civil.

Si abans ja aconseguírem de demostrar la innecessarietat de recórrer al modern concepte causal com a element *ad substantiam*, per a la perfecció dels contractes, ara podrem veure palesament la mateixa tesi en relació amb la teoria de la nul·litat. En alguns casos tornarà a fer acte de presència el concepte del Codi, bé que no amb la claredat de l'enunciat anteriorment examinat. En la major part dels casos, si cap concepte de causa es pressuposa, no coincidirà amb aquell, però sí que coincidirà amb el de *raó suficient*. A més, el concepte de causa il·lícita, com referit a aquella amplíssima categoria, quedarà refós amb el de conveni il·lícit, tret del cas en què, forçadament, intentem d'enllaçar-lo amb la noció codificada. I, finalment, en cap cas no s'estableix el recurs a la causa del Codi, per la declaració de nul·litat, ni tan sols en aquells casos en què és palesa la uniformitat de nocions.^{1a}

I bé; la deducció d'aquests principis ² necessita el complement de determinar-ne l'eficàcia. Cal, per a completar la labor que hem desenrotllat, saber fins a quin punt pot ésser útil en la pràctica, i, com a problema previ, hem de resoldre allò que es refereix al valor dels principis sistemàtics del Dret

1a. La tesi de la inaplicabilitat a Catalunya del concepte causal contingut en l'article 1274 del Codi civil, si bé era perfectament viable l'any 1957 quan va sortir a llum la nostra monografia (*Estudios de Deusto*, vol. 5.^e), no es pot sostindre avui puix que és totalment contrària al nou estat legal. El mateix passa amb la teoria general sobre ineficàcia dels contractes. En aquestes matèries la Compilació guarda silenci i, per tant, es remet al Codi, excepció feta, com és natural, d'aquells principis continguts en la pròpia Compilació i referents als tipus contractuals que ella mateixa especialment regula.

2. Aquests principis, desenrotllats, principalment, amb vista a una teoria de la nul·litat dels contractes, pròpia i específica del Dret català, i sense tenir en compte en absolut el concepte de causa de l'art. 1.274 del Codi civil, són els següents: a) Vici del consentiment; b) Simulació com a vici qualificat o, millor, com a supòsit d'inexistència del mateix consentiment; c) Finalitat immoral amb dos supòsits específics i autònoms: a') frau, i b') usura, afectat, aquest, per la Llei de 23 de juliol de 1908; d) Convenis il·lícits com a categoria comprensiva i amplíssima en la qual hom pot enquadrar qualsevol il·licitud provinent del mòbil, del fi o de l'objecte; e) Actes contra llei; principi refermat per l'article 4 del Codi civil en la seva qualitat d'obligatori per a Catalunya i que clou el cicle de supòsits de nul·litat dels contractes.

Principis que en llur major part produeixen efectes més directes i radicals en virtut del Dret territorial català que no pas els que hom aconseguiria aplicant la regulació establerta en el Codi civil.

positiu català, possibilitat de llur aplicació, determinar si aquesta ha de considerar-se anterior o posterior al Codi civil, etc....

I això, perquè considerem que en cas que tals principis no siguin aplicables a Catalunya sinó per a suplir les deficiències del Codi civil, la seva utilitat pràctica quedarà reduïda a la més mínima expressió. De tota manera, creiem necessari d'advertir que, segons la nostra opinió, tenen aplicació preferent al Cos legal de Dret comú.

La solució, però, no és tan senzilla. En examinar aquesta qüestió hem de parlar d'un altre problema que hi és relacionat i que es refereix a l'aplicabilitat o inaplicabilitat, a Catalunya, de l'article 6 del Codi civil.

I el problema ha estat i, segons sembla, és encara molt discutit en la doctrina.

Pot ésser plantejat en la forma següent: l'article 12 del Codi diu literalment que "las disposiciones de este título — artículos 1 al 16 inclusivamente —, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título IV, libro I. En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste el Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales".

Per tant, ¿són aplicables totes les seves disposicions, o cal excloure'n les que no compleixin amb el supòsit de què parteix l'article 12?

Gairebé tots els autors de Dret civil comú han considerat que el títol preliminar del Codi regeix a totes les províncies, aforades o no aforades, íntegrament; o sia, sense excloure'n cap dels articles.

Però Borrell i Soler ja féu notar que l'article 12 únicament exigeix l'aplicació de les disposicions del títol preliminar "en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación",³ i arriba a la conclusió següent: com que l'article 6 es refereix a les fonts del Dret i no als efectes de les lleis ni a les condicions generals per

3. Els autors que sostenen l'opinió contrària entenen que aquesta expressió no és altra cosa que una mera referència a l'epígraf d'aquest títol i que únicament pot ésser interpretat com a referència explicativa, però no, de cap manera, limitativa o especificativa.

a la seva aplicació, l'esmentat article 6 no pot ésser considerat aplicable a Catalunya sinó com a supletori de tercer grau.⁴

Partint de la teoria contrària, la qüestió de l'aplicació preferent dels principis sistemàtics del Dret positiu català quedaria molt simplificada. No ens caldria sinó seguir la dicció del mateix article 6 en el seu paràgraf segon, que diu: "cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho".

Deixant de banda el costum del lloc que, a Catalunya, no serveix per a suplir deficiències, és a dir, no funciona com a Dret supletori, sinó que integra el propi Dret indígena, ens quedarien com a aplicables els principis generals del Dret.^{4a}

No calen, doncs, més argumentacions. Si l'article 6 és aplicable a Catalunya i el seu contingut ordena d'acudir als principis generals en defecte de llei expressa, el problema únicament consistiria a determinar què ha d'entendre's per principis generals del Dret. Però aquesta qüestió tampoc no ens incumbeix. Donem per vàlida l'opinió general que han de considerar-se compresos en tal expressió, els principis sistemàtics de Dret positiu en primer lloc, i els d'equitat, en ordre successiu. Encara que no fos així, no ens afectaria ni poc ni gaire, ja que la jurisprudència només exigeix com a requisits per a la vàlida deducció en judici d'un principi general, el fet que aquest es fonamenti en la llei o en la doctrina legal.⁵ Com que els principis deduïts descansen en disposicions legals, la conseqüència és lògica.^{5a}

4. Podeu veure en el mateix sentit, BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña...*, Barcelona, 1918; i PELLA I FORGAS, *Código civil de Cataluña*, Barcelona, 1916-1920.

4a. Això era vàlid en l'estat legal anterior a la Compilació. Avui el costum general en quant sigui local en el punt en què s'invoqui i el costum local en tot cas, ja no formen part del propi Dret català i, per tant, regeixen sols com a Dret supletori. Però cal fer dues advertències: La primera és que el costum local té un valor preferent al Codi civil, al menys sempre que es tracti d'un costum "*secundum legem*", de formació anterior a la Compilació. És cert que aquesta tesi es contradiu, aparentment, amb la disposició final segona de la Compilació. Però la contradicció és sols aparent, puix que l'article primer del referit Cos legal diu que "*para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan*". I la segona advertència és que el costum regirà, no com a Dret supletori, sinó com a Dret principal o propi en aquells casos en que la Compilació es remet a ell, puix que en tals supòsits, el costum queda incorporat a la mateixa Compilació.

5. Sentències de 20 d'abril de 1923 i 3 de desembre de 1928.

5a. Els principis deduïts a què ens referim no tenen avui cap valor, però no hi ha dubte que el tindran els que es puguin deduir de la Compilació.

Per a aquells tractadistes, doncs, que estimen aplicable a Catalunya l'article 6 del Codi civil, la solució ja ha estat donada. Hauran de reconèixer que la resta del Codi no indicada a l'article 12 no pot regir sinó en defecte dels principis generals del Dret positiu català, del Dret canònic i del Dret romà i els seus corresponents principis, i que, per consegüent, a Catalunya no és aplicable, o no hauria d'ésser-ho, la teoria causal de l'article 1.274 i següents.⁶

Per als altres, per a aquells que sostenen la inaplicabilitat a Catalunya del repetit article 6, la solució és idèntica, però exigeix una argumentació més detinguda.

En efecte; si partim de la base que l'article 6, als efectes de la seva aplicació a Catalunya, ha de considerar-se inclòs en el títol II, per exemple, l'única cosa que haurem fet és excloure'n l'aplicació preferent al Dret català propi, exclusió que no sabem fins a quin punt pot tenir utilitat, però que no ens sembla infundada.

Però, així i tot, com reconeix expressament Brocà,^{6a} "por formar parte del Código civil y ser éste aplicable a Cataluña en el concepto de supletorio, lo es la prevención del apartado segundo del artículo 6 del mismo Cuerpo legal". Per tant, en defecte del Dret català i els seus supletoris, regirà la disposició que ens remet als principis generals del Dret.

Ara el problema queda concretat a determinar si, donat que el tan repetit article 6 solament és aplicable com a supletori, la seva remissió als principis generals ha de considerar-se referida únicament als que ho siguin del Codi civil, o també, en primer lloc, als que ho siguin del Dret català.

Si estimem que es refereix solament als que ho siguin del Codi civil, mantindrem una posició que no es desprèn de la redacció de l'esmentat article, i que, a més, és contrària a la que adopta la jurisprudència en admetre com a vàlids tant els que directament es fonamenten en la llei com els que, sense aquest requisit, són reconeguts per aquella.

Per consegüent, haurem de reconèixer que l'expressió del Codi és de

6. Entengui's que el Codi no pot regir sinó després i en defecte de les normes de la Compilació i dels principis sistemàtics deduïts d'ella. Per altra part, les referències al Dret propi català s'han d'entendre fetes a la Compilació i així mateix, s'han d'entendre sense cap valor ni aplicació les al·lusions als Drets supletoris (canònic i romà) i als principis contractuals del Dret català fora dels que es puguessin deduir de la Compilació. Fem aquesta advertència amb caràcter general a fi d'evitar la repetició de notes d'idèntic contingut.

6a. *Op. cit.*, p. 536.

sentit amplíssim, i en limita l'abast, en evitació d'abusos, la jurisprudència de la manera anteriorment indicada. I en atenció a aquesta direcció jurisprudencial haurem d'admetre els principis sistemàtics del Dret català, els del Codi civil i els que es dedueixin de la doctrina legal.

I, així, el problema haurà quedat més reduït encara. Ara ens caldrà examinar si hem d'acudir al Codi i després als principis que se'n dedueixen deixant els de Dret català per a quan no es pugui regular el cas de què es tracti, pels dos mitjans primers, o contràriament, els principis sistemàtics de Dret català són d'aplicació preferent al Codi.

Aquí tenim la clau del problema. Però ens sembla que la solució deu haver d'ésser la mateixa a la qual hem arribat partint de la teoria contrària.

En efecte; l'article 6, tot i considerar-lo com a norma supletòria, ens dóna el mitjà per a suplir les deficiències de la Llei. Ens indica el camí per a quan no hi hagi llei aplicable al cas que la pràctica suscita, i diu que aquest camí és constituït pels "principios generales del derecho"; no diu, en canvi, que cal acudir als principis que es dedueixin del Codi civil.

I bé; davant aquesta expressió legal, la doctrina ha mantingut posicions diverses. Segons uns, els principis generals del Dret han de referir-se a les veritats màximes i universals que es dedueixen de la recta raó o equitat. Segons altres, són constituïts per les regles que es desprenen, per via de generalització, de les normes positives, o, dit d'altra manera, els principis generals del Dret són els principis sistemàtics de Dret positiu. I la doctrina del Tribunal Suprem en exigir la cita de la Llei o sentència en què es fonamenti el principi que hom pretengui d'invocar, sembla que s'inclina a acceptar aquesta darrera solució.

Essent així, és lògic que els principis generals que cal observar siguin els sistemàtics d'un cos orgànic de Dret. En el Dret comú seran els que es dedueixin del Codi civil, i en el Dret foral, els que es derivin del cos de cada legislació particular.

El Dret territorial català és format, com ja hem dit, per normes de Dret indígena, pel Dret canònic i pel Dret romà. Tots tres formen un cos orgànic i unitari. En canvi, el Codi civil, si bé és supletori, forma un sistema a part. Per tant, els principis sistemàtics a què es refereix l'article 6 del Codi en relació amb la jurisprudència han d'ésser els sistemàtics del Dret català com a sistema independent del Codi civil.⁷

7. Avui, com ja hem dit repetidament, els Drets canònic i romà han quedat sense vigor i el Dret català és format solament per la Compilació. I noti's que aquesta reforma

Però és que, a més, i com si això encara fos poc, la mateixa tesi es dedueix d'un altre precepte del Codi.

I aquest precepte és el que conté l'apartat segon de l'article 12, ja que ordena, literalment, que en allò que no hagi de regir-se d'una manera preferent pel Codi civil, "las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora *en toda su integridad*, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código..."

Per tant, si pel fet de considerar l'article 6 com a supletori de tercer grau, sorgissin dubtes quant a la interpretació que li hem donat i la conseqüència que n'hem deduït, estimem que tals dubtes han d'esfumar-se amb la consideració d'aquest altre precepte solament.

Efectivament; ordena de conservar el Dret foral *en tota la seva integritat* i, en conseqüència, hom ha d'estimar vigent no tan sols allò que expressa i explícitament sigui dit en les seves disposicions legals o consuetudinàries, sinó també allò que implícitament es trobi en el seu contingut.

Si no fos així, no seria just parlar de conservar un sistema jurídic *en tota la seva integritat*.

I això, perquè estimem en concordança amb la lògica més elemental el fet de considerar que un sistema jurídic és integrat, no solament per les seves normes explícites, sinó també per les implícites que legítimament puguin deduir-se'n. Tot sistema jurídic té una orientació general, es desenrotlla d'acord amb unes pressuposicions o una forma d'ésser, obeeix unes línies fonamentals; té, en definitiva, un esperit. I aquest esperit forma part integrant de l'ordenament sense possibilitat de desprendre-se'n, i potser no és aventurat de dir que no tan sols en forma part, sinó que encara en constitueix la part més important, ja que serveix per a interpretar la lletra de les seves disposicions, suplir les deficiències, etc.

Si, segons l'article 12, cal respectar el Dret foral *en tota la seva integri-*

no aporta cap obstacle a la nostra tesi sinó que, molt al contrari, la referma. I és que abans s'havia sostingut per algun autor, com DE CASTRO, que els Drets forals no formen un cos orgànic, sinó que estan constituïts per normes fragmentàries. Aquesta opinió ja era abans falsa puix que el Dret català, juntament amb els seus supletoris, regulava tota la vida civil en la nostra terra molt abans de la codificació formant, per tant, un cos legal tancat i orgànic. Avui, la Compilació apareix ordenant en forma sistemàtica i no fragmentària totes les institucions civils, ja sia d'una manera directa per mitjà dels seus preceptes expressos, o sia d'una manera indirecta remetent-se al Codi quan la identitat substancial dels dos ordenaments jurídics, ha fet aconsellable evitar una duplicitat de preceptes innecessària.

tat — i ho repetim perquè la seva expressió és fonamental —, forçosament s'ha de respectar aquest esperit que *integra* i anima el sistema. Lògicament no serà respectat, si no li donem cap bel·ligerància, i menys encara respectat *íntegrament*, si no és reconeguda tota la fecunditat de la seva existència.

Així, doncs, no sols l'explícit, sinó tot: l'explícit i l'implícit, la lletra i l'esperit de la legislació catalana, és d'aplicació preferent al Codi civil, per manament exprés de l'apartat segon del repetit article 12. Hem de fer la salvetat, com és natural, que això solament valdrà en allò que no resultarà afectat del paràgraf primer del mateix article.

Per consegüent, resta dit que l'ordre d'aplicació, en aquest punt, ha d'ésser el següent: 1.^r Dret propi català. 2.ⁿ Els seus principis sistemàtics. 3.^r Drets canònic i romà amb llurs corresponents principis sistemàtics. 4.^t Codi civil. 5.^e Principis sistemàtics del Codi civil. I en uns i altres principis hauran de recollir-se els que es fonamentin en la doctrina legal.⁸

8. Suprimits els Drets canònic i romà, l'ordre d'aplicació serà el següent: 1.^{or} Compilació de Catalunya. 2.ⁿ Principis sistemàtics que s'en dedueixen. 3.^{or} Codi civil. 4.^t Principis sistemàtics del Codi civil. La disposició final segona de la Compilació, en preceptuar que en tot el no previst en ella s'acudeixi al Codi civil, no contradiu aquesta tesi. En efecte, l'ordenament civil català és constituït no sols per la lletra de la Compilació, sinó també pel seu esperit com dèiem abans i els principis sistemàtics no són altra cosa que l'expressió material d'aquest esperit. Doncs bé, si la disposició final segona ordena que "*en lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código civil que no se opongan a ella...*", això vol dir que solament regirà el Codi quan no s'oposi ni a la lletra ni a l'esperit de la Compilació representat pels principis de referència.

ELS RECS DEL PLA DE LLEIDA

per

ANTONI BERGÓS

Quan el gran cronista Muntaner, al segle XIII, lligava la ciutat de Lleida amb la de Barcelona atorgant també a aquella la condició de “Cap en la terra ferma”, feia més que lligar-les en una diversa i suprema responsabilitat: posava en relleu la consideració d’èsser població apta per al Dret, ja que no hi pot haver responsabilitat dirigent sense un entranyable amor al Dret, que, per a ésser constructiu, pressuposa un ample sentit de llibertat.

I que la ciutat occidental de Catalunya ha estat sempre d’una gran aptesa per al Dret, ens ho palesa el fet de la seva romanització a desgrat d’haver mantingut una actitud d’hostilitat en tot allò que minimitzava l’esperit de llibertat que li era propi, però, al costat de l’*Illerda videas*, acceptava del gran poble romà tot l’embat ordenador que portava arreu on deixava veure la seva petja i sentir la seva força.

Sovint sentireu dir que tot el que a Lleida fa referència en matèria de recs és obra dels moros, i en aquesta creença vulgar s’amaga una de les grans injustícies col·lectives. A Lleida, dels ilergetes, n’agafaren l’esperit d’independència, però la norma escrita ha estat deguda al costum que ha vingut reforçat pel sentit del Dret essencialment romà.

Aquesta realitat vocacional per al Dret ens ve confirmada per un fet aparentment mancat de transcendència i que a la llum del més estricte rigor científic ens aboca a un sentit d’unitat molt anterior al que sembla produir-se a mesura que la reconquesta avança. I es dóna el cas que els moros de Lleida, del reietó Bifelel, empesos per les exigències del país, s’afanyen a aplicar els usatges que Ramon Berenguer dictava a Barcelona,

incorporant-se així al Dret comú català un territori encara sotmès a la dominació musulmana.

L'amor al Dret, consubstancial i essencial a tot poble que ha estat lliure, explica tot el que se'n segueix en la Lleida ja més acostada a nosaltres. Una de les fites fonamentals és la carta-pobla de l'any 1149, monument de llibertat transcendental que fa possible a no trigar la gran institució de la Paeria i ja abans d'haver quedat aquesta establerta i quan encara el règim polític de Lleida era a base del Consolat, un dels quatre Còsols, En Guillem Botet, l'any 1182 compilava les *Consuetudines ilerdenses*, amb la qual cosa es testimonia un cop més aquesta organització del Dret que Lleida vivia i l'ascendència de la qual és essencialment romana.

Immediatament després de posseir la ciutat de Lleida la seva plenitud política a través de la gran institució de la Paeria, veiem com tot el costumari relatiu a una font tan vital com és l'ordenació dels recs dona lloc a dues de les cinc *prohemenies*, la del Segrià i la de Fontanet, reguladores de la vida econòmica de la ciutat.

És evident que durant la invasió sarraïna Lleida tenia els seus recs i en regulava la distribució, i quan la ciutat és reconquerida, a la ciutat és lliurat l'ús de les aigües que necessàriament havien de seguir regulant-se pels costums anteriors, i així continuà, ja que la referència inicial d'ésser les sèquies de Pinyana i Fontanet propietat d'un tal Ramon Cabacequia, la té conservant els usos i costums preestablerts sobre les mateixes sèquies, i aquesta propietat triga pocs anys a revertir altre cop a la ciutat en virtut de compra per aquesta dels drets que sobre les sèquies pretenia una filla d'aquell. Les aigües de Lleida, doncs, comunals o no, sempre han tingut un règim regulador a base dels costums que s'han anat seguint, i les sèquies, braçals, clamós, forats, ulls, cadiretes, espones i faceres, pales i estelladors, s'han obert i tancat i han partit el curs de les aigües amb una regularitat constant.

Lleida no ha estat tan amatent com hauria calgut a fer el *Corpus* de l'horta lleidatana; és un deute a la lleidatanitat que unes generacions o altres tard o d'hora faran. Per aquesta raó, i mancats d'aquest gran instrument d'estudi que recollís usos, costums, tot el repertori toponímic, lexicogràfic, noms de les cases de pagès, tradicions i tot el que se segueix d'un estudi etnològic i etnogràfic, ens donarien una seguretat i una fermaça en aquesta continuïtat en el dret regulador de les aigües lleidatanes, que ja podem contar les incidències que ha passat al llarg d'una his-

tòria tan intensament viscuda i amb variants coactives diverses; tot i aquestes, encara avui es manté amb tota la turgència la força del costum.

Fer la història de les aigües de Lleida des d'un punt de vista jurídic és un treball del més alt interès que está per a incorporar en la història del nostre Dret consuetudinari, la força del qual és tan extraordinària, que, a desgrat de totes les intervencions, segueix mantenint el seu nervi i la seva turgència, talment com la manté la terra, encara que circumstancialment hi siguin arranades les plantes i els arbres que els donava suport.

Com a exemple d'aquesta realitat, i no sortint del marge limitat d'un treball a incorporar amb altres en una miscel·lània d'homenatge, sols direm que la plenitud de vida civil que comptava la ciutat de Lleida en el temps de la seva Paeria tenia, en matèria d'aigües, una institució exemplar: la dels Visors.

Aquests eren nomenats per la Paeria i resolien, en matèria d'aigües, sense haver, ni poder, de recórrer les parts a la Cúria, puix que tenien jurisdicció plena, i tal devia ésser el prestigi d'aquesta institució, que Joan II féu extensiva la seva jurisdicció específica a qüestions derivades d'erms, patis immediats a les cases, i propietats rústiques amb les servituds que les gravessin en virtut de Privilegi datat a Vitòria el 3 de setembre del 1470. Aquest Privilegi, que recollia el costum, tenia tanta força, que sovint, en sirgir interessos contradictoris, donava lloc a haver de tornar sobre el mateix, per, a fi de comptes, haver-lo de ratificar, i així ho féu en 31 d'agost del 1512 la segona muller de Ferran el Catòlic, Germana de Foix, el príncep d'Astúries Felip en nom de l'emperador Carles V en 27 de desembre del 1553, i Felip II en 29 de novembre del 1585. Fins i tot, quan, en 1540, havent volgut sortir els litigants de la jurisdicció inapel·lable dels Visors i havent acudit a la Reial Audiència aquesta fallà el plet, quina no era la força de l'ús, que la suprema autoritat judicial de Catalunya sentencià ordenant que s'estigui als termes del privilegi de Joan II.

Aquest privilegi de Joan II no fa sinó ratificar el de Pere III, datat a Perpinyà a XII Calendes de juny de 1345, que autoritza la funció del Visor *reconeixent ser antiquíssima costum de la Ciutat* i pertànyer a ella el seu nomenament, i als Visors la funció arbitral que els era pròpia. Els Visors, doncs, són una institució de Dret basada en el costum, l'època de creació de la qual ens és del tot ignorada. I fins avui es manté, tot i les ortopedies administratives que no poden evitar la força de l'ús i amb

tot i que actualment hi ha un pes legal del qual la ciutat es va salvant, s'ha pogut constatar un fet transcendent que és que fins fa pocs anys els pagesos respectaven els *bans* mitjançant els quals les aigües quedaven tancades, i ara als ulls i a les pales ha calgut posar-hi lligalls amb cadenes i cadenats que, naturalment, no són respectats.

Els Visors eren nomenats per la Paeria en virtut de les atribucions de govern que li eren pròpies, i, com succeïa amb tots els altres càrrecs de Dret públic, la ciutat n'estava gelosa i els revestia de la màxima autoritat, tanta, que els seus veredictes eren inapel·lables, ben entès, però, que la seva funció del tot confiada al lleial saber i entendre i a la recta consciència, tenia una gradació que permetia apel·lacions mogudes sempre dins del camp del propi prestigi visorial.

Així, doncs, sorgida una qüestió entre dos usuaris per un motiu de recs d'ús o d'abús d'aigües, d'interpretació de servitud o qualsevulla altra de les que els eren específiques, cada part nomenava lliurement un Visor dels que tenia la Ciutat designats com a tals, gent pràctica en la matèria, i es traslladaven el dia convingut prèviament al lloc on hi havia plantejada la qüestió, si és que així calia fer-ho, o a la mateixa Paeria, si la inspecció ocular era innecessària, i cada part exposava els seus punts de vista per a, sense res escriure, dictaminar els Visors el seu laude. Aquest podia o no ésser acceptat per les parts, i si succeïa això darrer per creure un dels afectats que se'l perjudicava amb la sentència, aleshores la Paeria designava dos Visors més, prèvia lliure acceptació de les parts interessades perquè aquests darrerament designats per la Ciutat i acceptats per les parts juntament amb els lliuraments nomenats pels litigants tornant a oir els quatre Visors junts a les parts interessades i també sense res escriure, ni aixecar cap mena d'acta, pronunciaven la seva sentència.

El sentit de llibertat que es respirava a la Paeria donava lloc a aquesta elegància del procediment que mereixia llargs elogis, tant més quan encara el que en podríem dir aquesta segona instància tenia encara una garantia més, i és la d'haver-hi un tercer estadi en què la Paeria, atesa la disconformitat dels litigants en la sentència pronunciada pels Quatre Visors, aleshores com manifestant-se amb tot el seu poder i amb una plenitud de funció de Dret públic i, per tant, ciutadà i polític, venia a dir *prou* designant al marge dels litigants dos altres Visors perquè, ensems amb els quatre anteriorment designats i consentits per les parts, sentenciessin amb el seu fall, que esdevenia inapel·lable, i d'execució immediata.

Com s'ha dit, tot el procediment es movia en ple diàleg, sense con-

signar-s'hi res per escrit; no així les sentències que havien d'ésser escrites i les quals eren curiosament arxivades i guardades a la Paeria, constituint encara avui una preciosa documental els nombrosos volums que n'han pogut arribar fins a nosaltres a desgrat de les contingències doloroses per què ha passat la ciutat de Lleida a través dels anys, patint-ne homes, institucions, béns, edificis i arxius.

A constatar també dins el camp processal el fet que revela d'una manera eloqüent com el Dret era viu a Lleida, que els Visors sempre són nomenats en nombre parell, de manera que la força del raonament no radicava en aquella concepció de "justicia es lo que de cinco quieren tres", sinó aquell altre concepte de l'equitat necessària a la justícia de "Justicia seca, a la catalana, sin compadres ni comadres", manera d'enjudiciar únicament possible quan la gent té una manera de moure's civil a base del pacte, del diàleg i del raonament.

El trasbals polític que al començament del segle XVIII sofrí Catalunya afectà d'una manera directa la Ciutat de Lleida, que l'any 1707, en quedar incorporada a Felip V, veié destruïda la Ciutat sobre la qual després fou construïda la fortalesa quedant-hi encerclada la Seu Vella, que fou convertida en caserna; també fou tancada la seva Universitat medioeval, i, finalment, tot aquell règim polític de la Paeria quedà anul·lat. El que no quedà destruït fou la mecànica jurídica que regia les aigües de l'horta lleidatana, puix que els usos i costums, molt més forts que la mateixa força, seguien amb les incomoditats que vulgüeu, però anaven fent el seu curs, fins que l'any 1794 les antigues prohemies de Fontanet i de Pinyana subsisteixen en el fons amb la Junta de Sequiatge, que seguirà fins als nostres dies regint les sèquies lleidatanes i l'ús de llurs aigües.

La Junta de Sequiatge, el 1758, estava integrada per un Regidor, un Prebendat del Capítol Catedralici, un Eclesiàtic de la 1.^a Clerecia menor, dos pagesos nomenats pels regants, tots sota la presidència del Governador o Alcalde major de la Ciutat, i així continua fins a la reforma de l'any 1918, que la Junta de Sequiatge quedà integrada per vuit vocals, de la manera següent: un regidor, un canonge, un beneficiat laical, tres pagesos, un hisendat del cos de Gaudins i un fabricant, atesos els usos industrials incorporats a l'aprofitament de les sèquies.

Aquestes ordenances foren modificades per R. O. de 9 d'agost del 1920 i per O. M. de 6 de juny del 1955. Totes aquestes reformes han mantingut la integritat jurisdiccional de les aigües.

EL ESPÍRITU DEL DERECHO CANÓNICO

por

R. BIDAGOR, S. I.

“Tres veces Roma dictó leyes al mundo, tres veces condujo a los pueblos a la unidad: la primera vez, poseyendo el pueblo romano todavía la plenitud de su fuerza, a la unidad del Estado; la segunda, después que aquélla declinó completamente, a la unidad de la Iglesia; la tercera, como consecuencia de la recepción del Derecho romano en el medioevo, a la unidad del Derecho. La primera vez, con la coacción externa por el poder de las armas; las otras dos, por el poder del espíritu.”¹

Con estas lapidarias palabras, Rudolf von Ihering encabeza su monumental obra: *Geist des Römischen Rechts (Espíritu del Derecho romano)*. La unidad de la Iglesia y la unidad del Derecho tienen su principio en la fuerza del espíritu, que los alienta.

Si el poder de la Iglesia y el poder del Derecho tuvieron tanta eficacia que pudieron llevar los pueblos a la unidad, cabe preguntar de qué fuerza y poder está dotado ese Derecho, el Derecho canónico, que en sí encierra las fuerzas de la Iglesia y las fuerzas del Derecho, y qué espíritu lo alienta, que no sólo persevera en la Iglesia, a la que sirve, sino que ha podido, además, unir a los más diversos pueblos en una unidad, que está sobre las naciones, las razas y las gentes.

¿Qué es el espíritu del Derecho?

Los Derechos tienen su propio espíritu. El poder del espíritu desarrolla sus fuerzas en aquella parte más noble del hombre, de donde se expande la vida. El espíritu vivifica el organismo corporal y sus funciones, sustenta, dirige y conduce a los hombres por aptos caminos a su fin.

1. R. v. IHERING, *Geist des römischen rechts*, 4.^a ed. (Leipzig 1878), I, p. 1.

Todo cuerpo moral o social, es decir jurídico, ha de tener su espíritu, bajo cuya dirección llegue a sus fines. Es el principio, el origen de la vida que ha de vivir y le ha de conducir a su meta.

“Las leyes, dice también Von Ihering,² se muestran visiblemente en la superficie del Derecho; las instituciones y las nociones jurídicas, en su aplicación práctica, se imponen casi por sí mismas al conocimiento y a la conciencia; pero en las intimidades más profundas descansan las poderosas fuerzas del Derecho, operando pausadamente, e insensibles penetran en realidad todo el organismo, mas no emergen, al menos ordinariamente, en ningún punto particular, de manera que necesariamente se descubran. Ninguna necesidad práctica obliga a conocerlas, pues no pertenecen al orden práctico, no son reglas del Derecho: son sólo cualidades, trazos característicos de las instituciones jurídicas, conceptos generales que, como tales, no tienen aplicación práctica, sólo ejercen un claro y determinado influjo en la formación de las normas prácticas del Derecho.”

El espíritu significa la estructura más íntima del Derecho, la razón e inspiración de sus preceptos, las notas fundamentales de los institutos jurídicos, los motivos de las distinciones, los gérmenes de los principios, las más altas finalidades por las cuales toda la trabazón de las leyes y de los derechos se establece y vivifica.

El método para hallarlo es la abstracción después de una más profunda investigación en los preceptos concretos hasta llegar a los principios mayores y más generales, donde se descubren las raíces mismas de las leyes y de los derechos.

Las raíces del Derecho canónico se encuentra en la teología. Nuestros más esclarecidos intérpretes hablaban de una fraternidad entre la teología y el Derecho canónico: *quia scientia canonica*, decía el Palermitano, *est pars divinae*.³ En la teología radican los principios del Derecho canónico, pues si las leyes eclesiásticas pertenecen al orden sobrenatural, sus fuentes han de ser los principios del Derecho divino. Los cuales dejan su carácter impreso en aquéllas, carácter permanente que necesariamente ha de determinar las razones y los preceptos del Derecho canónico.

Pero el Derecho canónico, como Derecho histórico, recibe también su influjo de aquel Derecho, que, como ningún otro, ha expresado la

2. V. IHERING, I. c., p. 45.

3. ABBAS PANORMITANUS, *In III librum decretalium*, tit. *Ne clerici vel monaci*, c. IX.

racionalidad (*ratio scripta*)⁴ y sus estructuras fundamentales, el Derecho romano; en su ambiente por una adaptación prodigiosa creció y desarrolló su eficacia y fuerza, que a su vez influyó sobre el mismo Derecho civil.^{4 bis}

De estas fuentes nacen las notas o propiedades características de nuestro Derecho, las que le dan la forma y el color, con aquellas cualidades que, en el seno de la sociedad eclesiástica, se van manifestando a través de una experiencia secular. En él se encuentran compenetrados los elementos del orden sobrenatural y del orden natural *in unam consonantiam*, como diría Iustiniano;⁵ su estudio adquiere en consecuencia una excelencia y dignidad que no ceden a ningún otro.

De entre los mayores y más altos principios del Derecho canónico, me propongo ilustrar los tres supremos: su sobrenaturalidad, su equidad, su tradicionalidad.

I. SOBRENATURALIDAD. — La Iglesia es una sociedad sobrenatural: por consiguiente, la potestad eclesiástica y su fin son sobrenaturales, como lo es el fin mismo de la Iglesia.

En la Iglesia hay una doble vida: la vida interna, o sea la vida de Cristo, pues la Iglesia es el Cuerpo místico de Cristo, y la vida externa, o sea la vida social externa, que en cuanto tal es jurídica. Esta vida externa es también ordenación divina en función de aquella vida interna, que es la unión de los hombres con su Cabeza, Cristo. La constitución, el fin, el poder, los medios de que dispone la Iglesia, así como su ordenación jurídica, pertenecen al orden sobrenatural, porque en el orden natural de las cosas nada de esto podría tener lugar.⁶

“Si se compara, dice el papa Pío XII,⁷ el Cuerpo místico con el cuerpo moral, se nota entre ambos una gran diferencia. En el cuerpo moral, el principio de la unidad no es otro que el fin común y la cooperación común al mismo fin, mediante la autoridad social; mientras que en el Cuerpo místico a esta común tendencia hacia el mismo fin se añade otro principio interno, que existe y obra con fuerza sobre todo el conjunto y sobre cada una de las partes, y es de tal excelencia que supera por sí mismo e inmen-

4. F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, p. 25

4 bis J. GAUDEMET, *Droit romain et droit canonique en Occident aux IV et V siècles*, p. 255.

5. *Inst. Iustin.*, 2, 10, 3. Cfr. E. ALBERTARI, *Introduzione storica allo studio del diritto romano*, p. 82.

6. Pío XII, *Allocutio ad Praelatos Auditores S. Romanae Rotae* (2 oct. 1945), en AAS (1945), p. 259.

7. Pío XII, Encíclica *De mystico Iesu Christi corpore*, en AAS (1943), p. 222.

samente todos los vínculos de unidad que aglutinan sea un cuerpo físico sea un cuerpo moral... La Iglesia, que debe siempre ser tenida como sociedad perfecta en su género, no consta solamente de elementos y razones sociales y jurídicas. Las razones jurídicas sobre las cuales también la Iglesia fue fundada y construida traen su origen de la constitución divina que le dio Cristo; mas lo que eleva la sociedad cristiana a aquel grado que supera de manera absoluta todo orden natural es el Espíritu de nuestro Redentor, que, como fuente de todas las gracias, dones y carismas, penetra íntimamente a la Iglesia y opera en ella."

Es, pues, ley fundamental de la Iglesia, que vive del Espíritu Santo, derramar, difundir entre los hombres aquella vida sobrenatural que los santifique singular y colectivamente con los medios que Cristo le dio. Entre estos medios está también su constitución de sociedad visible (y no sólo carismática), por consiguiente sujeta a una autoridad visible, la cual rige y gobierna a sus súbditos en orden a la consecución de los bienes propios de la vida sobrenatural, puesto que los bienes sobrenaturales por divina disposición no llegan a los hombres si no es mediante una jerarquía, que es asimismo divinamente constituida.⁸

En una tal institución el derecho es necesario, pues no se concibe una verdadera sociedad de hombres externa y visible, regida por una autoridad, que no sea jurídica. El orden jurídico de la Iglesia tiene sus más hondas raíces y halla su verdadera vitalidad en el misterio de la misma Iglesia.⁹

De aquí la diferencia esencial entre la potestad de la Iglesia y la potestad civil. A la sociedad civil o Estado, los poderes le vienen de los derechos y exigencias del bien común natural. En la Iglesia todo poder descende de Dios: la potestad santificadora o sacramental y la misma potestad de régimen, en cuanto el Papa y la jerarquía, bajo el influjo y la asistencia de Cristo y el Espíritu Santo, actúan el poder recibido del Señor para ejercerlo en su nombre. El Papa es Vicario de Cristo.¹⁰

De donde se sigue que la Iglesia atiende a sus súbditos: obrando en ellos la santificación y conduciéndolos a la vida eterna, y al mismo tiempo asociándolos en la sociedad externa visible, que prosiga la obra de incorporación de los hombres a Cristo; pues la Iglesia ha de perpetuarse en el

8. W. BERTRAMS, *Die eigennatur des Kirchenrechts*, en "Gregorianum" (1946), p. 548.

9. J. SALAVERRI, *El Derecho en el Misterio de la Iglesia*, en "Revista española de teología", 1954, pp. 250, 267.

10. J. SALAVERRI, *loc. cit.*; I.-M. CONGAR, *Esquisses du mystère de l'Église*, pp. 48-51.

tiempo aplicando los medios con que quiso dotarla su Fundador para la salvación de las almas.¹¹ El fin, pues, de toda la sociedad eclesiástica es realizar el bien privado sobrenatural de cada uno de los fieles, y el bien común sobrenatural de todos. El primero, o sea el bien privado (*singulorum*), no lo obtendrán los fieles sino mediante la autoridad jerárquica porque así lo dispuso Cristo; el segundo, o bien común (*publicum*), significa el establecimiento de un orden externo y visible con los medios directos e indirectos que realizan en una ordenación jerárquica el Reino de Dios en la tierra.¹²

A este fin la Iglesia ejerce su potestad y autoridad con poderes amplísimos en un doble fuero, que la tradición canónica ha designado con los nombres de fuero interno y fuero externo: aquél, ordenado a la santificación personal de los fieles; éste, al régimen externo o de gobierno de la comunidad eclesiástica.¹³

Algunos han pretendido que todo el poder en el fuero interno y externo tiene exclusivamente una sola finalidad: la *salus animarum*, y que en el derecho canónico toda exigencia se ha de medir por esa necesidad, sin que se deba atender a otra cosa. Con tal que en cualquier situación venga reprimido el pecado (que es individual), opuesto siempre al bien sumo que es la *salus animarum* el fin de la Iglesia y del derecho canónico está cumplido. Es ésta una exageración que desvirtúa el espíritu genuino del derecho canónico.

No se puede afirmar, como escribe Pío Fedele,¹⁴ que con tal de realizar aquel supremo fin y satisfacer a esa insuprimible exigencia, el derecho canónico no se preocupa de ninguna otra cosa; que está dispuesto a sacrificar cualquier aspiración, cualquier necesidad individual, la realización misma de los derechos, toda en suma la realidad y practicidad de la vida para alcanzar aquel fin de orden sobrenatural por el cual viven la Iglesia y el organismo de su derecho. Según esto, no cabría en el derecho canónico la consideración del valor de la voluntad individual, ni del bien común o colectivo, todas las leyes serían absolutas e imperativas sin contradicción posible de parte de la voluntad individual, puesto que directa-

11. Pío XII, Encíclica *De mystico Iesu Christi corpore*, loc. cit. p. 224.

12. F. SUÁREZ, *De Legibus*, X, 1, 6; O. ROBLEDA, *Fin del Derecho en la Iglesia*, en "Revista Española de Derecho canónico" (1947).

13. F. SUÁREZ, *De Legibus*, IV, 12, 10; R. BIDAGOR, *De nexu inter theologiam et ius canonicum*, en "Gregorianum" (1947), pp. 469-470.

14. P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, p. 120.

mente promueven la salvación de las almas: hay derecho imperativo, se dice, pero no intersubjetivo.

Se trata de una concepción completamente errada: ¹⁵ confunde en primer lugar el fin inmediato del derecho en la Iglesia, con el fin superior de la Iglesia misma, al cual ciertamente está subordinado funcionalmente su Derecho. Pues, si bien el fin superior, la unidad superior de la Iglesia, es en realidad conseguir la santificación de las almas, mas su derecho inmediatamente atiende a colocarlas individual y colectivamente en la disposición necesaria para operar en ellas lo más eficazmente posible aquella santificación por los medios que Cristo le dio para ello. La Iglesia no se puede sustituir a la voluntad de los fieles, puesto que la santificación es también obra personal; no puede suprimir en ellos libertad, porque las obras del cristiano deben ser meritorias; la Iglesia dispone, ayuda y otorga los medios de santificación con la administración de todos los bienes supernaturales y su feliz distribución de manera que consiga la salvación individual de las almas, y al mismo tiempo procure una acción común y social que tiene también sus fines y efectos sobrenaturales.

Hay en el Derecho de la Iglesia un diseño grandioso que abarca lo divino y lo humano en una armonía benéfica para el hombre y la sociedad. La Iglesia recoge al fiel en el mundo para dejarlo en el cielo. Su Derecho atiende a su bien individual sobrenatural, al mismo tiempo que al bien común social, donde dispone de los medios sobrenaturales y naturales, mas éstos en función de aquéllos, porque se trata de un bien social superior. El Derecho de la Iglesia tiene que establecer un supremo equilibrio entre el bien individual y el bien social con un respeto infinitamente superior para el primero, que es la santificación personal, del que se tiene en la sociedad civil en el grave problema de conjugar el bien privado de los ciudadanos con el bien social o público del Estado. Con una técnica admirablemente aprendida en el seno del Derecho romano ha podido estructurar la materia espiritual y la temporal en un orden externo visible que no pierde de vista la suprema meta, el fin superior al cual han de tender todas las actividades de la Iglesia y, por consiguiente, también las jurídicas:

15. W. BERTRAMS, *loc. cit.* p. 551; I. SALAVERRI, *loc. cit.*, p. 271; K. MÖRS DORF, *Weihegewalt und Hirtegewalt in Abgrenzung und Bezug* en "Miscellanea Comillas", 16 (1951), pp. 95-100; MÖRS DORF, *Zur Grundlegung des Rechtes der Kirche*, en "Münchener theologische Zeitschrift". 3 (1952), pp. 329-348. P. CIPROTTI, *Considerazioni sul "Discorso generale sull'ordinamento canonico" di Pio Fedele*, pp. 25-28.

“cum omnis institutio ecclesiasticarum legum ad salutem referenda sit animarum”, como decía Ivon de Chartres (Epist. 60, in PL 162, c. 72).

El papa Pío XII, en una de sus famosas alocuciones al Tribunal de la S. Rota Romana (2 de octubre de 1944),¹⁶ elocuentemente decía: “Toda la Iglesia en su cuerpo y en su alma, en cuanto se refiere a la participación de los bienes que posee y a la utilidad que producen, está constituida exclusivamente *para* la “salvación de las almas”... Con esto queda indicada la unidad superior y el fin superior, al que están destinadas y se dirigen la vida jurídica y toda función jurídica en la Iglesia. De donde se sigue que aun el pensamiento, el querer y la obra personal en el ejercicio de tal actividad deben tender al fin propio de la Iglesia: la *salus animarum*... La actividad jurídica, y en modo especial la judicial, no tienen nada que temer de ese orden y de esa subordinación: al contrario, pues en ella tienen fecundidad e incentivo. La necesaria largueza de miras y de decisión queda asegurada, puesto que, mientras la actividad jurídica unilateral encierra en sí siempre el peligro de un formalismo exagerado y el culto a la letra, el cuidado de las almas garantiza un contrapeso que mantiene despierta en la conciencia la máxima: “las leyes son para los hombres y no los hombres para las leyes”... El pensamiento de pertenecer a una unidad superior de la Iglesia y de estar subordinada a su fin universal, la *salus animarum*, comunica a la actividad jurídica la firmeza necesaria para proceder en el camino seguro de la Verdad y del Derecho, y la preserva de una doble condescendencia, ya hacia las desordenadas exigencias de las pasiones ya hacia una dura e injustificada inflexibilidad”.

El derecho tiende a establecer un supremo equilibrio entre aquellas fuerzas que guían a los hombres a conseguir su utilidad individual sin perjudicar a la utilidad común y social. Esa difícil estática el Estado ha visto frecuentemente romperse, con exageradas tendencias hacia el individualismo o el colectivismo.¹⁷ La Iglesia ha conseguido en su Derecho ese equilibrio con sabio uso de sus medios propios, aun en situaciones que por la misma naturaleza de aquéllos presentan especiales dificultades. Véase, por ejemplo, la sabiduría con que equilibra el régimen de los dos fueros interno

16. Pío XII, Allocutio ad Praelatos Auditores S. Romanae Rotae (2 Oct. 1944) en AAS (1944), p. 288.

17. F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, pp. 148 y 171; G. RADBRUCH, *Du droit individualiste au droit socialiste* en “Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique”, I (1931), pp. 387-398; E. GALÁN, “Teoría del Derecho y del Estado”, p. 10; W. RÖPKE, *La crisi del collettivismo* (vers. italiana), p. 3.

y externo, de los cuales el primero va inmediatamente dirigido a las causas y situaciones que tocan a la santificación del hombre delante de Dios (por lo que se llama también el fuero de Dios, *forum poli*), y el segundo ha de tratar tal vez las mismas situaciones en cuanto confieren o no al bien común o social de la Iglesia, de la comunidad eclesiástica (que se llama también el *forum fori*).

Es previsible el caso de posible divergencia de soluciones en ambos fueros; porque una cosa es la situación interna de verdad absoluta delante de Dios de algunos hechos como están en la conciencia de los interesados, y otra las pruebas y demostraciones externas de aquéllos, sin las cuales la Iglesia no puede ejercer su autoridad en el fuero externo. Tal dificultad no ha asustado al legislador canónico. Lo atestiguan los cánones relativos a la observancia de las penas canónicas, en especial de las censuras eclesiásticas y su absolución en el fuero interno y externo (can. 2250-2254), el uso y concesión de la jurisdicción eclesiástica para uno u otro fuero (can. 202).

Especialmente agudo es el caso del matrimonio, por las consecuencias de todo orden que una disparidad de situaciones en el fuero interno o de la conciencia y en el fuero externo social de la Iglesia puede acarrear; por ejemplo un matrimonio que, siendo nulo por simulación de consentimiento, se retiene válido en el fuero externo por defecto de pruebas, o al revés, un matrimonio válido que venga declarado nulo por los tribunales competentes con doble sentencia conforme. La Iglesia ha dispuesto que en las causas que tocan al estado de las personas no valga la autoridad de cosa juzgada, sino que puedan reproponerse (lo que no es simple recurso de revisión), siempre que puedan aducirse nuevos argumentos graves o documentos (can. 1903, 1989). Por la misma razón de las acciones que versan sobre el estado de las personas no prescriben nunca (can. 1701). Es evidente que la regla de Derecho que hace pasar en autoridad de cosa juzgada una sentencia firme es una exigencia del bien común. Sin embargo, el Derecho canónico deroga esta regla en dichas causas, porque lo exige ese bien individual insustituible, que es la necesidad de evitar las ocasiones de pecado a que una sentencia podría dar lugar.

Asimismo la Iglesia no admite una prescripción sin que la buena fe (teológica) la acompañe todo el tiempo requerido por la ley para cumplirla (can. 1512). Como tampoco admitirá una costumbre legal (en el derecho canónico se admite *etiam contra legem* que tenga como base el pecado de los que hayan de prescribirla, pues sería contra el derecho natural (can. 27).

La *salus animarum* toma así en el derecho canónico el rango de un principio que gobierna, como una *suprema lex*, aquellas situaciones que más directamente afectan a la conciencia de los fieles. Por ejemplo, el juramento, libremente prestado, por el cual alguien renuncia a un bien o favor privado que le concede la ley, debe cumplirse *con tal que no redunde en perjuicio de la salvación eterna* (can. 1317 § 3); si el juramento se añade a un acto que directamente redundaría en daño de otros o en detrimento del bien público *o de la salvación eterna*, dicho acto no adquiere firmeza alguna por razón del juramento (can. 1318 § 2).

El obispo y el juez eclesiástico, cuando está de por medio el bien de las almas o el bien público de la Iglesia que hace referencia a la salvación de aquéllas, no pueden quedar inactivos, sino que deben proveer a aquella necesidad con poderes que les otorga el mismo Derecho; como cuando el párroco es negligente y falta de su parroquia, el obispo, a expensas de aquél, provee para que no sufra detrimento el bien de las almas (can. 2168), o bien si el detrimento de las almas proviene de la amplitud de la parroquia, el obispo, aun contra la voluntad del párroco y sin consentimiento del pueblo, dividirá aquélla en forma conveniente (can. 1427). El juez eclesiástico en causas en que vaya de por medio el bien público de la Iglesia o la salvación de las almas puede proceder siempre de oficio; y puede y *debe* suplir las pruebas, toda clase de pruebas, no aducidas por las partes, llamando de oficio a nuevos testigos, procurando nuevos documentos, etc. Tal sucede en las causas matrimoniales (can. 1618, 1619).

Más aún: la voz augusta de Pío XII¹⁸ precisamente en el campo procesal ha amonestado que el jurista, que en cuanto tal mira al Derecho estricto y a la justicia rígida, suele presentarse casi instintivamente extraño a las ideas y a las razones de la cura de las almas, y propugna una separación clara entre los dos fueros, el fuero de la conciencia y el de la externa convivencia jurídicosocial. Dice el Papa: “Esta tendencia hacia una neta división de los dos campos es legítima sólo hasta cierto grado, en cuanto el juez y sus colaboradores en el proceso judicial no tienen como oficio propio y directo la cura pastoral. Pero sería un error funesto afirmar que aun ellos en última y definitiva instancia no se hallen al servicio de las almas. Con ese error los jueces vendrían a colocarse en el juicio eclesiástico fuera del fin y de la unidad de acción, que son por divina institución propios de

18. Pío XII, Allocutio ad Praelatos Auditores S. Romanae Rotae (2 oct. 1944) en AAS (1944), p. 289.

la Iglesia; serían como miembros de un cuerpo, que ya no se insertan en el conjunto ni quieren someter y ordenar su acción al fin de todo el organismo”.

Todo ese cuadro se completa (aunque muy sumariamente) advirtiendo cuál es en la legislación canónica la norma constante de la organización, administración, reglamentación de las instituciones eclesiásticas. El Código de Derecho canónico hace notar expresamente que las personas morales se constituyen en la Iglesia sólo para un fin religioso o caritativo (can. 100), que los bienes temporales no se adquieren ni pueden retenerse sino en la medida que son necesarios para el culto divino, la honesta sustentación de los clérigos y ministros y los otros fines de caridad, ya espiritual ya temporal (can. 1489, 1496, 1544), que las rentas beneficiales sobrantes de las que son necesarias para la honesta sustentación de los beneficiarios, se han de devolver a los pobres o a las causas pías (can. 1473). El Derecho canónico mantiene y desarrolla los antiguos favores del Derecho (*favores iuris*) en utilidad de las causas pías, de las personas miserables, de los pobres, y cuán largo sea en aplicar el gratuito patrocinio en las causas matrimoniales lo dice la experiencia de los tribunales eclesiásticos, sobre todo de la Rota Romana¹⁹ donde más de la tercera parte de las causas matrimoniales se sustancian con dicho beneficio.

A esta largueza de espíritu se ha de atribuir la facilidad con que el Derecho canónico admite los recursos al legislador, al administrador, al superior, que es, ante todo, padre y pastor de las almas, más que de los cuerpos.

II. EQUIDAD. — El juriconsulto romano Celso definía elegantemente: *ius est ars boni et aequi*.²⁰ No sé si hay algún Derecho al cual convenga con tanta propiedad esta definición como al Derecho canónico, siendo la equidad uno de sus más profundos fundamentos. Hay un antiguo axioma que lo expresa en un Dictum del decreto de Graciano: “*Sancta Romana Ecclesia, quae Mater iustitiae est, in nullo ab aequitate dissentire inveniatur*”.²¹

No es mi propósito disertar aquí sobre la equidad y sus distintas formas, la *aequitas naturalis*, la *aequitas civilis*, la *aequitas canonica*.²² Es sabido

19. Véase “*Periodica de Re canonica*” (1951), p. 447.

20. D. I, 1,1.

21. Dict. Grat. ad c. 16, C. 25, q.1.

22. CH. LEFEBURE, *Équité, en Dictionnaire de droit canonique*, V. p. 394; E. WOHL-

que muchas dificultades han surgido en la definición y determinación de estos conceptos. Dejando de lado las doctrinas y opiniones de los doctores y jurisconsultos, me limito a indicar algunas ideas más fundamentales.

La Iglesia adoptó el Derecho romano como propio, aun habiéndolo moderado en muchos aspectos, en aquellos sobre todo en que el *rigor iuris* pudiera aparecer demasiado duro o demasiado severo.

Se ha dicho del Derecho romano y de sus jurisprudentes clásicos, que logran en sus construcciones jurídicas una contextura singularmente compacta y rigurosamente lógica.²³ Decía el gran Savigny: "Las ideas y proposiciones del Derecho no son para los juristas romanos creaciones del arbitrio; sino seres reales cuya existencia y genealogía se les ha hecho habitual por una como familiaridad larga y confiada. Por eso precisamente sus procedimientos (su técnica) tienen una seguridad, que de ordinario no se encuentra más que en las matemáticas; y se puede decir sin exageración alguna, que ellos *calculan* con sus conceptos".²⁴

En realidad, por el modo de expresarse de aquellos peritos del Derecho, sus concepciones jurídicas y legales parecen formar un sistema de principios absolutos principalmente filosóficos, de los que van deduciendo razones y consecuencias jurídicas para construir un Derecho supremo e ideal. Y, a la verdad, los juristas romanos se distinguieron particularmente por ese análisis de relaciones jurídicas, ajustándose con precisión a la naturaleza misma de las cosas.²⁵

De ahí que al arte (*ars*) de hablar lo justo (es decir exacto), que rija una relación jurídica, los juristas clásicos dieron una norma, la *aequitas: quae paribus in causis paria iura desiderat*. (CIC. Topic. 4). De donde el mismo Cicerón definía el *ius civile est aequitas constituta* (CIC. Topic. 9). Pero como en el orden de las cosas y de las situaciones siempre nuevas está, que sea necesario traer al orden del derecho nuevos elementos de discurso y razonamiento, los romanos concibieron asimismo la *aequitas* como la manera de acomodar el Derecho a las nuevas exigencias de la vida, generalmente por medio de un adecuado temperamento del *ius strictum*, de los *apices iuris*, de la *subtilitas* de suerte que la *aequitas* suavizara la severidad

HAUPTER, *Aequitas canonica*, 1931; F. W. MAITLAND, *Equity*, 1936; W. BRAMSCH, *Die Billigkeit im Recht*, 1938.

23. F. SCHULZ, *Principien des römischen Rechts*, p. 23.

24. F. C. DE SAVIGNY, *Vom beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Ristampa 1892, p. 17.

25. F. SCHULZ, *Principien des r. R.*, p. 29.

de los preceptos y limara las asperidades de aquél. *Summum ius, summa iniuria*.²⁶

Es de todos conocido cuán grande influjo ejerció la religión cristiana en la moderación del rigor del derecho. Los Santos Padres trataron de incorporar en las mismas leyes romanas la obra de la Iglesia, que consiste en la caridad y moderación en las relaciones humana. "Es ley de la naturaleza, decía S. Ambrosio²⁷ la que nos obliga a guardar la caridad (*humanitatem*), para que nos tratemos los unos y los otros mutuamente como partes del mismo cuerpo. Y no pensemos en quitar nada a esta necesidad, pues es contra la ley natural no ayudarnos". El resultado de este benéfico influjo fue que en el Bajo Imperio la *aequitas* vino a concebirse como una remisión en la inflexibilidad del Derecho. Decía Donato, un gramático del siglo IV: "*Inter ius et aequitatem hoc interest: ius est quod omnia recta et inflexibilia exigit; aequitas, est quae de iure multum remittit*".²⁸

Las leyes canónicas se acomodaron a este espíritu de remisión y caridad.²⁹ No faltaron, es cierto, entre los mismos canonistas, de la época clásica del derecho canónico sobre todo, quienes trataron de volver a la equiparación entre la justicia y la equidad, recordando la severidad y el rigor del Derecho romano, según aquella famosa definición del célebre Huguccio: "*ius est aequitas, scilicet iustitia, unicuique ius summ tribuens*".³⁰ Mas, en general, los canonistas clásicos dieron al *iustum canonicum* aquel sentido que en la época postclásica del Derecho romano había prevalecido: "*placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*" (Cod. 3, 1, 8). Con esta memorable constitución de Constantino Magno bien podemos decir que se inaugura la *aequitas christiana* en su verdadero sentido. De aquí las célebres definiciones de los

26. CICERÓN, *De officiis*, I, 10, 33; I., STROUX, *Summum ius, summa iniuria*, p. 22; J. LABOUROULON, *Le concept de "benignitas" en droit romain classique*, en "Nouv. Revue historique de droit français et étranger" (1948), pp. 100-106. O., ROBLEDA, *La "aequitas" en Cicerón*, en "Humanidades", II, pp. 1-27.

27. S. AMBROSIO, *De officiis ministrorum*, III, 3, 19 (PL, 16, 150); O. ROBLEDA, *La "humanitas" y el derecho en "Humanidades"*, VI, pp. 9-34.

28. E. ALBERTARIO, *Etica e diritto nel mondo classico latino*, en "Rivista internazionale di filosofia del diritto" (1932), p. 34.

29. N. HILLING, *Der Cod. Iur. Can. als "Legislatio Caritatis"*, en *Archiv für Kath Kirchenrecht* (1942-1943), p. 6 (1944-1948), pp. 1-8. CH. LEFEBURE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, pp. 182, 204-207; W. M. PLÖCHL, *The Fundamental Principles of the Philosophy of Canon Law*, en "The Jurist" (1944), p. 30.

30. HUGUCCIO, c. 25, *Ut constitueretur*, Dist. 4, v. *Detrahendum est en CH. LEFEBURE*, o. c., p. 180.

canonistas: “*aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata*” (Hostiensis);³¹ “*rationabilis modus continens misericordiam et rigorem*” (Abbas Panormitanus);³² “*aequitas appellatur misericordia, est quadam temperantia iuris*” (Zabarella).³³

Ese concepto explica las constantes amonestaciones de los papas a los jueces, administradores, rectores de la Iglesia para que el orden eclesiástico sea siempre temperado, moderado, alejado del rigor, si es que el Derecho mismo no se expresa distintamente. Un principio del papa Honorio III, inserto en las Decretales³⁴ proclamaba: “*In his vero super quibus ius non videtur expressum, procedas aequitate servata, semper in humanorem partem declinando secundum quod personas et causas, loca et tempora videris postulare*”.

Resumiendo, Pío XII, en su bello y sabio discurso a los juristas reunidos para conmemorar el VIII Centenario del decreto de Graciano, decía: ³⁵ “En el *decretum Gratiani* por la variedad misma de las fuentes que lo componen, se encuentran en alianza perfecta la Teología y el Derecho canónico: éste se enraiza profundísimamente en la divina revelación, de donde extrae la *temperantia*, la *humanitas*, la *asperitatis remissio*, la *caritas*... Con estas virtudes el Derecho canónico adquirió su forma y color original, y quedóle impreso, como un sello propio, la *aequitas christiana*, que presto se tradujo en la *aequitas canonica*”.

La práctica canónica de la equidad se funda en primer lugar en el máximo respeto por los derechos naturales del hombre y la personalidad individual. No solamente no admite nada contra el Derecho natural³⁶ ni en la costumbre (can. 27), ni en la prescripción (can. 1509), sino que defiende la personalidad humana extendiendo en sus leyes la eficacia de la voluntad, tanto cuanto, salvando los principios morales, se puede extender. Es el Derecho canónico el más celoso defensor de la conciencia individual evitando cuidadosamente todo exceso de formalismo jurídico.³⁷

31. HOSTIENSIS (Henricus de Segusio), *Summa aurea*, lib. V, *De dispensationibus*, en CH. LEFEVRE, o. c., p. 182.

32. ABBAS PANORMITANUS, *In I librum decretalium*, tit. *De transactionibus*, c. 11.

33. F. ZABARELLA, *In I libr. decretalium*, tit. *De transactionibus*, c. 11; *In lib. V decretalium*, tit. *De simonia*, c. 6, 31.

34. C. 11, X, 1. I tit. 36 *De transactionibus*.

35. Pío XII, *Ad Delegatos internationalis Conventus ad celebrandum Decretum Gratiani octo ante saecula editum* (22 Aprilis 1952) en AAS, 1952, p. 376.

36. I. SALSMAANS, *De elemento morali in C. I. C.* en “*Ius pontificium*” (1928), p. 160.

37. CH. LEFEVRE, *Équité canonique et manifestations de volonté* en “*Actes du congrès de droit canonique*” (Paris 1950), pp. 339-347.

Véase cómo trata el Código de Derecho canónico el consentimiento matrimonial, que nunca puede ser suplido por potestad humana (can. 1081). No han faltado, por ejemplo, juristas, y aun canonistas,³⁸ que han juzgado ser oportuno que la Iglesia estableciera una presunción *juris et jure* de la validez del matrimonio en el fuero externo, después de un tiempo prolongado de vida conyugal, sin atender a la situación de las cosas en el fuero interno. La ley canónica no ha querido recibir esta sugestión; casi se puede decir que no la ha de recibir, aun cuando pudiera parecer que el bien público la exige como justa, en homenaje a la necesaria estabilidad de un estado como es el matrimonial. Es cierto que el Código de Derecho canónico establece la presunción de validez del matrimonio en caso de duda, aplicándole el famoso *favor iuris*, establecido en el canon 1015. Razones evidentes de bien público y de necesaria cautela ante la posibilidad de infringir el Derecho divino de la indisolubilidad lo imponen. Pero es esta misma ley divina de la indisolubilidad la que obliga a proteger con todos los medios la libertad, la pureza y la verdad del consentimiento. De ahí las disposiciones sobre el *metus*, incluso el llamado reverencial (cualificado), que defienden con tan grande equidad la libertad de los hijos de familia para celebrar el matrimonio. Esa misma equidad preside en las causas matrimoniales su admisión en el fuero eclesiástico según normas prudentísimas dictadas en la Instrucción de la S. Congregación de Sacramentos (15 agosto 1936),³⁹ aun en el caso en que el cónyuge culpable de un impedimento dirimente (crimen, raptó) o de la misma nulidad (simulación del consentimiento en sus distintas formas) quiera introducir una causa de nulidad.

Es asimismo resultado de la equidad canónica la forma de los procesos canónicos; por un lado facilita una instrucción minuciosa que apure la verdad de los hechos hasta donde sea posible, y de otro reduce las formalidades hasta donde lo consienta la necesidad de guardar las normas procesales sin detrimento de la justicia. Manda el Derecho canónico que las causas se terminen, *salva iustitia*, cuanto antes (can. 1620); que los términos fatales (*fatalia legis*) constituidos por la ley para derimir los derechos sean improrrogables, mas permite al juez por justa causa la prórroga de los términos judiciales y convencionales, con tal que no se perpetúa el juicio

38. C. A. IEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, p. 198.

39. *Instructio servanda a tribunalibus diocesanis* en AAS (1936), pp. 131 ss. Cfr. R. BIDAGOR, *Circa accusationem matrimoni coniugis culpabilis* en "Rassegna di morale e diritto" (1940), pp. 5-7.

más de lo que consiente la equidad (can. 1634, 1731); que se admita en el juicio aun a los excomulgados vitandos para impugnar por sí mismos la justicia o la legitimidad de la excomunión, y por procurador, cuando se trate de alejar algún perjuicio espiritual (can. 1654); manda al que ejecute una sentencia, que lo haga en forma que dañe lo menos posible al condenado (can. 1923), etc.⁴⁰

Más acentuadamente el Derecho penal de la Iglesia recomienda al superior eclesiástico y al juez, que, aunque la gravedad de un delito exija la aplicación de la pena, es necesario que usen *cum mansuetudine rigor, cum misericordia iudicium, cum lenitate severitas*, según un aviso felizmente expresado en el Concilio Tridentino (sess. 13, *de ref.*, c. 1) y que el *Codex Iuris canonici* ha cuidadosamente transcrito en el canon 2214.

Los postulados de la equidad no pueden tener reglas definidas de antemano. Donde imperan, se ha de dejar al poder discrecional del gobernante la facultad necesaria para que sus medidas y providencias tengan ese carácter de prudencia y equilibrio que tanto ennoblece la vida jurídica. Es y debe ser su sentido de la justicia quien aparte el peligro de la arbitrariedad y haga imperar la razón, la equidad, la bondad de las causas en la resolución de los negocios y pleitos. Nuestro Derecho está pletórico de esta exigencia, y el recuerdo de la necesidad de causas justas y *equas* para proceder canónicamente es casi constante a través de los cánones.

Ciertamente, el poder discrecional del obispo en la Iglesia es amplísimo, pero al mismo tiempo el legislador manda a los superiores que procedan siempre *ex iusta et rationabili causa, y aequitate canonica servata*. La dispensa de la ley (can. 84), la novación de los beneficios eclesiásticos (canon 1428), la enajenación de los bienes eclesiásticos (can. 1530) dependen incluso en su validez de la existencia de la causa canónica correspondiente.⁴¹ Aun el mismo Romano Pontífice no puede dispensar de un matrimo-

40. Más detalles en CH. LEFEVRE, *Le rôle de l'équité en droit canonique* en "Ephemerides iuris canonici" (1951), pp. 140-142.

41. Aunque no todos estén conformes en esta opinión, como CAPPELLO, *Summa iuris canonici*, II, p. 446, sin embargo, la más sólida doctrina está conforme. WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum*, IV, p. O., GIACCHI, *La causa negli atti amministrativi canonici*, en "Scritti giuridici in onore di Santi Romano", IV, pp. 247-263. M., PETRONCELLI, *La "depuratio ad cultum publicum"*. *Contributo alla dottrina canonica degli edifici pubblici di culto*, p. 41.

nio rato y no consumado si no es verdadera la causa justa que se alega en la petición de esta importante gracia (can. 1119).⁴²

La privación de un oficio, la remoción de un párroco amovible, la aceptación de la renuncia no pueden hacerse sin causa justa y proporcionada, y se advierte en los cánones: *naturali aequitate servata* (can. 144, 189, 192).

En una causa de tránsito de un clérigo de su diócesis de incardinación a otra diócesis, su obispo propio quiso reclamarlo con daño de la diócesis en que trabajaba con fruto. La sagrada Congregación del Concilio lo impidió con esta justa motivación:⁴³ que la equidad natural y canónica piden que no sólo el tal clérigo debe retenerse en la diócesis en que trabaja mientras la sirve con fruto, mas no se debe tampoco remitirlo a la diócesis de origen cuando ya no sirva, o haya caído en faltas, o de cualquier forma haya disminuido su valor personal.

Hay otras situaciones jurídicas en Derecho canónico que justamente han retenido la atención del legislador para suavizar ciertos efectos que produciría el derecho rigurosamente aplicado. El que entra en religión ha de pasar, antes de su definitiva ascripción a la orden o congregación religiosa, por un período de probación, que tiene por objeto la experimentación de la vida religiosa para el que ingresa, y la satisfacción de parte de la religión en cuanto a las cualidades que en aquél se requieren. Delicadas situaciones que han de resolverse con entera libertad por una y otra parte antes de los votos perpetuos. El religioso puede libremente marcharse; la religión lo puede excluir de su seno sólo por razones justas y razonables y no por enfermedad del sujeto, si no es que la hubiere disimulado o callado *dolose* antes de hacer la profesión temporal (can. 637, 647). Mas tratándose de una religiosa que profesó temporalmente, en cualquier hipótesis, si no tiene dote que se le restituya, tiene que recibir de la religión un subsidio caritativo que, a falta de bienes propios, le dé modo de mantenerse honestamente por algún tiempo, según las reglas de la equidad natural (can. 643).

Los romanos pusieron como fundamento de su Derecho la *fides*, es decir, la fidelidad: *fundamentum autem est iustitiae, fides* (CIC. *De offic.*

42. LEGA CARD., *Decretum. Regulae servandae in processibus super matrimonio rato et non consummato*, en AAS (1923), p. 389.

43. S. C. CONCILII, *Bismarkien et Aliarum* en AAS (1953), p. 39.

I, 7, 23).⁴⁴ fácilmente se dejaron creer que los *boni viri*, amantes de la *aequitas* (Cic. *De leg.* I, 18, 48), eran por excelencia la representación de la verdadera justicia. En realidad la *fides* es el fundamento de la sociedad, del bien común, de la solidaridad civil, de la misma *aequitas*. Pues no se concibe cómo pueda funcionar un consorcio jurídico que no tenga por base la *fides*, *id est, dictorum conventorumque constantia et veritas* (Cic. *De offic.* I, 7, 23). Esta grande virtud de la fidelidad a las promesas y a la palabra dada supone en las relaciones jurídicas, cuyo cumplimiento se deja a la conciencia de los sujetos que en ellas intervienen, un sentido de equidad que sólo la conciencia cristiana ha podido mantener en toda su pureza y vigor.

En Derecho canónico se deja a la buena fe y a la conciencia fiel de los súbditos de la Iglesia y de los superiores que la gobiernan una gran parte del cumplimiento de los preceptos jurídicos y de la ejecución de las convenciones y obligaciones. Basta recordar que los fieles entregan a los sacerdotes cientos de miles de estipendios para la celebración de misas, sin que quieran o aun puedan obtener testimonio del cumplimiento de esas obligaciones: la celebración de las misas se deja confiada a la fidelidad de los sacerdotes.⁴⁵

Asimismo una gran parte de las obligaciones canónicas se impone bajo la única sanción de la licitud de los relativos actos o de la ilicitud de las omisiones, sin apelar a alguna coacción o sanción externa, y aún sin decretar en tantos casos la nulidad de los actos contrarios a la ley.⁴⁶ Diríase que nuestro derecho se inspira casi constantemente en aquella motivación que los romanos escribieron: *quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* (D. 28, 7, 15).

Hay obligaciones graves, como es la del beneficiario, que debe emplear el superfluo de las rentas beneficiosas en el cuidado de los pobres o entregarlo a las causas pías: el *Codex* (can. 1473) no ha querido añadir ninguna sanción a la transgresión de esa obligación, que en el sentir de bue-

44. F., SCHULZ, *Prinzipien des r. R.*, p. 151; O. ROBLEDA *La "aequitas" en Cicerón*, l. c., p. 9; G. v. BESELER, *Fides*, en "*Atti del congresso internazionale di diritto romano*", Roma (1933), vol. IV, p. 133.

45. F., ROBERTI, *Respectus sociales in codice iuris canonici* en "*Apollinaris*" (1937), p. 348.

46. P. G. CARON, *Il valore giuridico delle esortazioni del legislatore nel diritto canonico*, en "*Studi in onori di Vincenzo del Giudice*", p. 125.

nos canonistas es no sólo de religión, sino de justicia.⁴⁷ Hay asimismo obligaciones impuestas a los obispos y a los superiores eclesiásticos acerca del modo de proceder en negocios determinados, como son la concesión de licencias de confesar, predicar (can. 545, 1363), o la ejecución de preceptos más importantes (can. 117, 459, 972, 1269, etc.): éstos se confían a la conciencia de los interesados con la expresión característica *onerata graviter conscientia*, que es una acentuación de la gravedad de la obligación. En cuanto a la licitud de los actos dependiente de algún requisito especial, existe un canon taxativo según el cual sólo allí donde se prescribe la nulidad el acto carecerá de valor jurídico (can. 11); mas cualquier falta en el cumplimiento de los requisitos de los actos jurídicos se entiende que grava la conciencia de los agentes, es acción ilícita (can. 105, 1653).⁴⁸

Un gran número de instituciones canónicas dependen de esta *bona fides*, cuya base canónica no puede ser otra que la misma caridad. Dice un autor: "La caridad es siempre la base de la buena fe, la virtud legal de toda ley verdadera. La *bona fides* es impensable sin la verdadera caridad. *Bona fides* en derecho canónico es no solamente la ley de la honradez, sino una máxima legal eminente, que gobierna la conducta y los intereses de los sujetos de dicha ley (can. 105, 1027, 1746, 1743, 1015, 1446, 1512, 1689, etc.), y su violación es condenada y aborrecida por el Código (can. 40, 45, 48, 52, 98, 1054, 1743, 1731).⁴⁹

Resta indicar últimamente dos medios familiares a nuestro derecho y que son poderosísimos para realizar la equidad en las relaciones canónicas: el instituto de la dispensa y la *epicheia*. Ambos se proponen el mantenimiento de un orden canónico acomodado a las innumerables situaciones, delicadas y complicadas, a que da lugar la materia espiritual en su realización humana. La posibilidad de dejar en suspenso un precepto canónico por medio de la dispensa (*relaxatio legis*) en casos particulares, es la forma

47. En realidad son los menos los así opinantes; mas hoy se hace camino la doctrina que funda la naturaleza de la obligación en la de los bienes eclesiásticos que están intrínsecamente destinados a los fines de la Iglesia: religioso o caritativo (can. 100 S 1). Véase A. BIZZOTO, *Obligazione del beneficiario di devolvere ai poveri od a cause pie il reddito beneficiale superfluo alla sua onesta sustentazione*. Tesis de la Pontificia Universidad Gregoriana.

48. F. MAROI, *Sanzione* en *Enciclopedia italiana*, 30, p. 805; P. G. CARON, *Il valore giuridico etc.*, p. 134, O. ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico*, pp. 150-151.

49. W. M. PLÖCHL, *The fundamental Principles of the Philosophy of Canon Law*, en "The Jurist" (1944), pp. 1-33.

más acomodada que tiene el legislador canónico de adaptarse a las necesidades particulares, que en un derecho que rige el mundo entero no pueden menos de surgir.⁵⁰ Y yendo todavía más lejos: la Iglesia entrega la ley eclesiástica a un superior inferior, o al mismo juez o aun al simple fiel, para que en algún caso extraordinario interprete la mente del legislador presumiendo que por equidad y benignidad suspende la ley, porque sería ir contra la equidad natural si quisiera que en un determinado caso particular, insólito y extraordinario, se mantuviera su rigor. En estos casos, en que la conciencia individual resulta la sola y última instancia de la equidad, el católico es libre de decidir en conformidad con la *epicheia*.⁵¹ La *epicheia* es, dicen los canonistas, un principio del derecho canónico, basado en la equidad, por el cual en un caso particular y por circunstancias especiales el fiel se conduce según su juicio prudencial, de que una ley no ha de observarse en el foro interno o de la conciencia.⁵²

Una frase de Wohlhaupter parece resumir adecuadamente la función de la equidad en derecho canónico: "La administración de la aequitas canonica es el método de hacer sentir el derecho ideal (i. e. natural) junto y sobre el derecho positivo."⁵³

50. Esta es la más poderosa razón por la cual el instituto de la dispensa, reducido en el derecho civil principalmente a la materia matrimonial (impedimentos), familiar (tutela), y en el derecho público a las potestades análogas de la gracia, el indulto, la amnistía, la condonación, debe tener en el derecho canónico una extensión que la tradición y la práctica han fijado claramente. Véase V. DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, p. 6; FEDELE, P., *Consideraciones sobre la dispensa y sobre otras instituciones en la ordenación canónica en "Revista española de Derecho canónico" (1947)*, p. 392 y ss.; A. V. HOVE, *De privilegiis et dispensationibus*, pp. 295 y ss. Para la parte histórica, I. BRYS, *De dispensatione in iure canonico praesertim apud decretistas et decretalistas* (Brugis 1925).

51. Sobre la *Epicheia* es riquísima la literatura canónica: puede verse en la obra exhaustiva de L. J. RILEY, *The History, Nature and Use of Epicheia in Moral Theology* (Washington 1948). El autor que mejor ha definido la *Epicheia*, sus límites, condiciones y aplicación es todavía SUÁREZ. *De legibus*, VI, 6, 7, 8.

52. Observa muy bien DEL GIUDICE: "L'epicheia rimane tra gli istituti più caratteristici del diritto canonico a denotare l'elasticità e adattabilità di questo alle più varie circostanze. Si potrebbe veramente ripetere la solita immagine aristotelica del regolo lesbio. Ma sarebbe erroneo dedurre dalla grande importanza che ha l'epicheia nel diritto canonico che questo è, come tutti quelli nei quali l'equità signoreggia per mezzo d'interpreti e giudici" un ordinamento "primitivo"! Il Ferrara, nell'affermare ciò in via generale (*Trattato di diritto civile italiano*, Vol. I *Dottrine generali* parte I, p. 45) non tenne presente che l'uso dell'equità è in funzione, non dello sviluppo, ma delle circostanze; o meglio in rapporto con lo spirito d'un ordinamento; e che, se è imperiosa l'esigenza della certezza del diritto, non è meno imperiosa quella (della quale, anzi, la prima non è che un aspetto) della giustizia" (o. c., p. 52).

53. E. WOHLHAUPTER, *Aequitas canonica*, p. 190.

III. TRADICIÓN. — La gravedad y la constancia son dos virtudes que exaltan una tradición jurídica. Porque en ellas se basa la grandeza del derecho como norma de las relaciones humanas.

El derecho de la Iglesia tiene, además, un fundamento inmutable, pues procede del derecho divino que determina sus principios y normas constitucionales. De éstos no puede hablarse propiamente como de una tradición; en cuanto recibidos de Dios en el mismo origen de la Iglesia, regulan su vida y actividades dando la forma perenne a la sociedad eclesiástica forma externa conforme a las tradiciones del derecho romano.

La *constancia* y la *gravitas* fueron las virtudes cardinales de la nación romana.⁵⁴ Es característico aquel discurso en el Senado del jurista C. Casio Longino, que refiere Tácito (*Annales*, 14, 43): “Muchas veces, Padres conscriptos, he intervenido en esta asamblea, cuando se han pedido nuevos decretos del Senado contrarios a las instituciones y leyes de nuestros mayores; y no me he opuesto, no porque dudara que lo ya establecido en cualquier asunto no fuera mejor y más justo, y que lo que se iba a cambiar acabaría en daño, sino porque no pareciera que con mi excesivo amor de la antigua costumbre quería dar relieve a mi opinión”. Puede decirse que en este sentimiento común de los juristas romanos se encierra el sentido de responsabilidad de quienes participaban en la formación del derecho. El romano no era amigo del inquieto experimentar, del alegre reformar, del volver a empezar bruscamente. Las reformas debían ser, según ellos, lentas y prudentes, sobre todo cuando las leyes se han elevado a la categoría de instituciones jurídicas. Más fácilmente dejaban que las cosas inútiles y las formas jurídicas anticuadas cayeran en desuso porque ya no se aplicaban, que emprendían reformas intempestivas abrogando drásticamente las instituciones pasadas. Decía Cicerón (*De re publica*, 2, 1, 2) que la república romana se constituyó no por el genio de uno solo, sino de muchos, *non una hominis vita, sed aliquod constituta saeculis et aetatibus*. La razón de este espíritu conservador la ha apuntado certeramente von Ihering diciendo que la historia, en materia de Derecho, trabaja muy lentamente, y que cualquier leve cambio en él requiere un largo espacio de tiempo.⁵⁵

Tres son los Derechos que se han basado en este tradicionalismo: el romano, el canónico y el anglosajón.⁵⁶ En todos ellos destacan estas pro-

54. F. SCHULZ, *Prinzipien des r. R.*, p. 57.

55. R. v. IHERING, *Geist des römischen Rechts*, I, p. 69.

56. G. RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, 1947, p. 53.

riedades: la unidad, la flexibilidad, la continuidad. La unidad del Derecho exige que no haya interrupciones ni rupturas en la aplicación de los principios para que ni las circunstancias y vicisitudes que traen los tiempos deshagan su inmutabilidad, que es como se realiza la unidad a pesar de las mutaciones oportunas.⁵⁷

Es necesaria asimismo la flexibilidad, la cualidad de adaptarse a los progresos humanos para mejor satisfacer las necesidades nuevas que aquellos presentan. La función de la equidad en este aspecto ha sido expuesta más arriba. Las tradiciones no deben ni pueden favorecer a la inercia; la inercia es una fuerza negativa, mientras el progreso sirve a desarrollar las que se encuentran en los principios inmanentes, que con ello adquieren nuevo rigor y solidez en el sistema jurídico. Mas, las novedades así logradas producen la consolidación de las antigüedades e instituciones de los mayores.

La continuidad del derecho alcanza su fin por la seguridad que en medio de las dificultades ofrece la justicia, prometiendo dar *unicuique suum*.

El Derecho romano y el Derecho anglosajón se distinguen muy especialmente por estas virtudes.

El Derecho canónico las ha enraizado en las alturas de lo sobrenatural. Los fundamentos del Derecho canónico son los mismos que los de la teología: las leyes canónicas, dice Suárez,⁵⁸ pertenecen al orden sobrenatural. Es el mismo Cristo quien dio su constitución a la Iglesia, sus poderes, los medios para conseguir su fin, la jerarquía sagrada, sus derechos en relación con los poderes seculares y principalmente con el Estado; estas instituciones del divino Fundador deben permanecer sin mutación alguna, como los mismos derechos naturales. Porque "los derechos naturales, dice Justiniano, que son observados por todas las gentes de la misma manera, habiendo sido constituidos por la providencia divina, siempre permanecen firmes e inmutables" (Justin. 1, 1, 12). El divino depósito, sea el natural sea el positivo, que es el fundamento perpetuo de nuestro derecho, dio a todo el edificio del Derecho eclesiástico desde el principio de la Iglesia su más sólido cimiento.⁵⁹ Y no podría explicarse de otra manera la larga historia del Derecho canónico siempre igual en su continuidad, que por

57. R. v. IHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, 1, 176.

58. F. SUÁREZ, *De legibus*. Proemium.

59. I. SALAVERRI, *El derecho en el misterio de la Iglesia*, I. c., p. 256.

dos milenios mantiene la misma unidad sin dudas ni cambios en sus líneas estructurales. Los enemigos de la Iglesia y del derecho canónico, como Sohm⁶⁰ y Stutz,⁶¹ no han podido probar lo contrario.

No es esa inmutabilidad la que aquí se ha de exponer o probar. Cuando hablamos de la tradición como una de las notas del espíritu del derecho canónico nos referimos a aquella *constantia* y *gravitas* que ostenta el derecho de la Iglesia en las mismas instituciones humanas que desarrollan la vida exterior jurídica eclesiástica, sujeta también a la necesidad de hacer las mutaciones convenientes y oportunas que mejor las acomoden a las vicisitudes que todo derecho humano debe correr.

La seguridad que da a la Iglesia la larga experiencia de una vida secular en medio de convulsiones profundas y casi infinitas por las que ha pasado ese su antagonista que es el Estado, a través de vicisitudes sociales y políticas tan diversas y entre sí contradictorias, no ha vacilado. La Iglesia ha conocido el favor y la persecución de hombres potentísimos, ha visto cambiar las concepciones filosóficas y jurídicas, ha sufrido los golpes de las revoluciones políticas y sus consecuencias en el orden político y religioso, constitucional y social. Nada ha valido para que cambiaran las formas de su derecho, ni perdieran su fuerza las instituciones humanas que en el correr de los siglos se han creado para darle más eficacia y conservarle el orden, la disciplina y la interna cohesión.

Me propongo demostrar con algunos ejemplos el espíritu que anima a la tradición jurídica canónica.

1) Sea el primero el mantenimiento del sistema benefical. El beneficio eclesiástico en su concepción positiva es de Derecho eclesiástico humano. Con él la Iglesia ha dispuesto el medio de sustentar al clero de manera estable y segura. Al principio la sustentación de los clérigos fue más bien ordenada con las limosnas manuales y las oblaciones del altar.⁶² La idea de bienes estables como dotación correspondiente de cada oficio eclesiástico, de cuyos frutos haya de sustentarse el beneficiario (es la concepción del beneficio) surgió en la Iglesia en tiempos posteriores.

60. R. SOHM, *Kirchenrecht*, I, 22-28, 54. Contra la teoría de Sohm, los trabajos católicos son innumerables y persuasivos. De entre los protestantes destaca el mismo A. HARNACK, *Entstehung und Entwicklung der Kirchenverfassung*, pp. 182-184.

61. U. STUTZ, *Der Geist des Codex Iuris Canonici*, pp. 182-184.

62. A. GALANTE, *Il beneficio ecclesiastico*, pp. 7 y ss.

La institución benefical fue en sus orígenes común a la Iglesia y al Estado. El sistema se introdujo en la Iglesia sea por influjo de la "iglesia propia" (*Eigenkirche*),⁶³ como opinaba Stutz, sea por transformación de instituciones romanas, en particular el *precarium*, u otras formas más afines.⁶⁴ La Iglesia conoció el uso de los beneficios en sus tierras exactamente en la misma forma en que el beneficio se concedía en el alto Medioevo a los laicos por sus señores.

En los siglos posteriores sufrió esta institución profundas transformaciones en su estructura jurídica, no sólo por el cambio de las condiciones jurídicas y económicas generales, que en el Estado produjeron, sino porque la Iglesia encontraba dificultades en la acomodación del sistema benefical a sus necesidades, por los muchos abusos a que podía dar lugar. En realidad no faltaron esos abusos, que en ciertas épocas (siglos xiv y xv) casi determinaron la derogación de toda la institución. Pero ni los abusos, ni las sutilezas jurídicas con las que se pretendían ocultar, ni las supresiones violentas y expoliaciones de los bienes eclesiásticos, agravadas considerablemente en los tiempos posteriores a la Revolución francesa, pudieron nunca decidir a la Iglesia a su supresión.

El sistema benefical en su forma original no es concebible sin los bienes estables y frugíferos.⁶⁵ Al desaparecer la mayor parte de los que poseía la Iglesia parecía que el derecho canónico había de transformar radicalmente el beneficio. Y no lo ha hecho, ni siquiera en su cuerpo legislativo más reciente e importante, el *Codex iuris canonici*. Al concepto de dote benefical ha dado una flexibilidad y elasticidad (los franceses dirían *souplesse*) que ha hecho posible hacer entrar dentro del concepto del beneficio eclesiástico la dotación consistente en obligaciones de muy diverso género, particularmente las obligaciones económicas del Estado, de las corporaciones, de las familias, y hasta las oblaciones voluntarias de los fieles (can. 1409, 1410).⁶⁶ Con ello todo beneficiario retiene el *Derecho* a los réditos que en una u otra forma puede obtener de las fuentes productivas de prestaciones eclesiásticas.

63. U. STUTZ, *Geschichte des Kirchlichen Beneficialwesens*, p. 89; A. PÖSCHL, *Die entstehung des geistlichen Benefiziums*, en *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, t. 106, pp. 42 y ss.; R. BIDAGOR, *La "Iglesia propia" en España*, pp. 23 y ss.

64. FUSTEL DE COULANGES, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, Les origines du système féodal*, pp. 63 y ss.

65. P. LEUREN, *Forum beneficale* (Coloniae 1704), P. I., q. 1. s. N. GARCÍA DE BENEFICIIS ECCLESIASTICIS (Caesaraugustae, 1690), pp.

66. P. WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum*, II, pp. 198 y ss.

Y, hoy aún, el sistema benefical es el que rige la estructura básica de los oficios eclesiásticos. ¿Quién puede negar que en tanta variedad de pueblos y regiones, de circunstancias y medios en los que la Iglesia debe atender a la sustentación de sus ministros, habiendo cambiado tanto la consideración del Derecho administrativo aun eclesiástico, el derecho benefical, conservado con tanta dificultad, haya mantenido eficazmente la unidad de administración eclesiástica patrimonial? Si en diversas partes del mundo se han podido todavía salvar algunos bienes eclesiásticos de las sistemáticas expoliaciones del Estado, parece no poder dudarse que ello es debido al sistema benefical.⁶⁷ Este sistema, convenientemente adaptado a los tiempos modernos, ha favorecido la conveniente descentralización y autonomía administrativa en una Iglesia que es pobre; hubiera sido casi imposible satisfacer esas necesidades y obtener una buena administración de otra manera. Podrían servirnos de ejemplo los dispendios económicos que vemos en el estado moderno excesivamente centralizado.

2) Entre las máximas instituciones que la Iglesia ha conservado y favorecido se cuenta la costumbre. El jurista moderno apenas puede comprender un sistema de derecho en el que la costumbre contra ley tenga eficacia completa. La historia, sin embargo, es testigo de que una gran mayoría de las instituciones jurídicas tiene su origen en la costumbre, sea porque la ley no ha significado más que el encauzamiento de ellas, sea porque al margen del Derecho escrito toda nueva necesidad encuentra su satisfacción en la práctica consuetudinaria.

Se ha dicho muy bien que la consideración de la naturaleza de la Iglesia podría hacer llegar *a priori* a esta conclusión: las costumbres propiamente dichas no pueden tener cabida en el ordenamiento de la Iglesia.⁶⁸ En primer lugar, porque en ella todo poder y todo derecho procede de la autoridad; nuestro *Codex J. C.* reclama solemnemente: la costumbre en la Iglesia tiene fuerza de ley *únicamente* por el consentimiento del superior eclesiástico competente (c. 25). Por otra parte, las costumbres han de introducirse por los usos del pueblo, y a primera vista nada parece que repugna más a la constitución jerárquica de la Iglesia que el Derecho creado, no por esa jerarquía establecida con tanta plenitud de potestad, sino por las costumbres y usos del pueblo, aunque sea consintiéndolo el legislador.

67. E. MAGNIN, *Bénéfices ecclésiastiques*, en *Dictionnaire de droit canonique*, v. II, 670 y ss.

68. R. WEHRLÉ, *De la coutume dans le droit canonique*, p. 7.

Sin embargo, la Iglesia, respetando y alentando las tradiciones bien formadas, principalmente si son seculares, pide a su vez al pueblo fiel que respete sus propias tradiciones. La Tradición es para ella una gran fuerza, no sólo en el orden dogmático, sino también en el disciplinar, que le da estabilidad, indefectibilidad y perpetuidad.⁶⁹ La Tradición apostólica y las tradiciones seculares son una señal tan propia de la Iglesia Católica que a ellas acude para confirmar sus enseñanzas y sus leyes; las instituciones que el largo decurso de los siglos ha consolidado, son siempre venerables y dignas del mayor respeto.

El admitir las costumbres jurídicas, aun contra leyes universales, no es defecto del derecho canónico o debilidad de su estructura,⁷⁰ sino propiedad característica de la largueza, amplitud y equidad de la Iglesia, que las acoge cuando revisten las condiciones señaladas por el legislador (canon 27, 28). Esta largueza es tan oportuna, que la misma experiencia prueba ser necesaria a la universalidad del derecho canónico, y a la flexibilidad para poder acomodarse a la infinita variedad de regiones, condiciones sociales, culturas en que debe ejercer su imperio y eficacia. El Código de Derecho Canónico, lejos de cercenar la fuerza de la costumbre, ha querido sancionar de nuevo aquella célebre Decretal de Gregorio IX (c. 11, X, *De consuetudine*, I, 4), que, corrigiendo la Constitución de Constantino referida en el *Codex Iustinianus* (VIII, 52, 2), dejó establecidas en la legislación canónica las condiciones de legitimidad de la costumbre, aun *contra legem*. Por otra parte, determinando el sujeto que puede inducir una costumbre: *communitas quae legis ecclesiasticae recipiendae capax est* (can. 26), ha consagrado una fórmula particularmente feliz debida a Suárez, en su famoso tratado *De legibus*.⁷¹

3) La fuerza de la tradición eclesiástica es tan grande que en algunos casos más importantes llega a dar eficacia absoluta e inderogabilidad a leyes que son de Derecho positivo humano. Con ello dichas leyes asumen la dignidad de constituciones que pudieran llamarse estructurales.⁷² La ley del celibato de los clérigos ordenados *in sacris* es ciertamente una de las más atacadas y que más dificultades ha creado a la Iglesia. Aun en años

69. E. IOMBART, *Tradition et progrès en droit canonique*, en "Actes du congrès de droit canonique, (Paris 1947,, pp. 295 y ss.

70. R. WEHRLÉ, *De la coutume*, p. 336.

71. F. SUÁREZ, *De legibus*, I, VII, c. 3, nn. 7-11. Cfr. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, II, pp. 54-70.

72. M. DE SUSANIS. *De coelibatu sacerdotum non abrogando* (Venetiis 1565).

recientes y recentísimos las peticiones y ciertos movimientos irregulares de sacerdotes que la han estimado no apta para los tiempos actuales,⁷³ no han podido mover al legislador ni a considerar siquiera el valor de aquéllas. Por el contrario, demostrando que dicha ley ha adquirido en la Iglesia una firmeza ABSOLUTA, el papa Benedicto xv en solemne consistorio (16 diciembre 1920) contra las pretensiones del clero checoslovaco de la Sociedad del Clero *Iednota*, pronunció estas memorables palabras: "que no sucedería *nunca* que la Sede Apostólica mitigara en parte alguna, aunque pequeña, y mucho menos aboliera la ley santísima y muy saludable del celibato eclesiástico". Y añadía que "las novedades que algunos pretendían introducir en la disciplina eclesiástica para dar un sentido más popular y democrático a sus instituciones no podrían ser aprobadas por la Sede Apostólica". (AAS, 12 [1920], 587).⁷⁴

4) Otro ejemplo notable de la constancia en las instituciones eclesiásticas lo hallamos en el derecho de los religiosos. Es difícil no admirar cómo a través de los siglos órdenes religiosas antiquísimas han conservado la misma forma insistiendo en las reglas y constituciones con que nacieron.⁷⁵ Ciertamente participan de esa maleabilidad y poder de acomodación que distingue a la Iglesia; mas el hecho notabilísimo es que guardan sus estatutos fundamentales y su tradición con una fidelidad tanto mayor cuanto más la experiencia les ha enseñado que el mantenerse fieles a los ideales y formas sustanciales descritas por los Fundadores ha producido en largos siglos de historia los frutos que aquéllos se propusieron.

Mas esto no ha sido impedimento para que la vida religiosa haya encontrado formas nuevas inspiradas por las necesidades de los tiempos desarrollando y conservando de maneras diversas aquel principio de auto-

73. Véase toda la Encíclica de Gregorio XVI *Mirari vos*, 15 augusti 1832, *Acta Gregorii XVI*, I, p. 169.

74. Benedicto XV en carta al Card. Csernoch, Arzobispo de Strigonia, 12 marzo 1919, escribía entre otras cosas: "*Nullam prorsus ab apostolicae sede de sacerdotalis continentiae lege permitti posse quaestionem*" (AAS, 11, 123).

75. En el Congreso de religiosos celebrado en Roma en 1950, aun cuando el lema era la acomodación de los institutos de perfección a las necesidades y condiciones actuales, se insistió en que los institutos religiosos no sólo habían de guardar los ejemplos y el espíritu de sus fundadores (véase *Acta et documenta Congressus generalis de statibus perfectionis*, vol. I, p. IX), sino que entre los votos formulados se incluyó el siguiente: "Continuando le nostre tradizioni ed essendo fedeli alla nostra missione, terremo sempre in noi vivo ed attuale il senso dolcemente filiale dei legami che ci avvincano alla Chiesa nella sua unità, nella sua cattolicità, nel suo apostolato e soprattutto nello sua santità" (*Acta et documenta*, vol. IV, p. 295).

mía y descentralización que tanto obliga a los institutos religiosos y tantos problemas de organización y acción eclesialística resuelve.⁷⁶

5) A estos ejemplos se podrían añadir mucho más. Ellos demuestran que el espíritu del Derecho canónico es conservador y tradicionalista en lo que aquél significa de gravedad y circunspección en mantener lo que ponderadamente se ha establecido.

La Iglesia no suprime fácilmente leyes y usos transmitidos por el pasado; los cambios en su disciplina son fruto más bien de una evolución bastante lenta que de bruscas medidas o de revoluciones. Llama la atención que las reformas legislativas en el Derecho canónico nunca son repentinas; generalmente antes de llegar a crear nuevas normas se pasa por otras intermedias, que, sometidas a la experiencia, marcarán la conveniencia o no de ir más adelante en la reforma emprendida. Así se hace más suave al pueblo fiel, muy apegado a los usos anteriores, la acomodación a las nuevas leyes. Sobre todo, no vuelve la Iglesia atrás, como demasiado frecuentemente sucede en el Estado, restableciendo, a veces con otros nombres, lo que apresuradamente se trató de destruir. Los progresos en Derecho canónico son siempre duraderos.⁷⁷ A veces la Iglesia no duda en tomar medidas más drásticas, cuando el bien espiritual lo impone. El *Codex*, con un canon tajante (can. 1450), suprimió para el futuro todo derecho de patronato; mas no dejó de reconocer los establecidos antes de su promulgación en homenaje a los derechos adquiridos, si bien no lo eran estrictamente tales, pues el derecho de patronato es siempre *gratia*. Una manifestación más de la equidad canónica.

El Derecho canónico progresa sobre todo en un proceso de simplificación, que lo hace más ágil y más conforme a las necesidades actuales,⁷⁸ como en los impedimentos matrimoniales, en las irregularidades y otros impedimentos para la ordenación, en las penas eclesialísticas, y en general en todo lo que pueda servir a la mejor cura de almas. Es claro que los

76. Una breve pero sustanciosa historia ha trazado la Constitución Apostólica *Provida mater* (AAS, 1947, pp. 114-127) por la que se constituyen los *Institutos seculares*. Estos suponen el último entre los grados de asociación eclesialística diversos que han aparecido en la Iglesia para realizar canónicamente el estado de perfección evangélica. Una historia breve de la evolución ha trazado el Exmo. P. LARRAONA, en *Acta et documenta* cit., vol. IV, pp. 262-293.

77. E. IOMBART, *Tradition et progrès en droit canonique*, p. 295.

78. M. FALCO, *Introduzione allo studio del "Codex Iuris Canonici"*, pp. 276, 283; A. BERNAREGGI, *Metodi e sistemi delle antiche collezioni e del nuovo Codice di diritto canonico*, p. 105 y ss.

hábitos modernos influyen en la forma actual de las leyes eclesiásticas. El Derecho canónico puede por ello aparecer como más espiritualizado.⁷⁹ En realidad la mayor simplificación del Derecho actual respecto al Derecho histórico ha hecho marcar más claramente que las bases; los procesos sustanciales, las formas más íntimas del Derecho de la Iglesia, dejando caer lo más accidental, son inmutables, que responden a necesidades que derivan de la misma obra de Dios, pues el Espíritu Santo, el espíritu de Cristo, es el verdadero espíritu del Derecho canónico.

79. Es principalmente el protestante U. STUTZ quien más insistió en ese aspecto de espiritualización del derecho canónico. Véase *Kirchenrecht, Geschichte und System* en la "Enzyklopödie der Rechtswissenschaft" de HOLTZENDORFF-KÖHLER, vol. V, pp. 358 y ss. Mas la expresión debe entenderse rectamente en el sentido de que la Iglesia, cuanto se ha visto más destituida de auxilios temporales, ha concentrado sus medios y fuerzas en una unidad más perfecta para conseguir la realización de sus fines inmutables con los solos o casi medios espirituales. Véase R. BIDAGOR, *Nueva era de Concordatos* en "Razón y Fe" (1929), pp. 102-104.

L'ABÚS DEL DRET

per

A. BORRELL i MACIÀ

Una de les teories jurídiques que en aquests darrers temps s'ha posada de moda és la coneguda per "abús del dret", i en els tractats de Dret civil se'n parla i se li han estat dedicades monografies especialitzades. Es un tema suggestiu, però no tan nou com a primera vista pot semblar, i a Catalunya podia considerar-se d'aplicació com a dret vigent.

No cal insistir que la qualificació és completament impròpia: Planiol ja deia que el dret desapareix on comença l'abús. Es pot parlar d'abús d'una llei, de frau de la llei; pot dir-se que el legislador no ha sabut plasmar en unes quantes paraules una regla de dret...

El Dret, el podem considerar com una branca de la moral que, separada d'aquell arbre, en forma un d'independent, però en conserva la saba, tendeix cap al bé. Carnelutti (*Teoria General del Dret*, traducció castellana, pàg. 44) diu que el Dret no és altra cosa que una ètica artificialment imposada o reforçada.

I si això és així, com pot considerar-se que existeixi un Dret que sortint-se dels camins traçats per la moral, se n'abusi i continuï essent Dret?

Barassi (*Instituciones de Derecho civil*: traducció de Ramón de Haro i Mario Falcón, I, 217 i ss.) diu:

"Sempre que existeixi excés existirà violació de la llei i del dret aliè... ja que no és possible d'abusar dels propis drets que — en tant el titular s'excedeixi del seu àmbit — deixarà d'ésser-ho. La veritat és que en tots aquests casos existeixen límits legals a l'exercici del Dret subjectiu, bé per la finalitat a aconseguir, bé per la necessitat d'atendre a consideracions socials, ètiques, etc.... Per això, si el titular prescindeix d'aquests límits, s'excedirà de l'àmbit del seu dret subjectiu: obraria *non iure* i violaria la norma."

També ens diu el mateix autor que:

“la llei, en virtut de les exigències de la solidaritat humana, pot restringir els límits de l'autonomia individual reduint al mínim la torre de vori en què el titular pot moure's al seu arbitri sense preocupar-se dels tercers. Tal conducta indubtablement és digna de reprensió, però tan sols a la llum de la pròpia consciència, del precepte evangèlic “no facis als altres allò que no vulguis per a tu”; però tampoc no es pot desconèixer que un tal control de la consciència en les relacions humanes i exteriors de la societat terrena seria intolerable”.

Però, encara que la paraula “abús del dret” no sigui la més apropiada per a recollir el concepte d'allò que volem dir en usar-la, ens serà més fàcil d'entendre'ns amb ella que no pas cercant la que amb més propietat traduiria el concepte. També és cert que els límits a l'exercici del Dret per a no incórrer en abús els ha d'assenyalar en primer lloc la moral, i força vegades d'una manera única; és cert que el legislador, des dels temps primitius ha vingut limitant l'exercici del dret positiu per evitar-ne l'abús, i que cada dia es dicten noves disposicions inspirades en aquesta finalitat; però també és cert que encara queda un ample camp d'acció per a aplicar la doctrina de l'abús del dret com una fórmula que arriba allà on el legislador no ha arribat, i que permet als Tribunals de justícia de dir als que hi acudeixen sol·licitant l'efectivitat de la lletra d'una llei que perjudica el proïsme, que no hi ha lloc a aplicar-la perquè en demanar-ho abuses del dret, abuses de la llei que no ha estat dictada per a aquest cas.

Potser els principis de la bona fe, del frau de la llei, la clàusula *rebus sic stantibus* i d'altres podrien exercir la funció que hom atribueix al de l'abús del dret, però el fet que la comissió d'una immoralitat pugui ésser evitada per dos camins distints no perjudica el Dret ni l'ordre social; l'acceptació d'aquest darrer ha de simplificar en molts casos allò que tots persegueixen i arribar fins allà on els altres no arribarien.

I és que els moderns codis tenen l'orgull, la vanitat de creure que el Dret queda encaixonat en la lletra de la llei escrita, que inexorablement ha d'aplicar-se, amb tota coacció i d'una manera cega pels Tribunals, sense tenir en compte si en el cas concret a resoldre, de la seva aplicació en sortirà una immoralitat, una injustícia, i donar-se el contrasentit que la intervenció dels Tribunals, amb plena consciència serveixi per a fer possible la iniquitat.

Les lleis humanes no sempre responen al Dret, i, encara que en dic-

tar-les el legislador estigui inspirat per la màxima bona fe, ha de donar-li una redacció, ha de traduir-les en unes paraules que no sempre expressen d'una manera exacta la seva voluntat.

Moltes vegades, la llei, ha estat dictada per a casos generals però pensant en una situació particular i universalitzant-ne la resolució justa, no preveient tots els casos que es poden presentar i no establint els límits indispensables perquè la norma es desenvolupi tan sols en el terreny que li és apropiat. Quantes vegades han estat dictades lleis sense tenir en compte les persones a qui van destinades, com si es tractava d'éssers extractes sense connexió amb la realitat!

Si la norma a aplicar es forja en cada cas concret sintetitzant la doctrina dels distints casos resolts, difícilment s'arribarà a la injustícia, a l'abús del dret, perquè hom tindrà en compte cadascuna de les circumstàncies que es presenten en el cas que s'ha de resoldre i buscarà antecedents o doctrines que els comprenguin tots: en el dret codificat això no sempre serà fàcil.

Abús del dret és basar-se en un precepte legal, en una llei, tancant els ulls a la realitat de les coses, al curs del món, i actuar com si tan sols aquella disposició fos realitat, encara que això emmeni a sortir-se dels camins de la justícia i de l'equitat.

Carnelutti diu que, teòricament, ha d'entendre's per abús del dret:

Tot exercici de l'autonomia privada en el qual el desenrotllament de l'interès en conflicte no estigui temperat pel sentit de la solidaritat social. Ja havien advertit els romans — diu — la possible coincidència del *summum iuris* amb la *summa iniuria*.

Abús del dret es pot cometre en perjudici d'un mateix: fent servir la seva llibertat per a suïcidar-se, per a mutilar-se, per a perjudicar-se la salut, per a realitzar actes immorals. Això en la hipòtesi que es pugui dir dret, de la potestat a disposar que la persona té sobre el seu cos.

Abús del dret, el pot cometre una persona enfront de la societat o enfront d'un dels altres homes.

Abús del dret seria el cas del xòfer que, marcant-li el disc de senyals pas lliure en un carrer de la ciutat, s'hi llancés prescindint de les persones que el creuessin i atropellant-les, encara que aquestes infringissin unes ordenances municipals. No ha de considerar tan sols a favor de qui està el dret de pas, sinó també de valoritzar els interessos que perjudicaria usant en aquell moment, en tota la seva extensió, del seu dret.

La falta d'aplicació de la clàusula *rebus sic stantibus*, i exigir, com a conseqüència d'això, prestacions exorbitants, constituïria un altre abús del dret. Penseu en el cas de qui abans del 1936 hagués convingut que al cap de deu anys i per altres tants, en el lliurament d'un vestit de llana bona, fet a mida, per 100 pessetes; qui s'hagués compromès a prestar un servei valoritzant-lo als preus normals en aquella època, posant-hi material, etc.; una companyia d'assegurances que durant anys i més anys ha percebut una prima que ha invertit en la compra d'un edifici, i que, sorgida la invalidesa o la mort, pagui amb la moneda que tan sols té el valor adquisitiu d'1/10 de la que tenia la que va percebre per la quasi totalitat de primes...

Abús del dret cometria aquell qui, tenint la patent administrativa per a l'exercici de la professió de metge, havent efectuat uns estudis a la Facultat de Medicina i, provada la seva suficiència en uns exàmens, s'adormís sobre els seus llorers passant una vida plàcida i descansada, sense assabentar-se que s'havia descobert la penicilina, la insulina, etc., i deixés morir uns malalts que amb l'administració adequada de drogues, s'haurien pogut guarir. I, si parlem del metge, podem dir igualment de l'advocat que no es preocupa de les noves lleis que van sortint, de la interpretació que els Tribunals en fan. Ja deia la C. 14 1 (III-1) del Codi de Justinià:

“Mes els advocats que entrin a prestar llur ministeri quan ja està contestat el plet, després de proposada la demanda i feta la refutació en qualsevol judici... prestin jurament, posades les mans sobre els sants Evangelis que defensaran llurs clients amb totes llurs facultats i zel, segons el que estimessin veritable i just sense ometre cap mena d'estudi...”

L'Estat, per protegir la vida, la salut, els interessos dels ciutadans, exigeix que el metge, l'advocat, l'enginyer, el xòfer, etc., estiguin proveïts d'un títol que se'ls concedeix previ uns estudis, una justificació de llur capacitat; però els coneixements i les ciències dels homes cada dia avan-

cen... No poden anquilosar-se i no preocupar-se d'adquirir altres coneixements que els que hom els va donar a les Facultats respectives.

Incorre en abús del dret aquell qui accepta el compliment d'un encàrrec per al qual no té suficients coneixements, per al qual no té temps, per al qual no té forces. Penseu en el cas d'un conseller d'administració que ho sigui de 20 o 30 consells, que no té temps material de controlar la marxa de tantes i tantes societats, i que, a conseqüència d'això, una o més queden en mans d'un gerent que s'aprofita de les circumstàncies en perjudici dels accionistes. Ja deia el Dret Romà que:

“no es considera inic que la falta de forces es consideri com a culpa, ja que ningú no ha d'encarregar-se d'allò respecte a la qual cosa sap o ha de saber que la insuficiència de les seves forces ha d'ésser perjudicial a altri” (Fr. 8, f 1, IX-2).

Abusa del seu dret qui va més enllà de l'esperit de la llei, de la *mens legis*, i incorre en frau d'aquesta.

En les societats anònimes la llei dóna màximes atribucions a les juntes generals: llurs acords són obligatoris per als qui hi assisteixen, votin en pro o en contra, i per als qui no hi assisteixen. Hom va pensar que una organització democràtica era la millor per a regir la companyia, ja que, tenint-hi tots l'interès que representava el fet d'ésser-ne accionistes, la voluntat de la majoria respondria al de la societat; però els socis poden abusar de llur dret i, perjudicant la societat i tots els accionistes com a tals, treure'n un interès propi superior. Penseu en la hipòtesi que una societat pren l'acord d'arrendar la indústria que explota a una altra — que parteixi a la majoria d'accionistes de la primera —, lliurant-li, així, tots els beneficis; penseu en el cas d'aprovar uns preus de venda massa elevats, quan els majoritaris tinguin interès en una empresa competidora; penseu en el benefici que pot reportar a una companyia el fet que una altra adquireixi a bon preu la seva producció.

Els accionistes han d'actuar, no pas en benefici propi, no pas per defensar interessos aliens a la societat, sinó pels d'aquesta, com el braç, el peu, l'ull d'una persona han d'actuar en funció de tot l'organisme i, sacrificar-se, si calia, perquè aquesta és llur missió. Per això l'accionista o la majoria d'accionistes que donen llur vot i són causa que la junta general perjudiqui la societat abusen de llur dret.

Abusa del seu dret qui amb l'ús, sense profit propi, causa dany a altri.

A vegades l'ús d'un dret, àdhuc del deure, pot perjudicar els interes-

sos econòmics d'una altra persona. Lalou cita l'exemple d'un bisbe que prohibeix un llibre: els interessos de l'autor i de l'editor estan subordinats a d'altres de superiors... Si hom accepta el principi de la propietat privada, també accepta l'ús exclusiu d'una cosa pel seu propietari; tots els qui no ho seran hauran d'abstenir-se de l'ús d'aquelles coses; si una persona té el dret de pas o de vistes sobre una finca, el propietari del predi sirvent haurà de respectar aquella servitud, i els seus drets dominicals quedaran limitats; si una persona té contractada una prestació de serveis, la llibertat de l'obligat a prestar-los quedarà minvada. Això és precisament el joc dels drets i de les obligacions: el pare que inverteix diners en productes de consum minvarà el patrimoni que, altrament i el dia de demà, rebrien els seus fills hereus.

En principi qualsevol pot exercir els seus drets, encara que això afecti interessos aliens; però si, sense cap profit en l'exercici d'un dret, causa un perjudici a altri, n'abusa. La ineficàcia dels *nuda pactum* respon a aquest principi. Repugna a la naturalesa humana que hom es vegi privat de l'exercici d'unes facultats per a prohibir-li una persona a qui no li va ni li ve. Amb referència al dret anglès, Bernardino Herrero Nieto deia:

“...tota activitat que s'interfereixi amb la llibertat individual i totes aquelles restriccions que impedeixin la realització del lliure comerç, si en elles no existeix altra finalitat que la de restringir el lliure joc dels interessos, són declarades contràries als principis de la *Common Law*.”

També podríem dir que si el benefici que representa per a qui exerceix el seu dret és tan petit comparat amb l'esforç o perjudici de qui se'n perjudica, hom arriba a la conseqüència que s'abusa d'un dret.

Jean Dabin (*El Dret subjectiu*, p. 363 i ss., traducció castellana), amb aquestes paraules sintetitza, al nostre entendre, que s'ha d'entendre per abús del dret: “L'ús d'un dret legal es transforma en abús d'aquest dret legal quan se'n fa un ús contrari a la moralitat”... “Perquè sorgeixi l'abús... caldrà, a més, que l'acte engendrador d'un mal per a altri sigui reprobable a títol de falta de moral, per faltar a deures morals de justícia, d'equitat, d'humanitat que existeixen, amb tot, per damunt la legalitat.

Aquest exercici abusiu del dret va contra la consciència pública, que no s'até a unes normes de llei publicades en els butlletins oficials, que té molt en compte aquella afirmació recollida per Carnelutti que el Dret

té un mínim d'ètica, reflex d'un d'aquells principis morals en què es reflectia tota la llei: estima al proïsme com a tu mateix, en aquells principis en què es fonamenta la justícia: *honeste vivere, alterum non laedere, ius suum cuique tribuere*.

Els autors i les legislacions, davant la possibilitat que la força coercitiva de l'Estat es posés al servei d'aquest abús, d'aquesta immoralitat, no han cregut suficient la sanció de l'ètica, i han reaccionat buscant normes i principis de dret, dictant noves lleis que obstruïssin els camins per on es filtrava l'abús, per a fer-ne excepcions i més excepcions. Això amb molt de retard i sense mirar que força vegades obrien pas a tants d'altres abusos com n'ha estat un exemple la llei d'arrendaments urbans de 1946; i les disposicions es repeteixen, fins que arriba a dictar-se la de caràcter general acceptant, en matèries determinades o, d'una manera universal, el principi de l'abús del dret.

I la doctrina dels autors i la jurisprudència ha començat per dir que pot incórrer en responsabilitat civil i fins i tot penal aquell qui en l'exercici d'un dret, n'abusa i perjudica una altra persona. Una sentència de la Sala 2.^a del Tribunal Suprem espanyol diu que la conducta observada per les víctimes en circular per la zona destinada a vianants no suprimeix la responsabilitat del recurrent, ja que, altrament equivaldria a la consagració del dret a l'atropellament per part del conductor d'un automòbil, com a sanció extrareglamentària contra qualsevol vianant que entrebanqués la seva marxa.

Comet falta, amb obligació de reparar (Lieja, Sala 1.^a i 3.^a reunides 13 juliol 1950), qui usa dels seus béns de tal manera que inflingeix al seu veí — amb coneixement de causa — un perjudici que excedeixi la mida normal dels inconvenients de veïnat.

Una sentència del Tribunal Suprem espanyol condemna i obliga a indemnitzar els danys causats per l'expulsió i dispersió de pols d'una fàbrica, a pesar de no ésser contrari a cap disposició legal; i és que, diu, en la culpa aquiliana, des dels seus orígens en Dret romà, hom no s'atenia a la violació d'una disposició legal positiva, sinó que la relacionava amb la diligència d'un bon pare de família o d'una persona més o menys previnguda. I afegeix: no pot considerar-se lícit d'expellir i dispersar abundants quantitats de pols perjudicial quan hi ha mitjans tècnics per a evitar-ho, tan fàcils d'ésser emprats.

En relació amb l'abús dels socis majoritaris en juntes generals, també s'ha al·legat el principi de la bona fe, tenint en compte que els contractes

obliguen no tan sols a allò expressament convingut, sinó també a allò que és conseqüència de la bona fe. Pierre Coppens deia que “està fora de dubte que el contracte de societat anònima engendra una obligació recíproca de bona fe entre els accionistes...”.

La jurisprudència espanyola ja havia permès de demanar la nul·litat dels acords de les juntes general preses en interès exclusiu d'uns socis determinats i en perjudici de la societat, i la nova llei de Societats anònimes regula els casos d'impugnació d'acords per abusos d'aquesta mateixa majoria.

Les prestacions excessives, com a conseqüència de variar les circumstàncies en el curs del temps, en certs casos, d'una manera tímida ha estat recollit pel Tribunal Suprem espanyol.

En sentència de 2 de juliol del 1910 equipara a la impossibilitat absoluta de complir una obligació per causa de força major la circumstància que una greu dificultat en faci impossible el compliment; i la de 14 de desembre de 1940 afirma que de l'article 1258 del Codi civil i de diversos altres preceptes del mateix cos legal es desprèn el principi justíssim que les relacions d'obligació estan subjectes, quant a llur interpretació i aplicació, a l'imperi de la bona fe; i, d'una manera indirecta ve a reconèixer que, en un contracte oneros quan l'alteració dels preus arriba a dimensions tan excepcionals que pugui considerar-se desapareguda la base del negoci, pot equiparar-se a la impossibilitat de complir l'obligació.

Els diversos Estats, lentament han anat introduint en llur legislació normes legals inspirades en el principi de l'abús del dret, o l'han admès d'una manera expressa.

L'art. 840 del Codi de Mèxic diu: No és lícit d'exercir el dret de propietat de manera que el seu exercici no doni altre resultat que causar perjudici a un tercer, sense utilitat per al seu propietari.

D'acord amb l'article 36 del Codi de les Obligacions de Polònia, de 27 d'octubre del 1922, estava obligat a la indemnització qui ocasionava dany a altri (excedint-se) en l'exercici del seu propi dret, dels límits de la bona fe o del fi per al qual fou concedit el dret.

A Itàlia, el modern Codi civil conté molts articles inspirats en el principi de l'abús del dret: el 1467, permet la resolució dels contractes de prestacions continuades o periòdiques o execució diferida, si la prestació de una de les parts esdevé excessivament onerosa com a conseqüència de sobrevenir esdeveniments extraordinaris o imprevisos; el 1664 permet la revisió de contractes d'obres quan per circumstàncies imprevisibles han sofert augments o disminucions els preus dels materials, o es manifesta una dificultat d'execució derivada d'una causa geològica, hídrica o similar, etc.

A Alemanya, el paràgraf 226 diu que l'exercici d'un dret és inadmissible quan sols pot tenir per fi causar dany a altri.

D'acord amb l'art. 2 del Codi civil suís del 1907, cadascú està obligat a exercir els seus drets i a exercitar les seves obligacions segons les normes de la bona fe. L'abús manifest d'un dret no és protegit per la llei.

I al Perú, el Codi civil de 30 d'agost de 1936 diu que la llei no empara l'abús del dret.

En relació amb la llei espanyola, Pascual Marín Pérez, diu:

“On únicament pot cabre un abús —i això amb moltes reserves— és en l'exercici d'un dret, sempre que els textos legals concedeixin un marge de possibilitats a tal abús, ja que, mentre el subjecte legalment actui dins el camp de la norma, tots els actes per ell realitzats són legítims, si més no, dins el dret positiu. Per això tal i com aquest problema es planteja dins l'ordenament jurídic espanyol, es tracta d'un problema d'índole moral, ja que en cap text, es pot trobar cap referència en relació amb la doctrina.”

D'una manera parcial es poden veure lleis i articles inspirats en el principi de l'abús del dret. Com, per exemple, la llei d'usura, la llei Hipotecària (art. 117), en la llei d'aigües; en els articles 520, 529, 1.255, 1.258, 1.275, 1705, 1.706, 1.902 del Codi civil, 132, 398 Codi de comerç, llei de societats anònimes, la nova de Bases d'arrendaments urbans, en la qual d'una manera decisiva ja accepta el principi d'abús del dret com a limitació dels que d'una manera general concedeix la llei.

Ara bé: quin era el dret vigent a Catalunya en aquesta matèria abans de promulgar-se la compilació?

Borrell i Soler diu: (Dret Civil vigent a Catalunya, 2.^a edició, I, 211) que el Dret romà partia de les regles “*qui jure suo utitur neminem laedit; nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere ius non habet*”, les quals permeten d'usar dels drets propis encara que amb això en surtin perjudicats interessos d'altri [V. Fr.Fr. 55, 151 i 155 § 1 (L-17)]. Això, però, no seria lícit si el perjudici no resultés com a conseqüència necessària de l'exercici del dret; i, amb més motiu, si obrava sense utilitat pròpia i sols per perjudicar. Fins a tal punt el Dret romà accepta aquests principis, que formula aquesta altra regla en forma positiva: “*quod tibi non nocet et alterum prodest id is obligatus est*”, equivalent al *ius inicui* del dret modern.

Són molts els textos de Dret romà que reconeixen eficàcia al principi de l'abús del dret, dels quals hom pot destil·lar amb tota claredat aquesta doctrina a què han hagut d'anar a parar els països de dret codificat per salvar la

immoralitat que en tants i tants casos en sortia d'aplicar íntegrament els articles dels Codis.

Ja hem parlat de la culpa aquiliana, de la responsabilitat d'aquells qui realitzen actes per als quals no tenen suficients coneixements o forces. A continuació transcrivim alguns textos a tall d'exemple:

Finalment Marcel escriu que si algú, fent algun pou en el seu predi, treu la font al veí, aquest no pot demanar cap cosa ni per l'acció de dol. I, la veritat, no la deu tenir, *si no ho feu amb ànim de perjudicar* al veí, sinó de millorar el seu predi (Fr. 1 § 12 XXXIX-3).

El mateix Labeon diu que si el veí mudava el corrent de la sèquia, i no anava aigua al predi veí, de què li resultés perjudici, no pot per aquesta raó usar de l'acció de l'aigua de pluja. Contenir l'aigua és fer que no corri, *la qual sentència és més verdadera si no ho feu amb intenció de perjudicar-lo*, sinó per al seu propi benefici (Fr. 2 § 9 id. id.).

...i encara que no tingui lloc l'acció de l'aigua de pluja, això no obstant, jutjo que em competeix acció útil o interdicte contra el veí, si vull reparar per al meu propi benefici el dic que hi ha en el seu predi *si no el perjudica*. Això persuadeix l'equitat, encara que no sigui d'acord a dret (§ 5 id. id.).

La servitud es defineix com: *ius in re aliena constitutum quo dominus in re sua aliqui pati vel non facere tenetur in alterius personae reive utilitatem*. Com a element essencial hi figura la utilitat. Al predi dominant, a la persona que la posseeix li ha d'ésser avantatjós de tenir una servitud. Aquesta no pot subsistir, no té raó d'ésser sinó a condició de prestar una utilitat, sols a aquest preu consent la llei que es limiti la llibertat del domini (Borrell i Soler id. § 152).

En el títol i el llibre primer del Digest, "*De iustitia et iure*", ens diu (Fr. 7 pr.) que el Dret civil és el que dimana de les lleis, acords de la plebs o del Senat, decret dels Prínceps i autoritat dels juriconsults; però al seu costat hi ha el dret pretori (§ 1), i el defineix dient que és el que per a pública utilitat introduïren els pretors, a fi d'ajudar, suplir o corregir el civil, i l'anomena viva veu del Dret civil (Fr. 8).

Saber les lleis [Fr. 17 (I-3)] no és pas entendre'n les paraules, sinó penetrar-ne el sentit i el pensament; i les paraules ambigües de la llei s'ha d'entendre en el sentit que no inclogui cap vici, en especial quan també es desprèn del pensament de la mateixa llei (Fr. 19 id. id.). També ens diu que obra contra llei el qui fa el que aquesta prohibeix i defrauda la llei el qui, salvant-ne les paraules, obra contra el seu esperit.

El Dret canònic recull l'esperit del romà, i el passa pel sedàs de l'equitat, acostant-lo més a la moral. D'ací que li repugni que a l'ombra de la

seva lletra pugui protegir-se l'ús d'una llei per a finalitats completament distintes a aquelles per a les quals fou dictada. L'Església no podia prescindir d'aquelles paraules de l'Esriptura: la lletra mata, l'esperit vivifica; no podia acceptar com a lícit l'ús abusiu de la llei.

D'ací que el modern principi de l'abús del Dret es reflecteixi en el *Corpus iuris canonici*, i pugui dir-se que l'accepta. Com a exemple transcrivim algunes rúbriques de les Decretals, la traducció de les quals és deguda a Maspons i Anglasesell:

No és lícit d'aplicar la llei en dany d'uns i a benefici d'altres quan no hi ha causa racional que ho justifiqui. (Llibre I, títol II, cap. VI.)

El costum que vol justificar una acció reprobable és nul. — L'abús no té força d'obligar ni pot constituir costum. — Els actes immorals no poden constituir costum. — El costum que autoritza a malbaratar els béns propis és nul. (Capítol X, títol VI, llibre I).

No pot apel·lar contra una decisió qui no n'és perjudicat. (Llibre I, títol VI, capítol XXVIII.)

Qui conscientment fa ús d'una facultat de manera indigna, la perd. L'acte indigne que realitza no té força d'obligar. (Llibre I, títol VI, capítol XLIII.)

L'acte abusiu no té força d'obligar. (Llibre I, títol XI, capítol XV.)

Abusa del seu dret qui en fa ús extralimitant-se. L'acte realitzat extralimitant-se del dret segons el qual actua és nul. (Llibre I, títol XI, capítol XXXVII.)

Es nul·la l'alienació feta amb abús de dret. (Llibre I, títol XXIV, capítol XXXIII.)

L'abús no és lícit. Qui abusa del seu dret ha d'ésser privat del guany que ha obtingut abusant, i ha d'indemnitzar del dany que amb l'abús hagi ocasionat a un tercer. (Llibre I, títol VI, capítol XLIII.)

Si a Catalunya s'aplicaren com a drets supletoris el romà i el canònic i, en primer lloc, aquest darrer, podem dir que el principi de l'abús del dret era vigent mentre no ho impedia el pròpiament català; però això difícilment podia succeir per tractar-se d'un dret recolzat en l'equitat en què tota la seva base era el Dret romà, i en el qual la Constitució 1.^a, títol 30, llibre primer, volum I, en darrer terme incloïa, com a font de dret les regles del dret comú i que aporten els doctors en matèria d'equitat.

Pensem, per exemple, en institucions civils com la de la carta de gràcia, quan no estava desnaturalitzada per la doctrina del Tribunal Suprem que li aplica la prescripció; la constitució "A foragitar fraus", l'atans; l'arrelament que ha tingut l'engany a mitges; l'Ordinació 42 de Sanctacília,

que castiga amb la pèrdua de la servitud pel fet d'alterar un canal o degotís; la supressió del comís per falta de pagament de pensions, etc.

Els nostres autors ja havien previst que si es complien amb tot llur rigor els contractes en els quals una de les parts s'obligava per al futur, el canvi de les circumstàncies podia conduir a la iniquitat, i aquesta, el Dret no la protegia.

Fontanella (*De pactis nuptialibus* Cl. 4 gl. 18 p. 1.^a núm. 116) ja deia: "... hoc solum adverte ad majorem, et perfectionem huius materiae intelligentiam, et cognitionem, ulterioremque, decissionis Senatus Pedemontani superius relatae confirmationem, certissima de iure esse regulam quod quotiescunque res tractu temporis efficitur iniqua, vel infinitum crescit, tunc integrum est iudici contractum reducere ad aequitatem".

Cancer (*Variae Resolutionis*, 2.^a part, Cap. I, núm. 274), diu: "Illud hic opportune inseram, quod licet laesio regulariter attendatur secundum tempus contractus, et non secundum tempus superveniens; is intelligi, ubi contractus perficitur unico momento, et non habet tractum sucessivum; secus tamen ubi contractus habet tractum sucessivum et explicandum aliquid de futuro, quia tunc ex aequitate lesio postea tractu temporis superveniens consideratur".

Aquests textos els recull traduïts Terraza Martorell en defensa de la clàusula "rebus sic stantibus".

En la Compilació de Dret Català, però, no hi hem vist recollit el principi de l'abús del Dret com a norma limitativa.

EL DRET CATALÀ I EL REPARTIMENT DE LA TERRA

per

JOAQUIM DE CAMPS i ARBOIX

En l'homenatge a la memòria del mestre Borrell i Soler hi escaurà, crec, un estudi, per modest que sigui, en el qual caldrà evocar l'eficiència que en el córrer dels segles ha exercit el Dret català per al més adequat repartiment de la terra, servint així a la formació d'una estructura social prou apta per a assegurar el benestar dels catalans i acréixer la riquesa de Catalunya.

Aquest estudi s'encamina a demostrar que, en gran part per obra del seu Dret, Catalunya ha resolt a l'avançada aquell postulat agrari com no ho hagi aconseguit cap altre poble peninsular. La deducció final serà que un ordenament jurídic de tanta virtualitat creadora no pot ésser titllat d'anacrònic, no porta en si tares decadents i, per damunt d'adverses contingències, té saba de perennitat i esperança d'esdevenidor.

Extraurem la primera prova del quadre de la legislació agrària espanyola promulgada de la guerra civil ençà.

Per això començarem per donar la llista d'aquella legislació agrosocial:

Llei de Colonització i distribució de la propietat en zones regables de 21 d'abril del 1946.

Llei de Patrimonis familiars de 15 de juliol del 1952.

Llei d'Explotacions agràries exemplars de la mateixa data.

Llei de Concentració parcel·lària de 20 de desembre del 1952.

Llei d'accés a la propietat dels arrendataris protegits de 15 de juliol del 1954.

Llei de les unitats mínimes de conreu d'igual data.

Llei de conservació i millora del sòl agrícola de 15 de juliol del 1955.

Pels títols d'aquestes disposicions s'endevina sense esforç llur objecte i finalitat, és a dir, s'encaminen totes a cercar solució als mals ancestrals del camp espanyol. Doncs bé: es pot dir que aquestes mesures, o no tenen cap relació amb el problema del camp català, o n'hi tenen escassa pel fet potíssim d'haver resolt aquest anticipadament i espontània el problema de la millor distribució de la terra.

A què és deguda aquesta extraordinària situació? Es deguda a dos fets cardinals: a les condicions idiosincràsiques dels catalans i a la influència exercida pel Dret de la terra.

El primer factor determinant de totes les consecucions humanes és, valgui la redundància, l'home, de manera que els fruits de l'obra per aquest acomplida ens donarà la mesura de la major o menor bondat de les seves creacions. Si això és veritat referit a l'home individual, també ho és amb referència a l'home col·lectiu, el poble. Per tant, si els homes i els pobles —com els arbres— es coneixen per llurs fruits, amb el llibre de la nostra història a la mà haurem de concloure que els catalans, en conjunt polítics mediocres, hem demostrat un sentit pràctic i un saber fer econòmic i social que ens ha estat profitós i ens enorgulleix.

Econòmicament i social s'han palesat els nostres atributs sobresortints. "El català accentua, ha dit Ferrater i Mora, aquestes quatre formes de viure assenyalades; però, a més d'accentuar-les, les concep com una unitat on queden arrelades totes quatre. Continuitat, seny, mesura i ironia no són, per consegüent, quatre maneres diferents de viure que puguin separar-se com separem materialment un objecte d'un altre". "Cada forma implica totes les restants; està no sols enllaçada, sinó també fosa amb les altres. Quan posseeix continuïtat, quan és assenyat, quan és mesurat, quan és irònic, el català fa, en realitat una sola cosa".¹

En la nostra projecció a la vida econòmica i social, els catalans, si hem fet prodigis contra vents i maror, ha estat, a més, per aquestes dues altres prerrogatives tan ancorades en els òrgans del nostre dinamisme: la vocació pel treball i l'esperit d'empresa. Vicens i Vives ha afirmat: "Sols per la

1. Josep FERRATER MORA, *Les formes de la vida catalana*, Editorial Selecta, Barcelona 1955, 33.

capitalització del treball hem arribat a ésser gent en la història econòmica". "Els catalans... sabem refugiar-nos en el treball en el moment de les grans sotragades, quan s'ensorra l'edifici de les nostres il·lusions i anem esmaperduts topant per les cantonades de la història".²

La millor prova de l'esperit d'empresa, d'iniciativa, dels catalans radica en els resultats obtinguts. A l'alba de la reconquesta pirinenca, que tingué per bressol la Marca Hispànica i el comtat de Barcelona, allí on avui l'espasa havia foragitat els sarraïns, demà l'aixada iniciava la romputa d'erms desolats o de boscuries espesses. L'obra de l'aprisió començava a càrrec d'homes tan ardits i heroics en llur feixuga tasca silenciosa com els estrenus guerrers que inscrivien ostentosament en llurs blasons títols de glòria. Semblantment a les aspres terrasses de l'altiplà de Castella, aquella antiga gleba catalana era ingrata i migrada; com a Castella, la selva envaïa compactes muntanyes i planes. Doncs bé: mentre a Castella la destrala la capolava sense preveure'n la repoblació i en despullava el paisatge, a casa nostra el pagès dosificava la seva política agrària amb seny i mesura.

Continuem el parangó: Segons Viñas Mey, "la aflluència de numèric en Espanya en la primera mitad del siglo xvi, derivó hacia el negocio agrícola por estimarlo el más saneado y productivo. No se compraba la tierra en Castilla y Andalucía, especialmente, para ser cultivada por el nuevo dueño, sino como objeto de especulación, como si la tierra fuera en el torrente circulatorio de la contratación mercantil un valor especulativo más".³ Però, encara hi ha més: Florián de Ocampo, escriptor de l'època, condemna la política cerealista, empresa en aquell mateix segle xvi, en dir: "Comenzaron a faltar los montes, que todo se rompía en Castilla para labrar".⁴ De tot aquest desgavell, avui en palpem les conseqüències: les "Cortes de Procuradores", amb data 15 de juliol del 1955, han hagut d'aprovar una llei de defensa i millora del sòl agrícola. El ministre del ram, Cabestany, hagué de fer aquesta terrible declaració: "Espanya — da pena confesarlo — se alista en la vanguardia de las naciones que necesitan con urgencia un profundo plan antierosivo". En citar els efectes de l'erosió reconeix que "esa capa sacada de la roca madre

2. Jaume VICENS I VIVES, *Notícia de Catalunya*, Edit. Àncora, Barcelona, 1955, 69.

3. Carmelo VIÑAS Y MEY, *El problema de la tierra en la España de los siglos xvi y xvii*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1941, 34.

4. VIÑAS Y MEY, *ob. cit.*, 23.

por vientos, lluvias y ríos, y cuya fertilidad es tan difícil de lograr, puesto que es necesario el transcurso de dos mil a siete mil años — según condiciones — para formar quince centímetros de espesor, se ha perdido en gran parte por una serie de factores culposos, entre los que se encuentran la remoción excesiva del terreno, la labor efectuada sin seguir las curvas de nivel, la quema de los rastrojos, el agotamiento excesivo de materia orgánica, el pastoreo abusivo”.⁵

Encara, afegirem, la diferència temperamental agrícola entre Castella i Catalunya, l'aguditzada en termes inequívocs, l'onerosa hipoteca que hagué de patir el camperol castellà durant segles per causa i culpa d'una institució tan formidablement oligàrquica com la famosa Mesta. Aquella aguda pugna entre agricultura i ramaderia és inconeguda a casa nostra i, donat el nostre tarannà, aquella servitud esdevé inconcebible entre nosaltres.

És, per tant, inconcús que els factors humans, originaris d'una idiosincrasia col·lectiva són el primer element a tenir en compte per a judicar el desenrotllament agrícola d'un poble. D'ells deriva, a través dels segles, la configuració econòmica del sòl, la fesomia del paisatge, la prosperitat o la pobresa de l'activitat agrària, les formes de la vida rural.

De l'incert de les generacions catalanes que han fruit i penat damunt la sagrada terra, en queda un territori verd i ufanós que n'ha corregit la duresa primitiva, amb planes d'exuberants esplets de tota mena, amb altures mitjanes on s'enfilen les vinyes, amb quintanes ben aprofitades en els espadats dels pujols, amb muntanyoles i muntanyes reblertes de totes les espècies arbòries, des de l'olivera de les tebiors mediterrànies fins al pinavet que afitja les congestes pirinenques. En conclusió: gràcies als valors humans de la nostra gent, hem assolit un grau de realitzacions agrícoles tals que en fer de la gleba catalana una font de riquesa a l'altura d'Europa, l'hem protegida i embellida talment que no necessita mesures legislatives *in extremis* ni provoca blames que dictessin al gran Antonio Machado aquests versos:

“El hombre de estos campos que incendia los pinares
y su despojo aguarda como botín de guerra,
antaño hubo raído los negros encinares,
talado los robustos robledos de la sierra.

5. De l'esmentat discurs, *La Vanguardia*, Barcelona, 15 de juliol de 1955, 4.

"Hoy ve sus pobres hijos huyendo de sus lares;
la tempestad llevarse los limos de la tierra
por los sagrados ríos hacia los anchos mares;
y en páramos malditos trabaja, sufre y yerra." ⁶

Al costat d'aquests factors idiosincràsics, i segurament producte d'ells mateixos, hi ha l'estructura jurídica que els pobles s'han donat. No en va el Dret és la consagració i l'ordenament del fet social.

Catalunya, en plena compilació dels seus usatges feudals, va tenir un instint precursor: invocà el Dret romà, i n'usà, en féu el seu dret comú, adaptant-lo a la seva contextura com un vestit fet a mida. La Constitució *Encara statuum*, per la qual es prohibia invocar en els plets el *Corpus* de Justinià, demostra que els homes de dret de Catalunya s'anticiparen al romanisme dels glossadors.

Amb aquell fonament per base, el Dret català s'anà imbuït d'un acusat sentit social en l'ordre successori amb la figura consuetudinàriament elaborada de les capitulacions matrimoniales. L'heretament universal, d'una part, i, de l'altra, el sistema legitimari que li serveix de complement, són els pilars de tot un règim ungit per la proporció i l'harmonia.

L'heretament universal, columna vertebral de l'estructura, comporta una filosofia i un poema. Ordenat, generalment, en forma de fideïcomís condicional, s'escalona en termes tals que no ultrapassa dues generacions i proclama la primàcia social del patrimoni per damunt l'interès individual. En contemplació del matrimoni de l'hereu, les capitulacions, com a estatut de la família, regulen les relacions econòmiques entre els pares heretants i l'heretat; es pacten usdefruits, reserves i altres mesures precautòries; els futurs contraents estableixen el sistema dotal, l'escreix i altres pactes esponsalícis; ells mateixos atorguen heretaments preventius i prelatius per tal de salvaguardar-se de l'atzar per la previsió. Els heretaments d'aquesta índole comporten, encara, d'altres aspectes d'alta moral social: l'associació de famílies derivades de la institució hereditària, d'una part, i, de l'altra, de la llegitimària constituïda pels altres fills; l'esperit del Dret no vol pas la insolidaritat producte de l'egoisme o del despit, sinó que desitja la vinculació més estreta possible entre hereu i fadrísters, per a atorgar-se recíproca ajuda en la necessitat o en la malastrugança.

6. Antonio MACHADO, *Por tierras de España*, "Obras completas", Espasa-Calpe Argentina, S. A., Buenos Aires-México 1949, 5.^a ed. 95.

Amb aquest sistema coherent el Dret català aspira a evitar el fraccionament dels patrimonis, i per aconseguir-ho adopta la quarta llegítima més curta. És sabut que a Catalunya coexistiren un temps dues quotes: la del terç del dret justinianenc, i la del quart, privilegi de Barcelona, del dret romà clàssic. En perseguir la unificació es planteja un delicat problema d'opció entre els dos *quantum*. Predominà la segona fórmula responent a un pensament mateix: aquell que presidí la institució d'hereu, és a dir, evitar que es fragmentés el bloc hereditari, fragmentació que en tants de països ha desembocat en el més infecund i antieconòmic parvi-fundisme.

En una altra direcció, el pensament predominant del nostre dret preveïé els mals d'una excessiva concentració de la propietat de la terra, i a aquest objecte adoptà precaucions adients. Si el quart llegitimari ara bo per a la perpetuació dels béns pairals, a recés de la usura i de la inòpia econòmica, també era un apreciable gravamen que dificultava una creixença desmesurada. No en tingué prou: per al cas més compromès en aquest sistema successori, que és quan es compleix la condició resolutòria del *sine liberis decesserit*, és a dir, l'hereu gravat que mor sense fills o amb fills que no arriben a l'edat de testar, establí la quarta trebel·liànica, veritable punició en molts casos del patrimoni, amb què aconseguí que l'acumulació dels béns no s'engrandeixi a l'extrem, que a poc a poc no s'arribés, si no al latifundisme, a la reunió d'un conjunt de finques superior a la conveniència i a la mesura d'un més afinat repartiment de la propietat rural.

Tot això, complementat encara per nombroses previsions que n'arrodoneixen la forma. Citarem: la successió irregular dels impúbbers amb el predomini del principi de troncalitat — *paterna paternis, materna maternis* —; la mateixa carta de gràcia amb un possible escalonament del dret de lluir i quitar, a fi de retenir i recuperar els béns tramesos i, sobretot, l'horror per l'abintestat, en tot allò que té d'inconvenient la manca d'una voluntat conscient i ordenadora.

Que els juristes catalans hagin exaltat, a vegades fins al ditirambe, l'ànima del nostre ordenament successori, res no té d'estrany perquè n'han viscut i admirat causes i efectes. És més demostratiu que siguin els juristes no catalans els qui n'hagin donat esclatant testimoni.

Moret i Silvela han glossat el quadre descrit amb aquests termes: "La costumbre del heredamiento, que produce el efecto de no quedar incierta ninguna sucesión, ha venido a hacer más fecundas y sobre todo

más palpables sus consecuencias, conservando los bienes de familia, transmitiéndolos sin desmembrarse de generación en generación, y colocando al heredero o preferido como núcleo al cual acuden, en cuyo derredor se agrupan todos los demás individuos que temporalmente se separan de ella, a quienes apartó el capricho de la fortuna o los azares de la suerte”.⁷ Altamira, per la seva part, arriba a dir que la divisió de la propietat és tan antisocial, que “no es más que una consecuencia de la exaltación del individuo, de su predominio en la vida, de la ruptura y disgregación del grupo, de la asociación, de la familia y parentesco como unidad”.⁸ Severino Aznar, després de disertar sobre els perills de la mateixa divisió patrimonial, exclama: “¿Qué? ¿Volvemos otra vez al *hereu*?”... per a concloure: “Sí, sí, viene el viejo vínculo como ha vuelto la asociación profesional... como reacción del siglo XIX”.⁹ Això sense comptar les opinions de tractadistes de Dret civil general i la plèiade entusiasta d’homes de Dret de les regions anomenades forals com els Moneva, Lorente Sanz, Palá, Martín-Ballester, Faién, Salinas, García Royo (Luis), Pons Marqués i tants d’altres.

Recollirem, però, aquesta sèrie d’opinions recents: Sapena reconeix que “en las regiones forales, y especialmente en tierras pirenaicas y comarcas próximas, al amparo de su peculiar ordenamiento, las familias campesinas regulan su vida con normas similares a las de la nueva ley — la de Patrimonios familiares —, sujetando el patrimonio con pactos tendentes a igual finalidad: adscribirlo a la familia, subordinando al individuo... Tales podemos conceptuar como precedentes remotos, y a la par vivos, de la Ley de Patrimonios familiares, en especial los heredamientos forales, su modelo al regular la sucesión *mortis causa*”.¹⁰ Lacruz declara: “El tiempo ha venido a dar razón a quienes defendían la bondad del Derecho foral contra los prejuicios entonces imperantes, y acaso ocurriría de la misma manera si se suprimieran hoy instituciones que algunos tienen por anacrónicas o menos conformes con la sociedad actual”.¹¹ Martínez de

7. Segismundo MORET Y PRENDEGAST i Luis SILVELA, *La familia foral y la familia castellana*, Madrid, 1863, 155.

8. Rafael ALTAMIRA, *Historia de la propiedad comunal*, Madrid, 1890, 249.

9. Severino AZNAR, *Despoblación y colonización*, Editorial Labor, Barcelona, 1930, 189 i 197.

10. Joaquín SAPENA, *En torno a la ley de patrimonio familiar*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, jul.-set. 1953, 707.

11. José Luis LACRUZ BERDEJO, *La discusión en torno a los Derechos forales*, *Revista Albor*, Madrid, jul.-ag. 1948, 408.

Bedoya escriu: "En las legislaciones forales, los sistemas sucesorios son, en general, más convenientes para evitar la pulverización de los predios que el contenido del Código civil".¹² Olmedilla observa encertadament que "la partición de la herencia *in natura* que establece el Código civil es, legalmente, la causa principal del estado actual del fraccionamiento de la propiedad agraria. El hecho es evidente, y la subsistencia en nuestra patria de derechos no codificados, en cuyas áreas de vigencia el problema del fraccionamiento es inapreciable, lo demuestra de modo cabal".¹³ Uriarte diu aquestes paraules taxatives: Catalunya "para la persistencia de su sabia organización secular familiar, se vale de su régimen foral especial y modela instituciones típicas, orientadas todas la mismo fin, que logra plenamente, como algo perfecto".¹⁴ Per la seva part, Pascual Marín no amaga l'atracció que exerceix damunt seu la part essencial del nostre pensament jurídic, quan afirma: "Si tenemos en cuenta que lo más importante del Derecho de nuestras regiones en todo aquello que se refiere al régimen sucesorio o familiar, hay que llegar a la conclusión de que el Código civil vigente, además de no respetar nada en este orden, sus normas son las más desafortunadas, debido precisamente a que no le fue posible, en esta parte, copiar servilmente al Código napoleónico, como hizo en el resto".¹⁵

Remarca especial mereix l'opinió de Ballarín, exposada en una brillant exegesi sobre el Codi civil i l'agricultura. Assenyala que "toda la tendencia actual a proteger la unidad de la empresa agraria en el momento crítico de su transmisión sucesoria, viene a coincidir con las previsiones de nuestros Derechos forales para la conservación de la "casa"; la libertad de testar, el usufructo universal del cónyuge supérstite... A fin de calibrar la importancia que reviste este fenómeno, es preciso tener en cuenta que, como ha puesto de relieve Roca Sastre, "en las regiones forales se ha conservado hasta nuestros días un Derecho sucesorio que representa la máxima perfección deseable para la transmisión *mortis causa* de las explotaciones

12. IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA, *Observaciones a la Ley sobre fijación de unidades mínimas de cultivo*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, mayo-abril 1955, 162.

13. JESÚS OLMEDILLA MARTÍNEZ, *Algunas observaciones en torno a la ley de Concentración parcelaria*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, febrero 1954, 8.

14. JOSÉ URIARTE, *Derecho agrario español*, en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, Madrid, julio 1935, 685.

15. PASCUAL MARÍN PÉREZ, *El Derecho catalán ante la posible reforma del Código civil*. Editora Nacional, Madrid, 1954, 43.

agrícolas". I el mateix tractadista afegeix: "Esta relación entre el Derecho foral y agrario ha sido ya admitida por don Federico de Castro en su última posición sobre la cuestión foral, impresionado especialmente por la exposición de Roca en la ya citada conferencia (Ramón María Roca y Sastre: *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en materia de Derecho sucesorio*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", 1943). Sin embargo, en lo que conviene insistir es que nuestro Derecho foral tiene un *sistema* completo de normas centradas sobre la empresa familiar agraria, sistema que por cierto se está tratando de construir en casi todos los Derechos modernos, incluso en el nuestro". Encara més, Ballarín, després d'afirmar que, al seu entendre, entre els defectes del Dret foral hi ha el seu feble contingut social (!), conclou: "...pero, en resumen, preferimos por ahora limitarnos a afirmar que, con retoques que corrijan su individualismo, el Derecho foral puede ser una de las bases de partida para construir un nuevo Derecho agrario español, fundado en la empresa y en la familia como principal grupo productivo. (Una clara influencia del Derecho foral en el ámbito jurídico agrario se observa en la ley de 14 de julio de 1952 sobre Patrimonios familiares)".¹⁶

L'allusió a Federico de Castro i Bravo i a la seva darrera posició respecte al nostre Dret, és digne d'atreure l'atenció. A més del que ha dit no fa gaire l'eminent professor, és significatiu el fet d'haver suprimit diversos passatges sobre el nostre ordenament legal en la segona edició del primer volum del seu *Derecho civil español*; aquestes rectificacions d'un antic antiforalisme justifiquen l'afirmació de Ballarín, encara que subsisteixen en la ment del jurista castellà alguns prejudicis, que no ha esvaït completament, sobre l'abast polític dels drets forals. Castro y Bravo arriba a aquesta conclusió: "Que sin creer —lo que sería supersticiosa idolatría— que el contenido de todos los preceptos de cada uno de los Derechos forales sea impecable o que sus disposiciones estén unguidas por el crisma de la infalibilidad, estimo que contienen instituciones muy valiosas, en más de un caso superiores a las codificadas, y que, teniendo en cuenta su proporción numérica, expresan más fielmente que el Derecho castellano (especialmente respecto a las Partidas) la pureza de la tradición jurídica española; es decir, que creo que los Derechos forales merecen

16. Alberto BALLARÍN MARCIAL, *El Código civil y la agricultura*, en *Revista de Estudios Agro-sociales*, Madrid, gener-març 1953, 14 i 15.

la máxima consideración, como expresivos (cuando lo sean) del Derecho tradicional".¹⁷

Aquest florilegi d'opinions, sobretot les de darrera hora, és en part una compensació de les punyides sofertes tant de temps per tan nombroses i gairebé sistemàtiques expressions de menyspreu o de sarcasme.

Però, per damunt de totes les opinions, favorables o adverses, per rellevants que siguin, la més contundent demostració de la bondat del sistema de l'heretament català radica en la resurrecció en la llei d'una figura gairebé bandejada per anacrònica i deshumanitzada. La reacció, observada arreu de l'Europa occidental, és colpadora: ja no és solament a Anglaterra i a Alemanya, exemples de pobles de vinculació hereditària, sinó a França, on s'ha emprès aquest nou camí d'un Damasc jurídic. El legislador espanyol no podia quedar al marge del moviment: la llei de patrimonis familiars n'és la prova. N'és la prova perquè, malgrat circumscriure's l'entitat legal a unes finques rústiques nascudes entorn d'una mesura agro-social, el fet cert és que en disposar la reforma s'ha hagut de fer sota el signe de la indivisibilitat hereditària. Per a comprovar-ho n'hi ha prou en reproduir un passatge del preàmbul de la llei assegurant que persegueix "impedir la división de las explotaciones creadas por el Instituto Nacional de colonización, poniendo firme valladar al efecto disociador resultante de la aplicación de algunos preceptos vigentes, un tanto ajenos a las preocupaciones económicas y sociales que inspiran la política del Movimiento". Ja no es pot fer una més solemne i explícita repudiació del règim successori vigent en el Dret dit comú ni un indirecte però expressiu reconeixement de la bondat i de la modernitat del nostre ordenament jurídic.

En conclusió: el Dret català té un paper preponderant en el ben ponderat repartiment de la propietat rural catalana, i, en conseqüència, al millor repartiment, en general, de la seva terra.

A aquest bon ordenament, hi han contribuït d'altres factors jurídics d'una gran difusió entre nosaltres, a més del sistema successori examinat. Així, hi han contribuït d'una manera principalíssima un dret real: l'emfiteusi i uns contractes: les parceries, en especial, la masoveria. D'aquests

17. Federico DE CASTRO Y BRAVO, *La cuestión foral y el Derecho civil*, en *Anuario de Derecho civil*, Madrid, juliol-setembre 1949, 1.004.

contractes, n'ha nascut una figura agrària característica: el mas, la influència del qual en la formació d'una superfície òptima de conreu és quantiosa i eminent.

L'emfiteusi, tant la genèrica com l'específica de la rabassa morta, hi ha contribuït perquè és un instrument preciós per a ésser utilitzat per gent que, com els catalans, ajunten l'esperit d'empresa a la mesura. En efecte: s'ha dit que l'emfiteusi era una institució de països pobres, i la dita, aplicada a edats remotes, deu ésser certa, encara que en aquells temps fossin pobres totes les terres. En tot cas, més que no pas l'arrendament i el *precarium*, l'emfiteusi ofereix vastes perspectives i una millor recompensa de l'esforç esmerçat. De fet, el domini útil és un títol de semidomini en virtut del qual les millores realitzades a la finca són remunerables, s'hi incorporen per augmentar-ne el valor i rendeixen tan bon punt esdevenen increment de la producció. L'emfiteuta, doncs, sense traves ni perills irreparables, si compleix l'estatut emfitèutic i, en especial, paga el cànon, generalment proporcionat a les possibilitats del bé acensat, pot desenrotllar el seu dinamisme amb seguretat i tranquil·litat. Pot fer-ho amb il·lusió i esperança per tal com té els peus ben afermats sobre la gleva conreada. Les velles generacions catalanes de terratinents i de pagesos usaren indistintament l'emfiteusi per a la rompuda de terres ermes, per a premiar serveis i satisfer deutes d'agraïment, per a les plantades d'arbres i de ceps, per a desvincular de la unitat patrimonial parcel·les isolades. La rabassa morta fou la primera manifestació en el ram. Per ella s'introduí a Catalunya una abundosa font de riquesa que ha original una excellent producció de vi apte per a la florida, en manta contrada nostra, d'una indústria enològica cada dia més perfeccionada.

Són nombrosos els masos que han tingut en el cens llur bressol. Unes vegades formats per l'agrupament de finques d'un mateix titular, la dispersió de les quals les feia de mal conrear; d'altres, vells terrenys d'artigues o boïgues, que eren cedits en cens amb l'obligació de construir-hi una casa a expenses del censatari. Masos muntanyencs i humils, que han contribuït a poblar verals remots tot portant una alenada de vida a regions naturalment desèrtiques.

Però la masia catalana que més compta és la de terres pròsperes i pròximes a centres urbans d'importància, apte per a la policultura, és a dir, capaç per a produir intensivament els més variats esplets i desenrotllar una vasta activitat pecuària. En una certa manera autàrtiques,

aquestes masies estan en condicions per a valorar al màxim llur producció.

El pensament que presidí la creació del mas fou el d'acostar el conreuer al conreu, amb lligams que uneixen estretament l'home a la terra i li permeten el millor aprofitament de l'horari laboral amb el major estalvi per a homes i bestiar. El mas català secular és la més autèntica manifestació del "coto redondo acaserado" que, a mitjan segle passat, l'insigne agrarista castellà Fermín Caballero proposà com a solució dels problemes del camp espanyol concebent aquest *coto* com una figura geomètrica, millor una circumferència, constituïda de terres anexas o molt pròximes a la casa camperola plaçada dintre el perímetre d'aquelles.

La fórmula de Caballero devia ésser tan plausible, que avui, gairebé a un segle de distància, es veu recollida per l'actual legislador amb la Llei de Concentració parcel·lària de 20 de desembre de 1952. El discurs del ministre del ram, Cabestany, evoca Jovellanos i el mateix Caballero per a reconèixer que les causes del parvifundisme espanyol són "la pròpia idiosincrasia del campesino, el aumento continuo de la poblaci6n agrícola y el régimen sucesorio que establece nuestro Código civil"... Més endavant declara que "no es injusto afirmar que a los redactores de nuestro Código civil no les preocuparon demasiado las particularidades de la agricultura, ya que no tuvieron en cuenta la organizaci6n económica de la explotaci6n agraria como un elemento diferenciador, ni para ellos hubo agricultores, sino individuos, ni haciendas o empresas agrarias, sino fundos o trozos de terrenos".

Per fi, un terme comparatiu ens donarà un argument de pes a favor del nostre punt de vista. L'extraurem de les següents mitjanes del nombre d'hectàrees, de menys a més, que a Espanya conrea directament cada agricultor:¹⁸

Astúries i Santander	0,82
Galícia	1,45
Canàries	1,75
País Basc	3,17
Catalunya i Balears	3,34
Andalusia oriental	3,62

18. LUIS GARCÍA OTEIZA, *Los regímenes de explotación del suelo nacional*, en *Revista de Estudios Agro-sociales*, Madrid octubre-diciembre de 1952, 61.

Llevant	3,96
Rioja i Navarra	4,50
Lleó	5,21
Aragó	7,47
Castella la Vella	9,21
Castella la Nova	10,83
Andalusia occidental	17,18

El promig corresponent a Catalunya-Balears produeix una sensació d'equilibri, de fortitud; una sensació reforçada per un altre element de judici complementari, que és de la major importància, referit al fet de demostrar-nos una altra estadística, que ometem perquè no és del cas, i de la qual resulta que la unitat de superfície mitjana catalana permet de nodrir la major població rural entre totes les regions espanyoles.

En conclusió: si suposem que el Dret català ha contribuït a resoldre només que sigui en un cinquanta per cent el problema social del camp, els catalans li deuran etern agraïment. Per una font tan autènticament popular la col·lectivitat catalana d'ahir posà i consolidà fonaments solidíssims, mentre que el mateix ordenament legal, avui reconstituït i rejuenit, projecta resplendors de llarga esperança sobre els camins de la Catalunya de l'esdevenidor.

ESPERIT ÉS UNITAT

per

CARLES CARDÓ, prev. †

Poques coses han estat tan funestes per a la humanitat com el doctrinarisme. Un pretès reformador s'encastella en el seu orgull, d'esquena a la realitat i a gran distància d'ella, i a base d'abstraccions basteix una societat imaginària on restaria esvaïda per sempre més la divina i fecunda humilitat de les coses reals. Després es forceja en la realitat, es mutilen o deformen els òrgans socials per acomodar-ho tot al pla irreal fill de la supèrbia estèril. I tant se val que aquest reformador sigui demòcrata com aristòcrata, liberal com autoritari: l'artificialisme en aquesta matèria acaba sempre en punta totalitària, per tal com és el resultat de l'autodeificació d'un home que s'ha posat a manejar barroerament entitats divines. No costaria gens de demostrar el procés lògic de Rousseau a Hitler.

El respecte a la Natura i àdhuc l'actitud de deixeble davant d'ella ha d'ésser el primer cànon tant del polític com de l'artista i de l'home de ciència.

Aplicant-ho als règims jurídics, podríem dir que són floracions d'un esperit i que tendeixen a crear-ne un altre, un dels *esperits objectivats* de Hartmann. Aquest esperit es manifesta en fórmules, però seria un error de creure que consisteix en elles, que n'és com el conjunt, com ho és un agregat de pedres. Les fórmules no son sinó l'expressió externa; l'esperit és el principi interior de vida, unitat essencial i immoridora que elabora espontàniament les fórmules, que els dona sentit, que les interpreta, les amplifica, les sosté i de vegades, quan esdevenen inadequades, les transforma. Ha canviat la matèria social, els costums dels homes, el sentit de les paraules i l'esperit ha reacomodat la fórmula a la nova situa-

ció. Sols ell podia fer-ho amb fidelitat a ell mateix i sense menyscapte de la unitat.

Així és com l'esperit ha salvat la immobilitat de la lletra, la seva petrificació. Es comprèn, doncs, la sentència bíblica: *la lletra mata, l'esperit vivifica*. Es pot servir la unitat i la fidelitat a si mateix, qualitats essencials i exclusives de l'esperit, amb fórmules distintes, i es poden esvaïr amb unes mateixes fórmules, quan queden estantisses.

D'on es dedueix que un règim jurídic és sempre una unitat que abasta tota la vida de l'home que l'ha creat, el conserva o l'aplica, tant que sigui l'home individual com formant collectivitat amb aquells amb qui té identitats avials, amb la seva "gens", segons l'expressió romana; i no s'hi estén fragmentàriament, a claps, sinó al seu total ésser i obrar, perquè el motor de la vida és també l'esperit.

A més, l'esperit és l'únic que omple les escaletxes que deixa forçosament tota legislació, incapaç com és el legislador, ni que sigui collectiu, de preveure tota la complexitat dels casos que presentarà la vida. Per a resoldre'ls cal una llum profunda que irradiï en tots sentits, no literal, no formulista, no casuista, sinó existencial, que illumini tot el règim jurídic. En trobem una semblança en la direcció espiritual. Ai del director que, mancat d'esperit (aquí, de la inhabitació i il·luminació interna de l'Esperit Sant), hagi de confiar-se només de la Moral codificada i de les regles dels teòlegs per a resoldre casos de consciència i orientar el dirigit pels trencacolls que entrebanquen tan sovint en el camí de la perfecció! Li cal, per damunt de l'indispensable assabentament teològic, una llum que esclaireixi totes les escaletxes, una esma existencial, fruit, sens dubte, del domini de la ciència moral i ascètico-mística, però sobretot comunicada directament per l'Esperit.

Una cosa semblant —analògicament semblant, no idèntica, no unívoca— s'esdevé en el nostre ordre. El jutge no n'ha de tenir prou, de les lleis escrites; ha d'estar amarat de l'esperit que les ha elaborades, sota la guia del qual podrà, i només així, subsanar les deficiències, suplir les imprevisions, resoldre els casos nous, omplir, en un mot, les escaletxes. Aquesta llum és l'única que pot garantir-li la fidelitat al tarannà del poble i a aquella unitat que es condició bàsica de tot règim que vulgui regular una vida. El cas límit, potser exagerat i tot, però que revela un concepte profundament espiritual del Dret, és el d'aquelles Corts catalanes del 1251 que decidiren d'abolir totes les lleis i deixar al bon sentit i al criteri

jurídic dels magistrats la solució de cada cas, acordada amb l'esperit jurídic del país.

D'aquí ve que concebre un règim jurídic com una maquinària productora d'actes que es pot millorar canviant-li peces és una concepció materialista que el desnaturalitza i pretén de desnaturalitzar l'home per al qual existeix, perquè tampoc l'home no és una màquina cega, sinó un ésser racional i, doncs, espiritual.

D'aquí ve igualment que les regulacions que en conjunt formen un règim jurídic es completen i sostenen mútuament, i en tocar-ne una, si el toc no ve per l'evolució normal que hem indicat suara, és a dir, per impuls de la mateixa vida, es pertorba tot el seu conjunt i pateix tot el règim i, amb ell, la vida que regula.

El supòsit que és manejable autoritàriament, que s'hi poden decretar artificialment afegidures i supressions, ha estat sempre una de les grans il·lusions dels poders autoritaris.

**NOTES SOBRE EL JURISTA BARCELONÍ
IGNASI SANPONTS I BARBA**

per

JOAQUIM CARRERAS i ARTAU

Les referències de Josep Leopold Feu al jurista barceloní Ignasi Sanponts i Barba fixaren la meua atenció sobre aquest interessant personatge i el paper que exercí en el moviment filosòfic del segle passat. Feu dedica a Sanponts unes frases molt elogioses en la seva Memòria titulada *Datos y apuntes para la historia de la moderna literatura catalana*, que llegí a l'Acadèmia de Bones Lletres el 13 d'abril del 1863;¹ i uns quants anys més tard, en uns articles apareguts al *Diari de Barcelona*, insistí a subratllar la seva significació en la filosofia del Dret.²

Sanponts i Barba pertanyia a una família de molt de relleu en la vida cultural barcelonina. El seu pare, Francesc Sanponts, fou un metge de fama internacional que influí considerablement en la vida científica del país. El fill Ignasi,³ nascut a Barcelona el 1795, que seguí la carrera de Dret, havia d'influir-hi així mateix. Ingressà de molt jove a la Secretaria de l'Ajuntament de Barcelona, a les ordres de Ramon Muns i Serinyà, un altre home eminent, a qui succeí poc temps després; i des d'un lloc tan privilegiat menà una intensa campanya pel redreçament cultural de la

1. Publicada en el tom II de les *Memorias de la Academia de Buenas Letras de Barcelona*, Barcelona, 1868; pp. 457-504. Les referències a Sanponts es troben a les pp. 469 i 483.

2. *Galeria de Escritores Catalanes, Sanponts*, a *Diario de Barcelona*, dies 20 i 27 de novembre de 1866, pp. 10.993-5 i 11.228-30.

3. Aquestes dades biogràfiques són preses de l'Antoni Elias de Molins en l'article que dedicà a Sanponts en el seu *Diccionario biográfico y bibliográfico de Escritores y Artistas catalanes del siglo XIX*, tom II, Barcelona, 1895; pp. 587-8. Elias de Molins tingué a les mans els papers de la família Sanponts.

ciutat secundant les iniciatives de la famosa Junta de Comerç, de l'Acadèmia de Ciències i Arts i d'altres destacades institucions barcelonines. Contribuí a la implantació d'uns Estudis Superiors de Dret durant el trienni liberal de 1820 a 1823; i ell mateix hi exercí la càtedra de Dret romà i, després, la de Legislació universal. El 1836, a la represa del règim constitucional, fou nomenat altra vegada catedràtic de Dret Natural i de Gents i Principis de legislació universal a la restaurada Universitat de Barcelona. Pel seu caràcter de moderat, els progressistes de l'Espartero el separaren de la càtedra l'octubre del 1840. Hi fou reposat el 1844; l'any de la seva mort, el 1846, exercia la càtedra de Dret constitucional i Economia política.

De la rica personalitat d'Ignasi Sanponts m'interessa ara destacar la seva aportació a la filosofia del dret. Altres aspectes, com són els de la seva formació intel·lectual, la seva activitat d'escriptor polígraf i la seva dedicació temporal a la política, els deixaré de banda. Només, per la relació que puguin tenir amb l'aspecte escollit i a tall d'elements per a la caracterització intel·lectual de Sanponts, registraré aquí tres episodis significatius. Ignasi Sanponts fou fundador i un dels membres més actius de la *Sociedad Filosófica* de Barcelona, que deixà una profunda petjada en la vida cultural de la ciutat. Amb Aribau i Menart projectà una empresa editorial per a publicar en castellà les novel·les de Walter Scott, de les quals López Soler i Nicasio Gállego havien d'ésser els traductors. En una ocasió crítica per a la vida del Dret català la Junta de Comerç li encomanà la redacció d'una Memòria sobre les institucions a mantenir en una futura codificació del Dret general espanyol.

Durant els anys que estigué exonerat de la funció universitària Sanponts i Barba es llançà a una empresa científica d'alta volada, per a la qual requerí la col·laboració d'altres dos companys de dissort: Ramon Martí d'Eixalà i Josep Ferrer i Subirana. El tres ex-professors de Jurisprudència a la Universitat emprengueren la publicació del famós codi legislatiu *Las Siete Partidas*, manat compilar a mitjan segle XIII pel rei castellà Alfons X el Savi, ensems amb la Glossa del seu màxim comentarista, el llicenciat Gregori López, traduïda del llatí al castellà i extensament addicionada amb noves notes i nous comentaris, i amb unes taules sinòptiques comparatives sobre la legislació espanyola, antiga i moderna, fins al seu estat darrer.⁴ L'execució tipogràfica de l'obra fou confiada a la impremta

4. En la preparació del present treball he tingut a la vista l'exemplar existent a la biblioteca del Col·legi d'Advocats de Barcelona.

d'Antoni Bergnes de las Casas, l'il·lustre catedràtic i hel·lenista, que coronà amb aquesta empresa la brillant història de la seva editorial.⁵ L'edició fou acomplida en quatre volums, dels quals dos porten la data de 1843, i els altres dos, la de 1844. Sospito, però, que l'obra degué aparèixer amb un considerable retard a causa de les inesperades vicissituds que l'entrebancaren. A penes començada la publicació, morí Ferrer i Subirana, sense aportar-hi la més petita col·laboració; i, abans d'acabar-la, morí Ignasi Sanponts. Aquest només tingué cura dels quatre primers títols de la Partida I; obligat a abandonar la tasca, ompliren el seu buit els juristes Felip Vergés i Tomàs Sivilla (el qui més tard, durant molts anys, fou bisbe de Girona). La preparació de la Partida II fou encomanada a Joan Illas i Vidal, que també abandonà i hagué d'ésser substituït, després dels primers catorze títols, pels primitius editors. Tampoc el Dr. Sivilla no pogué continuar, per la qual cosa el tom II fou preparat pels juristes Felip Vergés i Francesc Permanyer, ambdós professors substituïts a la Universitat. A partir del tom III, i després de la mort de Sanponts, Ramon Martí d'Eixalà prengué el timó de l'empresa i la portà a terme.

Em limitaré ara a estudiar les notes originals d'Ignasi Sanponts, prescindint de les redactades pels altres col·laboradors, àdhuc les redactades per Martí d'Eixalà. En general aquestes es desenvolupen en una exegesi de Dret positiu amb vista a una més clara intel·ligència del dret vigent. En canvi, les notes de Sanponts presenten un caràcter especulatiu molt marcat, que tant pot explicar-se per la natura de les matèries glossades com per la tendència personal de l'anotador. En elles es basa la fama de filòsof del Dret que, com hem vist, aureola la figura de Sanponts en el record històric. J. Leopold Feu cita només tres notes: les 17, 36 i 60 al títol I de la Partida 1.^a. En realitat, Sanponts n'escriví algunes més, que no ofereixen, però, l'abast doctrinal d'aquelles. Així, la nota complementària a la glossa 5 de Gregori López al Pròleg de *Las Siete Partidas*, a propòsit del concepte de creació, afirma la possibilitat d'adquirir proves científiques per a demostrar-la, malgrat el parer contrari de sant Tomàs. Així, la nota que continua la glossa 35 de Gregori López al Pròleg sobre les excel·lències del número set, forneix el pretext per a una amplíssima exposició de les doctrines filosòfiques dels pitagòrics, extreta d'una de les millors obres modernes estrangeres sobre història de la filosofia, segons diu. [Probable-

5. S. OLIVES CANALS: *Bergnes de las Casas*, Barcelona, 1947, pròleg, pp. XXXII i XXXIII.

ment, el tractat del francès Dégerando.] Així, una altra nota complementària a la glossa 36 del mateix Pròleg estableix un paral·lel entre la doctrina de les potències de l'ànima utilitzada en el text i la que exposa Aristòtil en el llibre II *De anima*. Així, la nota 46, també al Pròleg, elogia el rei Savi en la seva fonamentació de l'ordre moral i polític sobre una base religiosa, i ataca de biaix les tendències atees de la legislació francesa de la Revolució. Així, encara, la nota complementària a la glossa 14 de Gregori López al títol III de la mateixa Partida, on exposa la doctrina que el pecat de l'home té remei, i el del diable, no, perquè l'home peca per suggestió del diable, i aquest peca per iniciativa pròpia, conté una interessant disquisició psicològica sobre les facultats de coneixement i d'apetitació en relació amb el lliure albir.

Cenyim-nos ara a les tres notes citades per Feu. Són, en realitat, les úniques de Sanpunts al títol 1.^{er} de la Partida 1.^a, perquè totes les altres són insignificants per llur extensió o per llur contingut, i solen remetre a una de les tres. En canvi, aquestes són molt extenses; tant, que totes tres plegades sumen tantes pàgines com les que ocupa el títol sencer amb el seu text, les variants i les glosses de Gregori López. Res no impedeix de considerar-les com tres estudis monogràfics intercalats, tant més que no continuen cap de les glosses; ans bé, en llur totalitat són originals de Sanpunts. I encara, per al nostre objecte, podem prescindir de la nota 60, mancada d'interès filosòfic; en ella Sanpunts es proposa d'esbrinar, polemitzant contra la Constitució espanyola del 1812, en qui resideix la sobirania i el poder legislatiu ordinari, per a la qual cosa s'embranca en una magnífica excursió a les antigues institucions espanyoles de Dret públic, especialment les Corts, que li permet d'aclarir sobretot el segon punt. Sanpunts subratlla la conveniència de publicar els textos legals antics per a conèixer la nostra història jurídica, malgrat trobi improcedent l'explicació d'aquelles institucions a la llum dels principis constitucionals moderns. En rigor, doncs, l'interès de les doctrines filosòfiques exposades per Sanpunts resta circumscrit a les notes 17 i 36, que convé ara d'examinar més a fons.

La nota 17, la més extensa de l'obra, versa sobre el Dret natural, i consta de diverses parts. A la primera critica la divisió romana de les lleis, d'inspiració estoica, que a través d'Ulpià ha passat a la codificació justiniana i, d'aquí, a *Las Partidas*. Descartada aquesta concepció clàssica, a la segona part és plantejat amb tota cruesa el problema de l'existència del Dret natural, que Sanpunts resol afirmativament, no sense aclarir per

endavant que no consisteix en un cos de proposicions formulades i taxatives, sinó en un sistema de veritats susceptibles d'ésser descobertes per l'enteniment humà, a l'estil de les veritats metafísiques i matemàtiques. Segons Sanponts, les idees bàsiques del Dret natural es troben dipositades en el fons de l'ànima humana, d'on poden ésser extretes mitjançant anàlisis psicològiques acurades. El resultat d'aquestes anàlisis es comprova exteriorment pel testimoni de les tradicions. Sanponts espren ambdues fonts de coneixement —la consciència humana i la història— fins a deixar establerta la seva tesi. A la tercera part són exposats i discutits tres sistemes de filosofia moral i jurídica, que neguen l'existència del Dret natural, i són: els de Hobbes, Bentham i un tercer, que de moment deixa indeterminat. La doctrina de Hobbes, que s'esforça a derivar els principis morals de la llei civil, és refusada en poques paraules. En canvi, l'exposició i la discussió de la doctrina utilitària prenen unes proporcions considerables. Val a dir que la voga d'aquesta doctrina a l'època ho exigia. Les obres de Bentham afliuen a Espanya des dels altres països llatins: en versions franceses editades a Brussel·les i a París; i en versions italianes. A Salamanca, a Madrid i a Barcelona havien estat publicades, des del 1821, en versió castellana, les obres principals de Bentham: els *Principios de la Ciencia social o de las ciencias morales y políticas* (Salamanca, 1821); els *Principios de Legislación y de Codificación* (Madrid, 1834); el *Tratado de las pruebas judiciales* (Madrid, 1835), la *Teoría de las penas y de las recompensas* (Barcelona, 1838); el *Compendio de los tratados de legislación civil y penal*, que obtingué a Madrid una segona edició el 1839, i encara d'altres. Sanponts vol oposar-se a aquest corrent de difusió de la ideologia utilitària; i per això, no bastant-li la presentació, i la impugnació, del sistema de Bentham en termes generals, procedeix a una minuciosa anàlisi del principi d'utilitat en dotze punts de detall. Apela altra vegada a l'anàlisi de les idees i els sentiments arrelats en la consciència humana, que el porta a establir un paral·lel entre els caràcters de la moralitat i de la justícia, per una banda, i els de la utilitat, per l'altra, d'on conclou llur disparitat. El procediment resulta vàlid en la creença de Sanponts que les idees fonamentals de l'ordre moral són innates en la consciència, i expressen, per tant, les exigències supremes de la natura humana. Sanponts no s'oblida d'al·legar en descrèdit de la concepció utilitària el testimoni universal dels pobles, que cristal·litza en el bon sentit. Encara, abans de finir aquesta part polèmica, Sanponts examina breument un tercer sistema, que no atribueix a cap autor determinat i que podríem qualificar de quasi-

determinisme, perquè hi és donat el nom de Dret natural a un conjunt de lleis físiques o morals, independents de la voluntat de l'home, que contribueixen a la conservació i la prosperitat del llinatge humà. Sanponts argüeix senzillament que amb aquest concepte el Dret natural es desplaça de la vida moral i jurídica en una innovació agosarada i inacceptable.

La darrera part de la nota 17, que resumim, ens reserva alguna sorpresa. Sanponts es proposa de cloure el seu estudi sobre el Dret natural amb una notícia de les doctrines més recents en el camp que ell anomena "metafísica de la jurisprudència", no pas per tal d'aprovar-les explícitament, sinó per comprovar en quin estat es troba la qüestió de si existeix un Dret fundat en la natura, la justícia del qual pugui ésser demostrada per principis trets del coneixement de l'home. Aquestes doctrines són dues: l'escola històrica alemanya del Dret, i la filosofia escocesa. Dóna de la primera una ampla exposició, probablement la més antiga que hagi estat feta a Espanya, basada en fonts franceses, sobretot en l'*Assaig sobre la vida i les doctrines de Savigny*, d'un autor que no cita.⁶ Amb una gran finor, i tot defensant l'escola històrica dels atacs dels seus adversaris a la mateixa Alemanya, distingeix la idea absoluta de justícia, fonamentada en la natura social de l'home, de les seves manifestacions contingents en l'història dels pobles, o sia, les diferents legislacions. "Així, doncs —afegeix—, el dret té una existència triple: en la consciència, en la història i en la ciència." L'element filosòfic, comunament anomenat "Dret natural", serveix de substrat a l'element històric, o Dret positiu, integrat per les lleis i els costums vigents a cada país, que s'emmotllen al caràcter del seu poble com el vestit s'emmotlla al cos. I l'un i l'altre, el Dret natural i el positiu, constitueixen l'objecte d'estudi de la ciència jurídica o jurisprudència. Finita l'exposició de la doctrina de Savigny, l'autor afegeix literalment: "Al mateix resultat arriba, avui en dia, l'escola filosòfica d'Escòcia i l'anomenada escola eclèctica francesa; com pot deduir-se del que es dirà en la nota 36 d'aquest títol a propòsit de la idea de justícia".

Si la nota 17 acaba remetent a la nota 36, aquesta comença amb una referència a aquella; hi ha, doncs, una continuïtat ideològica, i àdhuc d'assumppte, entre ambdues. En efecte, la nota 36, a propòsit de la frase "*justicia cumplida*" que apareix en el text de *Las Partidas*, serveix a Sanponts per a escatir la idea de justícia que, ensems amb la idea del bé i la del deure,

6. És, probablement, Charles Guenoux, traductor al francès i prologuista de les obres de Savigny.

són capitals en el Dret. És en aquesta nota on Sanponts exposa les doctrines de la filosofia escocesa i de l'escola eclèctica francesa, així mateix sense aprovar-les en tots els detalls, i només com un símptoma de la reculada que suposen en el sensualisme abans imperant. Escolleix Dugald Stewart com a portaveu de la filosofia escocesa, i extracta de la seva obra principal ⁷ una sèrie de doctrines referents a les idees morals. Comença per combatre la doctrina que identifica el sentiment del deure amb l'amor de si mateix, és a dir, amb l'interés, o també amb la felicitat. Es renoua, per tant, la polèmica contra Bentham; però també, a la mà de Dugald Stewart, són examinats els sistemes morals de Hobbes, de Cudworth, de Locke, de Hutcheson i de Price. La conclusió de la nota és congruent amb les altres solucions que hem vist acceptades per Sanponts. La idea de justícia, com les altres idees morals, apareix espontàniament en la consciència dels individus i dels pobles amb anterioritat a tota especulació filosòfica i a tota legislació positiva, i és aflorada per la facultat moral de què la natura ens ha dotat per a dirigir la nostra vida. ⁸ En paràgraf a part s'ocupa de l'escola eclèctica francesa, i esmenta com a principals representants seus Dégerando, Laromiguière i, sobretot, Cousin; no cita, però, els títols de llurs obres. Pren de Cousin l'exposició doctrinal que segueix i de la qual recull igualment la tendència a cercar en la natura humana el fonament de la vida moral, i en la consciència, l'expressió espontània de les lleis del seu desenvolupament que es concreta en les idees de bé, justícia, deure, obligació, sanció, mèrit i altres de connexes.

He registrat, de bell començament, l'impacte produït per les especulacions filosòfiques de Sanponts en l'opinió culta barcelonina, expressada per boca de Feu, que evoca un impacte semblant arran del curs d'Ideologia professat a l'Acadèmia de Ciències i Arts per Martí d'Eixalà. A distància de més d'un segle, la lectura de les notes de Sanponts o del curs de Martí d'Eixalà ens deixa una impressió ben minsa; tot el més, atribuïm a les unes i a l'altre un valor simplement didàctic, és a dir, de divulgació de doctrines més o menys recents des de la càtedra, aprofitades ocasionalment per a qualche publicació. Però cal situar-se en l'eixarrement de la vida cultural barcelonina de mitjan segle XIX, després d'un segle i mig de no tenir Universitat i de l'empobriment cultural subsegüent a la invasió napoleònica

7. Traduida al francès per Peisse amb el títol *Éléments de la philosophie de l'esprit humain*. Una edició d'aquesta versió fou publicada a París entre els anys 1843 i 1845.

8. Aquesta facultat moral equival al "sentit comú" dels escocesos.

i a les lluites internes, per a comprendre l'entusiasme amb què foren acollides aquestes primeres aures ideològiques procedents d'Europa.

De fet, Ignasi Sanponts estigué estretament lligat a Ramon Martí d'Eixalà, que fou qui importà a Catalunya la filosofia escocesa, no solament per empreses culturals comunes i per llur actuació universitària, sinó també per llur ideologia. Sanponts, més vell que Martí d'Eixalà, i probablement un dels seus orientadors en el camp dels estudis jurídics, sofrí, en canvi, la influència de Martí en filosofia. Quan foren redactades les notes 17 i 36 al títol I de la Partida primera, Martí d'Eixalà havia professat ja els seus cursos d'Ideologia a l'Acadèmia de Ciències i Arts, amb què comença a ésser coneguda la filosofia escocesa a Catalunya. Sanponts acusa aquesta influència, com hem vist, en el camp de les idees morals i jurídiques. Res no s'oposa a comptar Sanponts entre els adeptes d'aquella filosofia, de la qual un nebot seu per línia materna, En Xavier Llorens i Barba, havia d'arribar a ésser el màxim representant a Catalunya. Com és ben sabut, posseïm un coneixement molt imperfecte de les doctrines de Llorens i de la filosofia catalana d'orientació escocesa en general, a través de les comptades publicacions que avui podem consultar; i aquest coneixement és més defectuós encara pel que pertoca a les idees de filosofia pràctica, de les quals les fonts escrites gairebé no ens diuen res. Les especulacions de Sanponts contribueixen a omplir aquest buit, en tant que ens mostren les tendències generals de l'escola filosòfica catalana, els corrents adversos contra els quals lluitava, i àdhuc les seves solucions doctrinals als problemes de la moral i del dret plantejats en l'àmbit europeu del temps. En aquest sentit, el coneixement de la posició filosòfica de Sanponts ajuda a arrodonir la nostra visió global de l'escola filosòfica catalana del segle XIX.

A Ignasi Sanponts cal remuntar així mateix els orígens de l'escola històrica catalana del Dret, que havia d'assolir el seu cim en l'il·lustre patrici Manuel Duran i Bas i havia d'exercir un paper eficacíssim en la defensa del nostre patrimoni jurídic. A ell hem de referir, si més no, l'enllaç entre l'escola històrica del dret, d'ascendència germànica, amb la filosofia del sentit comú, d'ascendència escocesa; aquest enllaç constitueix un tret definidor i singularíssim de la filosofia catalana del segle passat, i s'origina de la convergència en el mètode positiu, de l'horror a les abstraccions de l'idealisme, de l'amor a les tradicions del passat que han fet la grandesa d'Europa i del respecte a les peculiaritats nacionals de cada poble. Ramon Martí d'Eixalà encertà a encarnar aquestes diverses tendències i a fondre-les en unitat de vida i de pensament; mort ell, el seu deixeble Xavier Llorens portà

aquesta doctrina filosòfica al seu nivell més alt d'elaboració. Al costat d'aquests dos capdavanters, Ignasi Sanpontos i Barba ens apareix avui com una figura secundària però, tanmateix, original i interessant, de l'escola filosòfica catalana, que permet de completar-ne el coneixement.

**REVOCABILITAT I CADUCITAT
DELS TANCATS ARROSSERS**

per

FERMÍ CORTÉS i MUÑOZ

ORÍGENS HISTÓRICS.— L'extensió que el conreu de l'arròs adquirí al País Valencià durant l'Edat Mitjana originà ben aviat la creació d'un corrent legislatiu, l'esperit del qual, inspirat en un equilibrat i just sentit limitatiu del domini, ha vingut caracteritzant, en essència, les disposicions reglamentàries actualment vigents entre nosaltres. Pot afirmar-se que la legislació que ara regula els tancats arrossers és la darrera conseqüència d'una evolució normal d'aquells principis, fills de la ponderació jurídica i econòmica de la mentalitat valenciana. Per altra part, aquest és un dels pocs casos en què el Dret espanyol acull, d'una manera explícita, les més pures directrius de les nostres lleis forals.

Incorporat el País Valencià als destins històrics de la comunitat catalana a la primera meitat del segle XIII, el cultiu de l'arròs, introduït pels àrabs, es desenvolupa dins un règim d'àmplia llibertat, com ho evidència un fur de Pere II, en 1282, que permet als pagesos batre i moldre arròs on volguessen. Amb tot i això, no tardà a sentir-se la necessitat, o la conveniència, de limitar els avenços creixents dels arrossars. Deixant de banda una dubtosa prohibició dictada per Alfons II per a la Plana de Borriana, recordarem que Pere III interdigué el conreu de l'arròs a la ciutat i al regne de València amb el privilegi *De prohibitioni correntiarum arrotiorum*, a les corts de 1342. A partir d'aquest moment sovintegen les limitacions i prohibicions totals, de les quals són vius exemples la Provisió de Joan I, de 27 de maig de 1388; la del rei Martí, de 1403; la Pragmàtica d'Alfons el *Magnànim*, de 21 de maig de 1448, i les disposicions de les corts de 1547, 1585, 1604 i 1626.

Aquesta abundant activitat legislativa revela ben clarament que, aleshores, existeix al País Valencià una intensa lluita entre el poder públic i els particulars que, *contra legem*, dediquen els camps al conreu clandestí amb evident perjudici per a la salut pública. Així ho corroboren també d'altres testimoniatges de l'època. El *Dietari del capellà d'Amfós el Magnànim* refereix que, l'any 1468, "dilluns, a xij de març, feren crida per València que dos llegües entorn no gosen fer arroços sota pena de c florins". Moltíssimes referències de la documentació d'aquell temps ens parlen igualment dels nombrosos conflictes i causes civils a què donà lloc el xoc de l'interès públic amb les cobejances particulars.¹

El segle XVIII contemplà l'activació del problema de les plantacions arrosseres a través de la polèmica sostinguda entre Cavanilles i Tormo d'Oloris, i de l'ordenancisme de la nova administració borbònica, que mana al Consell d'Estat instruir una informació acurada "sobre la utilitat o perjudici de la siembra de arroces en el Reyno de Valencia", amb la qual cosa la qüestió comença a perfilar-se en uns termes més actuals.² Entre els qui donaren llur parer en l'informe, hom es pregunta si la constitució de tancats arrossers no significarà una minva, una limitació, del dret del propietari a triar el conreu més convenient als seus interessos de domini. Però, enfront d'aquests dubtes, prospera la tendència que havia informat la teoria dels nostres tractadistes de Dret polític medieval — el respecte a la cosa pública, al bé comunal — i la legislació ja citada.

Per la R. O. de 14 d'abril del 1753 es determinà l'extensió que havien de tenir les terres destinades al conreu de l'arròs en cada un dels llocs del regne de València en què era coneguda la collita. Per evitar en el futur una ampliació subreptícia de l'àrea legalment autoritzada, aquesta va ésser fitada: Havia nascut, doncs, legislativament, el concepte de *tancat*, que després sancionarien i recollirien les RR. OO. de 10 de maig de 1860 i 15 d'abril de 1861, i, després, el decret de 17 de maig de 1933

1. Sobre aquest tema vegeu també *Libre de Memòries de València (1308-1644)* (edició transcripció i notes de Salvador CARRERES ZACARÉS), t. I, p. 67. Sobre la intervenció del jurista Arnau Joan en el plet de les "correnties de Paterna", veg. Vicente FERRÁN SALVADOR, *Arnaldo Juan y su "Stil de la Governatio"*, Valencia, 1936.

2. Les opinions de CAVANILLES sobre el conreu de l'arròs figuren en les famoses *Observaciones sobre la Historia Natural, Población y frutos del Reino de Valencia*. Vicent-Ignasi TORMO D'OLORIS inicià la polèmica amb el llibre *Contestaciones a las observaciones sobre la necesidad de la cría de arroces en la Ribera del Xúcar, Reyno de Valencia e influencias en la salud pública, que publicó el abate D. Josef Antonio Cavanilles*. CAVANILLES contestà un *Suplemento*, i Tormo seguí la discussió amb quatre fascicles en forma de lletra.

sobre constitució de la Federació Sindical d'Agricultors Arrossers d'Espanya, que prohibeix la creació de nous tancats; el decret de 14 de desembre de 1940 i la llei de 17 de març de 1945, així com d'altres disposicions complementàries.

NATURALESA JURÍDICA DELS TANCATS ARROSSERS.—Els tancats arrossers són conseqüència immediata dels criteris limitatius del domini que recull tot ordenament jurídic. L'ur constitució respon, com a supòsit inicial, a mesures de defensa de la salubritat pública i a la salvaguarda de tercers en règim de veïnatge predial, motius que posteriorment han vingut ampliant-se per raons de política econòmica. El tancat arrosser és un producte d'aquestes limitacions dominicals, en tant que una declaració administrativa constata jurídicament que, en determinat lloc — el tancat — gaudiran de suficient salvaguarda aquells béns jurídics. La declaració concedint la facultat de cultivar arròs al posseïdor de tals terrenys significa que l'Administració, amb els mitjans procedimentals i tècnics al seu abast, ha reconogut que, ara per ara, el conreu no danyarà la salut pública, no perjudicarà els terrenys afrontadors, o que la nova producció, posada en mercat, no minvarà el preu remunerador que fins aquell moment han obtingut els cultivadors tradicionals.

El problema que planteja la legislació especial dels tancats arrossers respecte a la determinació de la seua naturalesa, es presenta dins l'organització jurídica de l'Estat espanyol amb més acuitat que no pas en altres Estats. A Itàlia, per exemple, el criteri de la llibertat general es complementa amb un sistema de prohibició a distància mòbil, segons el nucli de la població o la importància de la via de comunicació que es tracta de protegir: això fa que la qüestió quede relacionada amb l'estudi de les servituds públiques de no fer.³

Entre nosaltres, el tancat arrosser no és més que un permís administratiu, malgrat que la paraula *concessió* puga, de primer antuvi, induir-nos al dubte per la seva ambivalència. El tancat suposa, doncs, l'existència d'un acte administratiu reglat i condicional.⁴ Seguint les directrius marcades per Fleiner, podem precisar, encara, que amb ell, l'autoritat adminis-

3. Llei núm. 337, de 16 de juliol de 1907, i preceptes administratius per a la seua aplicació.

4. Criteri distint manté José-Luis VILLAR PALASÍ (*La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo, en Rev. de Adm. Púb.*, setembre-desembre de 1950, p. 667 i nota 26), a la vista de la llei de 17 de març de 1945 i decret de 23 de maig de 1945.

trativa examina les activitats dels particulars, a les quals ells tenen dret en virtut de la propietat i de la personalitat, per a interdir-ne aquelles que són susceptibles de provocar greus danys en la vida comuna. L'Administració, en conseqüència, no pot obrar discrecionalment, i ha d'acomodar-se als preceptes legals i reglamentaris vigents, que n'emmarcaran la decisió, assenyalant els pressupostos de l'acte administratiu que dicte.⁵

L'Administració constatarà per un procés — expedient — l'existència dels supòsits de fet que calen per a procedir a la concessió; inspeccionarà tècnicament si les terres que es volen posar en cultiu arrosser són de naturalesa pantanosa i inservibles per a altre conreu; si la conversió pot damnar la salut pública; si els tercers posseïdors de predis afrontadors es perjudicaran per les filtracions que origine l'embassat de les aigües; que la producció nova no augmentarà l'oferta en el mercat desfavorablement. Comprovades totes aquestes circumstàncies, l'òrgan administratiu concedirà el permís, amb tals pressupostos motivadors, depenent de llur pervivència la del propi tancat.

REVOCABILITAT DE LA CONCESSIÓ ARROSSERA. — El principi de la irrevocabilitat de l'acte administratiu, de la seua consideració de cosa jutjada, es un dels punts en què la doctrina moderna ha aconseguit una fita preuada en el camí de la seguretat jurídica. El respecte als drets subjectius que l'Administració ha reconegut als particulars en dictar la seua decisió, i la necessitat que les relacions jurídiques gaudesquen al màxim d'un clima d'estabilitat i de fermesa, fa que es mantinga el criteri de la irrevocabilitat en general i de la revocabilitat en l'excepcional.

La decisió administrativa concedint el dret a cultivar arròs en determinada zona es basa, com hem dit, en un pressupost de naturalesa objectiva; però aquest pressupost pot modificar-se amb el transcurs del temps. Mentre que persistirà immutable, el particular podrà resistir l'acció administrativa que intente desconèixer els drets adquirits. Això no obstant, el particular estarà inermes quan una indagació de policia comprovarà que els pressuposts condicionants desaparegueren o es modificaren, i que l'agricultor, amb la seua activitat, produeix contra el comú aquells danys o perills que la limitació de domini tractava de corregir.

En aquest últim cas, l'Administració iniciarà un procediment que constate la modificació de les circumstàncies al·ludida, i dictarà un acte,

5. FLEINER, Instituciones, trad. de Sabino ALVAREZ GENDÍN, 324 i ss.

idèntic al reformat, amb els efectes que estime convenients. Així, la R. O. de 10 de maig de 1860, disposició 3.^a, reproduïda i ampliada en l'article 5 del Reglament de 15 d'abril de 1861, reserva al Govern la facultat de prohibir el conreu de l'arròs àdhuc en les terres declarades tancats o que en el futur en sien declarades, sempre que, en virtut de reclamacions justificades i per l'expedient que s'hi instruirà, resulte plenament provat que les sembres d'arrossos causen perjudicis notoris a la salut pública en qual-sevol comarca: expedients que s'instruiran d'ofici, en tots els casos que ho creguen oportú els Ajuntaments i els governadors civils de la Província.

CADUCITAT.— El dret de cultiu de l'arròs en el tancat té totes les característiques d'un dret subjectiu, i pot ésser afectat pel transcurs del temps, en especial per l'abandó temporal.

El propietari d'un camp que té la consideració de tancat arrosser, quan en el termini de cinc anys no hagués exercit el dret de conreu, perd aquesta facultat. El precepte legal que recull tal doctrina és l'article 7 del decret de 23 de maig de 1945. Un antecedent d'aquest article, el trobarem en el 10 del Reglament de 15 d'abril de 1861, el qual disposa que "tampoc no es tindrà com a tancat arrosser el camp en què, després de 1885, no s'haja collit arròs, encara que estiga comprès en un tancat general o parcial de data anterior, si en el predi s'haguessen donat amb èxit altres conreus, desapareguent les condicions assenyalades en l'article 2.^{on}".⁶

PRESSUPOSTOS CONDICIONALS DEL TANCAT ARROSSER.— A) *La salubritat pública:* La principal raó de la limitació a la propietat privada, a través de les prohibicions del conreu arrosser, és la defensa de la salubritat pública compromesa pel paludisme.

Això ho podem veure examinant, a través del seu decurs històric, la motivació del moviment legislatiu que ha fet d'aquesta branca del Dret administratiu un producte netament valencià. En el Dret comparat, també observem, com a nota determinant de la legislació italiana, aquesta mateixa preocupació per la salubritat pública, la qual queda ben patent en la Llei de 16 de juliol de 1907, que segueix les línies anteriorment

6. "Art. 2.º No se admitirán peticiones de acotamientos para el cultivo del arroz que no se refieran a terrenos naturalmente pantanosos, improductivos para otra cosecha y en los que el encharcamiento de las aguas pueda ser perjudicial para la salud pública".

traçades per les lleis de 12 de juny de 1886 i de 22 de desembre de 1888.⁷

B) *La naturalesa pantanosa de les terres i llur inutilitat per a altres conreus*: En l'expedient de concessió de tancats arrossers ha de constatar-se degudament que les terres a cultivar són pantanoses i inútils per a altres conreus. La *ratio* del permís està en consonància amb l'experiència real, segons la qual els arrossars són un excel·lent mitjà per a sanejar les terres palúdiques. Per això el nostre Dret antic centrava en les terres marjalenques el privilegi de convertir-se en camps d'arròs.

Exclosa la possibilitat de contaminació, és evident la conveniència del conreu en les terres salobrenques, com reconeix la Llei espanyola de 17 de març de 1945.

C) *El perjudici de tercer en veïnatge predial*: En l'expedient de concessió haurà de comprovar-se, igualment, que les noves plantacions d'arròs no perjudicaran un tercer, quant als recs i a les filtracions subterrànies.

La primera qüestió és exclusivament administrativa i íntimament relacionada amb els criteris de prioritat en l'ús de les aigües públiques observat consuetudinàriament per privilegis forals o per modernes concessions administratives.

La segona qüestió té connexions de naturalesa civil, i s'aplicarà, en la resolució dels litigis que s'hi puguen plantejar, la teoria general de la culpa o negligència i les manifestacions en el Dret actual de l'acció *acqua pluvia arcendae*, segons que reiteradament té declarat la jurisprudència italiana per als casos de filtracions en els arrossars.⁸

Aquestes són les causes per les quals el reglament espanyol de 15 d'abril de 1861 conté diversos preceptes que imposen l'audiència de tercers en l'expedient de concessió de terres per a planters.⁹ El decret de 25 de maig de 1945 arreplega aquesta orientació en la instrucció segona de l'article tercer, admetent les reclamacions dels qui es consideren perjudicats tant per la declaració de tancat en si com per la nova distribució de recs i d'escorriments. Aqueix precepte obre camí amplíssim per a enjudiciar tota mena de greuges, àdhuc els factibles contra la salubritat pública.

7. Veg. MELLINI, article *Risaie*, en *Enciclopedia giuridica italiana*, Gustave HEUZE, *L'agriculture de l'Italie septentrionale*, i FONT DE MORA LLORENS, *El arroz, su cultivo, molinería y comercio*, cap. II.

8. Sentències de la Cort de Cassació de Torí, de 13 de juny de 1879 i de 9 d'abril de 1858. Veg. també GIANZANA, *Le acque nel Diritto civile italiano*.

9. Art. 3, regles 2.^a i 4.^a, i art. 14.

D) *La repercussió en l'economia nacional*: El I Congrés Agrícola Nacional Arroser acceptà, per majoria vigorosament combatuda, la proposició que "la concessió de nous tancats arrossers tindrà el caràcter provisional o transitori, estimant que circumstàncies econòmiques distintes de les actuals (1948) poden aconsellar o exigir la limitació de les zones arrosseres".¹⁰

Aquesta directriu ha influït poderosament en la redacció del decret de 28 de novembre de 1952, sobre concessió provisional de tancats arrossers.

10. *Congreso Agrícola Nacional Arrocer, Valencia. Ponencia n.º 8. Legislación actual sobre cotos arroceros y sobre concesiones otorgadas actualmente a efectos de reserva y orientación para el porvenir. Ponente, don Cándido Jornet Batalla, Asesor jurídico de la Zona del Ebro.* Veg. les conclusions d'aquest Congrés a la revista *El Agrario Levantino*.

**TORRAS I BAGES EN EL PENSAMIENTO
POLÍTICO CATALÁN**

por

FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA

*Los supuestos del pensamiento político de Torras i Bages—Torras i Bages
y la tradición política catalana—Torras i Bages y la especulación europea*

I.— LOS SUPUESTOS DEL PENSAMIENTO POLITICO DE TORRAS I BAGES

Premisas. — Cuestión previa: Torras i Bages, catalán. — El armonicismo clasicista. — Realismo político. — Preferencias intelectualistas. — Palabras propias. — Cataluña en las Españas. — Tenacidad.

PREMISAS. — En la historia del pensamiento político catalán hay un momento en el cual la nación catalana adquiere personalidad dentro de la historia del pensamiento político; son sus instituciones, ligadas a las de los otros pueblos componentes de la confederación catalano-aragonesa, modelo insigne y añorado, máquina perfecta cuyo armónico funcionar culmina en la ocasión del Compromiso de Caspe, jornada impar en los anales de la auténtica libertad política; sus hijos viven al calor de una libertad heredada, garantida en sus fueros libérrimos, parapetada en el juego de las fuerzas sociales más ponderadas que encontrar cabe; el quiebro de la nobleza como factor político, visible en el recodo del 1400, da pie a la aparición de una situación nueva, para la cual Mieres y Marquilles aportarán una doctrina que Europa solamente advendrá a conocer cuatrocientos años más tarde. A la mitad del siglo xv el pueblo catalán era modelo de ordenaciones políticas, sin mengua del rudo pugnar propio de la época ni de los inestables tramos en que sucesivamente va cuajando la realidad vivida. En tanto grado que, en cierto momento, llegará a levantar la bandera de la educación de otros pueblos para la libertad, en un alarde, el primero de todos, de esa teoría del *self-government* que tantos deslumbrados papanatas decimonónicos

irán a admirar a lo largo del siglo XIX en Inglaterra, siendo así que en 1400 era ya doctrina oficial y título orgulloso de la ínclita gente catalana.

En este momento cenital la tradición de la libertad política, proclamada en contrastes con Castilla nada menos que por el propio Pedro *el del Punyalet*, cuaja en la teoría que enarbolará la burguesía barcelonesa, con anticipado y prematuro brío de efectividades. Como he aclarado en otra parte y no es el caso repetir aquí, en los juristas catalanes del siglo XV radica una doctrina cuyas características primordiales son: enemiga conjunta tanto a la democracia de masas como a la nobleza, con simpatías para un gobierno apoyado en los poderes económicos, o sea, a lo que el siglo XIX calificará de gobiernos de patrón burgués; creencia en la perdurabilidad de las desigualdades sociales, al par que en la variabilidad de sus núcleos componentes; animadversión a lo militar y preferencia por los hombres de toga; fe arraigada en el intelectualismo legal, apoyada en la filosofía tomista y opuesta al voluntarismo jurídico, siempre posible causa de arbitrariedades, sobre todo dado el sentido carismático que le anima, tanto en las formulaciones mayoritarias de la democracia como en las maneras individualísimas de la dictadura; traslado del *seny* a la legislación; equilibrio entre la realeza y las representaciones populares; respeto a las repúblicas forales que la monarquía corona; y afirmación de una monarquía limitada por la fe, por la moral y por los poderes sociales, tan distante del carisma de la voluntad general como del carisma de la voluntad única.

Semejante concepción, clave de la Cataluña del siglo XV y alma de los burgueses levantinos contra Juan II, no desapareció del todo en esta tierra, según creo. Precisamente constituye el objeto de mis preocupaciones actuales en torno al pensamiento catalán, la de averiguar hasta qué punto perduró en Cataluña esta concepción burguesa de la ordenación política, nacida aquí con prodigiosa antelación sobre las realizaciones y sobre las formulaciones teóricas habidas en otros pueblos; o sea, averiguar hasta qué punto esta novedosa conquista de la Cataluña esta concepción burguesa de la ordenación política, nacida aquí con prodigiosa antelación sobre las realizaciones y sobre las formulaciones teóricas habidas en otros pueblos; o sea, averiguar hasta qué punto esta novedosa conquista de la Cataluña del siglo XV vino a ser la filosofía política más propiamente apta para este pueblo activo y laborioso, realista y sensato, libre y práctico, que borda el festón de la parte oriental de la Península.

Yo no creo que la igualdad entre los hombres sea exacta, a lo menos en cuanto el hombre es un ser histórico. Aquel fruto maduro de la generosidad

dieciochesca pudrióse pronto. En puro derecho natural todos tenemos iguales títulos y todos poseemos iguales condiciones; pero bien entendido que en puro derecho natural abstracto, siempre que encerremos el tema dentro de los muros de un tratado de filosofía. Apenas vengamos a la realidad, veremos que aquellas fórmulas intemporales y serenas, válidas en absoluto en términos abstractos, al trasladarse a la realidad histórica pasan por el tamiz de la concreción. De tal suerte, que en verdad aquellos derechos no son derechos del hombre, sino derechos concretos del catalán, del castellano o del francés.

Creo yo que no cabe una filosofía política del hombre abstracto, porque la historia es concreción, y la política es un quehacer concreto e histórico del hombre. Para mí fue grande yerro del iusnaturalismo, continuado en muchas escuelas políticas modernas, partir del hombre a secas; estimo hay que arrancar siempre del hombre concreto. No creo en una filosofía política, esto es histórica diltheyanamente hablando, que valga por igual para castellanos o para chinos, para alemanes o para hijos de Cataluña. Antes opino que este Principado tiene modalidades políticas propias, fruto de una tradición secular, lo mismo que posee una lengua y una cultura escuela de sedimentaciones centenarias. El catalán nace rezando en catalán, hablando lengua catalana, en un ambiente caldeado de los recuerdos históricos unas veces alegres y otras veces tristes que los abuelos vivieron de consuno, poseyendo la idiosincrasia competente a los vicios y a las virtudes de un pueblo aparte; no nacieron nunca hombres abstractos, nacieron catalanes.

Y así, seres concretos sobre cuyas espaldas pesa la historia viva que es la Tradición de Cataluña, estamos delante de un pensamiento político que ha de recoger los índices de esa Tradición.

CUESTIÓN PREVIA: TORRAS I BAGES CATALÁN. — Al igual que hice en el caso de Balmes, creo que la primera cuestión, la ineludible cuestión previa, es la de averiguar sus conexiones con su patria catalana.

A este respecto, comencemos haciendo constar que Torras i Bages nace en el corazón del Principado: en Les Cabanyes, cerca de Vilafranca del Panadés. Estudia en Barcelona y en Vic, llevando de la ciudad condal y de la Plana los efluvios de los recuerdos idos y las ansias mismas con que la tenacidad ilusionada de Jacinto Verdaguer compilaba en las masías campesinas el caudal del vocabulario soterrado. Las últimas palabras salidas de su pluma, en la hora suprema de la agonía en que las sombras de la muerte que llega aclaran los sentires con el deslumbramiento abismal del infinito,

están en puro y neto catalán. Tanto siente la tierra que, con tal de no dejarla de ver con los ojos de la carne, renuncia a los arzobispados de Burgos y de Valencia. Las dos terceras partes de su obra literaria se halla redactada en catalán. Basta leer aquellas frases del agonizante, mal rubricadas con firma de moribundo en el mismo día 7 de febrero de 1916 y que son el codicilo de *La ciència del partir*,¹ y se verá que en la sincera entrega de su alma al Creador sus vocablos fueron los mismos que habían sido usados por sus padres. En lo externo de su biografía, mosén Torras i Bages fue ejemplo de varón catalanísimo, cuyo inmenso hispanismo se alimentaba precisamente de la savia de su estirpe catalana.

Pero es que, además, lo fue por el tenor de su arquitectura espiritual. Como Balmes naciera en solar de arrieros menestrales, Torras i Bages viene al mundo en casa de payeses, título del que se sentirá orgulloso sobre todo cuando ascienda a las cumbres del episcopado. ¿No fue él mismo quien se afincó a la tierra catalana con raíces de espiritual clavazón cuando estampó en *La pagesia cristiana* aquel trecho magnífico en donde declara que “La Providència, qui governa tot el curs de la vida humana, féu que naixéssim de llinatge pagès, i que les tradicions, els sentiments, els costums de les Cases de pagès tinguessin una gran influència en la formació del nostre caràcter, servint com de base a la filosofia i a la teologia i a totes les altres disciplines científiques a que naturalment tinguérem de subjectar-nos com a preparació per a l'estat sacerdotal?”.² Y, en efecto, de payés era aquella fisonomía que alguien ha descrito por de cara férrea, de labio imperador y absoluto, de aspecto bronco, de voz robusta y recia,³ casi como un árbol de la montaña pirenaica al que un soplo divino hubiera dado vida para que golpeará con tajante brío montaraz sobre la sociedad contemporánea.

EL ARMONICISMO CLASICISTA. — En tercer término, fue catalán por su acendrado amor al armónico equilibrio mediterráneo, ángulo en el que el roble truécase en olivo y aspira las brisas del mar clásico con preferencia a las ventiscas del Pirene. Hay páginas de mosén Torras i Bages que parecen preludios de aquella sabrosísima cosecha de frutos que Josep Carner cosechó genialmente en los huertos minérvicos que plantara a las orillas

1. Citaré siempre por *Obres completes* (Barcelona, Selecta, 1948), página 1.471.

2. O.C., 1010 b.

3. JOSEP COMERMA VILANOVA, *Historia de la literatura catalana* (Barcelona, Políglota, S. A.), p. 451.

del mar de la antigua paganía. Y suyos son el constante elogio de la ecuanimidad, la alabanza del *seny* como categoría máxima, la valoración del equilibrio por criterio más alto de conductas, traducción moderna de la *sofrosine* que encandiló los ojos del pueblo de artistas de la Hélade en los páramos de la ética y en los vergeles de la estética.

¿No es bastante recordar que su amor al Aquinate, ápice de sus gustos filosóficos, proviene de que santo Tomás fue, digámoslo en sus mismas frases, “l’home de les grans síntesis i de les grans conciliacions?”⁴

¿Es posible olvidar que su fervor de cristiano, cacumen de su fe de creyente, resulta de que el cristianismo constituye — volveré a repetir sus palabras mismas —, la “llei de l’equilibri humà”?⁵

¿No se tendrá en cuenta que su apego a la patria catalana, corazón de sus cariños humanos, débese a lo que en el espíritu catalán topaba de “pràctic i assimilador”,⁶ esto es, de capaz de levantar fábrica de armónica estructura?

¿No se echará en nota que sus grandes admiraciones dimanen de causa idéntica? Cuando tiene que elogiar al obispo Josep Morgades i Gili apela a ver en él “un gran català perquè és un home eminentment pràctic, un talent que fuig de les utopies i cerca les realitats, un caràcter ferm, un cor encès, un home de fe viva i operativa i que, no obstant, no ama posar-se en les coses”;⁷ cuando exalta al doctor Estalella por haber sido preconizado para la sede episcopal de Teruel, no atisba tampoco mayor loa que repetir esa apreciación de “home pràctic”, que a fuer de tal “no té els encaparraments de la gent teòrica”.⁸ ¿Qué es su pueblo, visto por él, sino un tipo humano de seres hondamente reflexivos y sosegados,⁹ que siempre van “al grano”, sin gastar tiempo en conversaciones inútiles?¹⁰

Creo no son precisas mayores aclaraciones, ni fatigaros más con mi afán de probar lo que aseguro, para concluir que en su alma reposada de payés auténtico espejábese todo el sosiego catalán que solemos llamar con esa intraducible expresión de *seny*.

4. *Del Verb artístic*, 377 a.

5. *Llei de l’art*, 401 b.

6. *En Rocaberti i en Bossuet*, 524 a.

7. *El reverendíssim doctor Josep Morgades i Gili, bisbe de Vic i administrador apostòlic de Solsona*, 635, 2-b.

8. *L’ilm. Dr. Antoni Estalella i Sivilla*, 639 b.

9. *A.P...*, 689 a.

10. *El Obispo de Teruel*, 2001 b.

REALISMO POLÍTICO. — La consecuencia inmediata de su alma catalanísima es el cuarto rasgo: su realismo político.

Rasgo que trasciende de su pensamiento como el perfume trasciende de la rosa. Parece que lo que da originalidad al pensamiento del obispo de Vic es su acomodación a la realidad, que jamás perdió de vista la estrella polar de los hechos ni en el pensamiento ni en la vida. El pragmatismo que admiraba en su pueblo no le abandonó nunca. En los más tajantes de sus juicios hállase siempre un matiz de mesura y un tinte de serenidad que no son otra cosa que tener en cuenta hasta las más destalladas circunstancias.

El meollo íntegro de su regionalismo, tan alta y magníficamente sellado en esa joya de orfebrería intelectual que es *La tradició catalana*, hállase en este realismo avasallador e insobornablemente lógico. Su crítica contra las Cortes de Cádiz y contra el yerro de pretender implantar unos Códigos uniformes para toda la monarquía¹¹ viene a ser secuela de su fe en la variedad real de las cosas y en lo artificial de los uniformismos, sean democráticos o sean totalitarios, que presumen acosar la vida de los pueblos en el lecho de Procusto de una norma férrea, ambas consecuencias directas de la falsa concepción del hombre concreto a que antes me referí.

Es en ese realismo donde funda su hostilidad a las formas políticas federales o particulares nacidas del voto democrático implantado por la revolución y no de una larga gestación histórica. Es el realismo el que forja su visión tradicional de Cataluña, cuando escribe a la letra que “les modernes entitats formades per l’esperit revolucionari són unes veritables criatures bordes; no reconeixen ni tenen paternitat, trenquen la successió històrica, al pas que sos antecessors, als quals hereda i forma amb ells una veritable família”.¹² Realismo por el que repudia el contrato social de Rousseau¹³ y aun al propio Estado liberal, ya que pretendía construir a la sociedad de arriba para abajo, siendo así que en la realidad viva la sociedad creció de abajo para arriba.¹⁴ Es regionalista — nos dirá — porque “les nacions regionalistes comencen per la base, és a dir, pels fonaments”.¹⁵

Un realismo tan constante que constituye la raíz de sus concepciones sociológicas. Cuando le veamos coincidir con Mieres, con Marquilles o con Balmes en los planteamientos y en las soluciones juspóliticas, veremos en

11. Aunque no lo cite, debe referirse al artículo 258 de la Constitución de Cádiz.

12. *La tradició catalana*, 47 b.

13. *La tradició catalana*, 50 a-b.

14. *La tradició catalana*, 50 a.

15. *Ibidem*.

la idéntica urdimbre de idearios la proyección de una sola y misma cosa: el realismo de la gente catalana.

PREFERENCIAS INTELÉCTUALISTAS. — Un quinto rasgo de su pensamiento político, y en virtud del cual ha de calificársele de catalanísimo, es su gusto por las soluciones de la inteligencia. Hay en el alma catalana dos matices cardinales que conviene precisar: uno el sesudo y práctico, el que da de sí al hombre del mostrador y de la fábrica, plataforma anímica de todas las “Puntuales” más o menos rosiñolianas con que quepa tropezar en este mundo, alfa y omega de tantos señores Esteves más o menos sujetos al lápiz de la caricatura en alguna de las infinitas *auques* que la prensa o la radio redacta cada día; y otro es el lado romántico, el de los magnos impulsos, no por más raro menos expresivo, el que empuja a los catalanes que van a la Mancha a transformarse en reencarnaciones de don Quijote, el que forja esos tipos sublimes hambrientos de idealismo y sedientos de fe que han quedado retratados para siempre en la medalla que acuñaron aquel loco a lo divino del amor sin barreras que respondía por Ramon Llull *lo foll*, o aquel andariego de tenacidades reformistas que la posteridad recuerda bajo el apelativo de Arnau de Vilanova.

Yo bien sé que el tipo usual es el primero, y que en el cliché del catalán de exportación que todos conocemos Cataluña es el *seny* y es lo práctico. Consideración que no es nueva ni ha nacido en este siglo, porque ya va para cuatrocientos años que Miguel de Cervantes traía aquí a su loco de quiméricos sueños de infinito, encarnación del genio de Castilla, para que recobrarla la razón en el baño de sosiegos que vibra en Barcelona. Y, en efecto, esos locos geniales en que no ha andado ciertamente escasa la raza catalana, se han difuminado siempre en la masa del pragmatismo cotidiano, hasta quedar reducidos a excepciones soberbias, a magníficas excepciones, que con toda su expresividad humanísima no exceden a la importancia de la excepción que sirve para confirmar la regla general.

Por eso el intelectualismo, el predominio de la razón sobre las pasiones, el uncir los afanes al yugo de la moderación lógica, integra una nota que se hermanará siempre con el consubstancial realismo catalán y con la estimación práctica de la vida típica de Cataluña.

Por lo cual el primado de la inteligencia y la capitania de la razón constituye algo que repetirá Torras i Bages, ya desde los peldaños de su escala de elevaciones eticistas. Contra el positivismo argüirá que éste antepone el temperamento a la razón, siendo así que la razón es cabalmente lo que

dignifica al ser humano, diferenciándole de los animales.¹⁶ ¡Signo de los tiempos y motivo de lamentaciones para su intelectualismo a la catalana, vivir en horas en que los sentidos priman sobre la inteligencia!¹⁷ Especialmente cuando se está convencido, como él lo estaba, de que la raíz del vicio reside en un apetito irracional, únicamente vencible merced a la razón,¹⁸ puesto que el vicio a la postre no pasa de ser un ofuscamiento de la condición de racionalidad que separa al hombre de los brutos.¹⁹

PALABRAS PROPIAS. — Finalmente, por si tantos rasgos no bastaran para definir el sentido catalán de su pensamiento y para colorear su pluma con tinta de matices patrios, en sus palabras mismas son innúmeras las ocasiones en las que expresamente traslada a la letra lo que constituía el meollo de su naturaleza espiritual. Su defensa de la enseñanza del catecismo en la lengua materna o la redacción de sus pastorales son meros reflejos de lo que proclama en la carta que publicó en *Les quatre barres* el 20 de noviembre de 1891,²⁰ o de aquel brío con que, ingresando en la Academia de las Buenas Letras, prometía que la tradición le enseñaba como a “la llengua de casa, que ningú, fora de Déu, pot fer callar, perquè no és una institució del dret civil, ni un dret que provingui de la política, sinó cosa anterior a ells, més permanent que ells, formant part integrant de la nostra naturalesa social i fins del nostre ser personal”.²¹

CATALUÑA EN LAS ESPAÑAS. — Mas, eso sí, de un catalanismo que insertaba a la patria propia en el marco universal de las Españas. Lejos de suscitar antítesis siempre absurdas entre la parte y el todo, Torras i Bages ascendía desde su férvido catalanismo a la visión de nuestras Españas como un conjunto de pueblos dotados de peculiaridades propias, pero ligados en el tesoro de una tradición común y en la esperanza de unos anhelos tan conscientes como vivos. No era el suyo recorte provinciano de aldeanos campanarios, sino trampolín para el salto hasta las alturas de la historia. Precisamente por ser muy catalán sentía hasta los tuétanos su condición española. Ascendía a las Españas desde aquella Cataluña hondamente ama-

16. *La formació del caràcter*, 458 a-b.
17. *En Rocaberti i en Bossuet*, 532 a.
18. *La formació del caràcter*, 460 a.
19. *La formació del caràcter*, 475 b.
20. *En Obres completes*, 688 b-690 a.
21. *En Rocaberti i en Bossuet*, 521 b.

da y rompía certeramente, de una parte con los brazos púlpicos del centralismo madrileño, y de otra parte con la mezquindad desesperada de una Cataluña arrinconada y sola.

No comprendo, ni creo me sea dable comprender jamás este fenómeno de la incomprensión que con profunda tristeza encuentro a lo largo de los cien últimos años en tantos rincones del mundo español; este reducir el esquema sociológico de los pueblos hispanos a los extremismos igualmente absurdos del centralismo y del separatismo; este empeño en reaccionar frente a un error con otro desesperado error de mayor bulto. Torras i Bages creía, como creyó todo el sano pensamiento catalán que yo he estudiado hasta ahora, en que Cataluña era un pueblo con personalidad insigne y harto sobrada, pero hermano en su proyección histórica de los demás pueblos españoles. Ha sido, sin duda, obra de algún genio maléfico por Lucifer enviado con la misión de enturbiar las aguas claras de la vida, este reducir la cuestión a los dos polos que antes dije. Y, al igual que Jaime Balmes o al igual que Torres i Bages, no cabe otra reacción que la de desolado asombro ante la necedad de que sea posible semejante planteamiento. ¡Como si la Tradición, que es el único lazo que ata y desata a los hombres en naciones y a unas naciones con otras, no estuviera enseñándonos precisamente todo lo contrario!

Muy lejos de contraponerse a España, la Cataluña de Torras i Bages es condición inexcusable para que España exista. Baste recordar sus palabras en el encabezamiento de *La tradició catalana*: “És certament — decía — aquest llibre un *breviari* del culte a la pàtria-terra; però que de cap modo aquest llibre un *breviari* del culte d’Espanya, conjunt de pobles units per la Providència”.²² Y en estas otras palabras que jamás debiéramos olvidar, antes debieran repetirse diariamente por todos los medios posibles de la propaganda moderna en los oídos de cada uno de los españoles, suprema lección de sabiduría política nuestra: “Necessitem avui dia vincles d’unió social i política, i al tractar nosaltres de regionalisme, no intentem disgregacions, ni volem divisions; sinó que, al combatre l’unitarisme, treballe per la unió veritable, qualitat més espiritual que física, de la que l’unitarisme és solament una ficció externa, que no dura, i que, en lloc de portar l’harmonia humana, acaba per la dissolució dels nuclis que la naturalesa ha posat com fonament de la societat entre els homes”.²³

22. *La tradició catalana*, 5 a.

23. *La tradició catalana*, 29 a.

¡Qué catalanas, y por ende qué españolas, resuenan estas palabras! ¡Cómo campea en ellas el *seny* de Mieres al lado de los fuegos apasionados de Ramon Lull! Yo de mí sé decir que contadas veces he leído un mejor entendimiento de los problemas que han acunado los desvelos de mi generación.

Y era tan español, a fuer de ser tan catalán, que el desafecto hacia lo extraño constituye constante tema de su pluma. Mencionaré la manera en la que, tomando pie del ejemplo de Manuel Milà i Fontanals, yergue su gesto de payés violento y claro contra quienes dan signo de debilidad al querer imitar las cosas de más allá de las fronteras.²⁴

Por eso su Cataluña era tan española, o si se quiere, en frase que a mí me resulta particularmente sobremansa grata, tan no europea. Su íntegra tarea de escritor no tiene, aparte los menesteres de su profesión eclesiástica, otra meta que ésa: reconstruir el alma catalana sin apelar a recursos extra-hispanos. “El veritable servidor de la pàtria — escribió con letras de diamante — fugint de modes i d’estrangeres teories, ha de guarir els mals amb remeis de la terra que habitem”.²⁵

Concebía a España, a la que tantas veces llamara a boca llena “nostra Espanya”, como manojos de pueblos anudados por la historia, como haz de tradiciones salvaguardadas por la Providencia;²⁶ y Cataluña era una de las varas atadas en el haz sagrado de las realidades históricas vivas sobre las que recortamos, queramos o no queramos, nuestra silueta de hombres concretos, nacidos en un lugar y en un tiempo concretos y precisos.

Existe un punto al que siempre habrá que acudir cuando queramos tocar los nervios catalanes, porque es el eje de la tragedia: las relaciones con Francia. He dicho ya en otros sitios y repito ahora que, a mi ver, los catalanes son víctimas precisamente de uno de sus mayores reyes: de Jaime el Conquistador. Si padecen conciencia de haber realizado en el marco de

24. “El seu gran plaer” (de Milà) “forma de la contemplació de les coses divines, el trobava en l’amor a Catalunya a Espanya. Avui domina força la preferència per l’estranger, símptoma trist de debilitat; lo de casa a molts els sembla inferior, i volen pensar i sentir com els homes d’altres nacions. Els sembla que pertanyen a una raça inferior, i és perquè, en un desvaneixement d’esperit, han perdut la consciència de la seva individualitat”. En *la inauguració del monument a D. Manuel Milà* en Vilafranca el 30 de agosto de 1912. O.C., 664 a.

25. *La tradició catalana*, 11 b. Es la razón de que dedique todo el capítulo xiv de la propia obra, páginas 43 a-45 b, a demostrar la oposición irreductible entre el regionalismo catalán e hispano y la revolución internacionalista y afrancesada.

26. *Los excesos del Estado*, 1810 a.

los aconteceres universales un papel inferior al que sus merecimientos acrecían, débese a que no forman un pueblo completo, culpa de la amputación que los ensueños románticos y mediterráneos de Jaime I llevaron a cabo sobre el cuerpo vivo de la Cataluña entonces joven. El tratado de Corbeil selló en 1257 la bifurcación de los caminos históricos, y una de las piedras de toque del auténtico catalanismo será siempre la pasión con que los miembros de la nación catalana sufren el dolor de las dos desmembraciones de mediados del siglo XIII y de finales del siglo XVIII, no por seculares menos sensibles.

No faltó Torras i Bages a esta cita del patriotismo; y pocas veces aquella pluma, que escribía con tinta donde se molturó el "seny" más medido, vino a caldearse como en ocasión de tocar la revisión del yerro que separa a los catalanes del Midi francés de los que continúan integrados en el haz de los pueblos españoles. Rememorad sus aplausos al cardenal Salvador Casañas porque, en su condición de obispo de la Seu d'Urgell, "ha salvat a les Valls d'Andorra, el petit Estat català, de perdre son caràcter, nostre caràcter nacional, que amenaçava ofegar la invasora influència francesa".²⁷

La aspiración a rehacer la unidad de la patria catalana era en mosén Torras i Bages flecha disparada en los cielos españoles.

TENACIDAD. — No es dable concluir esta silueta previa del memorable obispo de Vic que servirá de plataforma sobre la que descubrir la estatua de su pensamiento político, sin deshacer un equívoco por ventura, mejor diré por desventura, harto frecuente: suponer que este mesurado estilo de la gente catalana implica blandenguería en la defensa de las verdades fundamentales, de aquellos valores supremos que justifican la vida y en los cuales la transigencia equivale a la traición.

Lo anoté en otro sitio hablando de Jaime Balmes y he de referirlo aquí puntualizando la postura humanísima del genial prelado ausonense. La tenacidad catalana, que en el camino del odio dio lugar a la venganza proverbial y que en las vías del trabajo alza tan grandioso progreso material, se da, no podía ser menos, en este hombre catalanísimo. Las admiraciones que proclama hacia otro compañero del episcopado, hacia el obispo Ramón Strauch, alevosamente asesinado en Vallirana el 16 de abril de 1823 en holocausto a su integridad intransigente,²⁸ no me dejarán por mentiroso.

27. *El Cardenal d'Urgell*, 635 b.

28. *El misteri d'iniquitat*, 1082 a.

II. TORRAS I BAGES Y LA TRADICIÓN POLÍTICA CATALANA

El problema. — Necesidad de un cotejo. — Criterios de la tradición política formulada en el siglo xv: 1. Base económica del poder político. — 2. Animadversión a lo militar. — 3. Concepción intelectualista de la ley. — 4. Preferencia por la monarquía limitada.

EL PROBLEMA. — Tras tratar del matiz catalán, y por ende españolísimo, que hace de la ideología de Josep Torras i Bages eslabón indiscutible de aquella genial cadena de pensadores inmortales que abrieron en lengua catalana caminos nuevos en todas las ramas del saber humano, quisiera aludir a unas palabras de Torras que atesoran el sentido entero de su vida y califican, casi hasta lo autocrítico, la estela honda de su ingente personalidad. Son aquellas que pueden leerse en *La tradició catalana*: “El verdader servidor de sa pàtria — dijo rotundamente, como decía las cosas cardinales — fugint de modes i d'estrangeres teories, ha de guarir els mals amb remeis de la terra que habitem”.¹ Frases que llenan una vida, que marcan rumbos a una nación y que como pocas testifican lo que es un hombre cuando este hombre vibra al son de los ecos perennemente vivos de un ayer que ni ha muerto ni morir puede, porque el día en que el ayer de la Tradición perezca se habrían borrado todos los senderos del mañana.

NECESIDAD DE UN COTEJO. — Porque cuando el pensamiento catalán rozó las cumbres con volar de águilas, dio en ser exponente de la mentalidad de una burguesía que aspiraba a asumir funciones centrales en la máquina constitucional del Principado; y al efecto sus puntos cardinales fueron: gobiernos sobre fundamentos de diferenciación económica; repudio a lo militar, camino abierto al gobierno para todos los ciudadanos ya que la riqueza era accesible a todos, concepción intelectualista de la ley, y estimación de la monarquía limitada como la mejor forma posible de regir la cosa pública.

Punto por punto, comparemos esta concepción, tal cual aparece codificada por los juristas catalanes de la primera mitad del siglo xv, con lo que propugnó el obispo de Vic.

1. *La tradició catalana*, 11 b.

CRITERIOS DE LA TRADICIÓN POLÍTICA FORMULADA EN EL SIGLO XV:

1. — BASE ECONÓMICA DEL PODER POLÍTICO. — Tal como cristalizó en el siglo xv, la primera característica de la tradición política catalana en la línea a que vengo refiriéndome es que los poderes de gobierno se centren en una clase social que rechaza los privilegios de la sangre, porque al no ser noble quiere abrir a todos el camino que conduce al gobierno, pero que al mismo tiempo aspira a mantener las desigualdades sociales de base económica que sirven para garantizar el predominio de los acaudalados sobre los que no han sabido salir de la pobreza. En el *Apparatus super constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniae*, verdadero tratado de Derecho político y parlamentario de aquel tiempo y cosecha granada de un pueblo educado en el goce de la libertad política auténtica, nos dijo Tomás Mieres que los cargos públicos deben ser provistos en las personas de los acomodados o ricos. Con palabras que no dejan lugar a dudas en lo que respecta a la intención de quien las pronunciaba, asegura que “*oficiales sunt eligendi divites, et non pauperes*”,² que los funcionarios han de ser escogidos ricos y no pobres.

Es lo mismo que sostuvo Jaime Balmes en su artículo *La aristocracia y la democracia en España*, publicado en *El pensamiento de la nación* correspondiente al día 20 de marzo de 1844: “Ya que en España — escribía a la letra — no es posible tomar por base los títulos de nacimiento, es preciso atenerse a la riqueza, y ésta es una aristocracia de todos los tiempos, una aristocracia que nunca perece”³

¿A qué era debida esta postura? A dos cosas: de un lado a la creencia en que la propiedad y la riqueza han existido y existirán siempre como punto de referencia para diferenciar a los hombres; de otro lado, a suponer que la riqueza proporciona una independencia que favorece la libertad de obrar en quien la posee.

Jaime Balmes expuso paladinamente este argumento y es teoría que harto se acomoda al sentido realista del genio catalán y al sello que en la historia de Cataluña ha impreso siempre la capacidad industrial o comerciante de las gentes barcelonesas o tortosinas. Equidistante entre la nobleza de sangre a quienes las burguesías incipientes del siglo xv tratan de suceder y entre la democracia del voto igualitario que pretenderá suplantarlas, la doctrina cuaja en un esquema cuyos tres rasgos principales son:

2. Barcelona, Sebastián de Cormellas, 1631. Dos tomos. I, 263 a.

3. JAIME BALMES, *Obras completas* (edición P. Ignacio Casanovas, S.I.). xxv, 185.

Primero, la división de clases por razones económicas es algo que se compadece con el orden de cosas resultante de la naturaleza humana;

Segundo, los ricos no sufren el acoso apremiante que las necesidades ponen en el obrar de los pobres; y

Tercero, son por ello gobernantes más independientes y más capaces.

Veamos ahora si la teoría de la propiedad formulada por Torras i Bages se amolda al anterior esquema.

Ante todo, es de observar que en su concepción de la propiedad parte del orden establecido por Dios en el universo, de tal suerte que resulta directamente dimanada de la contextura de la naturaleza humana. Sería preciso, argumenta este escolástico aferrado a la temática del *orde universales*, un linaje distinto de los seres que descienden de Adán y Eva para que la propiedad desapareciera, porque habría para ello que borrar la misma personalidad humana, esa autonomía que sirve de cimiento al yo y que tan bien venía a fundamentar la libertad siempre grata a los gustos políticos de los hijos de Cataluña. ⁴

Tan es así, que para Torras i Bages la riqueza constituye mera consecuencia del trabajo. Está a mil leguas de defender el aspecto de la propiedad ganada por la violencia de las armas o por las conquistas en las guerras. Lo que él canta con trinos de filosófica prestancia es la propiedad que viene del trabajo, porque ésa es cabalmente la que placaría a Mieres y a Marquilles, la que interesaría a Balmes, la que encarna los deseos de una mentalidad especialmente ordenada a lo que se viene llamando lo burgués.

Bien lo prueba cómo en su cerebro libertad y propiedad se anudan cuando proclama que el trabajo constituye el origen de ambas cosas. Donde haya trabajo habrá personalidad; donde personalidad, propiedad; donde propiedad, libertad: tal pudiera ser el hilo de su claro laberinto lógico. ⁵

Y nótese que la propiedad no cerraba el camino a la igualdad en su concepto, ya que el esquema del dualismo ricos-pobres no estaba tampoco cerrado para nadie. Desde el instante en que todos podían llegar a ser ricos, a todos se abría la posibilidad de gobernar; en cuanto podían llegar a ser ricos poseían la llamada libertad civil por los teóricos decimonónicos, en cuanto todos podían llegar a gobernar todos poseían lo que la propia terminología denominó libertad política.

La visión del hombre concreto se adecuaba a tal postura, porque la

4. *L'equilibri en la jerarquia industrial*, 968 a-b.

5. *Lo eterno y lo variable del cuerpo social*, 1909 b.

propiedad, fruto del trabajo, forja los contrastes sociales, y en la ley del contraste reside la verdad suprema y la más alta belleza del universo. He aquí sus palabras, definidoras tajantes de la necesidad de la división social: "Los contrastes son tan necesarios en el orden económico como en el orden artístico, y como los vemos en el orden físico del universo. Por el contraste resplandecen a los ojos humanos la luz, el amor y la belleza. Nuestro conocimiento es un contraste, y sin contraste ni conoceríamos, ni amaríamos, porque toda relación supone a lo menos dos términos; y el orden económico no es más que una grande relación, una admirable armonía, un contraste, principio de fecundidad, que mantiene en equilibrio al linaje humano, uniendo a todos sus elementos en un maridaje fecundo mediante la ley del contraste".⁶

Conforme, pues, Torras i Bages con el primer punto del esquema de Mieres y de Balmes a que aludí, esto es, una vez aseverado que la división de los hombres por motivos económicos se compadece en lo filosófico con el orden de las cosas, habrá que comprobar la realidad o irrealidad histórica del aserto, si no queremos rehuir al constante realismo característico de las maneras mentales del obispo ausetano, mosén Torras i Bages.

La respuesta no será dudosa. "La Saviduria de l'Etern — dirá — ha volgut que en el món hi hagués rics i pobres, gent forta i gent malalta, savis i ignorants, justos i pecadors, per a fer resplendir la seva omnipotència, demostrant als homes com del mal n'ix bé, i com de totes les immenses varietats i diferències humanes n'ha d'eixir una admirable harmonia".⁷

La réplica se adentro en la teología. Aquella noción platónica de la belleza en la variedad que había servido a San Agustín para edificar el cosmos como un orden armónico de cosas iguales y desiguales equitativamente colocadas, reverdece en la proporción armónica con que Torras i Bages contempla, ahito de mediterráneos clasicismos, al sistema de las cosas como mero reflejo del orden cósmico por Dios instituido.

Por eso para él el socialismo es una quimera o, en sus propias palabras, "una utopía i una bogeria".⁸ Por razones muy simples, en cuya exégesis no he de entrar aquí: porque para él el socialismo contradice al orden de

6. *Lo eterno y lo variable del cuerpo social*, 1911 a.

7. *De la ciutat de Déu i l'evangeli de la pau*, 865 b. La misma opinión repetida en *L'elevació del poble, o sia, la democràcia cristiana (Contra l'error socialista)*, 1058 b-1059 a.

8. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 272 b.

las criautras, orden que se apoya nada menos que en el mismo Dios.⁹ A lo que se debe que no le mire cual doctrina política más o menos revolucionaria, sino que, adentrándose siempre por los cotos teológicos, le contempla tarado del mal teológico por excelencia: de la herejía,¹⁰ puesto que postula la subversión del orden natural por Dios establecido.

Las consecuencias políticas de tales planteamientos han de ser idénticas a las propugnadas por Mieres y por Balmes. Como no es escritor político, ni siquiera jurista, se limitará a aseverar la mayor libertad que proporciona la posesión de bienes abundantes¹¹ y la afirmación de que muerta la propiedad con ella moriría la libertad,¹² punto de coincidencia con el segundo término del esquema que expuse; y a condenar a la democracia nada menos que como herejía materialista y revolucionaria,¹³ versión episcopal del tercer término del esquema mieresiano.

En este primer rasgo, por ende, Josep Torras i Bages, catalán que alcanza el siglo xx, piensa de acuerdo con lo que pensaron aquellos juristas que descubrieron lo burgués, con su cortejo de virtudes y equívocaciones, en la historia del pensamiento político de los días resolados del otoño y de la primera Cataluña medieval. Para él también, como para aquellos juristas y para Jaime Balmes, ha de preferirse una base económica al poder de mando.

2. — ANIMADVERSIÓN A LO MILITAR. — Ya señalé en otra ocasión que con esta nota primera se relaciona la peculiar animadversión burguesa, también no menos peculiar de esta línea del pensamiento catalán, hacia todos los factores de poder político extraños al dinero, y en primer término, la hostilidad hacia lo militar como rival en las funciones de gobierno e influencia social, así como el correspondiente afecto para el hombre de toga que con facilidad se pone al servicio de los grandes intereses económicos.

Segundo rasgo de la tradición política catalana que fue formulado paladinamente por Tomás Mieres al escribir en su *Apparatus* que “milites in-

9. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 272 a. *L'equilibri en la jerarquia industrial*, 967 a. 971 a. *L'elevació del poble*, 1071 a. *Conducia dels obrers catòlics en les circumstàncies actuals*, 1112 a.

10. *L'equilibri en la jerarquia industrial*, 966 a. *La pagesia cristiana* 1020 a. *Carta a los maestros cristianos de la diócesis*, 1862 b.

11. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 269 a.

12. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 267 a. *Idees que maten, idees que vivifiquen*, 1343 a.

13. *Lo eterno y lo variable del cuerpo social*, 1 01 a-b.

fecti odio contra jurisperitos semper procurant diminutiones salariorum, et volunt comedere labores peritorum”, cosa sobremanera grave y que débese evitar, puesto que sin juristas el cuerpo social se resquebrajaría, o, en sus palabras, la “*republica diu consistere non potest sine iurisperitos*”.¹⁴

También Balmes había comulgado en semejante actitud cuando escribió a 18 de marzo del 1845: “Ninguna combinación política puede estribar en la fuerza militar como sobre un elemento duradero: esta fuerza puede servir de instrumento para llegar a un fin determinado, puede ser un auxiliar excelente para conservar el orden, mientras los elementos de que se haya de rodear el poder civil no estén reunidos y desenvueltos de la manera conveniente; pero desde el momento en que se la considera como principio de gobierno, hace imposible todo sistema de administración, y pone en inminente peligro, para un tiempo más o menos lejano, la misma conservación del orden público, cuya defensa se le encomendará”.¹⁵

También Torras i Bages participa de este segundo aspecto de la tradición política catalana acuñada en el siglo xv, tal vez porque el peso de las circunstancias había cambiado de hecho muchísimo menos de lo que pudiera creerse a primera vista. Pero con la particularidad de que es también aquí teólogo más que jurista, por lo cual, al igual que vimos anteriormente, da al tema profundidad teológica. Mieres rechazaba al militarismo por motivos de conveniencia política; Balmes con argumentos de utilidad social; Torras i Bages, mucho más radical por teólogo y mucho más autorizado a fuer de obispo, va a definirle ni más ni menos que como anticristiano.

Vayamos a los textos, que no me dejarán mentir. En una de sus pastorales escribe: “El militarisme no pot ésser una forma social cristiana en una època de civilització. Perquè significa la força arbitrària de la independència i llibertat dels pobles, l’opressió del poderós sobre del dèbil. És el materialisme polític. Manifesta l’absència d’un principi espiritual en la regularització de les relacions d’uns pobles amb altres. El militarisme no lliga amb el Cristianisme. L’aspiració del nostre diví Redemptor Jesús era la direcció pastoral dels pobles, no el règim de l’espasa”.¹⁶

Vémosle, pues, al lado de Mieres y de Balmes, pero fulminando rayos teológicos que hacen todavía más terminante su postura, máxime cuando quien habla es el obispo de Vic.

Y no es que olvide la importancia de los argumentos prácticos ni em-

14. TOMÁS MIERES, *Apparatus*, II, 205 a.

15. JAIME BALMES, *La preponderancia militar*, “Obras completas”, XXX, 229.

16. *L’enigma de la guerra*, 1454 a.

pequeñezca las conclusiones a que llega Balmes sin otra ayuda que el medurado *seny* catalán. Expresamente los repite y los reitera, argumentando que con las situaciones fundadas en la espada se genera la decadencia de la cultura y de los pueblos.¹⁷ Ni es tampoco el caso de que no deje de puntuar la supremacía del trabajo sobre la fuerza como factor equitativamente sociológico,¹⁸ ni que deje de condenar a la guerra como enfermedad para los hombres.¹⁹ Lo que sucede es que, teólogo a machamartillo, contempla el problema desde las alturas de la teología. Por eso fulmina anatemas contra el militarismo, en una teologización paralela a aquella por la que combatió al socialismo tipificándole de herético. Solamente con Francesc Eiximenis tiene aquí comparación posible su postura a lo largo de la historia del pensamiento político catalán. También Eiximenis, delante de cuestión pareja, concluyó que quien se apodera del poder por obras de violencia y gobierna sin otros títulos que la espada es un tirano, merecedor de las sanciones que las edades pasadas conocieron con el nombre de tiranicidio;²⁰ y es que en ambos teólogos, a quinientos años de distancia alentaba el perenne sentir catalán del amor al orden, del gusto por la medida, del apego a la norma, del embargamiento en las armonías y la convicción de que el equilibrio de las libertades constituye mejor estilo de gobernación que las imposiciones violentas de un “porque sí”. Teologizando ambos la hostilidad hacia toda suerte de militarismos, modulaban uno de los más claros acentos en la orquesta ideológica de la tradición política catalana.

3. — CONCEPCIÓN INTELLECTUALISTA DE LA LEY. — Fue asimismo característica de la línea ideológica que vengo persiguiendo conjugar el repudio hacia las violencias armadas con una arraigada fe en la razón humana, fe que en los escritores medievales y en Balmes se apoya sobre la firme roca del intelectualismo tomista o neotomista con vistas a reelaborar la teoría de

17. “Certament — escribe en la misma pastoral sobre *L'enigma de la guerra* — el militar és respectable i mereixedor de les consideracions que tots els pobles li han tingut, i l'exèrcit és un organisme necessari a la vida social; però voler convertir la societat en un immens exèrcit, com ara succeeix, és contrari a la civilització, significa males intencions, ha de produir a la curta o a la llarga decadència en els estudis, en les indústries, en la moralitat i en la religió dels pobles”, p. 1454 a.

18. *Lo eterno y lo variable del cuerpo social*, 1903 a.

19. *El internacionalismo papal*, 2153 b.

20. *Lo dotzè*, capítulo CLVII. El texto, con referencia literal y glosa dentro del pensamiento político catalán, en mi libro *Las doctrinas políticas en la Cataluña medieval*. Barcelona, Aymá, 1950. Pág. 152.

la ley según los moldes de un racionalismo contrapuesto a los voluntarismos arbitrarios, pero que, como ya subrayé en otros anteriores estudios míos, no tiene relación ninguna con los racionalismos protestantes sobre los que se apoya el intelectualismo de los doctrinarios franceses de la primera mitad del siglo XIX.

A tenor de criterios tales y sin salirse un ápice del ponderado cauce del Aquinate, Mieres insiste en poner de relieve la tendencia intelectualista que constituye el fundamento de la doctrina tomista de la ley, levantando agresiva oposición a cualquier afirmación de cuño voluntarista que pueda plasmar en una definición irracional o arbitraria del imperativo legal; sin entrar en los detalles que ya maticé al estudiar el pensamiento político de los inmortales juristas catalanes del medioevo, me limitaré ahora a subrayar como el *justum quia mandatum*, o sea el “porque sí” como causa de la obligación jurídica es el enemigo que el jurista de Gerona rebate en nombre de una razón frenada, tomista, escolástica y sensata, que no por ello resulta menos libre ni menos osada nunca. “Est enim lex — afirma — constitutio scripta; et ideo lex non est ipsum jus, proprie loquendo, sed aliqualis ratio juris, secundum S. Thomas de Aquino”.²¹ “Mens et ratio juris est ipsa lex” corrobora en otro pasaje.²² O sea, ateniéndonos a la letra estricta, que lo jurídico no consiste en el acto imperativo del mando, empero en el postulado racional que lo origina; no en la letra, antes en la razón que lo engendró. Hállanse en la misma situación que el cuerpo respecto del alma; el cuerpo es lo ordenado, el alma que vivifica al cuerpo legal es la razón que éste incorpora. Tanto se apegó Tomás Mieres a esta versión intelectualista de lo jurídico que su admiración hacia los derechos romano y canónico provenía de ver condensada en ellos la *recta ratio*, o lo que en su llano catalán quiere significar en la traducción directa: la *bona rahó*.²³ Es por eso por lo que para Mieres la tarea jurídica tiene más de filosófica que de otra cosa, más incluso que de jurídica en el sentido legal de la palabra.

Tesis que repite Jacobo Marquilles, quien priva de todo valor legal al mandato que aparezca como irracional delante de la recta razón del ser humano;²⁴ y que reitera otro Santiago, Jaime Balmes, tanto en numero-

21. TOMÁS MIERES, *Apparatus*, II, 217 a.

22. TOMÁS MIERES, *Apparatus*, II, 218 a.

23. “Quod hic dicit dret comú, equitat, y bona rahó”, *Apparatus*, II, 163 a.

24. JACOBO DE MARQUILLES; *Commentario super usaticis barchin.* (Barcelona, Juhan Luschner, 1505), folio 178, vuelto b.

sos pasajes tocantes a la filosofía del derecho propiamente dicha, como en su filosofía de la historia y de la política. En definitiva es el *seny* catalán, ponderado y metódico, sensato y realista, embriagado del ritmo y de la armonía merced al corte clasicista de su esencia, lo que reaparece aquí como redoblado símbolo de la gente catalana.

No podía faltar, por ende, en mosén Torras i Bages este intelectualismo jurídico. Verdad es que en él no es dable encontrar una concepción intelectualista del derecho directa y expresamente formulada, por la concluyente razón de que jamás formuló una filosofía jurídica. Pero sí hay en él un intelectualismo político. Cuando aborda las cuestiones políticas es la razón, o sea el intelectualismo de sabor tomista, la solución apetecida. Ya que no existe en Torras i Bages una visión intelectualista del derecho, sí hay en él una visión intelectualista de la política.

Veamos cómo combate las contiendas sociales violentamente formuladas, aquellas en las cuales “els homes es batin els uns amb els altres a les fosques, i, de consegüent, sense resultat, a semblança de lluita de bèsties feres atiates pels instints, i sense que la llum de la raó, que Déu ens ha donat per a discernir la veritat i la justícia, sia consultada”.²⁵ Su sentido armónico del equilibrio es la misma proporción anímica que llevó a los griegos a fundir en una misma diosa la divinización de lo bello y la divinización de lo justo, símbolo de que para el hombre mediterráneo la proporción es llave del orden y de la vida. Esteta y político en una sola pieza, Torras i Bages rinde tributo a Palas Atenea en sus dos advocaciones; y por eso escribe terminantemente esta su confesión de discípulo del armonicismo social que es medula de la tradición política de Cataluña: “I pretendre — dice — que les discòrdies humanes han d’acabar-se a la força, és a dir, sobreposant-se el més fort al menys fort, és un principi contrari a la civilització, a la humanitat i a la religió; és confondre l’home amb les bèsties; és renunciar a la part més noble de la nostra naturalesa, la raó, que, confortada i il·luminada per la Veritat cristiana, ha de ser la qui doni solució i sentència a les disputes que naturalment sobrevénen entre els homes”.²⁶

Por lo que se ve en este tercer apartado típico, el obispo de Vic se inscribe en la línea que vengo definiendo como más propia de la aportación política que brinda Cataluña.

25. *L’equilibri en la jerarquia industrial*, 964 b.

26. *Ibidem*.

4. — PREFERENCIA POR LA MONARQUÍA LIMITADA. — Cuarto y último rasgo es el de postular una forma monárquica de gobierno que permita la vida del ciudadano según normas previas y exactamente determinadas. En Torras i Bages será la huella del viejo individualismo catalán latente bajo sus vestes episcopales, emblema del afán de la libertad característico de su pueblo.²⁷

Por lo que concierne a los escritores del siglo xv, a quienes vengo tomando como punto de referencia constante, la atribución de preferencias monárquicas no tiene nada de particular, porque estaba, pálido de fe, aireándose en el ambiente de la época; ni tampoco presenta novedad su defensa de la libertad política de los ciudadanos, porque la alianza del principio monárquico con el sentido certero de la libertad política es martilleo incesante de verdades que hallan su primera formulación en la tabla de limitaciones construida nada menos que por Jaime I en los adoctrinamientos que componen el *Llibre de Saviesa*; que asciende a las cumbres mágicas de la prosa imperial de Ramon Muntaner, Rudyard Kipling de los victorianos aragoneses; que crece árbol de moral en las geniales instituciones del Beato Ramon y baja a llana humildad evangélica en los razonamientos de Arnau de Vilanova; que cuaja en perfecta doctrina constitucionalista en la pluma espesa de Francesc Eiximenis, príncipe de los teóricos de la vida libre y ordenada; y que, al cabo, en la pléyade de los juristas del 1400 da en firme trabazón de lógica jurídica, hermana de la venturosa realidad de la Corona aragonesa. Cuando se contempla la historia del pensamiento medieval catalán no es posible eludir la conclusión de que aquel maravilloso legado de la libertad política estaba inconsútilmente hilado con hilos de lana regia.

Tampoco es de extrañar en Balmes la preferencia por la monarquía limitada, y basta hojear sus escritos para dar con mil formulaciones de esa idea. Mas, ¿perdura en Torras i Bages?

Las circunstancias han mudado y ya la forma monárquica no es el subsuelo obligado para los edificios políticos. Parece ser que el equilibrio razonado de una monarquía libre no es del agrado de los tiempos nuevos y que aquel viejo sistema de la libertad dentro de la monarquía no pasa de simple redoble de tambores evocador de nostálgicas añoranzas. Especialmente, parece que a un prelado ha de estarle vedado tomar partido en un

27. Lo ha puesto acertadamente de relieve el P. MIQUEL D'ESPLUGUES O. M. C., en las páginas 154-169 de sus *Semblances* (Barcelona, Editorial Ibèrica, 1916).

punto que, si otrora pasó por indiscutible, en los tiempos nuevos se encuentra en medio del arroyo de las disputas callejeras.

Sin embargo, este obispo no oculta sus preferencias por el sistema de la monarquía limitada, esto es, por las formas políticas medievales, las vividas por Mieres y las anheladas por Balmes. Ya lo hizo notar certeramente Antoni Rovira i Virgili²⁸ y sobran las pruebas comprobatorias. Lo mismo en 1893 en sus *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*,²⁹ que al ingresar en 1898 en la Academia de Buenas Letras de Barcelona,³⁰ que en 1903 en la pastoral titulada *La pagesia cristiana*,³¹ lo repetirá con machacona cantilena. Bien entendido que la monarquía en la que él veía sus sueños de libertad hechos carne de historia, no era la monarquía liberal falsamente construida sobre el yerro democrático del hombre abstracto, porque su ideal de monarquía limitada pugna tanto contra el que llama absolutismo real como contra el que califica de absolutismo revolucionario.³²

Pues que lo que él quería, a fuer de buen catalán, era que el gobierno ni la libertad se hallen sujetos al capricho de la voluntad, tanto da de la voluntad de un hombre solo como en los absolutismos reales o en las dictaduras, cuanto de la voluntad de una mayoría como en las democracias. Sediento de libertad, juzga que únicamente existirá ésta cuando el orden social no se cifre en un querer, sino en un razonar; cuando la sociedad posea vida propia para amparar institucionalmente al individuo contra los desmanes del que solemos llamar Estado;³³ cuando el individuo no quede nunca abandonado y solo, indefenso frente al gobernante; cuando el atomismo liberal, aniquilador de semejante sociedad protectora, sea sustituido por un organismo social cristiano, a sus ojos único freno bastante para cortar los desmanes arbitrarios de quien mande,³⁴ cuando una rica gama de

28. ANTONI ROVIRA Y VIRGILI, *El nacionalismo catalán. Su aspecto político. Los hechos, las ideas y los hombres* (Barcelona, Minerva, S. s.), pp. 248-249.

29. O.C., 278 b.

30. O.C., 550 b, 551 b.

31. O.C., 1020 b.

32. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 278 a.

33. "Per això — escribía en 1902 — el sistema social més excel·lent és el que reconeix l'autonomia dels distints organismes que constitueixen la societat pública, baix la salvaguarda i protecció de la suprema autoritat política, que intervingui en les contravencions d'ordre dels organismes subordinats", *L'equilibri en la jerarquia industrial*, 978 b.

34. "En contraposición al individualismo liberal — escribe en 1888 — que ha triturado la sociedad, debemos nosotros restaurar el buen socialismo cristiano, que, sin injuria

fuerzas sociales que abarque desde los organismos territoriales a los culturales y a los económicos, frene los apetitos de ese "colós tirà" que es el Estado moderno.³⁵

No otra cosa quiere decir al establecer como irreductible contraposición la antítesis entre región y revolución;³⁶ al identificar al cristianismo con el principio del poder limitado en contraste con cualquier voluntarismo sea individual sea colectivo;³⁷ al considerar al liberalismo como la peste política que se corresponde con la peste religiosa protestante;³⁸ al disputar al caciquismo por mal lógico en medio de la descomposición social que el liberalismo trajo;³⁹ al buscar la salvación en la fuerte vida regional;⁴⁰ al presentar a la igualdad como factor antirregionalista;⁴¹ al decir que el Estado liberal es enemigo de la libertad verdadera;⁴² o al asegurar que la revolución o absolutismo democrático solamente fue posible porque la allanó el camino el centralismo o absolutismo monárquico.⁴³

No acumularé más citas. Bastan las referidas para convenir en que también en lo que concierne a las preferencias por una monarquía limitada y tradicional, Torras i Bages forma parte de la línea ideológica que arranca del siglo xv.

III. — TORRAS I BAGES Y LA ESPECULACION EUROPEA

El intelectual de Cataluña. — Cara a Europa. — Cara a Alemania. — Cara a Francia. — Cara a Inglaterra. — La especulación española. — Conclusión.

EL INTELLECTUAL DE CATALUÑA. — Aún no se habían enfriado las cenizas de mosén Torras i Bages cuando el coro de los elogios ensalzó su

al derecho del prójimo, ayuda al individuo para hacerle menos pesado el camino de la vida", *El clero en la vida social moderna*, 1724 b.

35. *La tradició catalana*, 46 b.

36. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 291 b.

37. *Dios y el César*, 2128 b.

38. *De la ciutat de Déu i l'evangeli de la pau*, 852 b.

39. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 274 b.

40. *La tradició catalana*, 56 b.

41. *La tradició catalana*, 45 a.

42. *La tradició catalana*, 16 a. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 267 a.

43. *La tradició catalana*, 44 a. 46 a.

categoría de pensador, añadiendo lauros a los que ya le prodigara la crítica a lo largo de su vida. *Mestre* le llamó Lluís Millet en la prosa¹ y repitió Josep Carner en el verso;² “sabio” decía la opinión romana en telegrama firmado por el cardenal Gasparri en nombre del Supremo Pontífice;³ “el más puro de los intelectuales de Cataluña”, dijo Eugenio d’Ors en el tiempo en que Eugenio d’Ors hablaba cosas catalanas;⁴ el primero de los intelectuales catalanes, a juicio del P. Miquel d’Esplugues;⁵ el “gran pensador de Catalunya” en labios de Miquel Costa i Llobera;⁶ “sabio” calificó ya Maragall en 1903;⁷ modelo de santos y de sabios le juzgaba el *Diario de Barcelona* el 10 de febrero de 1916;⁸

En la cantilena elogiosa una voz atinó con el comentario que suscita las presentes líneas: “ell escoltà — escribía el sacerdote Lluís Carreras en *La Veu de Catalunya* del 10 de febrero de 1916 — totes les palpitations de l’esperit contemporani”.⁹

¿Es cierta esa aseveración? ¿Puede decirse que el obispo de Vic, tan atento a las voces que pudiéramos llamar telúricas y a los sonos de su pueblo catalán, vivió también las preocupaciones de la cultura europea? No siendo europeos, como no somos europeos ninguno de los pueblos españoles, este obispo español ¿se asomó a Europa, a lo menos en los ámbitos de la filosofía?

CARA A EUROPA. — Cara a Europa, Torras i Bages siente una profunda admiración por la cultura alemana. Verdad es que no ignora que en el pasado fuimos nosotros los portadores de la antorcha de la civilización, ni siquiera que a principios del siglo XIX era Francia la cabeza del mundo en lo espiritual e Inglaterra en el poderío político;¹⁰ pero en sus

1. LLUÍS MILLET, *Pare i mestre*, “La Veu de Catalunya” (10 de febrero de 1916), p. 3 c-d.

2. JOSEP CARNER, *La deixa*, “La Veu de Catalunya” (8 de febrero de 1916), p. 1 a.

3. “La Veu de Catalunya” (12 de febrero de 1916), p. 2 a.

4. XENIUS, *Glossari. L’intel·lectual*, “La Veu de Catalunya” (11 de febrero de 1916).

5. MIQUEL D’ESPLAGUES, O. M. C., *Semblances* (Barcelona, Editorial Ibérica 1916), pp. 141 y 148.

6. *La llei d’art*, “Obres completes”, p. 507 b.

7. JOAN MARAGALL, *Artículo sentimental*, “Obres completes” (Barcelona, Perenne, 1947), p. 1415 b.

8. P. 1.464. Lo mismo en el artículo de J. BURGADA, *El doctor Torras y Bages*, que consta en las pp. 2027-2028 del número correspondiente al 12 de febrero de 1916.

9. LLUÍS CARRERAS, *L’orientador*, “La Veu de Catalunya” (10 de febrero de 1916), página 3 e.

10. *Balmes*, “Obres completes”, 2005-2006.

días, en aquellos días de la expansión postbismarckiana, era Alemania el coloso que le deslumbraba, incluso en los matices del saber y del estudio. “*La sàvia Alemanyà*” decía en 1887,¹¹ para disputarla veintidós años después por el país más ilustrado y culto del orbe,¹² deshaciéndose en elogios del sistema educativo de los pueblos de Germania.¹³

Preferencia por lo alemán que, al contrario, no se traduce en sus meditaciones. Cuando se haga cargo de la filosofía tedesca será dándole mucho menos ámbito que a la francesa; porque lo que suscitó más las indagaciones del obispo de Vich fue el positivismo, y a la consideración del positivismo dedica espacios que nunca reservó para la filosofía alemana.

Consideremos separadamente sus referencias al mundo cultural francés y a los sistemas alemanes.

CARA A ALEMANIA. — Aunque en ningún caso aparecen citas directas en el idioma original, suenan muchos nombres alemanes en las páginas de sus escritos. Historiadores de la filosofía como Uberweg,¹⁴ estéticos de alto vuelo como Schlegel,¹⁵ filósofos de segunda fila como Büchner,¹⁶ tratadistas de la talla del suizo Bluntschli,¹⁷ asoman sus cabezas y gritan sus argumentos lógicos, si bien no de directa mano, traídos a colación con oportunidad indudable.

El pensador alemán que más a menudo considera es Kant, cuyas teorías alude a veces sin citarle siquiera; cual al hablar en *L'etern rosari* de las maneras de entender al mundo, donde hay clara alusión a la gnoseología kantiana.¹⁸ No dejó de polemizar expresamente contra la incognoscibilidad de los noumenai, por creer que la exclusiva accesión gnoseológica de los fenómenos solamente podía engendrar una ciencia superficial,

11. *Sant Tomàs i Lleó XIII*, 627 a.

12. *Orientacions sense orient*, 1234 a.

13. *Lo eterno y lo variable del cuerpo social*, 1907.

14. Prólogo al libro de ANTONIO COMELLAS Y CLUET, *Doctrina sobre la dirección al ideal de la ciencia*, 2044 b.

15. *Discurso sobre la influencia social que la devoción al Sagrado Corazón de Jesús está destinada a ejercer en los tiempos modernos*, 1594 a.

16. La cita a BUCHNER aparece confesada como de segunda mano en O. C., 1582 n.

17. Sus dos citas, en la pastoral *De la ciutat de Déu i l'evangeli de la pau*, p. 868 b, y el *Discurso sobre la influencia social que la devoción al Sagrado Corazón de Jesús está destinada a ejercer en los tiempos modernos*, p. 1574 b nota, son a través de versiones castellanas.

18. *L'etern rosari*, 1414 b.

mero barniz de cultura,¹⁹ razón por la cual estima como fatales sus consecuencias para la especulación posterior,²⁰ suponiéndole deshecho por la argumentación de los teólogos católicos²¹ y estimando por superado todo lo que aportaron de novedad las dos *Críticas*.²² El resultado de todas esas actitudes es que la discutibilidad de Kant contraste con la indiscutibilidad de Cristo,²³ y que la supremacía de la escolástica por Torras i Bages profesada, quede bien patente sobre la filosofía moderna.

En cuanto a los otros magnos idealistas, poca cosa. Fichte es citado sobre ascuas y en texto carente de valía filosófica;²⁴ Schelling no merece ni mención siquiera; Hegel es consignado para apuntar que el Estado totalitario es monstruo incubado en el seno del panteísmo logicista;²⁵ si es que cabe mencionar la repetición de aquel juicio de Augusto Comte tachando a Hegel de demasiado metafísico²⁶ como referencia propiamente dicha, o encajar dentro de una posible crítica torrasiana del hegelismo sus observaciones acerca de las ideas de Valentí Almirall.

Schopenhauer no pasa de filósofo incrédulo cuya filosofía del dolor se acompasa con las austeridades de la ascética cristiana;²⁷ Hartmann da una sarta de absurdos;²⁸ el krausismo, con todo lo que el krausismo supone en la vida intelectual española del siglo XIX, apenas si da pie para narrar una anécdota acaecida entre Julián Sanz del Río y Xavier Llorens i Barba,²⁹ aunque es cierto que en la terminología externa del armonicismo humanista por el obispo de Vic tan insistentemente propugnado recuerda algunas frases típicas del krausismo,³⁰ bien que entre ambos se interpusiese siempre la distancia abismática que separa cualquier panteísmo del dualismo escolástico.

Contra todos estos egregios pensadores sentía la imperceptible animosidad de un callado recelo: a su ver eran impíos, o, como él dijera “espe-

19. *Sant Tomàs i Lleó XIII*, 626 b.

20. *Prólogo* al libro de A. COMELLAS, 2047 b.

21. *Prólogo* al libro de A. COMELLAS, 2048 a-b.

22. *Dios y el alma humana*, 1943 b.

23. *L'eterna afirmació*, 919 b.

24. *Sant Tomàs i Lleó XIII*, 627 a.

25. *La tradició catalana*, 54 a.

26. *L'Ernest Renan i en Pompeu Gener*, 585 a.

27. *La vida*, 1189 b. También 2038 b.

28. *Prólogo* al libro de A. COMELLAS, 2036 b.

29. *Records d'un filòsof català*, 643 b-644 a.

30. Vr. gr., en la pastoral sobre la *Actualidad perenne del Pontificado*, al aludir a la “ley de la armonía universal de la humanidad” (p. 2115 a).

rits insurrectes”³¹ que continuaban el pecado de Lutero contra el primer mandamiento de la ley de Dios, un pecado de orgullo que Torras i Bages advierte en el fondo de toda la cultura moderna. De donde la hostilidad del creyente, del sacerdote y del prelado de la Iglesia Romana, que se desata en la presentación del Lutero poseso por la vanidad y ebrio de orgullo que ya trazó al prologar el *Luter* de Joaquim Rubió i Ors en los años de la juventud.³²

Su actitud frente a la especulación germana se hallaba, pues, mezclada de dos sentimientos no del todo incompatibles: admiración y miedo. Admiraba aquella primavera mayestática de sistemas, aquella catarata de gigantescas construcciones, aquel triunfal apogeo de la sabiduría, aquel poema épico de la cultura rimado en todas las estrofas de la curiosidad humana. Temía el carbón herético que quemaba las hogueras de tanto saber, el sello luterano que latía en toda aquella floreciente abrilada de las letras, la rebeldía de una ciencia que prescindía de Dios cuando no negaba abiertamente el mensaje salvador del Cristo. Y de la mezcla de ambos sentimientos, de la unión del gesto del admirar con el recelo del temer, brotaba su actitud de deslumbrado que ama y duda, que quiere y no quiere, que desea el abrazo y teme morir en el abrazo, que pretende acercarse a la especulación alemana por más que presienta ya de antemano sus posibles nocivas consecuencias.

CARA A FRANCIA. — Con Francia le liga la mayor proximidad y el poder entender directamente los textos aludidos. En Francia radica una de sus máximas admiraciones, el polemista Louis Veuillot, a quien canta por “nervudo atleta de la Iglesia”,³³ y nombres franceses como los de Montaigne,³⁴ Lamennais³⁵ o Cousin³⁶ denotarán familiaridad en la soltura con que los juzga. El que califica de “doctor màxim de la revolució”,³⁷ Proudhon, lo es también cercano en cuanto miembro de la bien conocida familia cultural francesa.

Pero, sobre todo, es en Francia donde topará con el centro de sus

31. *La llei de la creença (contra els qui volen abolir-la)*, 1153 a.

32. O. C., 2068-2070.

33. *El clero en la vida social moderna*, 1732 a.

34. O. C., 2048 a.

35. O. C., 2048 a.

36. O. C., 2041 b.

37. *La glòria del martiri (Després de la persecució de juliol de 1909)*, 1257 a.

meditaciones: con el positivismo. Vivió Torras i Bages convencido de que la filosofía positivista constituía nada menos que el signo característico de la época, y de ahí la importancia que otorga a todo lo que al comtismo se refiere. La ciencia positivista es hoy tenida por el grado más avanzado del progreso intelectual, confesaba ya en 1887 desde las columnas de *La Veu de Montserrat*;³⁸ nuestra época es positivista, reafirmará melancólicamente ya desde su sede episcopal en 1903;³⁹ siempre esa convicción, trágica para él, de que la hora suya no se desarrollaba ya bajo el signo del catolicismo, sino bajo la insignia del positivismo.

Tan convencido de ella que no desdora de apelar al lenguaje positivista, ya que és el lenguaje de la época, empleando el vocablo "dinámica" en un sentido espiritual;⁴⁰ y aun llegará a seguir el proceso del discurso propio de la escuela contraria por creer que así se hacía más asequible a la manera mental contemporánea.⁴¹

Es que, además, sentía profunda admiración hacia los corifeos del positivismo. Si tacha a Augusto Comte de utópico, no lo hará sin subrayar la buena fe con que procedió⁴² ni sin aseverar la indiscutibilidad de su talento,⁴³ la elocuencia de su palabra⁴⁴ y la profundidad de sus juicios,⁴⁵ pese al escepticismo que a la postre es núcleo central del ideario del fundador del positivismo.⁴⁶ De cuya alta opinión resulta el que sea digno acudir a los juicios por Comte emitidos.⁴⁷ Cuando nos diga que Augusto Comte es "un dels heretges de més talent dels temps moderns",⁴⁸ hay en esta opinión el respeto admirativo para el adversario y el dolor nostálgico de que adversario tan insigne no milite en las filas propias.

Con Hipólito Taine sucede cosa parecida. No he de entrar a considerar aquí sus observaciones a la estética tainiana, porque trátase de materia harto ajena al ramo de mis estudios. Elogia su perspicacia intelectual⁴⁹

38. *Sant Tomàs i Lleó XIII*, 625 b.

39. *De la nostra filiació (Contra el principi maçònic)*, 991 a.

40. *La glòria del martiri*, 1260 a.

41. *Alegato en defensa de la libertad de la vida religiosa*, 1775 b.

42. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 265 a.

43. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 270 b.

44. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 272 a.

45. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 292 b.

46. Prólogo al libro de A. COMELLAS, 2048 b.

47. *Orientacions sense orient (contra el laïcisme)*, 1239 b.

48. *De la ciutat de Déu i l'evangeli de la pau*, 862 a.

49. *Del verb artístic (Comentari de Sant Tomàs)*, 374 b.

y encomia su talento,⁵⁰ achacando sus fallos al poder corruptor de la ideología positivista;⁵¹ esto es, disputándole por muy superior a su escuela. Es idéntica actitud que la tomada con respecto a Augusto Comte. Cuando se duele de que Taine, con su inmenso talento, no tuvo desgraciadamente la sabiduría de vivir y morir como debe vivir y morir un cristiano,⁵² hay en sus palabras igual dejo de pena por el adversario que no quiso venir a militar dentro de la propia hueste. Les separaba el que Taine no quiso admitir en arte aquel ingrediente extrahumano en que mossèn Carles Cardó colocaba la esencia de la estética del obispo ausetano.⁵³

Gustave le Bon⁵⁴ o Le Play⁵⁵ le sugieren actitudes parecidas. Y no es que asome un punto, ni por asomo, su hostilidad hacia la nueva tendencia por agrupación que remeda a la vieja estructura de la Iglesia. Esta Iglesia de los intelectuales es, a su mirar, Babilonia de la confusión.⁵⁶ La escuela confunde los principios del obrar con los instrumentos del obrar,⁵⁷ por lo cual reduce toda la ciencia a la ciencia sensible,⁵⁸ conclusión que no duda en calificar de herética.⁵⁹ Era la reacción atañente a un teólogo, firme en su puesto de fulminar condenas heréticas contra los enemigos del dogma que defiende.

Pero lo más curioso es que enemiga al postivismo le viene aparte de su condición de teólogo, de su condición de catalán. Por catalán sentía aversión inconciliable al panteísmo en que, según él, concluía el positivismo; y es precisamente en nombre de la moral social, de la individualidad del hombre y de la libertad política, en virtud de lo que rechaza a la filosofía positivista.⁶⁰ El individualismo catalán le enfrentaba contra la filosofía francesa en boga.

Así se hallaba más cerca de Francia que de Alemania. La proximidad, la facilidad idiomática, la afinidad latina, todo contribuía a que lo francés

50. *La pagesia cristiana*, 1014 a.

51. *La fe i la poesia*, 336 a-b.

52. *La pagesia cristiana*, 1014 a.

53. Mossèn CARLES CARDÓ, *Doctrina estètica del Dr. Torras i Bages*. (Barcelona. Editorial Catalana, 1919), pp. 30-31.

54. *El estadismo y la libertad religiosa*, 1831 b.

55. *Consideracions sociològiques sobre el regionalisme*, 272 a.

56. *La confessió de la fe (Contra la vanitat dels que es diuen intel·lectuals)*, 1906 a. También en *El estadismo y la libertad religiosa*, 1833 b.

57. *La formació del caràcter*, 497 b.

58. *Sant Tomàs i Lleó XIII*, 626 b.

59. *La saviduria dels humils*, 949 a.

60. *El estadismo y la libertad religiosa*, 1835 b.

no se le apareciese encubierto por el velo misterioso que circundaba a lo germánico. Aquel conglomerado de secretos no desvelados que el saber alemán atesoraba, desaparecía de la gracia afín de lo francés. No amaba lo conocido, ni le impresionaba tanto como lo que apenas entreveía pero a lo menos, respecto a la especulación francesa, le era dable calibrar sus propios pasos y definir sus actitudes. Admirando o censurando a Augusto Comte, polemizando con Taine o citando a Gustave Le Bon, sabe a qué atenerse. Es una admiración crítica la que frente a Alemania tenía mucho de deslumbramiento a las puertas del misterio.

CARA A INGLATERRA. — Muy contadas son sus alusiones a la especulación inglesa. Hobbes⁶¹ y Hamilton⁶² constan al paso, aquél por la equiparación del hombre con el lobo en la relación con los semejantes; éste en una cita pasajera.⁶³ Ciertamente que lo anglosajón no era plato a menudo servido a la mesa de sus lecturas. Ni tan afín como lo francés, ni tan envuelto en el velo acuciante del misterio ignoto como lo germano, retraído en la lejanía de sus brumas protestantes, el orbe de la especulación inglesa no fue ni la incitación tedesca ni la grácil ventana gala; siempre quedó un poco en el segundo plano de sus meditaciones.

LA ESPECULACIÓN ESPAÑOLA. — A través de los coterráneos llegó a los de fuera, puesto que los maestros trazan los caminos. Su admirado Llorens fue quien le empujó hacia Santo Tomás, y por eso le rodea de elogios.⁶⁴ Tampoco recata su admiración por Donoso Cortés,⁶⁵ paralela quizá la que sentía por Louis Veuillot y a la que tuvo por Balmes,⁶⁶ su hermano en el sacerdocio y en el ideario, ambos eslabones de la tradición política catalana, según mostré en otro sitio. Es natural que se hallase cerca de sus hermanos en la fe y en el pensar católicos.

Sobremanera interesante es su opinión acerca de Valentí Almirall, una síntesis a lo catalán del hegelismo con el positivismo, esto es, de la abstracción germánica con la abstracción francesa. *El catalanisme*⁶⁷ de Almirall

61. *Discurso sobre la influencia social, etc.*, 1579 a.

62. *Prólogo* al libro de A. COMELLAS, 2048 a-b.

63. *Prólogo* al libro de A. COMELLAS, 2048 a-b.

64. *Obras completas*, 642 a - 653 a, 657 b, etc., etc.

65. *El estadismo y la libertad religiosa*, 1831 b.

66. *Nuestra unidad y nuestra universalidad*, 1873 a, 1890 a-b. Balmes, 2005 a 2008 b.

67. VALENTÍN ALMIRALL, *El catalanisme* (Barcelona. Antonio López, 1902).

era una voluminosa manera de anudar ambos cabos de la madeja europea al servicio de la demostración de la realidad sociológica de Cataluña. Tendría, por tanto, a los mismos fines perseguidos por Torras i Bages, pero partiendo de una interpretación europea de Cataluña, de sus raíces sociológicas con arreglo a los módulos sentados por la sociología positivista y de su devenir secular concebido cual marcha dialéctica de la Idea hegeliana. Con más dosis de positivismo que de hegelismo, ciertamente; pero siempre a modo de fundamentación de Cataluña sobre cimientos de especulación europea.

Pues que Torras i Bages no quería sino dar a Cataluña cimientos catalanes, pretendiendo reconstruir a Cataluña con exclusión de las que llamara fórmulas extranjeras,⁶⁸ los intentos de Almirall caían dentro de los afanes extranjerizados que achacó y censuró al siglo XIX.⁶⁹ Por eso le combate, como al rival que corre la misma carrera y al contrincante que aspira al mismo punto de teórico del alma catalana. Era una concurrencia ideológica. El catalán propugnado por Almirall es anómalo, porque nació de la moda hegeliana,⁷⁰ dirá Torras combatiendo el lado germánico de las tesis de *El catalanismo*; pero, además, su noción de la libertad es inexacta, ya que al basarla en el positivismo, no llegó a la libertad medida propia del *seny* catalán, sino a un *llibertinatge de la raó*,⁷¹ lo más opuesto que cabe a la tradición política de Cataluña. Es que, al combatir a Almirall, en realidad pugna contra Europa.

CONCLUSIÓN. — Torras i Bages se halla delante de la especulación europea poseído del prurito de su hispanismo catalán. Desconfía de ella, pero no deja por eso de valorarla en lo que a su entender merece. Separado del positivismo por la entenez moral de la política neocomtiana,⁷² no deja de reconocer como el positivista Taine advirtió los males de la sociedad contemporánea, con acierto parejo al del mismo conde de Maistre.⁷³ Casi

68. *La tradició catalana*, 11 b.

69. *La darrera quaresma del segle*, 894 b.

70. *La tradició catalana*, 69 a-b.

71. *Contradiccions del senyor Almirall*, 294 b. El P. MIQUEL D'ESPLUGUES, *Semblances*, 180-181, interpreta esta pugna con alcance político; yo me refiero ahora a sus dimensiones filosóficas.

72. Vide sobre este extremo lo que escribe el P. MARTÍN BRUGAROLA, S. I., en la p. 27 de su libro *Sociología cristiana del Dr. Torras y Bages*. Barcelona, Editorial Vicente Ferrer, 1947.

73. *La tradició catalana*, 43 a.

tiembla delante de Hegel y prefiere calificar a su sistema de "oposat a les lleis de la naturalesa humana",⁷⁴ sin entrar en mayores discusiones; aunque nunca pierda al tratarle aquel sentido catalán del equilibrio que llevó al cardenal Rampolla a decir del obispo de Vic que era "vir numeris omnibus ponderatus".⁷⁵ En todo momento y ocasión reacciona recordando el estilo sosegado de su pueblo.

Parecíale la especulación europea algo ajeno, y hasta me atrevo a escribir que reñido, con la Cataluña ideal que le roía las entrañas. Católico, no podía transigir con el positivismo; escolástico, había de afirmar a Dios sobre la fusión panlógica que entraña Hegel a lo divino con lo humano; catalán enamorado de las fórmulas de los siglos medios, no rehuía el choque con la línea abstraccionista de la revolución. Europa venía a ser así para sus ojos un agrio torbellino de filosofías heréticas, siquier brillantes y hondas; de doctrinas erradas, por más que luminosas y fértiles; de agitaciones sin freno, aunque negasen también el absolutismo real de que él abominaba. Era Cataluña, aquella Cataluña de sus amores íntimos, la que le enfrentaba contra Europa y la que matizaba de aversión sus opiniones sobre la especulación europea; para que éstas hubieran sido diferentes habría sido preciso cambiarle su concepción de Cataluña.

Por eso nada mejor para cerrar estas líneas que las palabras que Joan Maragall escribiera en 1902: "¡Qué hermoso sentido de la vida! ¡Qué espíritu de libertad individual productora de armonía social! ¡Cuán conforme resulta este espíritu con el genio libre y práctico de nuestro pueblo! Si la centésima parte de la atención que éste presta a la charla de embaucadores forasteros, la prestara a las razones del amor, al lenguaje de *casa nostra* con que el obispo de Vich le habla, a buen seguro que tocaría bien pronto de ello resultados más prácticos y mayor tranquilidad de espíritu".⁷⁶

74. *Del verb artístic*, 373 b.

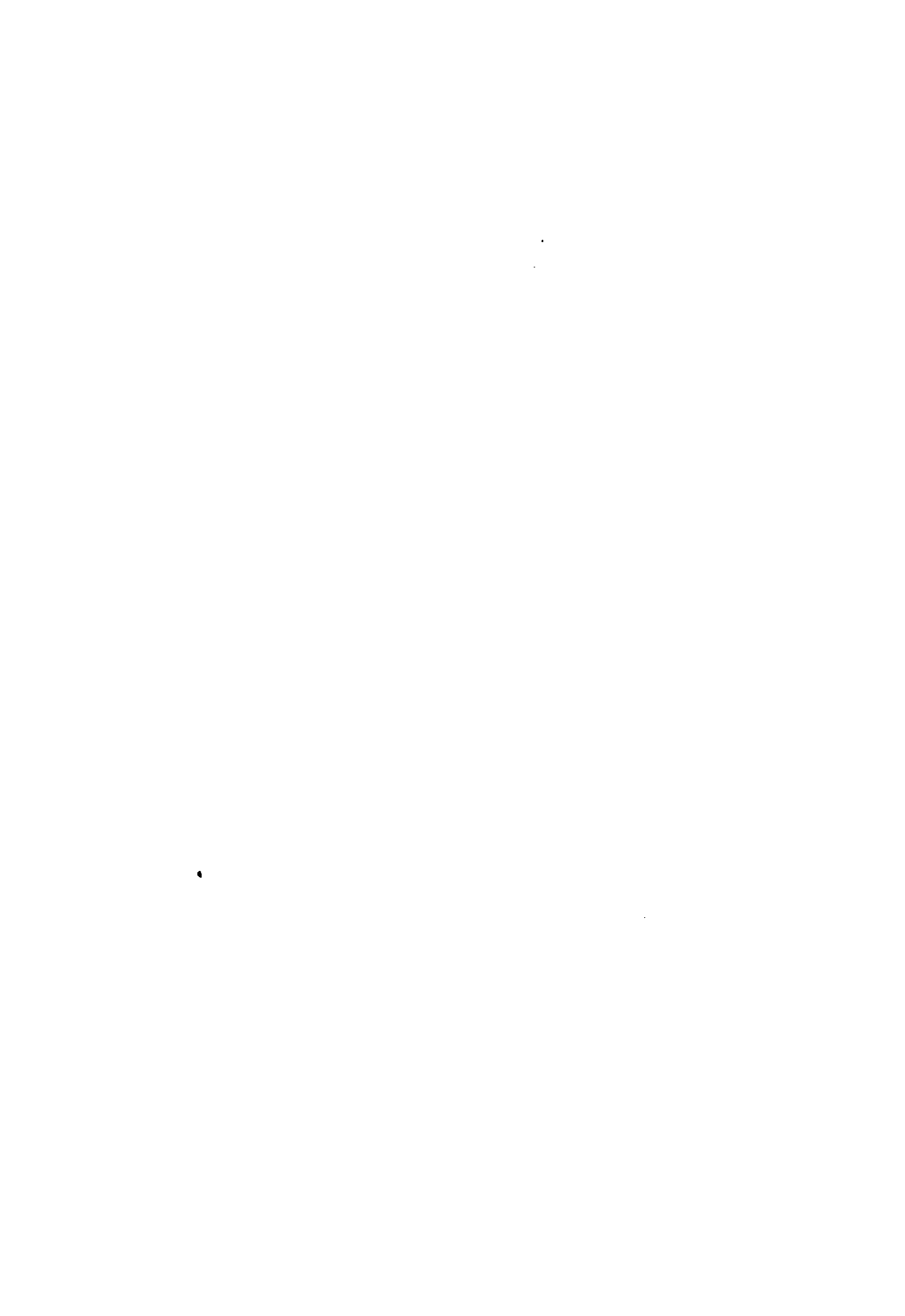
75. Citado por JOSEP COMERMA I VILANOVA, *Història de la literatura catalana* (Barcelona, Editorial Políglota, S. A.) p. 451.

76. JOAN MARAGALL, *Para los amos y para los trabajadores*, "Obres completes", 1387 b.

**LA REFORMA DEL CODI CIVIL
I EL DRET ESPECIAL DE CATALUNYA**

per

RAMON FAUS i ESTEVE



La reforma del Codi civil per llei del 24 d'abril del 1958 planteja a Catalunya el problema de l'àmbit que, així en el temps com l'espai, tingué la referida reforma, i, en els seu cas, el precedent que podria significar davant possibles i posteriors modificacions parcials de l'articulat d'aquell cos legal.

Hom ha arribat a sostenir que pel fet de tractar-se d'una llei de caràcter general, les seves disposicions havien d'ésser aplicables a tot el territori nacional, posició que contradiu la mateixa Exposició de Motius de la llei del 24 d'abril del 1958, quan, en referir-se a la reforma dels drets successoris del cònjuge vidu, afirma això que segueix: "Se trata también de conseguir, si no la completa identidad, sí una siempre deseable aproximación entre el régimen del Código civil y el de los Derechos forales generalmente considerados como más comprensivos y justos en este punto."

Prescindint d'aquella posició radical, a la qual no pot ésser atorgada cap bel·ligerància, resten, això no obstant, alguns punts dubtosos respecte si alguns dels articles reformats són o no són d'aplicació en aquesta regió.

En termes generals, ens sembla evident que la reforma del Codi civil per llei del 24 d'abril del 1958 no alterà el règim jurídic escrit o consuetudinari vigent a Catalunya abans de la promulgació de la dita llei, el qual règim subsistia íntegrament per aplicació de l'article 12 del Codi civil.

I bé: el mateix article, en el seu paràgraf primer, declara d'aplicació generals les disposicions del Títol IV, Llibre 1.^{er}, i aquesta afirmació tan radical mereix algun comentari, ja que molts dels articles reformats pertanyen de l'expressat Títol IV.

No ens referirem als articles concernents al matrimoni, de general observança a tota la nació; sí, però, que ens referirem d'una manera concreta a l'article 68, que forma part de l'esmentat Títol IV, segons el qual durant la substanciació del procés de nul·litat o de separació del matrimoni hom ordena al jutge l'adopció, entre d'altres, de les mesures següents: "Se transferirá a la mujer la administración de los parafernales que hubiese entregado al marido, pero necesitará autorización judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria". I afegeix en un altre paràgraf: "Se procederá con criterio análogo al señalado en esta regla cuarta, cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de gananciales".

Aquest darrer paràgraf sembla deixar entendre que les normes de l'article 68 reformat són d'aplicació quan el règim econòmic-conjugal sigui el de separació de béns, això pugna amb la regulació que dels béns parafernals i de llur administració hom fa en la Compilació del Dret especial de Catalunya:

En efecte: l'article 51 de la Compilació, en els seus dos primers paràgrafs, diu això que segueix: "La mujer podrá en todo momento conferir a su marido, expresa o tácitamente, la administración de los bienes parafernales y revocar, restringir o condicionar en cualquier tiempo tal concesión, aunque la entrega constare en escritura pública. = El marido que administre los bienes parafernales deberá devolverlos cuando proceda o le fuese pedida la restitución, con los frutos existentes y aquellos con que se hubiese enriquecido. Todo pacto en contrario, otorgado durante el matrimonio, será nulo".

Però, de més a més, l'esmentada Compilació restablí allò que havia estat pràctica constant a Catalunya per aplicació del Dret romà, de la Constitució XXII de Pere Albert i per la manca de disposicions legals que limitessin la capacitat de la dona, ha facultat, en el seu article 49, la casada per a alienar, gravar i defensar en judici, els béns parafernals, sense llicència del marit, rectificant la indeguda aplicació d'una Llei de Toro, a què ja al·ludia una sentència del 1866, i el criteri que a partir de la Llei del Matrimoni civil i pel seu caràcter de disposició general, la dona, a Catalunya, necessitava la llicència marital per a disposar a títol oneros o lucratiu dels seus béns parafernals. Corroborava aquest punt de vista l'article 61 del Codi civil, comprès així mateix en el Títol IV del Llibre 1.^{er}.

Si en un sistema com és ara el del Codi civil, en què l'administració dels béns parafernals lliurats al marit només pot cessar en els mateixos

casos i en la mateixa forma que la dels béns dotals inestimats, és lògica l'exigència de l'autorització judicial per als actes que excedeixin de l'administració ordinària, la qual cosa, en definitiva, és una aplicació de l'article 1444 del citat Codi, entenem que l'expressat precepte no pot ésser d'aplicació a Catalunya, atès que la dona pot revocar o restringir en qualsevol temps la facultat atorgada al seu marit d'administrar els seus béns parafernals, i, de més a més, pot alienar-los lliurement sense llicència marital i, com a conseqüència, sense autorització judicial.

En cas de separació, les dites facultats de la dona no resten limitades o minvades, i de la mateixa manera que l'article 49 de la Compilació prevaldrà damunt l'article 61 del Codi civil, malgrat figurar aquest en el Títol IV del Llibre 1.^{er}, així mateix no serà d'aplicació l'al·ludit precepte de l'article 78, malgrat l'afirmació feta en el mateix precepte d'haver de procedir amb criteri anàleg quan el règim econòmic-matrimonial sigui distint del de ganancials. La Compilació no distingeix entre la vida normal del matrimoni o les situacions derivades de la separació conjugal, i no podem fer de pitjor condició la dona que entauli o contra la qual hom promogui demanda de nul·litat o de separació, que la que visqui en el dit règim de normalitat.

En canvi, poden ésser estimats d'aplicació general alguns articles reformats, tals com el 184, que regula l'absència pel fet de no existir preceptes en aquest respecte en el Dret romà ni el Dret pròpiament català.

També sembla que tinguin el mateix àmbit territorial els articles reformats que fan referència a la tutela dels menors, folls i sords-muts, a les excuses de la tutela i a la integració del Consell de família, car, bé que la tutela té abundosos precedents romans que la diferencien radicalment de la regulada pel Codi civil, tot el Títol IX del seu Llibre 1.^{er} ha estat estimat d'aplicació general pel fet que la dita matèria ve regulada parcialment dins la Llei d'Enjudiciament civil.

Això no obstant, dins el si de la Comissió compiladora foren fets alguns intents i àdhuc hom arribà a presentar un projecte per a restablir la guardadoria, tal com la regulava el Dret romà, o sia distingint entre la tutela que hom donava per raó de la persona i la curaderia que hom donava per raó dels béns o d'una causa concreta "Rei vel causa datur".

Reservada a Roma la tutela per als impúbbers, hom disciplinava nombrosos casos de curadoria, tals com la dels menors, els *furiosi*, els pròdigs, els sords-muts, els absents, l'herència jacent i les curadories anomenades *ventris nomine*, *Ex Carboniano edicto* i *bonis distrahendis*.

Adhuc reconeixent la major perfecció tècnica i l'eficàcia del sistema de guardadoria romà, i el descrèdit de la reglamentada pel Codi civil, hom no cregué oportú de procedir, en la Compilació, a una total regulació de la tutela i la curadoria.

No gensmenys, atès que en molts de casos la intervenció d'un curador és indispensable per a la defensa, administració o representació de determinades persones i d'interessos, en la Compilació foren restablertes algunes de les dites curadories.

Una d'elles és la de l'herència jacent, que a Roma es projectava principalment en interès dels creditors del cabal, i que l'article 99 de la Compilació, en el seu paràgraf 2.^{on}, regula en els termes següents: "En defecto de albacea con facultad para administrar, y a instancia del heredero llamado, el juez podrá nombrar un *curador* para que represente y administre la herencia con arreglo a lo que la Ley de Enjuiciamiento civil establece sobre administración de los juicios de testamentaria".

Així mateix, en l'article 114, i projectant molt més enllà l'antiga curadoria *ventris nomine*, hom proveeix a la representació dels *nondum concepti*, que fins a la data n'estaven mancats, en els termes següents: "Los no concebidos serán representados por un *curador* designado por el testador, con facultades de disposición y administración; en su defecto, lo será el propio legatario de usufructo universal. El *curador* deberá actuar de acuerdo con los hijos o descendientes nacidos o sus legales representantes".

De més a més, en la regulació que en l'article 115 de la Compilació hom fa de la clàusula de confiança o facultad atorgada al cònjuge supervivent d'escollir hereu o hereus, hom remarca un altre cas d'aplicació de la curadoria en determinar que "Mientras no se defiera la herencia quedará ésta bajo la curatela de la persona o personas que al efecto hubiere designado el testador con las facultades que éste les conceda y, en su defecto, con las propias de *curador* a que se refiere el artículo 114"; la qual cosa ve a ésser un cas similar al de la tutela de l'herència jacent.

Finalment, en reglamentar-se en la Compilació la substitució fideïcomissària i, així mateix, per a defensar els interessos dels fideïcomissaris no concebuts o indeterminats, és establerta també la intervenció d'un curador en els termes que resulten de l'article 194, o sia: "Caso de posibles fideicomisarios que no hayan nacido ni sido concebidos, o cuya personalidad como tales sólo fuese determinable por algún acontecimiento futuro, la notificación se hará a un curador que ejerza la representación

y defensa de los intereses de estos fideicomisarios. El propio fideicomitente podrá, al disponer el fideicomiso, o en testamento o codicilo posteriores, nombrar a uno o varios *curadores* y a sus suplentes. Este cargo se regirá por las normas de los albaceas, correspondiendo su nombramiento, en defecto del testador o por faltar los designados, al Juez competente, por los trámites de jurisdicción voluntaria. — El cargo de *curador* subsistirá en cada sucesión mientras persista la situación que le haya dado origen. El *curador* deberá proceder en todo caso previa autorización judicial, y los gastos que ocasione su actuación y, en su caso, su nombramiento judicial, serán de cargo del fideicomiso.”

I reiteradament hom alludeix al dit curador, per a fe-li la notificació, si el fiduciari vol disposar dels béns fideïcomitits en concepte de lliures (art. 187), si vol reemplaçar uns béns per uns altres per via de subrogació *real* (art. 189), mentre l'hereu delibera tocant a l'acceptació o repudiació (art. 259), etc.

Tot això significa que, encara que la tutela segueixi regint-se en termes generals pel Codi civil, i que els articles reformats el 1958 no afectin les especialitats del Dret de Catalunya, al costat de l'esmentada tutela apareixen, reviu i es disciplinen diverses formes de curadoria, de neta arrel romana.

La dita institució és tan necessària, que el mateix Codi civil, si bé en volgué prescindir, hagué, per via indirecta, de regular situacions pròpiament de curadoria, diverses de les quals seguiran aplicant-se a Catalunya, per tal com no hi ha preceptes especials sobre la matèria. Citem, per exemple, el defensor judicial (art. 165), el representant o defensor de l'absent (arts. 181 i ss.), l'administrador dels béns quan la vídua resta encinta (article 965), i l'administrador dels béns de l'hereu instituït sota condició suspensiva (arts. 801 a 804), bé que en aquest cas concret cal no oblidar que l'article 276 de la Compilació faculta, sens altre, l'hereu instituït sota condició suspensiva perquè, mentre en mantingui el compliment, pugui demanar la possessió provisòria de l'herència.

Una de les institucions que amb més d'amplitud regula i modifica la llei de 24 d'abril del 1958 és la de l'adopció. Basant-se en el fet que hom tornava en una gran part a la tradició romana, distingint entre adopció plena i menys plena, rebaixant l'edat per a poder adoptar, i establint la diferència de 18 anys entre l'edat de l'adoptant i la de l'adoptat, hom

sostingué que aquesta matèria era d'aplicació general a tot Espanya i que havia derogat les especialitats forals sobre la mateixa matèria.

Es féu eco d'aquesta opinió la Comissió de Codis, que, en dictaminar sobre el Projecte que li fou elevat, en suprimí l'article referent a l'adopció argumentant en el sentit indicat, o sia que, aquesta institució havent-se reformat novellament, la tal reforma havia d'ésser d'aplicació a tot el territori nacional. Aquest punt de vista és simptomàtic, car pot significar que hom vulgui donar a posteriors reformes d'altres institucions aquest caràcter de generalitat, derogatori d'especialitats regionals.

Els dos punts en què la reforma del Codi civil pugnava amb el Dret tradicional d'aquesta regió eren: prohibir l'adopció als qui tinguin descendents legítims, legitimats o fills naturals reconeguts, i en referir-se als pactes successoris que no excedeixin dels dos terços de l'herència de l'adoptant, precepte pensat en vista de la llegítima llarga del Codi civil.

La meva opinió personal és diametralment oposada a la que sostingué la Comissió de Codis —sigui dit això amb tots els respectes deguts al citat alt Organisme—, basant-me en nombrosos arguments, diversos dels quals vaig exposar en el discurs de contestació al del senyor Francesc d'A. Condemines, amb motiu del seu ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència.

El Dret romà, reiteradament, permet l'adopció al qui tingui fills legítims, dient en la Instituta que no solament es troben sota la pàtria potestat els fills, sinó encara els que adoptem, i en el Digest, un text de Gaius es refereix al qui tingués un fill i n'adoptés un d'estrany, i un altre de Paulus afirma que "el fill que he adoptat esdevé germà de la meva filla".

Per totes aquestes raons i d'altres d'alt sentit ètic i cristià, que ja vaig exposar en l'esmentat discurs, hom insistí, mitjançant la presentació de les esmenes oportunes, que fossin novament regulades en la Compilació les especialitats forals en aquesta matèria, i, acceptades per la Comissió de Justícia, l'article 6.º de la Compilació faculta per a adoptar els qui tinguin fills legítims, legitimats o naturals o reconeguts, i de més a més, quant als pactes i els drets successoris, hom remet a allò que és disposat en la Compilació. I àdhuc sense dir-ho el dit article, pressuposa la possibilitat d'adoptar el fill adulterí, el darrer paràgraf de l'article 252.

No es tracta pas de rebutjar la novella reforma de l'adopció pel Codi civil; tot el contrari, és establert que les disposicions de l'esmentat Codi seran d'aplicació en aquesta matèria, llevat les dites especialitats; però el que no podia ésser admès, pel funest precedent que significava, era que

tota reforma parcial de l'expressat Codi tingués l'abast derogatori que hom li havia volgut donar.

Un altre dubte que plantejà la darrera reforma del Codi civil és la de l'aplicació de les normes de l'article 1413 als règims de comunitat que hom acostuma a pactar en algunes comarques catalanes. El criteri exposat amb reiteració que els dits règims eren parions a la societat legal de "gananciales", donà peu a molts tractadistes perquè sostinguessin l'opinió que en fals supòsits era d'aplicació a Catalunya l'article 1413 reformat, i que, per tant, el marit necessitava el consentiment de la muller o, en defecte seu, autorització judicial, per a actes de disposició sobre béns immobles o establiments mercantils.

Aquest criteri no podia ésser d'aplicació rigorosa a l'associació a compres i millores del Camp de Tarragona, perquè té un àmbit familiar que en molts casos excedeix de la parella conjugal, ja que s'associen diverses persones, unes vegades dos matrimonis; d'altres, un matrimoni amb familiars solters o vidus, etc., formant una veritable societat familiar, molt diferent de l'anomenada pel Codi "sociedad legal de gananciales".

Per tal d'evitar el plantejament del problema o àdhuc l'exigència que concorreguessin als actes de disposició tots els associats per una aplicació analògica i extensiva del dit article 1413, fou completada la redacció de l'article 55 de la Compilació en el sentit que el qui exerceixi de cap familiar i sigui, per tant, l'administrador de l'associació, podrà, *amb la seva sola intervenció*, disposar a títol onerós dels béns que la constitueixin.

Més discutible era l'aplicació del dit article 1413 a l'"agermanament" o pacte de meitat per meitat de la comarca de Tortosa, ja que aquesta associació és limitada als cònjuges, malgrat la qual cosa i tenint en compte que és una comunitat més extensa i molt diferent de la societat de "gananciales", hom estimà que tampoc no li havia d'ésser aplicat l'article 1413; per la qual cosa en l'article 58 hom facultà també el marit perquè durant el matrimoni pugui disposar, amb *la seva sola intervenció*, dels béns de la seva consort.

Només en el cas en què sigui estipulada expressament en capitulacions matrimonials l'existència de la societat de "gananciales", d'acord amb l'article 52 de la Compilació, hom podrà estimar d'aplicació a Catalunya el referit article 1413 reformat.

De tot això s'infereix que les reformes parcials del Codi civil poden topar amb determinades institucions forals i plantejar el dubte de l'abast de la reforma.

Precisament per això en tots els projectes de Compilació hom establí que sempre que hi siguin citats articles del Codi civil hom entendrà que hi han restat incorporats en llur redacció actual.

El dit precepte fou suprimit en el dictamen de la Comissió de Codis, i, mantinguda la supressió en el dictamen de la Comissió de Justícia de les Corts, fonamentant-se en el fet que semblava que la Compilació tractés de limitar o de retallar les facultats dels òrgans legislatius per tal d'introduir alteracions o modificacions dins el Codi civil.

No és ni ha estat mai aquesta la intenció de la Comissió compiladora, car en assentar el principi que els articles admesos del Codi civil ho eren en llur redacció actual, no limitava la facultat de llur posterior reforma, sinó que tractava d'evitar que amb ella, i donant-li aquest caràcter d'aplicació general, fossin desvirtuades o desnaturalitzades institucions vigents i viscudes a Catalunya. A guisa d'exemple podem citar la incorporació dels preceptes sobre successió intestada, de les incapacitats per a succeir dels articles 752, 753 i 754 del Codi, les causes d'indignitat de l'article 756, la regulació de l'establiment a primers ceps o rabassa morta que fa l'article 1656, els termes de prescripció del Codi civil, etc., tots els quals, en llur redacció actual, han estat admesos sense reserva pels juristes catalans.

Tanmateix, si alguna cosa o algunes de les dites institucions sofrissin endavant reformes essencials, entenem que no podrien ésser derogatòries del Dret especial d'aquesta regió, en tant que en modifiquessin fonamentalment l'actual regulació, i que, malgrat la supressió de la referència a la redacció actual dels articles del Codi civil, això fóra tingut en compte, si arribava el cas de tals reformes, ja que altrament seria permetre, sense possibilitat de defensa, la derogació de preceptes recollits i emparats per la Compilació.

No temem pas que això s'esdevingui, i el favorable acolliment que la Compilació ha tingut en els organismes oficials ens fa ésser optimistes; però si ens hem permès aquest toc d'atenció és perquè davant qualsevol reforma o modificació del Codi civil sorgeixen tot seguit veus i opinions que en sostenen la seva aplicabilitat general, qualsevol que siguin les especialitats forals en les matèries reformades.

Precisament el curs passat aquest tema fou àmpliament debatut a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació, de la qual fou diverses vegades

president Antoni M. Borrell i Soler, a la memòria del qual aquests treballs són publicats, i que sabé defensar amb l'agilitat de la seva ploma i amb la força dels seus arguments, molt millor que no ho han estat en aquest modest treball, diversos dels punts de vista ací exposats.

**DIFERÈNCIES ENTRE LES CONSUETUDINES ILERDENSES
I LES D'HORTA Y MIRAVET**

per

J. LL. GARRIGA i LLAMBI

I. DIFERENCIES GENERALS

Reconquesta de la Catalunya Nova.—La conquesta del territori de l'anomenada Catalunya Nova va tenir una gran importància per a la terra catalana, i representa la seva primera gran expansió. Als àrabs els interessava més la possessió de gran planures que no pas les terres trencades de la Catalunya Vella, i per aquest motiu la seva readquisició no solament va comportar un millorament català econòmic i polític, sinó encara el començament d'una preponderància que ja no havia de declinar.

Importància de la reconquesta de Lleida i de l'Ebre.—Foren fites cabdals de la seva reconquesta la de Lleida i la de la vall de l'Ebre, per Ramon Berenguer IV a mitjan segle XII. La seva readquisició no solament va tenir per conseqüència d'afermar els esmentats milloraments, sinó que àdhuc posà al descobert l'afany del Comte conqueridor de repoblar la ciutat i les seves terres —un afany que els seus successors van completar—, la seva pressa a aconseguir-ho i l'esforç que la va acompanyar.

En aquesta actitud tenen origen les Cartes-Pobles i els Costums en què es desdoblaren. Unes i altres afermen les seves llibertats i obren el camí de l'expansió posteriors.

Consuetudines ilderdensis. Motivació i parts.—Quan Ramon Berenguer IV hagué acomplert la conquesta de Lleida li va torgar una Carta-Pobla molt ampla, que de mica en mica fou ratificada i ampliada, fins que

amb plena autonomia municipal quan, el 1197, el rei Pere I li atorgà el dret d'elegir quatre còsols i vuit consellers per al seu regiment, Jaume I va ratificar la concessió.

Temps després, aquesta autonomia obligà a recopilar i ordenar les disposicions municipals, recollir el Dret consuetudinari que s'anava formant i relacionar-lo amb el que derivava de l'atorgació d'altres Cartes-Pobles a d'altres municipis, a fi d'evitar confusions i litigis.

Fou encarregat de realitzar aquest treball Guillem Botet, un dels còsols de Lleida, qui el deixà enllestit el 1226.

Consta d'un prefaci, d'una rúbrica inicial i de tres llibres de Costums. En el primer hi figuren els Privilegis reials i les Cartes-Pobles; en el segon, els costums escrits i les ordinacions dels Còsols; en el tercer, els costums no escrits i normes per a l'aplicació dels Usatges, les lleis godes i les romanes.

La influència lleidatana.— El que s'esdevingué a Lleida estengué la seva influència a la vall de l'Ebre, principalment a les dues poblacions d'Horta i Miravet. La influència hi arrelà per dues raons. La primera va ésser versemblantment el fet que en elles s'hi establí un bon nombre de lleidatans amb finalitats comercials, i consideraren millor per a ells de no renunciar llurs propis Costums que no pas acceptar els que hi trobaren; la segona, que els habitants de les dites dues poblacions trobaren més avantatjós el règim lleidatà que el llur, i el van anar adoptant. Sigui per aquestes o altres causes, el fet cert és que la influència fou innegable i directa.

Consuetudines d'Horta. Paternitat i redacció.— Ramon Berenguer IV va conquerir Horta entre 1148 i 1154, i s'hi va reservar la seva senyoria. Alfons I li va atorgar els furs d'Aragó el 1165, i, pocs anys després, la va traspasar al Temple.

A causa d'aquests canvis successius sorgiren conflictes d'aplicació entre la dels Costums de Lleida i la dels furs aragonesos. Quan va ésser dissolta l'Ordre del Temple, la substituï en el seu lloc la de l'Hospital. En temps, però, de Jaume I, els hospitalaris i el rei dividiren llurs senyories; establiren per línia divisòria el riu Ebre, les de Montesa, a València, entre elles la d'Horta, quedaren per al rei.

Per aquest motiu Horta es torna a regir pels furs d'Aragó. Del canvi en deriven malanances, i per acabar-les, Pere III, en una Pragmàtica de

Barcelona, reconeix a la població el dret de tornar-se a regir pels seus Costums anteriors.

Una discussió entre Miravet i Horta obligà a establir una situació clara; de la necessitat en pervingué la compilació de les Consuetúdines d'Horta, les quals, de contingut semblant a les de Lleida, amb algunes diferències, foren explanades en un preàmbul i 81 capítols.

Consuetúdines de Miravet. Història i redacció.—Quan, el 1153, Ramon Berenguer IV conquerí Miravet, en va atorgar la senyoria a l'Ordre del Temple, i el 1317, dissolta ja aquesta Ordre, a la de l'Hospital.

Quan tres anys després, el 1320, els homes de Miravet demanaren que els fos concedit d'aplicar les Consuetúdines Ilerdenses, els Hospitalaris s'hi van oposar, perquè entenien que el canvi els perjudicava, i va acabar la dissensió l'acord de redactar-ne unes d'especials per a Miravet.

Aquestes noves consuetuds tingueren la particularitat d'ésser redactades en llengua catalana, per una assemblea dels veïns de la població, i foren aprovades pel castellà d'Amposta. El Capítol General de l'Ordre les va aprovar en temps del seu Gran Mestre Vilanova, però introduint-hi algunes modificacions i traduïdes al llatí. El text català era dividit en cinc llibres subdividits en capítols, i aquests en epígrafs, i el llatí, en 134 capítols.

Caràcter de les dues compilacions.—De la paternitat de les consuetuds d'Horta i Miravet, no se'n pot dubtar, perquè molts de llurs fragments són còpia literal de les de Lleida. Les diferències amb aquestes que l'una i l'altra compilació contenen són de poca importància, i per aquest motiu, més que no pas de compilacions influenciades per la lleidatana, cal parlar solament de diferències amb llur original lleidatà.

II. DIFERENCIES DE REDACCIO

Sense entrar en les diferències de fons, a primera vista hom veu que el redactor dels Costums de Lleida era un home expert en lleis; la seva mateixa divisió de llibres i costums ens ho ensenya. A més, son redactats per tal d'ésser aplicats per gent experimentada en les disciplines jurídiques, i potser d'esperit i de formació ja una mica romanistes. Cal no oblidar,

tampoc, que és una compilació molt completa, que regula gairebé tots els aspectes de la vida.

En canvi, les Consuetuds de Miravet són de redacció bastant més grollera i impolida, que s'adiu amb la història de llur redacció. Les normes que contenen semblen dictades per gent de cultura inferior a la de les de Lleida, més rudimentàries, a les quals és addient un major casuisme; allò que en el text lleidatà es resumeix en una *consuetudo*, en el de Miravet és desdoblant en diverses.

El seu pla de redacció també és molt més rudimentari. Això potser és degut al fet que la vida a Miravet era més senzilla, encara que no s'ha de perdre de vista que devia ésser semblant a la d'Horta, i les consuetuds d'Horta no solament són de redacció més breu, sinó encara desenrotllades més sistemàticament. Si en aquestes la redacció és millor, igualment podia ésser-ho en les de Miravet.

Amb tot, és molt possible que la diferència fos deguda a una altra causa; que la influència senyorial impedís que hi fossin incloses determinades prescripcions i hi introduís un element de desordre.

Les *Consuetudines* d'Horta són molt més ben redactades; llur pla general és més concret que el de Miravet, i el seu desenrotllament i la seva exposició, de major qualitat. Donen la sensació d'haver estat recollides per algú de més alt nivell cultural.

III. DIFERENCIES DE CONTINGUT

En fixar-se en el contingut, des del primer moment hom veu una diferència bastant accentuada en l'organització municipal de les tres poblacions.

A Lleida, el Municipi, fonamentant-se en el seu Costum 32, s'organitza amb plena autonomia. El dit Costum l'autoritza per a elegir lliurement els seus governants i coadjuvants, amb tal que jurin fidelitat al rei i al comte d'Urgell. A Miravet, en canvi, el Costum 40 l'obliga a pagar un tribut a l'Ordre que hi tenia la senyoria, en reconeixement del seu domini senyorial. A Lleida, l'obligació del tribut no existeix, ni la supeditació feudal tampoc.

A Lleida, els habitants de la població depenen del rei directament, i a Horta i a Miravet, indirectament, per mediació de l'Ordre. El jura-

ment de fidelitat es fa a l'Ordre, que, al seu torn, l'ha de fer al rei. A Lleida es fa directament al rei, sense senyoria intermediària.

En els judicis per qüestions civils, com, per exemple, el pagament d'un deute, s'ha de donar a l'Ordre un terç del que hom ha cobrat. A Lleida aquesta obligació no existeix.

En el règim processal de l'administració de justícia, a Horta i Miravet, segons llurs respectius costums 15 i 16, els jutjadors són presidits per un delegat de l'Ordre, i a Lleida no.

A Miravet, el Costum 134 estableix un judici d'inquisició contra el qui cometi injúria contra l'Ordre. Del text de les *Consuetudines* es desprèn que aquesta mena de judicis resultaven freqüents.

Entre les tres compilacions hi ha una altra diferència; a la lleidatana són més especificades que en les altres dues les penes contra els delinqüents o contraventors; però és dubtós que aquesta diferència pugui ésser considerada senyal de major perfeccionament, perquè és molt possible que la causa només fos la conveniència d'adaptar-les a gent de més o menys alt nivell cultural de les respectives poblacions. La mateixa presència d'un representant de l'Ordre en els judicis a Horta i a Miravet, amb categoria presidencial, sembla confirmar-ho.

Heus aquí cinc Costums en llur text original, que ajuden a comprendre això que resta dit.

32 de Lleida. De consulato et ordinacione civitates. Item donat et concedit nobis cum maxima deliberacione consulatum per omnia secula duraturum, salua fidelitate sua et comites Urgelli; saluo etiam iure Ilerde castlanorum. Tali modo quod salua fidelitate sua et comitis antedicta, saluo etiam iure Ilerdensium castlanorum possimus ordinare, gubernare civitatem Ilerde et populum eius interioris et extra ad honorem et utilitatem. Possimus etiam deffendere et tueri personas et res nostras, et res alienas nobis obbligatas. Item itinera et stratas et omnia que nobis spectare videntur.

40 de Miravet. Item concedunt dicti domini (Hospitalarius) quod habitatores locorum de illis rebus que ponderabuntur ad pondus dominationis que sufficiant usque ad arrovam seu ad mediam arrovam, solvant ad rationem oboli pro quintario. Set si ad mediam arrovam non sufficebat ullus vicinus non teneatur dare neque solvere aliquid pro pondere immo possint ponderare ubi eis placuerit a media arrova infra, sic quod fraus non fiat dominacioni vel alicui alii.

134 de Miravet. Item si iniuria vel aliquis excessus fieret per aliquem contra aliquem fratrem Hospitalis vel contra eorum familias vel contra baiulum vel officiales Hospitalis vel fieret alicui alie persone ianuas vel muros castrorum

vel aliarum domorum vel hospiciorum ubi fratres Hospitalis stant vel tenent hospicium, quod in illo casu castellanus vel comendator vel alia persona congruens quam ipsi voluerint, faciat et facere possit inquisitionem et malefactorum iudicare et punire iuxta rationem absque petitione seu requisicione iuratorum et procerum nec petere consilium eorundem.

16 de Miravet. Item dederunt et concesserunt dicti domini quod si aliquid ictus sive percusiones facte fuerint aliquo alio vel modo cum aliquibus aliis instrumentis vel generibus armorum que in dictis capitulis minime exprimantur, quod sin cognicione et discrecioni et declaracioni dominationis cum consilio iuratorum et proborum hominum loci qualiter et quomodo debeant et possint puniri et iudicare dominacioni.

15 d'Horta. Item, quod dicti homines habeant et habere possint iuratos in villa de Orta qui presententur comendatori, et si comendatori videantur sufficientes esse iurent in eius posse in eorum officio legaliter se habere ad comodum et salvamentum iuris Templi et civinorum.

LES SERVITUDS DE DRET PÚBLIC

per

RAFAEL GAY DE MONTELLÀ

Antoni M. Borrell i Soler, el preclar mestre que festegem amb aquesta Miscel·lània jurídica, en el seu *Tractat del Dret civil vigent a Catalunya*, en parlar de les classificacions que es coneixen de les servituds, diu que poden ésser públiques i privades, segons que siguin constituïdes a favor d'una finca de caràcter públic, com de l'Estat, o d'un Municipi o dels seus habitants, o bé a favor d'un predi privat.

Les *servituds*, concebudes com un desmembrament del dret de propietat i que indiquen una relació de submissió o de restricció de llibertat, no eren concebibles fins a temps relativament recents, sinó en funció d'una destinació d'utilitat en benefici del predi dominant sotmès a les lleis del *non faciendo* o del *patiendo* dels romans (Frag. 15, 1 D. *De Servitutibus*, 8, 1). Les servituds dels romans eren les servituds *prediorum rusticorum*, anomenades, *iter*, *actus*, *via*, *aqueductus*, aquesta darrera amb les seves divisions de presa, aqüeducte i desguàs, malgrat que de la primera les lleis romanes no en parlessin expressament i sí solament per incidència en parlar de les funcions de la conducció i de l'exhauriment (*servitus aquae ducendae vel hauriendae*, del paràgraf e, de la L. 2, del D. *De Servitutibus*). La destinació de la utilitat d'un predi a favor d'una persona com a tal (o sia prescindint del supòsit que aquesta sigui propietària d'un altre predi) donava motiu a les figures de l'usdefruit immobiliari, de l'ús mobiliar i del dret d'habitació. Avançant els temps, aquesta idea de submissió de les coses immobles o mobles es transportarà a la submissió i la restricció de la llibertat de les persones físiques, fins a arribar, en els temps de l'ominós feudalisme, a les degradants servituds de les persones dominades pels grans senyors.¹

1. Sobre el servatge a les terres pirinenques consulteu l'obra de J. CENAC MONCAUT

Més endavant es començaren a dibuixar les servituds utilitàries en favor dels pobles; seguidament, a favor de les monarquies, i darrerament, en favor de l'Estat, en què s'estabilitza la figura de la servitud legal coactiva o aplicada pels òrgans actius de l'Administració.

El concepte modern de la servitud legal o pública descansa en l'anomenada "utilitat pública". Poden existir formes i figures de servituds, en benefici de la massa de ciutadans d'una nació amb perfecta independència que una semblant utilitat pugui aplicar-se a formes determinades revestides d'un dret de propietat. Són les anomenades "servituds de dret públic" conegudes també amb el nom de "servituds administratives" o "drets subjectius d'usos públics de l'Estat", que, com les servituds de dret privat, pressuposen un gravamen damunt un predi, en benefici de quelcom immaterial i inaferrable.

Per apreciar aquest concepte unilateral de *quelcom afavorit*, la doctrina alemanya empra el concepte de la *finalitat*, o *funció pràctica*, que en les servituds públiques és constituït per la utilitat pública, en lloc d'èsser-ho per una utilitat privada, i pel fet de que les servituds públiques no són mai paccionades, i sí solament degudes a la llei, i són, per consegüent, servituds coactives.

En general, en el terreny de les servituds públiques, el predi dominant sempre és un bé públic. Però no s'ha d'excloure que puguin existir servituds públiques en les quals el bé públic sia un predi servent, i predi dominant un altre bé públic, o també un bé privat (exemples: la conducció i la descàrrega d'aigües privades damunt de béns de caràcter públic: la servitud d'aigües privades damunt de béns de caràcter públic: la servitud de pas de corrent elèctric privada pel damunt de carreteres o d'edificis públics; la reserva d'una servitud privada de pas, a través d'un aeròdrom; la instal·lació d'un pas subterrani o per damunt d'una via fèrria de l'Estat, etc.). D'això en resulta que, en general, el caràcter públic de la servitud és constituït pel fet que almenys un dels termes de la relació de servitud és un bé de caràcter públic: no necessàriament del fet que la servitud *sigui a favor* d'un predi de domini públic.

Hom considera que, malgrat que no siguin aparents i discontinues les

Histoire des peuples et des Etats pyrénéens, París, 1873, on s'estudien les servituds personals anomenades, "Mal usos", que suportaven els pagesos de remença, sotmesos a la carta d'esclavatge que comprenia la remença personal, la intestia, l'exorquia, la cagúcia, l'arsina, l'arcia i d'altres de més degradants. Els sis mals usos, foren considerablement atenuats pel rei Jaume II de Mallorca i radicalment suprimits per Ferran II el 1468.

servituds públiques, poden adquirir-se per usucapió, a l'inrevés de les servituds predials del dret privat: àdhuc hom sosté que en materia de servituds predials públiques és en vigor, no pas l'institut privatístic de la usucapió, sinó el de la prescripció adquisitiva pròpia del Dret públic, amb tots els seus supòsits particulars.

Tot aquest conjunt de limitacions públiques que prenen la figura de les servituds troba el marc adequat en l'anomenat "regime administratiu de la propietat privada". Quan, sota aquest supòsit hom parla de "limitacions,", de "vincles" i "d'obligacions legals", no entra en joc l'avantatge o benefici que resulti d'aquelles relativitats per als interessos dels altres propietaris singulars, com s'esdevé en el règim de les servituds predials, sinó que es porten a debat els interessos públics de la massa de ciutadans de la nació, i la constitució orgànica de serveis generals, ordenats i representats per les entitats conegudes per Estat, Província i Municipi i, darrerament, per les entitats de dret públic anomenades *parestatals* o de constitució capitalista mixta.

En semblants casos el Poder Públic opera sota l'imperi de la doctrina de subordinació dels drets reconeguts a la propietat privada als interessos de la *col·lectivitat*, en el sentit que les finalitats d'ordre general que corresponen a aquells interessos poden ésser aconseguits eventualment contra la voluntat presumpte dels propietaris que han de sofrir la limitació. Per tant, els vincles de submissió i d'imperi no són recíprocs, sinó unilaterals, imposats per l'interés públic.

Afegim-hi, dintre aquest aspecte d'unilateralitat, que als aitals vincles correspon, no pas un dret subjectiu privat, sino l'exigència de l'òrgan actiu de l'Estat, que és l'anomenada Administració pública, que els drets que formen part de la servitud pública, siguin respectats per tots els ciutadans, a part l'interessat propietari del predi servent, amb submissió a sancions privades.

La Llei disciplina, tractant-se de les servituds públiques, dues conegudes fórmules.

La primera concessió que la llei fa a l'interés públic és la de l'aplicació del *dret d'expropiació*, que és la fórmula de consuetud usada per l'Administració i regulada per lleis i reglaments orgànics d'aplicació, en imposar les servituds.

La segona concessió és la de l'emparament de la facultat d'imposició de la servitud, amb la declaració precisa de la "utilitat pública", que darrerament ha vingut a transformar-se en la fórmula de l'*interés públic*, més

comprehensiva i revestida d'una major ductilitat, per tal com deixa ampli espai per a la determinació dels motius de l'expropiació, que en certs moments arriba a poder prescindir-se de tràmits de la llei general, com s'esdevé en l'aplicació de l'anomenada "expropiació d'urgència".

Aquesta fórmula conté també un altre postulat, segons el qual els béns són considerats en concepte de "funció econòmica", sotmesos a les exigències de la productivitat nacional. Es pot tractar de suplir així, amb l'aspecte d'una utilització pública les deficiències d'una producció industrial abandonada, substituint l'Administració la incúria i la inactivitat personal per l'anomenada "activitat de gestió". En la dogmàtica dels corrents moderns relatius al dret de propietat, les ingerències de l'Estat solen portar totes la marca de l'anomenat "interès públic". Amb aquesta fórmula fins s'arriben a regular les normes de distribució, de la propietat privada rural, o bé la prohibició del fraccionament.

Amb una major extensió de finalitats socials, la legislació imposa servituds fonamentades en obres de defensa de la salut pública (exigències de sanejaments integrals, defenses contra elements que produeixen amenaces a la vida de les poblacions, etc.), obres d'aprofitament de riqueses hidro-geològiques, amb sacrifici de poblacions i prèdis de les zones d'emballaments, exigències urbanístiques a zones reedificables, o submissió de la propietat a exigències d'altures predeterminades, espais verds i pulmons urbanístics, i, finalment, exigències degudes a finalitats dels transports públics com són carreteres, ferrocarrils, aeròdroms (zones anomenades perifèriques i subperifèriques) i submissió de pas de conduccions elèctriques i serveis telefònics, etc., etc.

En aquesta enorme i profusa manifestació del Poder públic per a imposar limitacions al dret de propietat en forma de servituds de caràcter públic o beneficioses per a la col·lectivitat, hom adverteix el predomini de la nova fórmula dels vincles allunyats del vell aspecte de servitud comutativa, i dominats per l'especte modern, limitatiu dels drets privats imposat coactivament pel Poder públic.

Seria difícil d'anomenar les disposicions administratives que expressament imposen servituds de caràcter públic. Començaren les lleis d'obres públiques i les de Ferrocarrils; seguí la Llei d'Aigües, les de Monts i de Mines, per a acabar darrerament amb les més profuses i detallades sobre aeròdroms, en les quals radiquen les servituds que més profundament afecten la propietat privada, i sobre zones de seguretat i de protecció de les instal·lacions emissores de ràdio.

CATALUÑA Y EL DERECHO ROMANO

por

JUAN IGLESIAS

I

En varias ocasiones hemos llamado la atención sobre la necesidad de que el romanista — y el estudioso en general — esté asistido por el método del sentimiento, y no tan sólo por el método del análisis. No menos hemos dicho que en esta avanzada novecentista descuidamos las cuestiones auténticas, con asiento en las verdades simples y sencillas que nos fueron entregadas.¹

Algunos juristas de hoy, aficionados en muchas ocasiones a los gestos dogmáticos, tienen la soberana capacidad de desentenderse de toda una entera tradición, por cuanto ésta no encaja en el cuadro geométrico de sus categorías mentales. En cambio, quienes gustan de conocer el significado que, por bajo de su ropaje externo, albergan las normas e instituciones recibidas — tradicionales —, se topan siempre con la sustancia espiritual, con la entraña castiza de lo que, por mucho que nos empeñemos, no puede ser simplemente transitorio.

El tema central del Derecho es la vida — nuestra vida, que se enlaza con la de nuestros antecesores —, y tal y tan llana verdad es negada por los que quieren someter lo jurídico — cargado de añejas esencias — a los dominios del puro pensamiento.

Quien no conoce otro mundo que el cerrado por las cuatro paredes de su cuarto de estudio, podrá llegar a grandiosas construcciones jurídicas,

1. J. IGLESIAS, *El Derecho romano y nuestro tiempo*, en *Rev. Der. Privado* (mayo 1955), 450 ss.

pero corre el riesgo de que éstas, pretenciosas de validez universal, se agosten a la hora misma de otorgarles "vigencia".

Bien está que hoy, dominados como estamos por la técnica, nos afanemos en estudiar o investigar con pertrecho de buen instrumental y auxilio de refinados métodos, pero ha de tenerse en cuenta que al Derecho no le conviene otro calificativo que el que afirme categóricamente su entronque con la rotunda realidad de la vida. Lo jurídico posee la calidad de lo vital, y aquí está el lugar sobre el que ha de operar el jurista. La dimensión del "campo de operaciones" es enorme, y a él no tiene acceso quien ha hecho del Derecho una *idea*.

Afirmado lo anterior, bueno será decir que a la verdad de lo que el Derecho es y representa sólo puede llegar quien logre una visión sintética — y hoy es sumamente preciso *ver* lo que sabemos y traer todo lo que sabemos a síntesis — de la entera vida colectiva.

No es el jurista quien da la tónica al Derecho, porque éste es anterior, y con mucho, a aquél. La razón y medida del Derecho se explica por la serie de afanes, sentimientos, necesidades y fuerzas que vibran en el alma de todos aquellos que lo pusieron en existencia — que lo *inventaron*, será mejor decir, por bondad de Dios.²

II

Quien dogmatiza sobre "el problema del Derecho foral", ha de vérseles antes con la realidad en que tal Derecho vive inmerso. Presupuesto que no ha de discutirse sobre la españolidad — originaria o adquirida — de las normas e instituciones que rigen, con carácter particular, en tales o cuales regiones, habrá de dictaminarse sobre la bondad concreta de unas y otras en relación con el espíritu que las preside, informa y alienta.

Sólo cuando el cultivador del Derecho común intime con el Derecho foral, estará en circunstancia de decidir sobre su significado y alcance o, si se quiere, sobre su utilidad necesaria. Y lo propio se dirá del estudioso del Derecho foral con relación al Derecho común.

Lo malo del Derecho particular no está en el Derecho particular mismo, sino en el falso empeño que, en orden a él, ponen amigos y contra-

2. J. IGLESIAS, *Storia di Roma, diritto romano e "mistero" del diritto*, en *Ivra. Rivista internazionale di dir. rom. e antico*, 6 (1955), 10 ss.

rios. A la verdad, no es postura acertada la de quienes creen que sólo *su* Derecho — el común, para los unos, y el particular, para los otros — puede salir victorioso de toda objeción. Todo irá mejor para todos — moradores de una misma Patria — cuando se advierta que en materia jurídica no hay nada *absoluto*. Hay mejores y peores disposiciones para ir a la búsqueda de lo que es bueno y justo — *bonum et aequum* —, y esto se alcanza en medida menor de lo que desean cuantos discurren con carga de nobles intenciones y prudentes guías.

Pongámonos al compás de la vida en que el Derecho común y el Derecho particular se fraguan y desenvuelven, para ver, en cada caso, si las más de las reglas se enderezan a resolver el mayor número posible de cuestiones vitales. Porque aquí, y nada más que aquí, está la raíz fundamental de la justicia del problema.

Si uno de los elementos integradores del Derecho catalán es el Derecho romano,³ importa mucho conocer la actuación concreta que tienen en Cataluña tales o cuales reglas romanas, pero no menos interesa discutir sobre los *principios* que informan la vida jurídica toda en que las reglas recibidas han logrado acogida y desenvolvimiento.

Será de ver si no hay afinidad entre el *diligens paterfamilias* y la honradez y *seny* del catalán; entre la poca afición del romano⁴ y del catalán a los abundamientos legislativos, sofocadores de las iniciativas particulares; entre la familia romana y la familia catalana, buscadoras ambas de la

3. Quien lea la famosa *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, de DURÁN I BAS (Barcelona, 1883), tendrá buena noticia de la raigambre romana de numerosas reglas y principios. He aquí algo de lo que sobre el particular dice el insigne jurista: "En lo especial y verdaderamente característico de cada una de las grandes instituciones que dan fisonomía propia al derecho de Cataluña, se encuentran siempre estos dos elementos (el indígena y el debido a las normas romanas y canónicas) como fundamento o explicación de las reglas de derecho en que cada una se desenvuelve; de tal suerte, por ejemplo, que el régimen dotal es romano; que es romana y feudal la enfiteusis; que, pudiendo considerarse indígenas los heredamientos, y siéndolo la *rabassa morta*, viven sin embargo en relación estrecha con los principios del derecho romano; que romano es en su base el derecho sucesorio; que lo son esencialmente los fideicomisos, aun cuando ostenten cierta fisonomía especial por la forma usual de ordenarse algunas de sus condiciones; y que la prescripción catalana se completa con principios del derecho romano". Cfr. p. 12, 21, 22, 25, 28, 35, 40, 41, 43, 44, 47, 51, 63, 104, 105, 108, 111, 113, 140, 141, 142, 144, 147, 148, 164, 166, 167, 169, 172, 174, 175, 182, 185, 186, 187, 192, 194, 195, 197, 200, 203, 256, 262, 263, 265, 269, 271, 284.

4. "El pueblo del Derecho no es el pueblo de la ley" (SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Munich 1934 (reimpreso en 1954).

continuidad espiritual y patrimonial;⁵ entre el campesino de Roma, que no debe descuidar su hacienda,⁶ y el catalán, más gustoso del cultivo prudente de su finca que del arriendo que facilita el ocio; entre la devoción del romano a la *fides* y la fidelidad del catalán para cumplir encomiendas de confianza; entre el amor del romano a la *libertas*⁷ y el respeto del catalán a la libertad civil;⁸ entre el valor que el romano otorga a la costumbre — *leges sine moribus vanae*, nos dice Horacio — y la fuerza que a ésta concede el catalán.⁹

Dado que el Derecho romano es el elemento primordial del Derecho catalán, es menester que dirijamos la mirada al “mundo de las significaciones”, a un mundo en el que raras veces solemos *meternos*, con la consecuencia de no captar la esencia íntima de todo un orden trascendente.

Sumergidos en la profundidad entrañable de ese mundo, veamos si se advierte una solidaridad entre las varias reglas recibidas y los dictados de toda una corriente vital y actual. Prestemos atención a los grandes *principios*, para ver luego si hay un justo equilibrio entre lo que éstos demandan hoy y aquello que nos legó Roma.

Innecesario es decir, por lo demás, que no debemos enamorarnos de “lo nuestro” por ser nuestro. El particularismo jurídico tiene su justificación en tanto en cuanto se enraíza noblemente con toda una preciosa tradición, pero ha de probar también que no desconoce el estilo de la hora actual.

5. Cfr. J. IGLESIAS, *Derecho romano*, 2.^a ed. (Barcelona 1953), I, 179; II, 267; *En torno al fideicomiso familiar catalán* (Barcelona 1952), 62, 66 ss.

6. GELLIO, 4, 2.

7. Cfr. ORTEGA Y GASSET, *Historia como sistema y del Imperio romano* (Madrid, año 1941), 111 ss.

8. Cfr. ABADAL, *La llibertat en el dret civil* (Discurso Acad. Jurisprudencia) (Barcelona 1904); DURÁN Y BAS, *Memoria*, xcvi ss.; TRÍAS, *Conferencias de Derecho civil catalán* (Barcelona 1899), 26, 43, n. 11.

9. Sobre algunos de los principios enumerados, véase BORRELL Y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.^a ed. (Barcelona 1944), I, 11 ss.; DURÁN Y BAS, *Memoria*, xc ss.

**LA PENETRACIÓ DEL DRET ROMÀ
EN EL SISTEMA JURÍDIC ANGLÈS**

per

ENRIC JARDÍ i CASANY

La idea que el conjunt de normes legals que han anat elaborant-se a Anglaterra, al llarg dels segles, no té cap relació amb el Dret romà és tan generalitzada, que àdhuc ha transcendit dels cercles professionals. La no romanització del Dret anglès és un d'aquells principis que, unànimement, hom té per admesos quan considera la història de la cultura britànica.

Amb aquest breu assaig pretenem de demostrar que es tracta d'una noció exagerada. Al nostre entendre, afirmar que en el sistema jurídic anglès sigui imperceptible la influència romanística és quelcom tan discutible com la creença, ben estesa a Anglaterra, que el Dret romà és encara vigent a la majoria dels països del Continent europeu, de la falsedat de la qual Maitland advertí els seus compatriotes.¹

No volem caure, però, en l'extrem oposat, que representa la doctrina sostinguda per una sèrie d'autors moderns que han volgut aproximar el Dret anglès al romà fonamentant-se en consideracions no del tot jurídiques, com és el cas de Pringsheim,² que invoca diverses raons de tipus racial, social i polític. Diu, per exemple, que ambdós sistemes són afins pel fet de constituir un grup de normes aplicable a un conglomerat de nacions unides per un vincle imperial: el de Cèsar (Dret romà), o el de la Mancomunitat britànica (Dret anglès o *Common Law*), o per la circumstància que ambdós són el producte espiritual d'uns pobles profundament individualistes, impermeables a la influència estrangera i amb un

1. F. W. MAITLAND, *English Law and the Renaissance*.

2. FRITZ PRINGSHEIM, *The inner relationship between English and Roman Law*, a *Cambridge Legal Essays*, V (1935).

gran sentit de l'equitat i un marcat respecte per la magistratura creadora del Dret, tant a Roma com a Anglaterra. Pensem en el gran nombre d'institucions romanes nascudes de l'actuació del *pretor* i en el *judge-made law* que informa la major part del sistema anglès.

De tots els arguments que l'esmentat escriptor exposa per agermanar el Dret anglès amb el romà, aquest de la creació personal de la norma aplicable al cas concret és el més convincent i el que també és recollit en l'excel·lent llibre de Buckland i Mac Nair, *Roman Law & Common Law*,³ una obra clàssica en la comparació de les dues estructures jurídiques i en la qual, a part algunes similituds de fons, com el caràcter asistemàtic d'ambdós conjunts legals i la poca importància que hi és atorgada a la llei escrita: *lege* i *Statute*, respectivament (malgrat la seva relativa abundància en el Dret justinianeu i en Dret anglès modern a causa de la creixent activitat administrativa), hom remarca el caràcter primordial de la funció que, a Roma, acomplia el jurisconsult que comunicava la seva opinió als magistrats o als litigants quan era consultat, actuant d'una manera semblant al jutge que, a Anglaterra, elabora el Dret que ha de regir el plet.

Però aquestes consideracions respecte a les afinitats que puguin existir entre el Dret anglès i el romà són, en el millor dels casos, de tipus general, i, per tant, no serveixen al nostre propòsit d'explicar com un sistema ha influït en la formació de l'altre, seguint un procés, dilatat al llarg de diverses centúries i que encara no s'ha clos.

És imprescindible, doncs, de recórrer a algunes dades històriques abans de centrar la nostra atenció en el Dret anglès actual. Cal establir, amb caràcter previ, que el poble anglès és menys romanitzat que altres de l'Occident europeu. Comparant la història de la civilització britànica amb la de la Península ibèrica en davalla, per exemple, que Roma començà a colonitzar Espanya al segle tercer abans de Crist, a l'època republicana, mentre que Britannicus, el fill de l'emperador Claudi, ocupà militarment l'illa l'any 44 de la nostra era, i hem emprat, amb tota consciència, els conceptes de *colonització* i *ocupació* en referir-nos, respectivament, a la Península i a la Gran Bretanya, perquè l'actuació de Roma en ambdós territoris respon amb bastant d'aproximació al significat de tots dos mots. A Espanya, després de les expedicions del legionaris realitzades en el curs

3. W. W. BUCKLAND i A. D. McNAIR, *Roman Law & Common Law (A Comparison in outline)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1952 (2.^a ed.).

de les guerres púniques, segueix l'establiment d'una població composta de soldats llicenciats i funcionaris que en produir-se la caiguda de l'imperi i el domini visigòtic, al segle v, ja s'havia confós amb el primitiu nucli indígena, mentre que a Anglaterra les legions que havien plantat llurs campaments en alguns punts de la plana (que més tard esdevingueren ciutats com Londres o York) o de la muntanya, frontereres a les regions on s'havien refugiat els primers pobladors (coincidint més o menys amb els límits actuals amb Escòcia i el País de Gal·les), abandonaren definitivament l'illa en derrocar-se el poder polític de Roma, de manera que, en envair la Gran Bretanya les tribus dels anglosaxons, procedents del nord del que avui és Alemanya, a la cinquena centúria, no trobaren al territori insular una població homogènia com la que habitava la Península ibèrica en iniciar-se l'ocupació visigòtica: la dels hispano-romans, que seguiren regint-se pel Dret imperial, compilat en el *Breviari d'Alaric*, en virtut del principi de la personalitat de les lleis, que és el que imperà en la política de la monarquia goda respecte als indígenes fins a la promulgació, a mitjan segle vii, del Codi de Recesvint o *Liber Iuditionum*, d'efecte territorial. També mancava a la població de la Gran Bretanya, en produir-se l'ensulsiada de l'imperi d'Occident, un element de cohesió i de romanització tan fort com el que a Espanya representà la influència de l'Església. L'evangelització de l'illa fou posterior a la de la Península. Pràcticament, data de la cinquena centúria, quan sant Patrici i altres monjos procedents d'Irlanda començaren la predicació entre els anglosaxons.

D'ací que en les compilacions de Dret publicades a Anglaterra en aquell període, que s'anomenen *Anglo-saxon Dooms*, la primera de les quals fou promulgada l'any 600, en temps de Ethelbert, rei de Kent (contemporani, per cert, de Justinià), no poden percebre's, distintament del Codi de Recesvint, rastres del Dret romà.

La invasió danesa (1017) no afectà l'evolució posterior del Dret però la marcà decisivament la instauració de la monarquia normanda amb el desembarcament de Guillem el Conqueridor (1066), la qual, seguint una política fortament centralitzadora, establí un sistema de judicatura reial per a resoldre els afers litigiosos recurrent el país en virtut d'un itinerari preestablert (*assizes*) que bàsicament encara subsisteix, i fou l'origen del *Common Law*, el dret de creació judicial, que constituí un eficaç mitjà d'unificació d'un reialme on imperaven diversos costums locals i d'enfortiment del poder sobirà. Aquest objectiu fou assolit en detriment de l'estructura feudal de la societat sense haver de recórrer, com ho feren els

juristes de les cancelleries reials a diversos països del Continent europeu, als postulats autoritaris emanants del Dret justiniàneu que començà a ésser matèria d'estudi a les universitats italianes, al segle XI. El poc arrelament que el feudalisme polític tingué a Anglaterra pot ésser atribuït en bona part als efectes d'aquell *Dret comú* elaborat pel Tribunal Reial, bé que, paradoxalment, es trobin en l'actual sistema jurídic anglès vestigis de feudalisme, com, per exemple, en l'ordenament de la propietat immobiliària que gira entorn de la idea que la *real property* per excel·lència, que és la terra o *land*, només pertany al monarca, del qual deriva la *Tenure*, concepte que comprèn la possessió i els drets de tipus personal que reben diverses denominacions segons la transmissibilitat de què poden ésser objecte i d'acord amb la respectiva durada, i que no són sinó una conseqüència de la noció medieval de la investidura.⁴

La circumstància que la monarquia centralitzadora dels reis normands (segles XI i XII) i dels Plantagenets (segles XII i XIII) pogués prescindir de les lleis romanes com a element unificador i desintegrador del feudalisme no exclou el fet que a Anglaterra s'hagués desvetllat una curiositat envers el Dret romà, puix que aquest fenomen cultural es produí a l'illa de la mateixa manera que al Continent.

Els historiadors de Dret anglès citen, per exemple, la figura de William de Malmesbury, mort el 1142, que féu un extracte de la *Lex Romana Visigothorum* o Breviari d'Alaric; la del professor d'Oxford, Vaccarius, comentador del Dret justiniàneu, o la de Henry de Bratton o Bracton, *Justice* del Tribunal Reial, en temps d'Enric II, autor de l'obra *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, que, si bé és considerada com un dels primitius tractats sobre el *Common Law*, palesa clarament la influència dels glossadors, especialment d'Azo. Aquests noms poden prendre's com a símbols de l'interès purament acadèmic experimentat a Anglaterra pel Dret romà des de l'Edat mitjana i que encara no ha defallit. Com observa C. d'Oliwier Farran,⁵ el Dret de Roma fou el que ensenyaren les universitats angleses, amb caràcter exclusiu, fins ben entrat el segle XVIII.

4. Vegeu, a aquest respecte, la meua nota a la p. 165 del llibre de Ronald RUBINSTEIN, *Iniciación al Derecho inglés*, Bosch, Barcelona, 1956.

5. En el seu article *La enseñanza del Derecho en Inglaterra*, en el núm. 3 de *Cuadernos de Derecho Angloamericano*, Barcelona, diu, per exemple, que el primer professor de Dret anglès que tingué la Universitat d'Oxford fou Sir William Blackstone, i que tal càtedra no fou creada fins el 1758.

Per tal d'evitar falses interpretacions, de l'evolució del sistema jurídic anglès, val la pena d'insistir sobre aquest fet indubtable: a Anglaterra començà a estudiar-se el Dret romà al mateix temps que en altres països d'Europa, i també a les illes, com en els altres indrets del Continent, una tal curiositat científica fou considerada amb suspicàcia pels poders polítics i per la jerarquia eclesiàstica.

El 1234, Enric III prohibí l'ensenyament del Dret justinianeu a les escoles londinenques, de la mateixa manera que el papa Honori III, volent mantenir inalterable l'interès per la legislació canònica, ho havia fet per a la Universitat de París, el 1220, ho havia d'estatuir el nostre Jaume I en la seva cèlebre Constitució de l'any 1251: "No sie admés en alguna Cort lo advocat qui allegava algunas leys que les consuetuts e Usatges complascan e abunden" (Const. de Cat., Lib. II, Tit. 3, Vol. 2).

Però a Anglaterra, si bé existí una curiositat pel Dret romà, no es produí, a diferència d'Itàlia, de França i de Catalunya, aquella infiltració, en la vida jurídica del país, dels postulats que anaven deduït de l'ordenament justinianeu les escoles dels glossadors i postglossadors, fenomen que s'operà amb una relativa repidesa, malgrat les prohibicions esmentades, i que es coneix amb el nom de *Recepció del Dret romà*.

És únicament en aquest aspecte — el de l'absència de recepció — que és possible de concebre el Dret anglès com un sistema no romanitzat i explicar-nos una tal peculiaritat "*no per un atzar històric, sinó per una voluntat conscient*":⁶ la intenció unificadora dels magistrats del Tribunal Reial que elaboraven el *Common Law*, la font de Dret predominant,⁷ i que impedí, indistintament del que havia succeït en altres països, com a Catalunya, que el Dret justinianeu anés incorporant-se a l'ordenament legal, per via cosuetudinària.

Per tant, el Dret anglès actual deu la seva característica originalitat als tribunals de *Common Law*, que si, en un principi, serviren eficaçment la política dels monarques medievals enfront del feudalisme, es transformaren, al principi del segle XVII i gràcies a la influència de Sir Edward Coke, en un instrument de lluita contra les prerrogatives del

6. GUSTAV RADBRUCH, *El espíritu del Derecho inglés*, trad. de Fernando VELA, a la *Revista de Occidente*, Madrid, 1958.

7. Fins a la promulgació de la *Judicature Act* 1873, que unificà diverses jurisdiccions, les fonts del Dret anglès han estat tres: el *Common Law*, elaborat pel Tribunal Reial, el *Statute*, o llei escrita, aprovada pel Parlament, i l'*Equity*, que era la norma jurídica creada pel Tribunal de la Cancelleria.

sobirà (és l'època de Jaume I Stuart quan es decideix el conflicte entre el Parlament i la supremacia reial defensada pel Tribunal de la *Cambra estelada*).

En afirmar, en aquestes consideracions generals sobre l'evolució històrica del sistema anglès, que el desenvolupament del *Common Law* impedí la recepció massiva del Dret romà al país, com havia succeït als altres indrets, no neguem la influència que exerciren en els homes de lleis anglesos algunes de les nocions implícites en l'ordenament jurídic fonamental en la civilització europea, ja sia directament, ja sia a través de l'obra de diversos autors, com els holandesos de la divuitena centúria o els escriptors francesos que comentaven les fonts romanes (Pothier fou un dels juristes estrangers més coneguts a Anglaterra), influència que es traduí en la doctrina jurisprudencial aplicada com a Dret. L'anterior precisió es fa necessària, no solament pel que respecta a l'òrgan elaborador de l'*Equity*, el Tribunal de la Cancelleria, sinó també pel que afecta els tribunals de *Common Law*, especialment a partir del segle XVIII en matèria mercantil, després de l'esforç que realitzà Lord Mansfield per confondre en el cos de Dret comú les normes aplicables, amb caràcter exclusiu, als comerciants que en un temps tingueren una jurisdicció pròpia (*Court of the Staples* i *Courts of Pie Powder*) que recorregué sovint a la *Lex Mercatoria* medieval, d'arrel romana.

Però és preferible d'entrar d'una vegada en l'estudi del Dret anglès modern per analitzar els casos en què els tribunals han aplicat el *Corpus juris civilis* o aquells en què el legislador ha resolt situacions d'una manera anàloga al Dret romà.

Dividirem la nostra exposició en dues parts: el *Case Law*, o dret de creació judicial, i els *Statutes*, o dret escrit.

A) CASE LAW.⁸ — Els magistrats anglesos s'han inspirat en el Dret romà en circumstàncies diverses que poden respondre, fonamentalment, a les tres situacions següents:

1. — *En absència de precedent aplicable*, com ha succeït, per exem-

8. Per a redactar aquesta part ens hem servit de l'article de David T. OLIVER, *Roman Law in Modern Cases in English Law*, publicat a *Cambridge Legal Essays*, 1926, i de les notes preses de les conferències donades els dies 18 i 19 de juliol de 1957 per Raphael Powell, professor de Dret romà a la Universitat de Londres, dins el curs sobre *English Law and Jurisprudence*, organitzat pel *Department of Extra-Mural Studies* d'aquell centre docent.

ple en els casos: *Acton v. Blundell* (1843) 12 Mand. 324, en el qual el *Chief Justice Tindal* declarà que no solament era favorable a l'actor, sinó encara decisiva per al cas, l'opinió de Marcel recollida en el Digest sobre la sortida d'aigües pel predi veí (D. L. XXXIX t. III *De aqua et aquae pluviae arcendae*. 1). En *Dalton v. Angus* (1881) L. R. 6 App. Ca. 740, litigi promogut per la càrrega que havia fet el constructor d'un edifici a l'immoble del costat, foren invocades, també, les Pandectes (D. L. VIII t. V. 6, 8 *Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur*).

En el cas de *Taylor v. Caldwell* (1863) 32. L. J., originat per l'incendi d'un pavelló destinat a espectacles que havia fet impossible el compliment d'un contracte atorgat al seu respecte, el jutge Blackburn va recórrer a la doctrina emanant dels preceptes del Digest sobre la certesa de l'objecte de les obligacions (D. L. XLV t. I *De verborum obligationibus* 22, 33). També es resolgué una qüestió relativa a l'error sobre la cosa, matèria del contracte en el plet *Kennedy v. Panama & C. Mail Co.* (1867) L. R. 2 Q. B. 580, invocant la doctrina del Digest (L. XVIII t. I *De contrahenda emptione*), i finalment fou aplicat, malgrat alguns parers contradictoris, el Dret romà en absència d'un precepte concret en el Dret propi, en una altra sentència emesa en qüestions contractuals: *Keighley, Maxsted & Co. v. Durant* (1900) Q. B. 629, que girava entorn de la subsegüent ratificació pel mandant d'un conveni estipulat per a persona no autoritzada (D. L. III t. IV, *De negotiis gestis*, 5, 11 i 12).

2. — *Quan ha calgut invocar el Dret estranger, segons els principis del Dret internacional privat anglès, pel fet de no posseir, una de les parts litigioses, la nacionalitat britànica* com s'ha esdevingut en els casos: *Bank of Africa Ltd. v. Cohen* (1909) 2 Ch. 129, en què hom discutia la legitimitat d'una hipoteca constituïda sobre una finca propietat d'una dona casada per a garantir un préstec contret pel marit. La garantia hipotecària fou estimada invàlida pel fet de no haver quedat provada, en els actes, la renúncia, per part de l'esposa, dels beneficis inherents al Senat consulte veleià (D. L. XVI, t. II, *Ad Senatus consultum velleianum*, C. L. IV T. XXIX id.) que prohibeix tota mena d'intercessió atorgada per la dona, i l'*Authentica Si qua mulier* (N. 134, c. 8), que declara nul·la la fiança feta per l'esposa a favor del marit, principis que foren rectament invocats, segons les normes del *Conflict of Laws* anglès, que remet, per als immobles — ací la finca hipotecada — al Dret del país on radiquen (en el cas que ens ocupa: el Transvaal, on regeix el *Roman-Dutch Law*, o Dret romano-holandès).

Un plet semblant també originat per una finca situada a l'Àfrica del Sud i en el qual fou esmentat el Senatconsulte veleià, i l'autèntica *Si qua mulier* fou el *Mackellar v. Bond* (1884) L. R. App. Ca. 715.

En un litigi més recent, que els juristes anglesos han denominat *The Metliss Case* (1957),⁹ promogut per Metliss, el tenidor d'unes obligacions emeses en lliures esterlines, l'any 1927, pel Banc Hipotecari de Grècia, amb la garantia de la Banca Nacional Hel·lènica, que havien vençut i no havien estat satisfetes, a conseqüència de la segona guerra mundial, la moratòria atorgada pel Govern grec i la posterior absorció del banc emissor de l'emprèstit per part de la Banca estatal, la qual, en ésser demandada pel tenidor, es negà al compliment de les obligacions contretes per l'entitat absorbida, però el tribunal d'apel·lació anglès determinà que el nou banc era — aplicant el concepte propi del Dret romà — el successor universal del Banc Hipotecari de Grècia i que, per tant, venia obligat al pagament del deute.

3. — *Quan la Cambra dels Lords ha fallat en última instància plets escocesos o quan el Judicial Committee of the Privy Council ha resolt, en cassació, litigis dels dominis i colònies que, com en el cas d'Escòcia, es regeixen per sistemes jurídics de base romanística: Ceylan, la província canadense de Québec, les illes de Malta, Maurici i Santa Llúcia i, anteriorment, la Unió Sud-africana.*

D'aquest grup de sentències, la més coneguda és, tal vegada, la *Cantiare San Rocco S. A. v. Clyde Shipbuilding and Engineering Co.* (1924) A. C. 226, emesa per la Cambra dels Lords en apel·lació d'un plet promogut per una societat italiana de construcció naval contra una d'escocesa, d'anàleg objecte, en reclamació de les quantitats lliurades a compte d'una comanda fet per la d'Itàlia i que havia estat rescindida en produir-se el conflicte 1914-1918. La decisió de l'alt tribunal anglès fou comentadíssima, ja que en determinar que l'empresa britànica havia de retornar a l'anònima *Cantiare San Rocco* les sumes rebudes (exceptuant les despeses originades per la preparació del contracte) en mèrit dels principis del Dret romà (D. L. XII, t. IV, *De conditione causa data causa non secuta*), discrepava del precedent establert per les sentències recaigudes en els denominats *casos de la Coronació* que s'originaren per la indisposició del rei Eduard VII el dia fixat per a la seva coronació, que obligà a la cancel·lació de la cavalcada prevista i féu, per tant, impossible de complir tots

9. Ens manca la referència exacta d'aquesta sentència.

els contractes que s'havien estipulat sobre el lloguer de cadires i de balcons des d'on hauria pogut presenciar el pas de la comitiva, i que constituïen la doctrina legal vigent en matèria de frustració contractual en virtut de la qual cada part havia de suportar en la mesura que li corresponia, els efectes de l'incompliment per causa de força major, de manera que si la Cambra dels Lords s'hagués atès al precedent, la societat italiana hauria perdut les sumes lliurades a compte. Gràcies al Dret romà s'operà, per tant, en aquest aspecte de la doctrina jurídica anglesa una important innovació que, anys més tard, la *House of Lords* confirmà en emetre la sentència *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* (1943) A. C. 32,¹⁰ i que després el Parlament ha recollit en una reforma legislativa a la qual al·ludirem més endavant.

El *Judicial Committee of the Privy Council* tractà de qüestions relacionades amb els fideïcomisos en pronunciar-se definitivament en un plet originat a Malta *Strickland v. Strickland* (1908) A. C. 551, en dos més, provinents de l'Àfrica del Sud: *Galliers v. Rycroft* (1901) A. C. 130 i *Josef v. Mulder* (1903) A. C. 190, i en un altre, *Samaradiwakara v. De Saran* (1911) A. C. 753, iniciat a Ceylan, país on regeix també el *Roman-Dutch Law*.

En un cas primerament plantejat a la Unió Sud-africana, *Douglas v. Sander Co.* (1902) A. C., foren atorgats danys i perjudicis a l'actor en virtut dels mateixos principis que fonamentaven l'*actio doli* regulada en el Digest (L. IV, t. III, *De dolo malo*).

Acabarem aquesta relació de les sentències dimanant de plets començats en alguns territoris de la Mancomunitat britànica de nacions, de legislació de base romanística, y que han estat incorporades al cos del Dret vigent a Anglaterra, per les atribucions jurisdiccionals que exerceix el *Privy Council* sobre tals països, citant el plet que en els tractats jurídics moderns ja s'anomena el cas dels *Singapoore Oil Sotcks*,¹¹ que el *Judicial Committee* decidí el 1956. En produir-se la invasió japonesa de Malaia una societat que posseïa a Singapoore una quantitat considerable d'oli mineral, hagué d'abandonar els seus dipòsits, que foren confiscats per les forces d'ocupació, les quals disposaren de tal primera matèria a favor d'alguns comerciants, i aquests la sotmeteren a manipulacions diverses. A l'empresa

10. La frustració del contracte fou atribuïda, però, en el *Fibrosa case*, a la manca de *consideration*, element jurídic imprescindible per tal que una promesa esdevingui obligatòria i que pot ésser traduïda, amb una certa aproximació, per la nostra idea de "causa".

11. Ens manca també, per aquest cas, la referència exacta.

que havia tingut els *stocks*, li fou negat el dret a reivindicar-ne la propietat en virtut de les construccions doctrinals romanes sobre les *res nullius* el primer ocupant i l'especificació.

B) STATUTES.— Les principals lleis escrites en les quals han estat previstes solucions a situacions de fet, d'una manera semblant a les que ofereix el Dret romà són:

La *Law of Property Act* (1925) o codificació de tot el dret vigent en qüestions de *real property*, concepte que bastant aproximadament pot traduir-se pel de *propietat immobiliària*, regula dos drets sobre cosa aliena que tenen innegable afinitat amb dues institucions romanes: el *easements*, que corresponen més o menys a les servituds, i els *profits à prendre*, comparables a algunes modalitats de l'usdefruit com la que es constitueix sobre els boscos.

La *Legitimation Act*, 1926, introduí una gran innovació en el Dret anglès en admetre la possibilitat de la legitimació dels fills naturals pel subsegüent matrimoni dels pares, principi jurídic acceptat en tots els sistemes de formació romanística.

Les diverses disposicions dictades en matèria d'adopció (*Adoption of Children Acts* 1926, 1939, 1949 i 1950) han contribuït a aclimatar en el pensament legal anglès la idea inacceptable en el *Common Law* que el fill adoptiu esdevenia un membre de la família adoptant.¹²

La *Road Traffic Act* (1930), en la seva *Section 28*, que tracta de la conducció de vehicles sense autorització del propietari, fixa les penes aplicables en els casos, tan freqüents, de *joy-riding* o sia l'ús d'un automòbil per una persona que se n'apodera, no pas amb el propòsit de desposseir definitivament el seu propietari, sinó amb el d'utilitzar-lo per unes pòques hores pel simple goig de conduir-lo. En l'esmentada llei, els responsables d'una tal conducta són objecte d'un tractament penal més suau que el que procedeix en cas de cometre un robatori, diferència que permet que Buckland i McNair considerin el *joy-riding* comparable al *furtum usum* del Dret justinianeu.

La *Inheritance (Family Provision) Act* (1938), modificada per la *Intestates' Estates Act* (1952), insinua, vagament, la figura de la legítima, i sembla reconèixer l'existència d'uns hereus forçosos en permetre a "determinades persones que vivien a costa del testador, com els fills menors,

12. Vegeu l'estudi de L. Neville Brown, sobre l'adopció, en el núm. 2 de *Cuadernos de Derecho Anglo-Americano*, Barcelona.

l'esposa, els fills majors incapaços i les filles solteres, una modificació dels termes del testament, si aquest no conté una disposició hereditària *reasonable* a llur favor".¹³

La llei últimament esmentada, que regeix per a la successió no testamentària, també regula el que se'n diu *hotch-pot*, o sia la formació, per part dels individus cridats a una successió, d'una massa de béns constituïda per les liberalitats rebudes del causant, durant la seva vida, institució que té una semblança evident amb la *collatio* romana.

I per acabar aquest treball direm que la *Law Reform (Frustrated Contracts) Acts*, 1943, recull el canvi d'orientació que ha experimentat la doctrina legal respecte a l'incompliment dels contractes a partir del cas *Cantiare San Rocco* i, sobretot, del *Fibrosa case*, al qual hem al·ludit, i que accepta el *discharge by frustration* com una de les formes de compliment dels contractes, de la mateixa manera que els romans admeteren el *casus* com una causa d'incompliment.

13. J. Duncan DERRET, *Estudio comparativo de los derechos sucesorios español e inglés*, en el núm. 7-8 de *Cuadernos de Derecho Anglo-Americano*, Barcelona.



**EL DERECHO EN LOS ESTATUTOS
DE LAS CORPORACIONES MERCANTILES MEDIEVALES**

**(Interés palpitante del manuscrito «Consolat dels mercaders
catalans a Bruges», obrante en la Biblioteca del
duque de Medinaceli)**

por

AURELIO JOANQUET EXTREMO

RAZÓN DE ESTA OFRENDA. — Queríamos ofrecer al ilustre e inolvidable maestro don Antonio María Borrell y Soler alguna investigación sobre un tema jurídico, que fuera totalmente inédito y original. Al menos, algo nuevo y digno de figurar en el homenaje que se tributa a la memoria del hombre que fue la encarnación viva del "*honestum vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*".

Una ofrenda al jurista que, con su obra, nos ha facilitado tantas veces los materiales necesarios para resolver los problemas que la vida profesional plantea, debía reunir, a nuestro modesto entender, dos condiciones: que guardara relación con el derecho autóctono de Cataluña y que versase sobre un tema que, revistiendo cierta novedad, pueda ser tratado en pocas páginas.

Por esta razón hemos optado por el tema que encabeza este trabajo.

La casa ducal de Medinaceli, en la que se refundieron los estados de la gloriosa estirpe de los duques de Cardona, tan vinculada a la historia de Cataluña, guarda tesoros de incalculable interés para la historia de España en general y para la de Cataluña en particular.

Uno de los manuscritos más preciados es el que figura en el catálogo bajo la rúbrica *Llibre del Consolat dels Mercaders catalans a la Vila de Bruges*, que no es otra cosa que el Estatuto de una de las corporaciones mercantiles más interesantes del Medioevo. Tal ordenamiento corporativo encierra preceptos de derecho civil y mercantil, de derecho fiscal y penal, y, sobre todo, reglas de moral que revelan con cuanta rectitud y probidad ejercían su profesión mercantil aquellos honrados mercaderes.

Este manuscrito prueba que el *Consolat* de Brujas era, desde un comienzo, no sólo un organismo judicial, sino una verdadera corporación que tutelaba y representaba vastos intereses de sus asociados.

De gran interés para nuestra ciudad, fue expuesto en el Pabellón de la ciudad de Barcelona, con motivo de la Exposición Internacional, y nos cupo el honor de trasladarlo de Madrid a esta capital, previo un seguro de un millón de pesetas, junto con varias relaciones de los siglos xv y xvi referentes a Barcelona y pertenecientes a la misma Biblioteca.

En aquel entonces hicimos una pequeña reseña en el catálogo que se editó, pero abrigábamos el propósito de dedicar a este códice una mayor atención.

Merced a la amabilidad del P. Longás, jefe de la Sección de Manuscritos de la Biblioteca Nacional y bibliotecario del duque de Medinaceli, hoy estamos en condiciones de ocuparnos extensamente de este códice, instrumento importantísimo para estudiar la vida corporativa y mercantil de Barcelona, no sólo durante el Medioevo, sino también hasta el siglo xvi.

Consideramos este libro, que se guarda en la cámara acorazada de la biblioteca citada, tanto o más interesante que el *Llibre de Passanties* o el *Llibre d'Advertiments* que obran en el Archivo Histórico de la ciudad de Barcelona.

Para el estudio sistemático y metódico de este manuscrito seguiremos el siguiente plan:

- I. Valor del códice en el aspecto formal y como fuente escrita de Derecho.
- II. Importancia de las normas contractuales civiles, mercantiles, penales y fiscales que contiene, como fuente para la formación de la historia del Derecho español.
- III. Noticias sobre la moral y religiosidad que informaban los actos de comercio de los mercaderes catalanes.
- IV. Actualidad del estudio de las corporaciones mercantiles medievales en esta época de crisis del Derecho y crisis del Estado.
- V. Trabajos recientes de los investigadores alemanes, franceses y, sobre todo, de los italianos.

Aplicando a la exposición algo de aquella metodología que el profesor Hernández Gil ha puntualizado tan sabiamente,¹ esperamos que podremos exponer con claridad el contenido de este códice, que bien merecería los honores de una obra completa.

I. VALOR DEL MANUSCRITO EN EL ASPECTO FORMAL. — La biblioteca de la casa ducal de Medinaceli no ha tenido la misma divulgación que la del duque de Alba.

Los trabajos del último duque de Alba como historiador notable y presidente de la Real Academia de la Historia cautivaron la atención de los estudiosos y eruditos, siendo causa de que salieran a la luz, debidamente comentados, documentos de gran valor.

La biblioteca de los Medinaceli, formada con paciencia y conservada y ordenada con esmero, es, en cuanto a los fondos, superior a la de Alba, pero espera todavía la publicación íntegra de muchos e importantes manuscritos y documentos, de gran trascendencia histórica, entre los cuales se cuenta el que vamos a comentar. Tal vez la misma cuantía del tesoro histórico-bibliográfico dificulta su publicidad y divulgación.

En el año 1951, el distinguido jefe del Cuerpo de Archiveros y Bibliotecarios don Antonio Paz Melia, terminó, después de una labor paciente y concienzuda, la separación, en los archivos de Medinaceli, entre los documentos meramente administrativos y los de carácter histórico.

Seguidamente se discriminó cuáles, entre estos últimos, eran más curiosos y tenían mayor importancia. Hecha la selección por el inolvidable Paz Melia, el duque de Medinaceli costeó la publicación de dos gruesos volúmenes, de 481 páginas el primero y 653 el segundo, que reproducen gráficamente documentos, encuadernaciones, orlas artísticas y miniaturas de los códices, fragmentos de los textos, sellos de cera antiguos, cartas y firmas de reyes, emperadores y figuras célebres, entre las cuales figuran algunos autógrafos del príncipe de Viana, el testamento ológrafo de éste, las cartas de Magdalena, princesa de Viana, al duque de Cardona, cartas del rey don Juan II a don Pedro de Aguilar y don Juan de Mena, la firma y sello de don Álvaro de Luna, como Maestre de Santiago, carta de Isabel la Católica a la condesa de Feria, el sello y placa de la reina Germana de Foix, carta de Luis XI de Francia al du-

1. *Metodología del Derecho (Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*, Madrid, 1945.

que de Cardona, carta del duque de Calabria a la duquesa de Cardona, carta del desgraciado príncipe Carlos, hijo de Felipe II, al marqués de Priego, cartas originales de San Francisco de Borja, autógrafos de la gobernadora de los Países Bajos, la infanta Isabel Clara Eugenia, cartas de Santa Teresa de Jesús, etc.

Para la historia de Aragón y Cataluña y la dominación en Sicilia, esta publicación contiene documentos interesantísimos, desde una donación de Carlos el Calvo, en 860, hasta los sellos que usaban Fadrique I, rey de Sicilia, Roger, rey de Calabria y Apulia, Pedro IV de Aragón y Hugo Poncio, conde de Ampurias; la donación del rey Raúl de Francia a Oliva, conde de Besalú; las relaciones entre Berenguer de Entenza y Roger de Lauria, almirante de Aragón y Sicilia, con motivo del proyectado matrimonio con doña Saurina, hija del primero, con el gran almirante del Mediterráneo.

El primer tomo, conteniendo la primera serie de estos documentos inéditos, salió de la estampa de la Imprenta Alemana, de Madrid, en 25 de agosto de 1915. El segundo volumen vio la luz en 12 de julio de 1922 y se editó en la imprenta, de la villa y corte, Blass, S. A.

Con tal publicación, que es extraordinariamente lujosa, aunque en el orden técnico-tipográfico merece algunos reparos, el duque de Medinaceli prestó un gran servicio a la cultura española, ofreciéndole una fuente casi inagotable de investigación y los materiales necesarios para esclarecer muchos puntos de nuestra historia patria que todavía permanecen oscuros.

Es de esperar que aquella obra interesantísima tenga su continuación y que aparezcan los dos volúmenes que faltan y que se anunciaron al aparecer el segundo: el que debe contener la *Serie diplomática*, así denominada por constar de diplomas, extractos de cartularios copiosos como el de Cardona y otras escrituras, desde el siglo ix a fines del xiv, y la *Serie artística*, donde han de reproducirse todas las manifestaciones artísticas que encierran los manuscritos, códices, cartularios, diplomas y ediciones raras y curiosas que la biblioteca guarda.²

El códice *Consolat dels Mercaders catalans en la Vila de Bruges*

2. En nuestra biblioteca obra el ejemplar núm. 358 de la I Serie y el núm. 401 de la II. Con motivo de la guerra perdimos los ejemplares que el duque nos había ofrecido al recoger los ejemplares expuestos en el pabellón de la ciudad de Barcelona de la Exposición Internacional. Al terminarse la guerra, tuvo la gentileza de reponer aquel ejemplar perdido, que teníamos en gran estima.

— caso curioso —, figura citado en los dos volúmenes aparecidos. En el primero, que contiene una serie de más de 250 documentos que datan de los siglos xi al xix, muchos de los cuales se refieren a títulos y Estados de tan remota antigüedad fundidos luego en la casa de Medinaceli, como el condado de Ampurias, ducado de Cardona y marquesado de Aytona, Pinós, etc., y en el segundo, que relaciona los códices y manuscritos de mayor importancia por razón de su trascendencia histórica, jurídica o política o por el arte de su encuadernación.

En el primer tomo se limita a reproducir una de las cubiertas de la encuadernación del manuscrito. Es la lámina núm. 17. En el segundo se reproducen varias páginas de este importante códice hasta el extremo que es el que merece mayor atención de cuantos se relacionan en el volumen.

El códice tiene la dimensión de tres cuartos de folio y está protegido por una de las encuadernaciones más notables que se conocen, firmada por Antonio de Gavere, célebre encuadernador de Brujas, de fines del siglo xv. Las ciudades de los Países Bajos eran, en esta época, emporio de arte y de riqueza. El genio y la iniciativa del hombre, en una palabra, toda su cultura humanística y refinada se reflejaban en las grandes creaciones de los artistas y artesanos.

Las dos portadas se unen mediante unas abrazaderas cinceladas; el lomo lleva seis grandes nervios, que cubren los religados de los folios, y tanto la cubierta anterior como la posterior llevan cinco clavos, en forma de rosetones, para proteger el delicioso repujado de la piel contra los rozamientos.

La encuadernación pertenece a la época de transición entre el Gótico y el Renacimiento, y la cubierta anterior está dividida en cuatro cuerpos, separados por orlas admirablemente repujadas sobre el cuero, que representan los signos de los cuatro evangelistas, ángeles y diversos leones alados, abejas y animales. Debajo de la orla horizontal, que forma con la vertical una cruz latina, figura otra cenefa que parece representar los pecados capitales. Las figuras delineadas y repujadas con los hierros sobre el cuero tienen un realismo impresionante a pesar de su pequeñez.

Cada uno de los cuatro cuadros en que se divide esta portada lleva, a su vez, como orla repujada en el cuero, la siguiente leyenda: "Anthonius de Gavere ad laudem Xristi librum hunc recte ligavit".

No cabe, pues, la menor duda sobre la paternidad de esta famosa encuadernación, verdadera pieza de arte.

Habiendo tenido en nuestras manos reiteradamente este códice, para

su estudio, hemos podido observar que en el segundo volumen de la obra de Paz Melia, al reproducirse la portada del manuscrito en color sepia, aquella aparece invertida, produciendo cierta desorientación.

Este manuscrito procede de la biblioteca del duque de Segorbe y de Cardona, don Francisco de Aragón Ramón Folch de Cardona, marido que fue de doña Ángela de Cárdenas, muerto en 1575. Entre los valiosos documentos de aquel estado que pasaron a la biblioteca de Medinaceli figura este manuscrito y otro de las obras de Ausias March.

La hermosa encuadernación que hemos descrito, un tanto deteriorada por la obra de los siglos y porque estos estatutos eran muy usados, toda vez que con la mano derecha puesta sobre los mismos juramentaban su observancia los comerciantes catalanes, demuestra el interés que a las reglas contenidas en el libro concedían aquéllos.

El encuadernador Antonio de Gavere vivió de 1459 a 1505 y pertenecía a esta célebre familia de encuadernadores flamencos, uno de los cuales, el más antiguo, Guillermo Van Gavere, ejerció su profesión en Gante, de 1450 a 1471, y el otro, Santiago, de 1454 a 1465.

Paz Melia cita varios autores que mencionan con gran elogio a estos encuadernadores, reproduciendo, además, alguna de sus obras.³

Las planchas o hierros de estos encuadernadores son de pequeñas dimensiones, y por ello, en el *Consolat dels Mercaders catalans a Bruges* se repiten cuatro veces en cada tapa, separados los compartimientos con troncos florales en espiral y, entre ellos, la fantástica fauna.

Las planchas usadas por Antonio de Gavere, el encuadernador de las *Reglas de los Comerciantes catalanes*, guardan, según los autores citados por Paz Melia, gran analogía con las de sus familiares, aunque sus adornos son mayores. La leyenda que utiliza Antonio para autenticar sus obras es muy parecida a la de Guillermo Van Gavere. Siempre aparece el sentido profundamente religioso de la familia. A veces, después del nombre se aprecian en relieve, sobre el cuero, invocaciones como estas: "Ora pro n. Sancta D. Genitrix". "Deus det nobis suam pacem et post mortem vitam aeternam. Amén", "Omnes sancti et archangeli, orate pro nobis".

3. GRUEL, *Manuel historique de l'amateur de relieures*. M. WEALE, *Book binding and Rubbings of Bindings in the national art library, South Kensington Museum*. G. A. STEPHEN, *Manuel of Library*.—Nuestro notable encuadernador Brugalla y también Oliva de Vilanova han elogiado la notable encuadernación del manuscrito que nos ocupa.

El mismo autor de la encuadernación de los estatutos del *Consolat* encuadernó gran parte de los preciosos manuscritos de la biblioteca de Felipe el Hermoso y, probablemente, los misales, evangelario y epistolario que trajo a España aquel rey en 1502. Alexandre Pinchard recogió de los registros de la *Chambre des Comptes* y de los archivos de Lille varios documentos que demuestran los encargos de Felipe a este gran artista de la encuadernación.

En junio de 1501 se le pagaron quince libras, de orden de Monseñor, por limpiar, dorar y encuadernar cinco grandes volúmenes conteniendo obras de Séneca, Valerio Máximo, la primera y segunda parte de la "Ciudad de Dios" y las "Éticas". Una prueba no despreciable de la cultura de aquel Príncipe.

El *Llibre del Consolat* es un manuscrito de características únicas. Incluso bajo el punto de vista paleográfico ofrece particular interés. Puede advertirse cómo se iban completando los estatutos u ordenanzas, a medida que la realidad planteaba el problema. La vida siempre creando el derecho, haciendo permanente el axioma: *Ubi est homo, ibi societas, ubi societas, ibi jus*.

Se da el caso particularísimo de que los veintisiete capítulos en que se explanan las ordenanzas o estatutos dictados en 1330 y confirmados en 1335, se reseñan en el índice de este famoso libro, encuadernado a fines del siglo xv, después de los estatutos de 1389. No guarda, pues, estricto orden cronológico, sea por desorden o retraso en la transcripción, sea por desconocimiento del idioma catalán por parte del encuadernador.

Paz Melia, en su obra, dedicada a este libro de la página 432 a la 487. Ningún otro de los documentos que relaciona ha merecido tanto espacio, prueba evidente del interés que reviste para el estudio de la historia de las corporaciones y de las corrientes del comercio internacional en el siglo xiv, de la exportación de productos españoles, comercio de la ciudad de Barcelona con los Países Bajos y ciudades hanseáticas y, sobre todo, del contrato de transporte, compraventa mercantil, saneamiento por vicios ocultos, derechos que se satisfacían por la entrada de mercancías, etcétera.

El manuscrito contiene las ordenanzas o estatutos de 1330 y 1389 y sus modificaciones y adiciones hasta 1537. Están escritas en catalán, y algunas en castellano. Se transcriben también algunos documentos en latín y en francés. El castellano no aparece hasta después de 1502, año

en que vino a España Felipe el Hermoso, enlazando nuestra dinastía reinante con la casa de Borgoña.

El título que encabeza el manuscrito dice: *Ordinationes mercatorum regni Aragonis que a quolibet ipsorum solent juramento firmari*. Se trata de uno de los estatutos más característicos entre los que elaboraron las corporaciones medievales.

El folio 1.º contiene la rúbrica de los treinta y tres capítulos en los cuales se desarrollan las reglas de derecho que debían observar los comerciantes catalanes inscritos obligatoriamente en la corporación del *Consolat* para poder ejercer el comercio.

En el folio 2.º aparece un escudo con las cuatro barras de Aragón encerradas en una orla primorosamente dibujada. Las barras de oro llevan un dibujo que trata de imitar los damascos de la época, y distribuida graciosamente en toda la página, bajo coronas reales, sobre cada letra o cada sílaba, figura la siguiente leyenda: "Signum Dei gratia Regis Arag. Ual. Mai. Sard. Corc. Comesque Barchinone et Rosilo et Serdaya" (Por la gracia de Dios, Rey de Aragón, Valencia, Mallorca, Cerdeña y Córcega, conde de Barcelona, de Rosellón y Cerdeña). La leyenda está escrita con las abreviaciones propias de la época, siendo de notar que en la palabra *Aragonis* ostentan la corona real tres de las letras y no las sílabas, sin duda para dar a la página una mayor prestancia artística.

Sigue el fol. 3.º, que podemos calificar, sin temor a incurrir en exageración, de emocionante. Muchos códices coetáneos suyos y aún anteriores, por ejemplo la *Crónica del rey don Jaime*, escrita por el abad Copons, de Poblet, que guarda la Biblioteca Universitaria como uno de los manuscritos más preciados, y el códice del *Consolat de Mar*, que guarda el Ayuntamiento de Valencia, son más ricos en cuanto a las miniaturas e iniciales de capítulos. Pero pocos códices hay que tengan un valor didáctico tan emotivo como el que comentamos.

En el centro de la página de pergamino figura una representación del Calvario, ajustada a los cánones de la escuela flamenca de la época. Cristo en la cruz, la Virgen María y San Juan están diseñados con una sencillez evocativa maravillosa. El realismo se conjuga con el dolor y la resignación. El colorido es simple y perfecto. Es difícil lograr tan gran emotividad con trazos y colores tan simples.

En los cuatro ángulos de la página aparecen los signos de los cuatro evangelistas, San Juan, San Lucas, San Mateo y San Marcos, con un texto evangélico de cada uno de ellos. El de San Juan: "In principio

erat verbum et verbum erat apud eum...”, por ser más extenso, está distribuido en el centro y el ángulo de la derecha, mirando al manuscrito. La armonía de la página es perfecta, a pesar de la desigualdad de los textos.

Este folio, aun que se conserva intacto y los colores permanecen vivos, aparece un poco sucio. Y es que sobre esta página donde aparecen los cuatro evangelios y la imagen del Crucificado, se posaba la mano derecha de los Cónsules para jurar el cargo ante todos los asociados y la de todos los comerciantes catalanes incardinados en el Consulado de Brujas, que formaban una verdadera corporación, para jurar en el nombre de Dios, guardar las ordenanzas o estatutos que el libro contenía y a las cuales nos referiremos seguidamente.

Han puesto su mano en esta página los comerciantes barceloneses que durante más de dos siglos contribuyeron al renombre de Brujas, la Venecia del Norte, emporio comercial y lugar de tránsito e intercambio para los puertos de Londres y de la Liga Hanseática o Hansa teutónica: Hamburgo, Bremen y Lubeck.

Parece palpitar todavía en este folio el pulso de aquellos comerciantes y, sobre todo, su espíritu. Muchos de nuestros comerciantes y capitanes de nave de la época de mayor esplendor de la navegación mercante catalana pusieron las manos sobre este manuscrito que registra a veces sus nombres y apellidos. La historia del comercio de Barcelona con los Países Bajos, Inglaterra y las ciudades hanseáticas puede conocerse perfectamente a través de sus páginas. Los contratos, el tecnicismo mercantil de la época, la protección real, las franquicias, los derechos de entrada, las infracciones, los productos exportados e importados desde Barcelona, las penas que se aplicaban a los contraventores de las normas jurídico-contractuales desarrolladas en los estatutos, todo, absolutamente todo, aparece en este código, de gran valor para la historia de Barcelona y para la historia del Derecho mercantil.

El juramento solían prestarlo los comerciantes catalanes en la iglesia del monasterio del Carmen de la ciudad de Brujas, donde celebraban también las reuniones para elegir por votación los dos cónsules que gobernaban la Corporación, resolviendo como jueces en el término de ocho días y por acuerdo o sentencia las infracciones cuya cuantía no pasaba de diez libras de gros. Cuando la cantidad superaba dicha suma se acudía a los tribunales del país.

En los siglos xv y xvi, las reuniones de la corporación de mercaderes

catalanes se celebraron también en la iglesia del Carmen de la ciudad de Amberes, siendo curioso que siempre se cobijaron bajo un templo del Carmen, sin duda porque la mayoría eran gente navegante y marinera, patronos y propietarios de naves que transportaban los productos por cuenta propia o por cuenta de terceros para venderlos o intercambiarlos.

Para terminar, diremos que en Brujas hicieron aparición no sólo los comerciantes catalanes, que desplazaron en gran parte a los genoveses, pisanos y florentinos, al igual que les ocurrió en el Mediterráneo occidental (de ahí las diatribas del Dante y de algunos autores pisanos), sino también los castellanos. Los comerciantes de Burgos, Toledo, Bilbao y Medina del Campo, según se desprende de este códice, tenían ya sus lonjas de contratación en Brujas en 1350 y no más tarde, como se ha supuesto. Los vizcaínos desde 1449, tuvieron también su lonja junto al muelle, que se llamó más tarde "de Spínola".

La casa del comercio español levantada en una esquina de la calle de Laughe-Qinckel, llamada luego "calle española", lindaba con la casa de La Torre y tenía fachada a la plaza Española, que se adelantaba hasta el gran Canal de la ciudad.

Nuestro Campmany y Montpalau, en sus *Memorias sobre el antiguo comercio y navegación de Barcelona*, trae a colación *Las andanzas y viajes de Pedro Tafur* comentadas por Giménez de la Espada, donde se dan noticias del comercio sostenido por Barcelona con Brujas.

El señor Paz Melia cita, antes de reseñar el *Llibre del Consolat dels mercaders catalans a Bruges*, la obra publicada por M. Emile Van der Brische bajo el título *Los españoles en Brujas*, demostrativa de la importancia que tuvo el tráfico mercantil de España con aquella ciudad.

Pero en cuanto se refiere a Barcelona preferimos analizar dicha importancia, partiendo de las reglas contenidas en este manuscrito, de interés capital para el estudio del Derecho de las Corporaciones en la Edad Media.

II. IMPORTANCIA DEL CÓDICE COMO FUENTE ESCRITA PARA LA FORMACIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL.—La historia del Derecho español, como dice el profesor García Gallo, es una ciencia en formación.

El doctor don Luis G. Valdeavellano, con sus investigaciones concienzudas y su notabilísima Historia de España, expuesta como el desarrollo político y social de la nación y en estrecha relación con la vida eco-

nómica y mercantil, la estructura social, la expansión ultramarina y las instituciones de cada época, ha hecho una aportación eficaz para la formación de la Historia del Derecho español.

Los profesores Hinojosa, Salvador Minguijón, Permanyer, José María Font y Rius en sus *Instituciones medievales españolas*, Uña Sarthou en *Las asociaciones obreras en España*, Campmany y Montpalau en la obra ya citada, los señores Ximénez de Embun, Moliné y Brasés, Valls y Taberner y tantos otros han contribuido a ese proceso formativo. Pero quedan muchos materiales casi inexplorados o que esperan su sistematización metodológica para constituir un capítulo de la historia del Derecho sepañol.

Nuestras corporaciones medievales de comerciantes, industriales y artesanos que tuvieron un carácter especial, personal y propio, encerraban en las reglas o estatutos que elaboraban toda una cultura jurídica, alguna de cuyas notas permanece viva a través de los siglos. Y, sin embargo, todavía no se ha escrito en España una verdadera historia de aquellas instituciones tan interesante para estudiar la formación del Derecho español con su originalidad propia y su personalidad independiente. Existen gran cantidad de monografías y estudios parciales, eso sí, pero no una verdadera historia del Derecho de las corporaciones como la tienen Italia y Francia y a la cual nos referiremos después.

El manuscrito *Llibre del Consolat dels Mercaders catalans a la Vila de Bruges*, que no tiene nada que ver con el libro del *Consulat de Mur o costums de la mar*, no puede ser olvidado el día que se acometa aquella empresa histórica.

Estudiado el aspecto formal de aquel código, veamos ahora su valor intrínseco y jurídico.

Regían la corporación, consejo o hermandad dos Cónsules elegidos por todos los comerciantes establecidos o que operaban en Brujas, Flandes y Brabante. El Consulado tenía su peculio propio y del contenido de su caja, donde se guardaban los privilegios y franquicias que les habían sido concedidos, se formaba inventario ante notario, cuando a los cuatro meses, más tarde seis, los cónsules terminaban su mandato y daban cuenta de su gestión a los elegidos para sucederles. No podían ser reelegidos hasta que había transcurrido un año desde su cese en el cargo.

Ya hemos dicho que los cónsules tenían competencia para resolver todas las cuestiones que se suscitaban entre los mercaderes catalanes, siempre y cuando no rebasasen de diez libras de gros. A los interesados se

hacia salir de la sala de audiencias al iniciar los cónsules las deliberaciones.

Cuando uno de los mercaderes no se conformaba con el fallo o cuando la cuantía excedía de aquella suma se acudía a los tribunales del país en demanda de sentencia. Pero entonces, los cónsules tenían la obligación de ayudar durante el proceso al litigante que ellos consideraban había cumplido las reglas mercantiles consignadas en los estatutos que las dos partes habían jurado observar. Al contraventor se le consideraba perjuro y sólo podía librarse de tal calificación mediante el pago de cinco libras de gros para las velas del altar de la Virgen del Carmen. Mas su conducta, contraventora de la norma, quedaba registrada como antecedente para lo sucesivo, según es de ver en diversos pasajes del manuscrito.

Los cónsules procuraban siempre la conciliación de las partes. La institución jurídica de la conciliación, tan encomiada por Bentham, hoy desnaturalizada y reducida a un simple trámite, tenía para los cónsules del *Consolat* de mercaderes catalanes de Brujas, una importancia capital. Intervenían personalmente en la discordia, como jueces avenidores y llegaban a expulsar de la corporación y a privar del derecho de la valija a los comerciantes rebeldes “porque queremos — dice la regla — paz y fraternidad entre todos”.

En 1527, la elección del cónsul Baltasar Morillo se hace ya en Amberes, dándose el caso de que al año siguiente le sucedía Juan Rocamora, quien con otros siete mercaderes catalanes anula ciertos capítulos del manuscrito, por haber sido incorporados “sin el consentimiento de nuestra nación”, estableciendo en cambio reglas nuevas, entre ellas la rebaja de los derechos que por entrada y salida de mercaderías en Flandes y Brabante se pagaban al Consulado, toda vez que tal rebaja era posible porque la caja de la corporación tenía abundantes recursos (700.000 gros).

En 1531, resulta elegido cónsul Juan Sadorní. La elección se verifica también en la Iglesia del Carmen de la ciudad de Amberes, no el día de San Bartolomé, como era costumbre, sino el 25 de noviembre, fiesta de Santa Catalina.

No podían ser admitidos en la corporación más que los súbditos del rey de Aragón. Si llamado un mercader para juzgar un acto suyo, no se presentaba, se encendía una vela de escaso tamaño y si llegaba después de consumida, pagaba cuatro torneses de plata.

Entre las resoluciones curiosas que adopta la corporación merece citar-

se la de 1427. En la villa de Curtray, el dueño de la Hostelería del Halcón, *mosèn* Roger de Tornay, había agraviado a los mercaderes catalanes que acostumbraban hospedarse allí. En su vista, se trasladaron a la hostería de Guillén de la Llana, llamada A los Tres Reyes. El consejo de la corporación, celoso del prestigio de sus afiliados, acordó que nadie acudiese a la Hostería del Halcón, so pena de pagar una multa de cinco libras de *gros* para las velas del Carmen.

Todas las transacciones, compras y ventas que se realizasen en Curtray habían de hacerse en la hostería de Guillén.

En 1441 y 1499 los cónsules aumentan los derechos en las compras y ventas de telas, cuando éstas atravesasen los señoríos del duque de Borgoña, a fin de subvenir a los gastos derivados de varios pleitos con genoveses y venecianos y con O. de Caxins, que se negaba a pagar los derechos por las telas que recibía de los catalanes.

Cuando un mercader, súbdito del rey de Aragón, llegaba a Brujas, tanto si se hospedaba en casa de otro comerciante catalán como en el domicilio de un flamenco, tenía la obligación de presentarse, dentro de los seis días, a los cónsules para jurar la observación de las ordenanzas con la mano puesta sobre la página que hemos descrito. Si se resistía, el comerciante catalán podía echarlo de su domicilio. El flamenco tenía la obligación de dar cuenta a los cónsules.

Una vez prestado el juramento, se le entregaban las ordenanzas, que no debía comunicar a nadie. Los cónsules participaban el ingreso a los demás miembros de la corporación para que lo tuvieran como hermano.

En caso de negativa no podía acogerse a las disposiciones de los Estatutos ni utilizar el beneficio de la valija para su correspondencia.

Ningún catalán podía formar compañía con él para compraventa de géneros, y si se asociaba con algún comerciante flamenco, los catalanes no podían hacer transacciones con éste. No podían concurrir con el mismo a fiesta alguna, no se le podían dar noticias de Cataluña. Sólo se le podía saludar.

A excepción de las compras hechas en los dominios de la Corona de Aragón, todo mercader catalán tenía prohibido vender artículos de peletería, cordobán y badana en las ferias de Flandes, Brabante y Francia.

Hemos reflexionado sobre los motivos de esta prohibición, y creemos debe ser atribuida a un convenio del rey de Aragón con los genoveses y venecianos, que en los puertos de Constantinopla y Tiflis adquirían

grandes cantidades de cueros de Tartaria y Moscovia que, después de trabajados, vendían en los Países Bajos.

Una palabra descortés o villana contra los cónsules o contra otro mercader podía dar lugar a la expulsión del ofensor, de la corporación, de la Casa del Consejo, de la Hermandad formada con los otros mercaderes coterráneos y a verse privado del derecho de asistir a la lonja para exponer y negociar sus mercancías. Sólo podía ser readmitido si pedía perdón, excusándose con haber procedido en un momento de exaltación y previo el pago de una multa en concepto de sanción penal por la falta.

Se le privaba también del beneficio de valija, uno de los más importantes, y meticulosamente regulado en los estatutos de la corporación.

III. LA VALIJA DEL CONSOLAT. — Algo hemos de puntualizar sobre este particular. La organización del correo por los Estados, en la forma actual, es relativamente reciente, pero su existencia es casi tan antigua como los imperios, demarcaciones territoriales y ciudades.

En los siglos XIII, XIV y XV, los comerciantes catalanes tenían organizado perfectamente el correo de ida y vuelta con Flandes. La correspondencia y documentos relativos a sus transacciones mercantiles les eran recogidos a domicilio y transportados a través de Francia por dos correos, si la guerra u otros avatares no podían poner en peligro la valija y, por consiguiente, el secreto mercantil y las transacciones. En Barcelona la correspondencia era distribuida también a domicilio.

Los encargados de la valija eran dos y juraban ante los cónsules cumplir leal y fieramente sus deberes.

Como puede verse, todos los actos están informados de un sentido moral y religioso. Cuando uno advierte con cuánta ligereza juran hoy y mienten algunos testigos, no puede dejar de recordarse esta época, en que el perjurio era uno de los delitos más graves. El juramento era realmente "*invocatio Dei in testimonio veritate quae aseritur*" (invocación a Dios en testimonio de la verdad que afirmamos).

Según se desprende del texto del manuscrito, los dos correos tenían el plazo de veintiún días para el viaje de Brujas a Barcelona y veintidós para el retorno, cinco días para esperar y recoger las cartas de los comerciantes, un día de parada en París, otro en Montpellier y otros puntos. Estos plazos regían durante la época del buen tiempo, o sea, de Pascua a Todos los Santos, cuando el día era largo. Hay que suponer que por la noche el correo pernoctaba en los tradicionales mesones para reposar,

teniendo buen cuidado de la seguridad de la valija de sus mandatarios, que le pagaban por cada viaje de ida y vuelta dieciséis francos o tres sueldos de gros por franco. Por cada día que adelantaban se les daba una prima de doce gros. En cambio, por cada día de retraso se le rebajaban doce del salario.

Todo comerciante catalán establecido en Flandes podía retrasar un día el despacho de la valija por asuntos urgentes, y los correos tenían la obligación de esperar las cartas hasta medianoche, siempre y cuando no fuese en sábado, a fin de que no tuviesen que caminar en domingo "por honra de Dios y de la Virgen".

Estos correos transportaban ya entonces mercancías de escaso volumen, muestras y valores. El mercader había de pagar una tasa según que el valor contenido en el pliego fuese mayor o menor de cien libras. Como puede verse, se trata de un precedente de la actual organización postal de valores declarados.

El comerciante catalán que vivía en casa de un flamenco, fuese en Brujas, Flandes o Brabante, no podía disfrutar del importante beneficio de la valija, "para que ningún extraño se entere de nuestros asuntos". Había de dar sus cartas a otros mercaderes, que gozasen de tal beneficio, y así evitaba que el mesonero violase el secreto de la correspondencia mercantil.

El secreto bancario y el mercantil de hoy, a veces un tanto descuidados, al contrario de lo que ocurre en otros países, Suiza por ejemplo, no pueden parangonarse con aquel saludable rigor.

Ningún comerciante catalán podía tomar cartas de mercaderes que no tuviesen el beneficio de valija, y el correo que llevaba cartas de personas no afiliadas a la corporación del Consulado perdía el salario de todo el viaje.

Los comerciantes, para no disminuir los ingresos de la valija, debían abastecerse de escribir entre correo y correo, y las contravenciones eran sancionadas.

Las cartas habían de ir selladas con los sellos de cada mercader, y sólo podían ser abiertas en el trayecto por muy justas causas.

En 1357 la valija empleaba catorce días en el viaje de Brujas a Montpellier. En 1427 se manda que la valija no pase por Aviñón.

En 1528, los fondos de la corporación o hermandad de los mercaderes catalanes en Brujas y Amberes ascendían a 700.000 gros, dando ello lugar como ya se ha dicho, a la rebaja de los derechos de entrada y salida de

las mercancías en Flandes y Brabante de un *gros* por mil a medio *gros*, aparte ordenar los cónsules la compra de renta para costear pleitos y otros gastos.

En 1532 los comerciantes catalanes establecidos en Amberes, con la aprobación de los de Brujas, restablecen el primitivo derecho, con la protesta del que había sido cónsul Juan Simó, que obligó a que se levantara acta notarial de su rebeldía.

IV. NORMAS SOBRE EL COMERCIO MARÍTIMO QUE CONTIENE EL MANUSCRITO. — Son interesantes las normas que contiene el manuscrito sobre el comercio marítimo.

Todo patrón de nave (galera, carraca, fusca, cabín) debía de declarar a la corporación del consulado la carga que llevaba, sin fraude alguno, las escalas que hacía hasta Barcelona y Mallorca y los derechos que había de satisfacer en cada puerto.

Toda embarcación debía ser registrada por dos marinos, uno por parte del fletador y otro por el patrón de la nave, para ver si ésta se hallaba en buen estado, si llevaba la dotación de marinería precisa, etc.

Leyendo las reglas consignadas en el manuscrito se observa claramente la influencia del *Llibre del Consolat de Mar*, que imperó no sólo en el Mediterráneo, sino que incluso dejó sentir su influencia en el Atlántico.

Las naves no podían cargar las telas de los catalanes, vasallos del rey de Aragón que querían pertenecer a la Hermandad de Brujas, sin un permiso especial de los cónsules.

Las galeras catalanas que arribaban a Flandes pagaban una cantidad en concepto de derechos de lonja. Para la descarga tenían 15 días, y no podía verificarla el patrón de la nave.

Paz Melia no ha extractado o resumido otros preceptos de derecho marítimo que el manuscrito encierra. Intentaremos consignar algunos de los más importantes, cuyo extracto fue omitido.

Entre tales reglas o capítulos jurados para todos los mercaderes, súbditos del rey de Aragón, residentes en Brujas, figuran:

Nadie podía fletar nave para ir y venir de Brujas a Lisboa, Sevilla, Mallorca, Cataluña o Valencia sin conocimiento de la corporación de mercaderes. Éstos podían tomar parte en la empresa. Quedaban exceptuadas de esta regla las galeras venecianas y genovesas.

Mas aquel comerciante que por su cuenta quería fletar completamente un barco podía hacerlo, sin permiso e ir adonde le pluguiera.

Cuando los mercaderes de la Hermandad o Corporación habían rechazado la oferta de cargamento y después cambiaban de criterio, necesitaban el placet de aquélla.

En el folio 19.^o figura una ordenanza en virtud de la cual los mercaderes que fletaban naves debían darlo a conocer a los demás, diciendo el día en qué quedaría listo el despacho, escalas que haría la nave hasta llegar a su destino, derechos a pagar, etc. En el plazo de los tres días siguientes, a partir de la fecha del aviso, cada uno de los mercaderes debía notificarle las mercancías que quisiere transportar. Los mercaderes residentes fuera de Brujas tenían cinco días más de tiempo.

Aquel mercader que, habiendo anunciado que entregaría una mercancía, luego no la entregaba, tenía la obligación de pagar la mitad del flete (fol. 19.^o vuelta).

Todo fletador o patrón de nave, una vez había cargado sus propias mercancías, tenía la obligación de transportar todas las telas y mercancías que le entregaban los comerciantes afiliados a la Corporación, antes que las de los comerciantes de otros países. No obstante, podía rechazar aquellas mercancías, como arenques, trigo, harina y otras que se deterioran con el tiempo (fol. 19.^o).

Si, una vez cargada la nave, partía otra extranjera, los mercaderes no podían cargar en la misma sus mercancías. Si se trataba de naves de Aragón, pero no afectas a la corporación de los mercaderes catalanes en Brujas, se podía cargar la mercancía siempre y cuando fuese directamente a Mallorca.

La célebre ordenanza, pragmática o acta de navegación de Jaime I, que tanto impulso dio a la navegación mercante catalana en la Edad Media, deja sentir su influencia.

Ningún fletador o capitán de nave podía llevar paños de catalanes o de súbditos del rey de Aragón, no afiliados a la corporación sin la licencia del consejo del consulado. Si las mercancías habían sido cargadas y el dueño de la nave o el fletador tenía noticia de que pertenecían a un mercader rebelde a los Estatutos del Consulado, tenía la obligación de descargarlas.

En el folio 20: figura una ordenanza sobre la descarga de tejidos en Valencia y duración de la misma, antes de salir la nave para Barcelona.

Algunas de las disposiciones contenidas en las ordenanzas pueden considerarse antecedentes de la Ley de puertos.

Ningún fletador ni patrón de nave podía rechazar la carga de tejidos que le era ofrecida por los mercaderes, por enemistad o malevolencia. Si lo hacía era sancionado con diez escudos de multa, y, en caso de insistir, se aplicaban otras penas, negándole “toda fraternidad y amor”.

Todo afiliado a la corporación de Brujas que conducía nave o naves a un puerto de Inglaterra o de Castilla, o atravesaba el estrecho de Gibraltar, sin haberlo dado a conocer a los mercaderes que habían cargado sus mercancías en el navío, no podía reclamar de los comerciantes que habían cargado ropas u otras mercancías en dicho navío, el pago de los derechos satisfechos por entrada a los puertos o cualquier otro concepto, salvo causa debidamente justificada.

Las naves que llegaban a Brujas procedentes de Cataluña habían de ser declaradas a la Corporación.

Los comerciantes tenían la obligación de elegir uno o varios hombres para realizar la descarga, contribuyendo al pago de los mismos en proporción a las telas descargadas para cada uno. El patrón de la nave no podía ser al propio tiempo descargador de la nave que hubiese conducido a puerto.

Esta misma regla termina con una explicación curiosa: “E asò.s fa per mantenir la cosa comuna, e que tots sian huna unitat com a frares”.⁴

Ningún fletador ni patrón de nave podía transportar en cubierta ropas o mercancías que podían sufrir deterioro, cuando tenía exceso de flete, sin obligarse a responder del daño que pudiesen sufrir. Este texto, es, en realidad, una reproducción de la recopilación de las *Costumbres de la mar*.

Asimismo se dictó una regla en virtud de la cual, si las mercancías sufrían daño a causa de no hallarse el navío en las debidas condiciones de navegación, debía el fletador pagar tal daño, salvo que se demostrase que el mismo obedecía a caso fortuito sobrevenido en la mar, de lo cual se probara causa debidamente justificada.

En el folio 21.º vuelto del manuscrito se dispone que, a fin de que no se susciten cuestiones entre los comerciantes y fletadores en Brujas, Valencia, Barcelona o Mallorca, se fijará una tarifa de los fletes que habían de pagar los tejidos y otras mercancías.

4. Reproducimos el texto tal como aparece escrito en el Códice.

Sigue la tabla de fletes para el transporte de mercancías entre los Países Bajos y Cataluña, y viceversa, en la cual quedan especificadas todas las mercancías que eran objeto de tráfico: paños de lana, estambre, trigo, arenques en tonel, cobre, estaño, plomo, clavos de hierro, salazones, lanas de Inglaterra, borras de lana, telas blancas, hilos y telas de lino de todas clases, artículos de mercería, sombreros, arneses y cotas de malla, calderas, grana para teñir, etc.

Las ordenanzas para la exacción del derecho de la lonja que sostenía la corporación acaban de darnos una idea exacta de la importancia del comercio que Barcelona sostenía con el Norte. Este impuesto lo cobraban dos "claveros" regidores de la lonja que eran elegidos por Navidad, por la corporación de los mercaderes.

Toda galera u otra clase de nave de catalanes, valencianos, aragoneses o mallorquines que entraba en Flandes (Brujas, Amberes u otro puerto) pagaba el derecho de lonja según su desplazamiento y según fuesen o no armadas. También lo pagaban los navíos de los súbditos del rey de Aragón, grandes o pequeños, que salían cargados de Brujas, Flandes o Brabante. Quedaban exceptuadas las naves de catalanes que no atravesaban el estrecho de Gibraltar.

Seguidamente se fijan los derechos de Lonja, que satisfacían las pieles, el azafrán (en el manuscrito aparece que se cultivaba intensamente en la huerta de Balaguer), la especiería, comino, anís, almendras, vino, cera, arroz, albayalde, alumbre, tintes, hilados de lino, algodón y lana, sedas de todas clases, mazapán, nuez moscada, higos de Málaga y del Algarbe, confitería, azufre, aceite, resina, genjibre, regaliz, bórax, jabón, dátiles, etc. Todo esto, unido al índice de prohibiciones dictadas por los burgomaestres de Brujas,⁵ sobre la venta de mercancías a los extranjeros, permite establecer con todo detalle el valor y la importancia del comercio internacional que se sostenía entre Barcelona y las ciudades del Norte.

V. *Preceptos de carácter penal.* — En el orden general pueden citarse varias ordenanzas contenidas en el código que estudiamos.

En primer lugar las sanciones que se imponían a los mercaderes y corredores que inferían agravio a otro.

5. *Lo Rolet* consignado en el manuscrito fija las cantidades mínimas de cada mercancía que se habían de vender al por mayor por los mercaderes catalanes. No era lícito vender cantidades inferiores a los extranjeros.

El día 27 de diciembre de 1396 se dictó una Ordenanza en virtud de la cual se establecía una especie de jurado. Los cónsules, sin reunir el consejo, podían resolver el agravio dentro de los tres días, después de oír al acusador y al acusado y a un jurado nombrado por cada parte.

Los mercaderes que se hubiesen ofendido de palabra y no se reconciliasen ante los cónsules quedaban excluidos del trato con los demás, multados con dos libras de gros, pudiendo incluso ser privados del beneficio de la valija, pues dice el texto de la resolución que figura en el folio 17.º, vuelta, del manuscrito: “no queremos infracción de nuestra ordenanza, sino paz, concordia y buena amistad”.

Las infracciones de los preceptos de las ordenanzas, así como en el peso y en la calidad de la mercancía, daban lugar a sanciones más o menos graves, estaba terminantemente prohibido comprar o vender en domingo e incluso mostrar las mercancías. Las mezclas de mercancía o adulteraciones eran rigurosamente sancionadas por los cónsules y el jurado.

En 1430 se determinaron los marchamos que debían llevar los paños finos de lana de Inglaterra, Flandes, España y Escocia. Las falsificaciones de marchamo eran rigurosamente sancionadas.

En el orden monetario, el manuscrito nos da importantes noticias. Las monedas que se citan para las transacciones mercantiles, pagos de derechos y sanciones penales son el ducado de oro, de seis sueldos y seis dineros gros, que, según Paz Melia, representaba en el siglo xvi diez libras de gros al año, *sterlis* a tres sueldos de gros, libras de gros de siete sueldos y cuatro dineros, francos, florines, etc. Entre las medidas de capacidad y peso se citan: bala, barqui, cufí o topet, quart, sporta, pipa, tonel.

VI. *Contratos mercantiles regulados en el código.*— Diremos algo sobre la contratación mercantil, sintiendo que la extensión de este trabajo y los otros temas relacionados con el mismo que deseamos abordar no permitan un mayor detenimiento.

La buena fe, alma del comercio, era el punto de partida. Los capítulos de los estatutos del Consulado habían de ser observados sacramentalmente por todos los comerciantes.

El mandato mercantil estaba plenamente reglamentado. El mandatario que obraba en nombre de otro tenía la obligación de exigir una can-

tividad para el sostenimiento de la valija, según la importancia de la operación y el lucro obtenido.

La compraventa se ordena en numerosos capítulos de los estatutos. La entrega de la cosa vendida y el precio, las negociaciones preliminares a la consumación del contrato y las obligaciones del vendedor en cuanto a la calidad, pureza y procedencia de la mercancía entregada, quedan perfectamente especificadas.

Pero el contrato regulado con mayor meticulosidad es el contrato de comisión y todo cuanto se refiere a los corredores de comercio, que en Flandes y entre los mercaderes catalanes adquirieron extraordinaria importancia. Tenían derecho a la valija y estaban sujetos a la autoridad de los cónsules y del consejo de la corporación, exactamente igual como los mercaderes.

En el folio 33.º, vuelto, los cónsules y mercaderes catalanes, reunidos conjuntamente en la iglesia del Carmen, aprobaron una ordenanza según la cual ningún comerciante podía dar ni prometer al corredor prima, dádiva o servicio, sino pura y exclusivamente la comisión señalada meticulosamente para cada operación de compraventa.

En 2 de abril de 1499 el corredor Guillem Gobins, que había infringido las ordenanzas, fue expulsado de la corporación, requiriéndose a todos los mercaderes a que no ultimasen compraventa alguna por mediación suya.

En el folio 40.º, vuelto, figura la primera regla escrita en castellano, aprobada en 24 de agosto de 1527, día de San Bartolomé y siendo cónsul electo Juan Rocamora y miembros del Consejo, Eferando de Asamajor, Juan Simó, Francisco Esteve, Cristóbal Crespi y Eferando de Asamenor.

En la misma se anulan ciertos capítulos escritos en el manuscrito por el cónsul Baltasar Morell sin el consentimiento de los mercaderes y del rey.

En 1330 se dictan reglas sobre hospedajes y criados. Ningún mercader podía alquilar casa en que hubiese vivido otro. La casa habitada por un mercader no podía ser habitada por otro hasta transcurrido un año. (Algún precepto similar contiene el vigente Reglamento Notarial.)

III. MORAL Y RELIGIOSIDAD QUE INFORMABAN LOS ACTOS DE COMERCIO DE LOS MERCADERES CATALANES. — Son numerosos los capítulos consagrados al orden moral y religioso.

Alguien ha dicho que el tratado escrito por San Raimundo de Penya-

fort sobre los mercaderes desapareció, porque éstos quedaban muy malparados. Creemos que esto sólo tiene el valor de una agudeza, pues bien quisiéramos que todos los industriales y comerciantes de hoy tuvieran la misma conciencia de la moral, la rectitud y el honor.

Todos los mercaderes de la corporación o hermandad tenían la obligación de oír misa en la iglesia del Carmen, de Brujas, el primer domingo de cada mes y los días de Navidad, Candelaria, Encarnación, Asunción, Natividad de Nuestra Señora, Domingo de Ramos, Viernes Santo, Pascua, Ascensión, Quincuagésima y Todos los Santos. Cada comerciante debía ofrecer en el ofertorio un *gros*, so pena de perjurio. Si llegaba después del ofertorio debía satisfacer dos sueldos de *gros* al sacristán.

En algunos pueblos del Pirineo catalán y aragonés todavía se conserva la costumbre de hacer una ofrenda en especie durante el ofertorio de la misa.

En el ofertorio del Carmen, de Amberes, se decía un oficio solemne el día de la Virgen de Septiembre, y misa cantada todos los sábados, por los beneficios recibidos y para implorar el perdón de los pecados. Cada lunes se decía una misa de *requiem* por los antepasados, siendo obligatoria la asistencia del cónsul y los mercaderes.

Consta en el manuscrito que comentamos que, en 1401, los mercaderes catalanes tenían sepultura al pie del altar mayor del templo del Carmen, pagando veinte sueldos de *gros* por derecho de entierro. La lauda sepulcral fue costeada por la corporación del Consulado.

Cada jueves se cantaba, por los frailes del convento del Carmen, la misa del Espíritu Santo "para que las mercancías llegasen a buen fin".

Las adulteraciones, mezclas y falsedad del marchamo se penaban severamente.

IV. ACTUALIDAD DE LOS ESTUDIOS SOBRE LAS CORPORACIONES MEDIEVALES.— Éste es, en síntesis, el contenido de este interesante manuscrito. Veamos ahora si se trata de un códice apto para ser guardado en una empolvada vitrina o un documento notable para la formación de la historia del Derecho español y principalmente del Derecho de las Corporaciones, o si es también una fuente digna de ser tenida en cuenta para el proceso de reforma económica y política en el cual está inmersa la humanidad desde que terminó la primera guerra mundial, sin que hayan cristalizado todavía definitivamente las nuevas fórmulas que habrán de imperar.

La historia de las ideas políticas cuenta por milenios, y sería mucha pretensión la del hombre actual creer que ha logrado formas definitivas después de las grandes conmociones que el mundo ha sufrido y de los inventos que han modificado casi fundamentalmente la existencia humana, las leyes económicas y hasta la misma naturaleza.

Nunca hemos creído en el valor absoluto de aquella frase prodigada con harta y lamentable frecuencia de que la Historia no retrocede nunca. Si la Historia, en frase maestra de Cicerón, es “testimonio de los tiempos, luz de la verdad, vida de la memoria, maestra de la vida y anunciadora de lo antiguo”, evidentemente que no podemos desdeñar las instituciones que la escribieron. De lo contrario, renegaríamos del magisterio de la Historia, que se repite continuamente, reviviendo instituciones que parecían periclitadas, aunque adoptando otras formas.

La fuerza material y el progreso técnico y mecánico no arrebatarán al hombre, si es moralmente fuerte y obediente a Dios, el dominio del mundo. No importa que a primera vista aparezcan en crisis los valores humanos ante la masificación de los pueblos, el desarrollo de la técnica y las planificaciones estatales.

Es de esperar que la crisis del Estado de Derecho sea momentánea y que de la pugna entre la organización política basada en la democracia y el totalitarismo, entre la libertad de contratación y mercado y planificación estatal, surjan nuevas y equilibradas fórmulas que, si bien no pueden implicar el regreso a una nueva Edad Media como preconizaba el existencialista cristiano ruso Nicolás Berdiáev, nos conducirán probablemente a una nueva organización política y económica.

Gaetano Mosca, en su *Historia de las ideas políticas*, distingue en toda sociedad humana dos órdenes de fuerzas que aseguran su cohesión: uno de orden moral e intelectual y otro de naturaleza material.

Las fuerzas materiales tratan de justificar su acción merced al auxilio de alguna de las fuerzas morales e intelectuales. Diríase que la materia, como el cuerpo humano, tiene cierta noción del pudor, y no gusta de presentarse completamente desnuda.

No cabe duda de que en la pugna que sostenían en el mundo dos clases políticas, la que justificaba el poder como emanación de la voluntad divina, aunque el pueblo lo ejercitase, y la que se basaba en el consentimiento real o presunto de la voluntad popular, han hecho su aparición nuevos contrincantes: El Estado comunista, totalitario, planificador, que pretende un dominio y señorío en lo moral y lo material absoluto; el Esta-

do Corporativo, fracasado momentáneamente en Italia a consecuencia de desviaciones funestas, pero circulando por substratos de la organización política de dicho país, corrientes que afloran a la superficie a través de tal o cual organismo, y otras fórmulas vigentes, más o menos afortunadas.

Esta lucha entre las diversas doctrinas políticas y económicas obliga a estudiar las instituciones y las organizaciones que pueden guardar una relación próxima o remota con las mismas.

No volverá el mundo a la organización gremial de la Edad Media, que sucumbió, no tanto por la influencia de la doctrina fisiocrática y de los principios de la Revolución francesa, como por no haber sabido evolucionar a tiempo, adaptándose a las nuevas realidades económicas y políticas que habían surgido.

Por otra parte, las corporaciones habían incurrido en abusos, degenerando, en algunos casos, en verdaderas oligarquías, utilizadas muchas veces por los astutos en beneficio propio. Manzoni, en el primer capítulo de su obra, dice: "Los astutos y facinerosos se aprovechaban para consumir aquellas bribonerías cuya impunidad no hubiesen podido asegurar personalmente".

El anterior juicio, que reproduce Virgilio Feroci en su *Diritto Sindicale e Corporativo* (Milán, 1936), no es bastante para sepultar en el olvido el Derecho elaborado por las Corporaciones del Medioevo.

La asociación es un fenómeno connatural con el hombre, y ni puede desconocerla el Estado al organizarse, ni hay necesidad de que nadie se afane en descubrirlo, como lo hizo el filósofo socialista Fourier en 1818.

La ley de asociación es la más general de cuantas rigen el universo y se manifiesta (GIDE, *Economía Política*, libro I, capítulo IV; A. O. OLIVETTI, *El sindicalismo como política*, Milán, 1924, p. 15), no sólo en las relaciones entre los hombres que viven en familia y en sociedad, sino entre los elementos que unen el sistema solar y la molécula y la célula en el cuerpo inorgánico y organizado.

El hombre prehistórico, totalmente aislado y desconocido de los otros hombres, como un Robinson Crusoe en su isla, que provee por sí a todas las necesidades y asume todas las funciones, es un mito. La asociación es un fenómeno constante y necesario, y no puede ser ignorada o negada como se ha hecho muchas veces en el curso de la Historia. De ahí la necesidad de estudiarla o regularla.

De la familia al Municipio, a la corporación profesional, al sindicato y a la congregación religiosa hay una serie de manifestaciones asociativas

que se entrelazan mutuamente para atender las necesidades que el hombre siente, unas de carácter espiritual y preeminente, y otras, de carácter material. Todo esto constituye el contenido del Estado, resultado o síntesis de la organización civil, según Costamagna.

Las asociaciones sindicales y corporaciones profesionales, o sea las determinadas por la afinidad de labores y profesiones, tutelan intereses económicos vastísimos que cuentan mucho en la vida de los países.

S. S. el papa Pío XII hacía alusión a la incardinación del hombre en estas asociaciones, en el discurso pronunciado ante el Sacro Colegio con motivo de la Navidad.

Siendo así, es evidente que no podemos desconocer lo que han sido las corporaciones del Medioevo, en qué vicios incurrieron, cuáles fueron las causas de su ruina, génesis del edicto del ministro de Luis XVI, Jacobo Turgot, primer paso para su disolución, publicación de la Ley Chapelier, inspirada en los principios de la Revolución francesa y, sobre todo, en el supuesto, que hoy nadie admite, de que no debe ejercitarse control alguno sobre la organización del trabajo, y que la ley natural de la libre concurrencia no podía ser obstaculizada por ninguna corporación.

Estos principios fueron pronto combatidos. El marqués de Bottini, en un opúsculo que apareció en Lucca en 1887, bajo el título *Las cuestiones del trabajo y la corporación cristiana*, ya afirmaba, en la página 37, que la Ley Chapelier no era otra cosa que la aplicación de una injusta opinión expresada por Adam Smith.

Vemos, pues, que el estudio de las corporaciones y su derecho conserva toda su actualidad en el momento en que está abierto un período que podríamos llamar constituyente, sin que nadie pueda prever cuál será la fórmula de Estado que cristalizará definitivamente, aunque nunca podrá ser contra los atributos del alma humana y contra las asociaciones naturales.

En el Digesto de Justiniano se refunde un pasaje de Gayo, escrito para comentar la Ley de las XII Tablas. En tal pasaje se hace referencia a una ley de Solón, el famoso legislador ateniense y uno de los siete sabios de Grecia, que autorizaba la asociación profesional, facultándola para establecer su reglamento interno, que el Poder público comprobaba y sancionaba.

Pues bien; al revivir en la Edad Media las corporaciones se siguió el mismo procedimiento. Formaban su propio estatuto, como los mercaderes catalanes de Brujas. La autoridad suprema de la ciudad, de la república

o el rey, las sancionaba si no existía disposición contraria a las leyes del Estado, o, como se diría hoy, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres.

Vemos, pues, que las instituciones no desaparecen totalmente para siempre. Por eso conviene estudiarlas a fondo para extraer la sustancia que podríamos llamar *humus* dormido.

V. TRABAJOS RECIENTES DE LOS INVESTIGADORES FRANCESES, ALEMANES Y, SOBRE TODO DE LOS ITALIANOS, SOBRE EL DERECHO DE LAS CORPORACIONES. — Hemos llegado al último de los puntos enumerados al enunciar el tema de este modesto trabajo.

El estudio de las corporaciones medievaless y de sus constituciones internas, lejos de decaer, adquiere palpitante actualidad. La organización actual del Estado atraviesa una crisis, y se investiga afanosamente en busca de los materiales científicos e históricos que pueden adoctrinar al hombre en este momento de confusión.

Desde los *collegia* o *corpora artificum* de los romanos hasta los tiempos actuales, nada hay que se refiera a las corporaciones que quede olvidado.

Francia ha tenido muchos investigadores en esta materia. Pero destaca sobre todos ellos Martin Saint-Léon, que en su *Histoire des Corporations d'arts et métiers* hace un estudio completo y sistematizado de las corporaciones en aquel país, con la claridad y precisión que siempre caracteriza el pensamiento francés.

Leyendo esta obra se aprecia el poderío e influencia que llegaron a tener en Francia las corporaciones. La Revolución en 1879 las abolió, pero bien pronto tuvo que volver a crear corporaciones artificiales, ordenadas desde el Poder, de arriba abajo y no de abajo arriba. Frecuentemente, al lado de estas creaciones artificiosas, surgían corporaciones vivas, nacidas al calor del derecho natural de asociación, como medio de representación y tutela de intereses tan vastos como legítimos.

Y es que el edificio corporativo levantado en los siglos XII al XIV, al compás del progreso de la industria, como dice Saint-Léon, en la obra antes citada, evocaba la imagen de una de aquellas bellísimas catedrales góticas cuyos amplios portales y vastas naves parecen llamar a todo el mundo a la plegaria.

Más tarde, la corporación se fue restringiendo excesivamente, padecía la libertad de trabajo porque sólo entraban en ella los hijos de los afiliados.

La introducción de nuevas artes y la división de las antiguas, el progreso de la producción y los inventos, y la falta de una adaptación rápida de la corporación a las nuevas corrientes motivaron la ruina del grandioso edificio. Las corporaciones no supieron renovarse con la rapidez debida y perecieron. Pero ello no quiere decir que no guarden sustancia para la nueva organización política y económica cuyo proceso de formación está abierto desde 1918.

Alemania ha tenido, y tiene, tratadistas que han estudiado a fondo el Derecho de sus corporaciones medievales. Penetraron estas asociaciones en Germania merced al apostolado de la Iglesia. El doctor Schönberg, en su obra *La importancia económica de las corporaciones de arte en Germania durante el Medioevo*, aparecida en Berlín en 1868, inició el renacimiento del estudio del Derecho de las Corporaciones.

Las ordenanzas o estatutos de las corporaciones se hallaban reconocidas por concesión estatal. En el antiguo derecho alemán dominaba la concepción de que cada asociación podía fijarse su derecho, con tal de no invadir la esfera de asociaciones más altas.

Es cierto, como dicen Teodor Kipp, Martin Wolff y Ludwig Ennecerus, que, a partir de la Paz de Westfalia, declinó notablemente tal autonomía; pero, no obstante, quedan profundas huellas de ella. La organización de las ciudades de la Liga Hanseática, con sus corporaciones de comerciantes, no ha desaparecido, ni mucho menos, tras la arrolladora corriente unificadora del Estado alemán. Las ciudades de Hamburgo, Lübeck y Bremen conservan todavía muchísimas peculiaridades derivadas de la época de esplendor de sus corporaciones. El artículo 109, apartado 3), proposición 1.^a de la Constitución de Weimar, derogó todos los privilegios y ventajas, pero no afectó a las normas de las corporaciones cuyo efecto inmediato se ciñe a los miembros de la asociación. Gierke y Ortmann han defendido esta autonomía de las corporaciones.

Pero donde los estudios sobre el Derecho de las corporaciones ha adquirido una importancia extraordinaria es en Italia.

D'Amelio, además de escribir mucho sobre la *Tabula d'Amalfi* publicó, en 1931, un importante estudio *Sobre la reforma corporativa augustea* en la revista *Archivio di studi corporativi* (1931, p. 3).

Los tratadistas italianos han exhumado absolutamente todos los antecedentes de las corporaciones en los pueblos de la antigüedad, sobre todo la India, donde existían las asociaciones y corporaciones de agricultores, pastores, banqueros y artesanos. Tal ordenamiento corporativo — palabras

de Virgilio Feroci en su *Dirito Sindicale e Corporativo*—se unía a la inexorable división de castas, que para el budismo es un fenómeno tan natural que se observa objetivamente como la subdivisión de los hombres en razas y de las plantas en órdenes, familias, géneros, especies y variedades.

Después de Grecia, han estudiado los autores italianos las corporaciones en la Roma antigua, que ya habían merecido la atención de Walzing, en su tratado *Las corporaciones profesionales entre los romanos*. Rebuscando en textos de Plinio, Plutarco y Tito Livio, han demostrado que las corporaciones existían como instituciones consolidadas desde Servio Tulio, que, como se sabe, reinó del 578 al 534 antes de J. C.

Durante la República continuaron teniendo vida los *Collegia (corpora, artes, fratric)*, pero a raíz de la corrupción en que habían caído, fueron disueltas por el Senado en el año 64 a. J. C. Restablecidas después por una ley del tribuno Clodio, quedaron definitivamente suprimidas por la Ley Julia.

Según Momsen, en su *Historia de la Roma antigua*, los colegios de artesanos eran tolerados. Bastaba una comunicación al senado, y cada colegio podía redactar su propia ley interna. La casa de la corporación era sostenida por la contribución de sus miembros, por las multas y la munificencia de los asociados y extraños. Como puede verse, exactamente el mismo procedimiento que se instaura en la Edad Media cuando las corporaciones renacen. En este mismo criterio abunda Ferrini en su estudio de los *Pandectas*, núm. 73.

Agotado el estudio de la antigüedad, los tratadistas italianos han entrado a fondo en el examen de las corporaciones medievales y sus estatutos jurídicos. Las corporaciones de Génova, Venecia, Milán, Florencia, Bolonia y Pisa han sido objeto de profundos estudios por relevantes jurisperitos, hasta el extremo que no queda nada por decir, sobre su importancia e influencia política, sobre su función económica e histórica, sobre los lazos que unían a los asociados sobre la formación de sus constituciones internas y su aprobación, su participación en el gobierno de las ciudades, etc.

Desde 1900, las investigaciones no se han interrumpido. G. Verga, en el *Archivio Storico Lombardo*, publicada, en 1903, un importante trabajo sobre los conflictos creados por las corporaciones en los siglos XVI-XVIII.

En 1934, Luigi Einaudi publicaba en *La Riforma Sociale*, II, 1934, 129, un intencionado trabajo titulado *Depresión económica y corporati-*

vismo; Agostino Gemelli, Emilio Biondi, Aurelio Vitto, Sabatini y otros, en la *Rivista Internazionale di Scienze sociale e discipline ausiliari* y en *Archivio di Studi corporativi* han profundizado sobre esta materia. Del Vechio, en su trabajo *Individuo, Estado y Corporación*, aporta ideas de gran interés para el futuro.

Pero es digna de mención especial por el archivo bibliográfico que encierra, la obra publicada en Bolonia, en 1935, por Franco Valsecchi, titulada *Le corporazioni nell'organismo politico del Medio Evo*.

Tenemos esta obra de nuestra biblioteca en gran estima y la consideramos tan imprescindible como la de Saint-Léon para todo aquel que quiera penetrar a fondo en los estatutos jurídicos de las corporaciones medievales.

Después de una reseña metódica de las corporaciones de artes y oficios, su origen, carácter y desenvolvimiento, examina la gestación política del reino de Italia y la participación de las corporaciones en el gobierno de las principales ciudades.

Al estudiar los regímenes de las ciudades de Milán, Florencia, Bolonia, Venecia y Roma, aparta, al comienzo de cada capítulo, las obras, trabajos y documentos que pueden consultarse, especificando los archivos y bibliotecas donde se hallan algunos manuscritos y estatutos.

Dedica un capítulo especial al régimen de autonomía municipal y corporativo del reino de Sicilia durante el dominio de la Corona de Aragón. Impresiona la cantidad de materiales y obras que ofrece este autor a los que deseen profundizar sobre esta materia.

Asimismo se demuestra que el estudio de las corporaciones medievales ocupa hoy la atención de muchísimos autores. Murieron por no haber sabido adaptarse a las nuevas realidades de la vida económica y política, pero guardan materiales muy interesantes que conviene tener muy presentes cuando el Estado de derecho atraviesa una profunda crisis y la brutalidad, la tiranía y la fuerza tratan de imponerse a todos los hombres.

¿Podrá triunfar la democracia pura contra los factores de la violencia, sin revisar su propio proceso? He aquí el gran interrogante que el hombre de hoy se formula.

En España esta clase de estudios están, desgraciadamente, bastante olvidados. La bibliografía es muy escasa.

Eduardo Aunós Pérez, con su trabajo *Las corporaciones de Trabajo en el Estado Moderno*, "Revista político-social" (Dicbre. 1928), Juan Mon

y Pascual en su opúsculo *La organización corporativa nacional y los intereses económicos*, en el Instituto de Historia de la Ciudad de Barcelona con la divulgación de los estatutos de los antiguos gremios, los profesores Valdeavellano y Font y Rius en las obras citadas al principio y otros trabajos, se han ocupado de esta cuestión.

Pero falta en nuestro país una obra completa como la de Martin Saint-Léon en Francia y la de Franco Valsecchi en Italia, siendo ello tanto más lamentable cuanto que las corporaciones tuvieron en Barcelona, Valencia, Sevilla y Toledo una vida floreciente. Su influencia política, económica, moral y religiosa fue decisiva, y todavía el Estado omnipotente no ha podido borrar las huellas de su existencia.

Por ello, al honrar al maestro de Derecho, Antonio María Borrell y Soler, que vivió justamente y tuvo una ancianidad gloriosa, hemos querido ofrecerle estas modestas reflexiones sugeridas por la lectura del manuscrito del *Consulat dels mercaders catalans a la Vila de Bruges*, con la esperanza de que algún día aparezca el hombre que sistematice y ordene todo el contenido histórico, jurídico, moral, político y económico de nuestras corporaciones medievales, que, como todas las instituciones, no murieron totalmente y para siempre.

De su contenido y sustancia parece desprenderse aquella sentencia del sabio, que Goethe recordaba el martes 27 de enero de 1824: "Cuando hemos realizado algo en beneficio del mundo, éste se encarga de procurar que no lo repitamos".

EL CONTRACTE DE MASOVERIA

per

F. MASPONS i ANGLASELL

La vida agrícola catalana està regulada principalment per dos contractes cabdals; el de masoveria, que en refon bon nombre d'altres de més petit abast, i el de parcel·leria, que s'ha completat a si mateix transformant-se, en determinades avinenteses, en el de rabassa morta.

Aquest dos contractes, sense que cap disposició ho hagi ordenat, senyoren cadascun una de les dues parts en què la geografia, coincidint amb un fet històric, divideix la terra catalana: l'anomenada Catalunya Vella o humida, i l'anomenada Catalunya Nova o seca.

La ratlla divisòria d'aquestes dues parts és delimitada amb les imprecises amplituds pròpies de les configuracions naturals de les valls i les muntanyes. L'assenyala el curs del Llobregat fins a la seva confluència amb el seu curt affluent Bastareny, que neix part damunt de Bagà, segueix els contraforts meridionals de la serra del Cadí, se'n va fins a l'entrada meridional del congost de Sant Ot, o dels Tres Ponts, que separa l'Urgell del Segrià, es perllonga des d'Oliana i els contraforts de la serra del Boumort fins al pas de Collegats de la Noguera Pallaresa, a l'entrada del Pallars Jussà, i acaba a la ratlla d'Aragó, quan la Noguera Ribagorçana passa pel congost de Sopeira.

Tota la terra que queda al nord d'aquesta alhora concreta i borrosa línia, la de la Catalunya Vella o humida, és pràcticament un contrafort del Pirineu, trencada en petites valls, amb correnties d'aigua d'escassa aparença però pròdigues de doll, que l'omplen de regadius de poca extensió, de planes recloses en les quals prosperen esplets tendrals, pastius i vessants emboscats que criden les pluges. La que queda al sud, la de la Nova, o seca, és més aviat una planura o, en realitat, un conjunt de planures, rega-

des solament per mines i correnties d'aigua de curt alè, pròpies gairebé només per a conreus de gra d'espiga, o de plantes de soca, ceps, avellaners; arbres perennals, com l'olivera; o de fruita seca, com l'ametller, i, en una faixa de pocs quilòmetres prop del mar, el garrofer.

Només recordant aquestes diferències es comprèn que cada part tingui una vida agrícola diferent, i que el costum hi hagi establert contractes diferents.

Això no obstant, com que les bases jurídiques de la vida agrícola són les pròpies del règim jurídic català, o sia, primordialment, la llibertat de disposició i l'equitat, i, per derivació, el realisme, cap dels contractes no és circumscrit dins un clos del qual no pugui sortir. I, sense cap acció de proselitisme, per llur sòlid prestigi, tant la masoveria com la parceria han saltat per damunt l'esmentada ratlla divisòria, terra endins de cadascuna de les parts.

El contracte de parceria és d'una tal simplicitat, que ho ha pogut fer sense alterar la seva naturalesa, perquè, en essència, tant se val partir els fruits d'una vinya com els d'un camp de blat o d'una castanyereda; però el de masoveria és tan complex i és tan lligat amb les particularitats del terror i de la seva climatologia, que en entrar a les comarques seques es desnaturalitza, i d'aquesta extensió ve que a l'altra banda del Llobregat hi ha nombre de masoveries que, de masoveria, no en tenen sinó el nom i són simples tractes d' "estadant".

Jurídicament l'estadant no és sinó un jornalier de categoria superior a la del qui comunament és assenyalat amb aquest nom. El propietari li cedeix una estada — d'aquesta particularitat li ve que es digui estadant — no pas una casa complexa com la de la masoveria, sinó una simple habitació amb cuina; a més, li dóna llenya per a coure, si la finca on viu en té, i, si és d'oli, també oli per al llum, però no pas altre element d'il·luminació, com electricitat, petroli, etc. Si la finca té terra apropiada, també li n'hi deixa un tros perquè hi pugui conrear un petit hort, i autorització per a regar-lo amb aigua dels dipòsits o cisternes que hi hagi; tot, així com la casa mateixa, sense pagar lloguer. En lloc de percebre un jornal diari, percep una setmanada o mesada, amb descompte dels jornals corresponents als dies que no treballi a profit del propietari. És el seu home de confiança en allò que es refereix als treballs de conreu i a la vigilància de la finca; és l'encarregat de preocupar-se de la conveniència i de la bona execució de les feines, i si per a alguna calen jornalers, n'és el cap de colla. No

paga cap despesa ni tribut ni s'apropia els fruits. En conseqüència, encara que es digui masover, no ho és, perquè el seu tracte no és de masoveria.

La finalitat del contracte de masoveria, des del punt de vista del propietari, és de treure el millor rendiment d'una casa de pagès. Convé de dir el "millor" en lloc del "major", perquè el concepte de major és d'un materialisme que no s'avé amb l'enorme complexitat de la vida agrícola, tan diversa de la industrial i de la comercial, que en ella, els intents de millora, les provatures i els fracassos requereixen llarg temps de comprovació, i d'aquesta forçada lentitud en resulta que la finalitat de treure'n cada any el rendiment major podria perjudicar d'una manera greu l'essencial d'obtenir el convenientment remunerador d'una manera perenne. Seria fàcil de citar exemples concrets de propietaris que, desconexedors de les característiques del món agrícola, per aconseguir collites abundants i ràpides han imposat al masover l'ús d'adobs o de remeis químics que al cap d'un parell d'anys han deixat la terra recremada o eixorca per un llarg període de temps, o que per acabar executivament els insectes que corquen la fruita, han fet ruixar els arbres amb substàncies que, ultra matar els insectes, han mort l'arbre. El ritme de la natura, com diu un aforisme ben conegut, *non facit saltum*; tot hi és d'una continuïtat indefectible i sobretot lenta, i el rendiment major només es pot assolir cenyint-se a aquesta impertorbabilitat i a aquesta lentitud, és a dir, no prenent d'obtenir-ne el major precisament avui, sinó el major amb relació a períodes de temps successius. Per a ésser masover s'ha de saber ésser pagès, però per a ésser propietari d'una masoveria i, en general, d'una finca rústica, també se n'ha de saber ésser.

Des del punt de vista del masover, la finalitat es d'establir-se en una casa de pagès que li doni amplament la manera de viure sense haver de recórrer a feines suplementàries deslligades de la masoveria, ni a ajuts estranys sinó en allò que no és al seu abast d'obtenir, o realitzar personalment, donant a aquest concepte de personal, el sentit més ample que pot tenir.

Per a pactar el contracte calen tres elements: un propietari, un pagès i una casa de pagès.

En allò que fa referència al propietari cal advertir que, estrictament, també pot pactar el contracte un usufructuari, però llavors la possibilitat és més teòrica que real.

Per a conèixer la productivitat d'una terra s'ha d'haver treballat anys; cada terra, i a vegades fins cada tros d'un mateix camp, té qualitats de geologia i d'orientació que la fan més o menys productiva i més o menys a propòsit per a determinats conreus i no altres; solament un pagès molt atrapat o desconeixedor de l'ofici es pot avenir a un tracte subjectat a una incidència tan imprevisible com és la mort d'un usufructuari.

Malgrat això, sovint hi ha contractes fets amb l'usufructuari. Pot succeir que l'aspirant a masover conegui prou la família del propietari per a saber que a la mort de l'usufructuari l'hereu ratificarà el tracte, que, si molt convé, l'usufructuari ja va fer per consell seu; però la certesa que això s'esdevingui és aleatòria, i el contracte requereix estabilitat.

Un altre element és un pagès o, en realitat, una família pagesa. Estrictament, qui pacta el contracte no és pas una família, sinó un home. La família "de dret", no hi té part; però "de fet", hi té tanta importància com ell. El fet que un home sol pugui ben dur una masoveria és una il·lusió; qui ho intentés es convertiria automàticament en un empresari d'assalariats, i, encara que el masover també es pot considerar empresari, un natural sentit diu que una masoveria no es pot fer rutllar amb sols assalariats: des del punt de vista orgànic és una institució familiar.

Aquesta particularitat és un de tants aspectes del contracte que el caracteritza, en el sentit que, potser com cap altre, tan intensament supedita la norma jurídica a un indeclinable realisme. Ningú no pot contradir el qui, fent-se fort en la més estricta juridicitat, sostingui que és un contracte entre parts individuals, ja que, fins en el cas en què pràcticament no es dóna mai, que el masover sigui una persona jurídica, serà entre individualitats; ningú, però, que pari esment en la seva realització, no podrà deixar de rendir-se a l'evidència que la condició de masover està identificada amb la de cap de casa i, per tant, amb una família, perquè el seu bon acompliment és impossible amb l'esforç d'un home sol.

La família pot ésser reduïda a un mínim; a sols marit i muller; a una mare amb un fill casador; àdhuc, en els primers moments, a un sol fadristerne que té decisió i necessitat de contreure matrimoni i d'establir-se, i, en canvi, pot ésser composta de nombre de persones, un matrimoni jove, els pares del marit, o de la muller, algun germà, fills en plena joventut però encara no casats, un conco vell, o un "donat" que també es considera de la família, fins en el primer d'aquests dos extrems hi haurà família, portada pel caràcter interí de la situació personal del fill que ineludi-

blement n'ha de formar una; si no n'hi hagués, la primera ventada que li passés per sobre se l'enduria com una volva de boll sense gra a dins.

El tercer element és una casa de pagès. És un element tan essencial com els altres dos, perquè sense casa no hi ha base de relació que els lligui. És l'element real del contracte, el que li dona efectivitat i li permet d'acomplir-la.

Caracteritzen el contracte aquests quatre fets:

Primer. — El propietari cedeix a un pagès una casa al camp perquè l'habiti amb la seva família i en conreï les terres.

Segon. — El masover decideix i dirigeix el conreu, i en paga les despeses.

Tercer. — El masover s'apropia els fruits, amb la condició que ha de reconèixer el dret del propietari d'apropiar-se'n una part predeterminada pel pacte o pel costum; o el d'exigir-li el pagament d'una quantitat periòdica, gairebé sempre anyal, o una part i un pagament alhora, i el de fer-li determinats serveis.

Quart. — El propietari paga els tributs reals relatius a la casa i les terres, i el masover, els relatius a l'explotació agrícola.

La paraula "casa" s'ha d'entendre amb gran amplitud; és a dir, no pas en el sentit de simple habitació, sinó en el d'habitació completada amb les dependències que l'explotació agrícola fa necessàries; aixoplugar-hi el bestiar, emmagatzemar-hi els fruits i guardar-hi les eines; unes dependències imprecises, sovint rudimentàries, que en termes generals és impossible, o poc menys, de predeterminar, perquè es transformen, urgeixen o resulten sobrerres, segons les exigències de cada moment.

La seva construcció les reparacions i la conservació es regulen en els termes corrents; la construcció, per tant, i les reparacions necessàries corresponen al propietari, i al pagès les de petita i normal conservació. El pagès no pot fer obres sense expressa aquiescència del propietari, i, si en fa sense ella, no li'n pot reclamar l'import ni en cap cas considerar-les com a millores indemnitzables.

En dir a més de la casa, terres, no s'ha d'entendre que són necessàriament totes les de la finca a la qual es refereix el contracte. La coincidència d'ambdues extensions, la de la finca i la de la masoveria, és excepcional per als casos en què es tracti de finques de curt alè, i encara no sempre; per regla general, salvant pacte exprés en contra, el bosc, les vores de torrents o de rieres, els arbres de ribera, les herbes pasturables i els trossos

erms, si n'hi ha, en queden fora. De l'exclusió en deriven algunes particularitats, com, per exemple, que, de fet, el masover no pot tenir ramat encara que, en estricte dret, no hi ha res que l'en privi, perquè, si en té, no el pot dur a pasturar sinó als camps que conrea, quan els esplets ja en són trets, o si el masover n'hi ha sembrats expressament per ésser pasturats, i com que aquests pastius són eventuals i d'escassa durada, no li surt a compte de tenir-ne.

En mesurar l'abast de la paraula "casa" també s'ha de tenir present que la cessió al masover no impedeix que el propietari, acompanyat dels seus, faci ús d'alguna o d'algunes habitacions quan li plagui d'habitar-les, i també de la cuina i del menjador; es a dir, que el propietari la pugui habitar, i, si li plau, tenir tancades habitacions per a quan li plagui de fer-ho, i reservant-se per a ell algun tros de terra conreable.

El decidir i dirigir els conreus s'ha d'entendre també amb la major amplitud, però amb dues limitacions.

La primera és que els esplets i els conreus *siguin els acostumats a la localitat*. El masover hi pot fer el que vulgui, però no pas excentricitats o provatures arriscades, per dues raons principals: una, que podrien minvar excessivament les parts que corresponen al propietari, i quan no en percep sinó una quantitat en diners, perquè, segons en què consistissin, podrien perjudicar greument la qualitat i la productibilitat de les terres conreades.

La segona és que els conreus, tant en decidir-los com en realitzar-los, *han d'ésser fets a ús i costum de bon pagès*. Aquesta frase "a ús i costum de bon pagès" és de les que hom pot anomenar sacramentals, que inclouen un sacrament en el més pur sentit gramatical de la nostra llengua, un jurament; o sia, vol dir que el masover s'ha compromès solemnement a dur-los a terme de la manera que l'experiència ha ensenyat que és més favorable. És una d'aquelles frases que han adquirit la categoria de principi fonamental i que, tot i la seva imprecisa amplitud, no necessita explicacions demostratives; és de la categoria de la d'obrar "amb diligència de bon pare de família", i d'alguna altra del mateix gènere; obliga i diu tot el que ha de dir, sense precisions de detallismes materials, perquè les obligacions que imposa són lligades amb les eventualitats imprevisibles i indominables que comporten les lleis de la Natura.

Amb referència al tercer fet característic s'ha de tenir present, que la paraula "fruits" també s'ha d'entendre en el més ample sentit que pot

tenir, i que, per tant, inclou tots els que produeix la terra conreada. És una amplitud que, per exemple, faria que s'haguessin de considerar fruits les flors, si el masover les conreava com un altre esplet per treure'n el rendiment dels usuals.

En canvi, si el pacte, o el costum, no prescriu el contrari, dins el concepte de fruits no hi resten compresos els animals.

En allò que es refereix al pagament de tributs, la distinció entre els de base tributària real i els de base agrícola és prou clara perquè requereixi més precisions que la d'advertir que també correspon al masover el pagament de les relatives al bestiar.

Quan el contracte es fonamenta en aquests fets és de masoveria, i si no per aquesta causa s'ha de tenir en compte que la vida agrícola és d'una tan intensa complexitat, i tan àmplia la llibertat de pactar, que hi ha contractes aparentment de masoveria que no ho són. No ho és, per exemple, quan el propietari hi intervé directament en decidir els conreus, o quan, per pacte o costum, els fruits són del propietari, i és ell qui en dóna una part al pagès, o quan tots dos convenen que el pagès no serà masover, sinó un curador a les ordres, o sota la direcció del propietari, que en lloc d'ésser remunerat amb diners, ho serà amb una part dels fruits, o el bestiar és del propietari, o d'ambdós amb distribució predeterminada del seu rendiment, o estableixin algun pacte que alteri els fets esmentats.

El fet de precisar la natura dels contractes fa venir a la memòria la definició donada, fa uns quants anys, pel professor italià Vidari, del contracte de compte corrent, que diu que el contracte de compte corrent és el contracte de compte corrent.

La definició fou rebutjada per un sector de mercantilistes amb l'acusació que no deia res, perquè era una petició de principi, i, en realitat, deia tot el que havia de dir, perquè afirmava el fonamental: que era una modalitat jurídica nova, que encara que participés de la natura de moltes de les anteriors les reunia en forma que li donava individualitat pròpia.

Del contracte de masoveria se n'ha de dir el mateix, no pas perquè sigui un contracte nou, sino, al contrari, perquè amb la seva vellúria salta exuberantment per sobre les classificacions doctrinàries que pretenen de definir el contractes i, en general, les institucions jurídiques, partint de disquisicions filosòfiques abstractes de la realitat. Avui aquesta manera de fer ha quedat desacreditada pel reconeixement, ja general, que la base de la

lleï no han d'ésser definicions dogmàtiques, sinó els ensenyaments de la realitat, perquè, d'altra manera, en lloc d'encarrilar la vida, la violenta.

El masover, sense ésser un substitut legal del propietari, actua com si ho fos; sense ésser-ne legalment apoderat, també hi actua; sense ésser un gerent, en fa; sense ésser arrendatari, paga un arrendament, i paga parts sense ésser un simple parcer. Potser la millor manera d'especificar-la és de dir que és un *alter ego* del propietari, o el mateix propietari en acció agrícola, però supeditat a ell. No és el propietari, però tampoc no és una màquina de producció a profit exclusiu d'un d'ambdós.

El Dret romà, formulat en temps en què la masoveria encara no havia nascut, ja va preveure el problema i el va resoldre, per sentit comú, en regular l'arrendament al títol XXIV (XXV) del llibre III de l'Instituta. Hi fa referència a la natura jurídica dels contractes agrícoles i diu que són de *genus propium*, i en referir-se al d'arrendament afegeix que la seva lleï és el pacte, i, avançant-se d'uns quants segles a les Constitucions de Catalunya, que en allò que el pacte no preveu s'han de jutjar *ex aequo et bono*, amb l' "equitat e bona raó" prescrites per les Constitucions. No fa gaire anys, el nostre tan excel·lent jurista Martí i Miralles, magistrat del Tribunal de Cassació de Catalunya, va estudiar a fons el de parceria, i va arribar a una conclusió que expressa en aquests termes: "no es pot classificar exactament dins cap altre (contracte); té regles dels uns i regles dels altres, així com requisits o elements de diferents formes de contractació; li donen vida una intenció ben caracteritzada dels contractants i una necessitat ben sentada i definida; té qualitats igualment caracteritzades i peculiars". (*La qüestió de la parceria*. Barcelona, 1904.)

La manera més escaient de declarar-ne la natura, és de fer-ho amb el circumloqui explicatiu de dir que és un contracte consuetudinari, que es regula pel pacte, el costum i l'equitat, i es presumeix de masoveria quan hi concorren les característiques abans dites.

El pitjor procediment per a jutjar un cas concret seria d'anar-lo desmuntant com es fa amb una màquina per a adobar-la, i argüir que és un arrendament, o una parceria, o una participació de beneficis, o una societat, o un altre contracte concret, encara que hom pogués demostrar que en té les característiques. Qui ho fes s'equivocaria tan greument com el metge que per guarir una malaltia la tractés oblidant el malalt.

Per a judicar-lo no s'ha de començar invocant les classificacions científiques i les lleis d'inspiració doctrinària, sinó compenetrant-se amb el fet, en les seves parts i en el seu conjunt, en la seva aplicació i els resultats,

conèixer la idiosincràsia dels qui el viuen i llur manera d'actuar-hi, i tenir en compte dues lleis que desgraciadament hom acostumen a menysprear: la de la natura i la moral.

El contracte ha complert segles, i gairebé sempre se sosté durant diverses generacions, perquè secularment s'ha anat jutjant així, i solucionant d'aquesta manera les discrepàncies que, com en tot tracte entre parts, es produeixen quan la seva durada és llarga. Vivint-lo així, ha anat evolucionant amb el ritme dels temps, sense sotrac i sense desnaturalitzar-se. Algunes de les prestacions que imposava al masover per al servei del propietari en els passats segles avui són arcaïques, i aspectes dels respectius drets del propietari i del masover, també; el telèfon, els automòbils, els camions que s'enfilen a llocs inversemblants; els canvis, sovint sobtats, de llavors i de mètodes de conreu; l'ubèrrim floriment dels impostos, les requisicions oficials i les prohibicions i ordres administratives, li imposen modalitats noves. I el contracte s'hi ha anat adaptant per ell sol, perquè la seva regulació jurídica va néixer d'ell mateix i s'adapta completament a la seva natura. Enfront d'aquest estat de coses hi ha el fet concret que en els darrers anys hi ha hagut qüestions judicials cansades i desagradables entre algun masover i algun propietari, motivades per la invocació, gairebé sense excepció, pel masover, de disposicions administratives derivades de doctrines que es concreten en regulacions abstretes dels fets amb els quals es desenrotlla la vida. Aquestes qüestions, però, que generalment són motivades per la decisió del propietari de donar per acabat el contracte, no solament no desvirtuen això que resta dit, sinó que encara ho confirmen amb la pertorbació que promouen.

L'acabament del contracte es produeix per les dues causes normals en tota contractació; per la del termini de durada, pactat o determinat pel costum, i per la d'incompliment. Això no obstant amb relació a aquest aspecte de la masoveria convé de tenir present algunes particularitats.

Salvant un pacte exprés en contra, el termini de durada és d'un any, que, pràcticament, es perllonga en dos, per la raó que és de consuetud, que el propietari doni temps al masover de collir els esplets en creixement el dia que el contracte fineix. Amb aquest termini anyal de durada, es pot sostenir, i sovint se sosté, durant diverses generacions, en virtut de la clàusula implícita, o explícita, que se sostindrà indefinidament mentre un dels tractants no avisi a l'altre la seva decisió de donar-lo per acabat amb un any d'anticipació. Aquesta clàusula ha permès que hi hagi un bon

nombre de masoveries en les qual l'actual masover és nèt o besnèt, o encara més allunyat descendent, del qui la va pactar.

En allò que es refereix a la durada, però, s'ha de tenir en compte que la realització del contracte pressuposa una completa bona fe, i que, en conseqüència, si una d'ambdues parts no hi obra, se'n va per terra. Les incidències promogudes pel fet de no tenir bona fe una d'ambdues parts minen la seva base essencial i hi repercuteixen. Per aquest motiu cal mesurar bé les incidències que algunes vegades es plantegen en realitzar l'acabament. Pot succeir, per exemple, que en arribar el dia el masover tingui plantades plantes de soca, com són ceps o avellaners, o àdhuc oliveres, o simplement un espelt de producció normal durant tres o quatre o més plantes de soca no poden produir cap qüestió, perquè el fet s'ha de jutjar anys, com un camp d'alfals o d'usurda. Les plantades d'arbres fruiters i de plantes de soca no poden produir cap qüestió, perquè el fet s'ha de jutjar segons les lleis que regulen l'accessió: el masover, en plantar-los, si ho va fer sense la concreta acquiescència del propietari, concreta i activa, no pas la pressuposada per silenci, ja sabia que el contracte havia de finir un dia o altre, imprevisible, perquè depenia de la seva voluntat o de la del propietari, i que, en finir, no es podia endur sinó els fruits pendents. Això, no hi ha cap pagès que no ho sàpiga, i que no sàpiga també que si fa plantades d'aquesta mena, s'exposa a perdre-les. Si les va fer de bona cosa d'anys enrera, ja n'ha tret el profit, i si les va fer poc temps abans, el cas s'ha de resoldre com si el conflicte vingués del fet que hagués sembrat un camp d'una planta no perennal però de durada superior a un any, l'esmentat alfals entre algun altre.

En aquesta avinentesa ha d'obrar l'equitat i, per tant, la bona fe. Si el pagès ja va plantar amb l'especulació d'obligar el propietari a sofrir el tracte durant un temps desmesurat, per tenir el pretext de reclamar-li una indemnització, l'argúcia no s'ha de respectar, i, malgrat la plantada, el contracte s'ha de donar per acabat, sense indemnització. Si, en canvi, és evident que el masover va plantar amb bona fe i l'acabament ve per causa imprevisible al temps de fer-ho, el propietari és obligat a reconèixer-ho, i a indemnitzar-li el profit que en perd.

Fora d'algun cas d'aquesta naturalesa, el masover no pot demanar indemnitzacions per millores, ni amb el pretext que el propietari les ha consentides veient-les i no advertint que no les indemnitzarà. Sobre els pactes de masoveria hi ha el principi fonamental, tan entrat en la consciència que ha esdevingut un adagi popular, segons el qual "tracte és

tracte". És absurd de partir del supòsit que el masover no ho sap, i que no sap tampoc que la natural i molt gran complexitat de l'explotació agrícola i pecuària no el portarà a fer treballs o obres complementàries o circumstancials que li són d'utilitat, però no pas de necessitat; si per a cadascun hagués de recaptar la prèvia aquiescència del propietari, la major part de vegades el perjudici que li duria la demora els faria pràcticament inútils. La bona fe permet que els faci dins els límits fonamentals del contracte; però la bona fe impedeix també que s'aprofiti de la seva elasticitat per a després abusar del propietari fent-li reclamacions de millores que no ho són, sinó facilitats per a acomplir més asseguradament el profit que és just que tregui de l'explotació.

D'aquests antecedents, no solament dels relatius a l'acabament del contracte, sinó de tant com s'hi refereixen, en deriva que és causa de rescissió del contracte que un dels dos contractants perdi la confiança en l'altre. És una causa tan elemental, que no caldria ni insinuar-la, si no ho exigia la pruija d'envair la vida agrícola amb disposicions de caràcter o de finalitat social. La masoveria no en pot ésser afectada perquè els problemes socials no s'ho poden promoure. Com ja resta dit, pràcticament és una institució familiar, i els problemes familiars es desenrotllen en un camp superior al social. A la masoveria no hi ha jornalers, treballadors sense altre lligam amb el masover que el d'un esquemàtic contracte de treball, sinó fills i gendres que hi treballen perquè ho són; no hi caben assegurances de malaltia, d'accident, ni de vellesa, perquè les fa innecessàries les obligacions dels pares envers els fills i dels fills envers els pares. Si un dia el masover contracta jornalers, per la natura del contracte quedarà sotmès a les lleis socials, però no pas com a masover, sinó com a empresari. Si, per tant, les finalitats que les lleis socials atenen hi són acomplertes automàticament per vies de més forta consistència que no les socials, les regulacions d'aquesta classe no hi poden ésser aplicades. En conseqüència, tampoc les que sostenen el principi més demagògic que jurídic que la pèrdua de la confiança en l'altra part contractant no pot ésser causa de rescissió de contracte.

Deixant de banda aquestes consideracions, també s'ha de tenir present que el masover és com un mandatari i, fins i tot, el mateix propietari en acció; seria absurd, doncs, que una llei obligués a sostenir dintre casa seva un actuant d'aquesta categoria en el qual ha perdut la confiança.

No fa gaire temps es va produir un fet que resumeix gràficament el judici que mereix la masoveria. Va ésser promulgada una disposició legal que convulsionava el contracte tot alterant els drets i les obligacions de propietari i masover. Un propietari, no pas d'una comarca reclosa en si mateixa, sinó de l'Empordà, que és de pas i fronterera, desitjós d'estar dins la llei i de no mostrar-se gasiu amb els seus masovers, els reuní i els exposà francament el cas i les avantatges que la disposició els reconeixia, tot afegint que, encara que el perjudicaven, estava disposat a modificar els tractes segons el que la llei deia, i cabà preguntant-los què volien fer.

Feta la pregunta, es produí un silenci una mica anguniós, fins que al cap d'uns moments el de més edat digué:

—Escolti, senyor: que no està content de nosaltres?

—Jo, sí — va contestar l'interpel·lat —: no en tinc res a dir.

—Doncs, cregui'm — replicà el portantveu —: que allà baix facin... nosaltres seguim igual; li està bé?

Aquesta conversa resumeix tot el que de bo i millor hom pot dir de la masoveria.

ELS EMPRIUS DE LES ALTES VALLS PIRINENQUES

per

CRISTÒFOR MASSÓ i ESCOFET

L'Usatge *Strate* prescriu en el seu text oficial que “les strades e vias publicas e ayguas corrents, e fons vives, prats e pasturas, selvas, garrigas e rocas qui son fundades en aquesta terra, son de les Potestats, no que ho hajan per alou ne ho tengan en domini, mas que tots temps sian a *empriu* de llurs pobles, sens tot contrast e sens servici sabut”.

Pella i Forgas, en la seva obra *Código Civil de Cataluña* (vol. XI, p. 54) observa que “el *empriu* no es más que la propiedad colectiva de los primeros tiempos, convertida más tarde en servidumbre sobre las tierras públicas, las cuales, del dominio de la tribu, pasaron después a poder de los Estados feudales (las *Potestats*, como decían en catalán), y queremos recordar que en este sentido se emplea en el “Usatge” *Strate et via*. Recibieron grande y solemne sanción de las primeras Cortes Catalanas los *emprius* o bienes de *emprius*, pues establecieron las Cortes fuesen respetados en los lugares y castillos”.

¿Quin caràcter tenen aquests béns? Es evident, vist el text de l'Usatge transcrit, que no pot tractar-se d'una servitud, perquè, encara que siguin atribuïts a la Potestat, aquesta no els té ni per alou ni per domini, sinó que són “tots temps a *empriu* de llurs pobles e sens servici sabut”. I per aquesta raó el Tribunal Suprem ha reconegut que els *emprius* catalans i altres institucions semblants en diversos indrets d'Espanya no són servituds en propietat aliena, sinó veritables condominis veïnals.

Als *emprius*, doncs, l'Estat, successor de la Potestat, sols hi té la jurisdicció,¹ d'acord amb la legislació catalana.

1. PELLA I FORGAS, op. citada.

Per a empriu els veïns dels pobles aprofitaven els prats, pastures, selves i garrigues perpètuament (*tots temps*), i àdhuc les aigües corrents i fonts vives, si bé aquestes, després de la promulgació de la Llei d'aigües han passat al domini públic, amb certes excepcions que no són del cas, (aigües privades), i sols poden aprofitar-se d'acord amb els preceptes de la dita llei i disposicions posteriors.

Aquesta mena de possessió perpètua que són els emprius ha estat objecte a les valls pirinenques, en els darrers temps, a partir de mitjan segle XIX, de transformacions essencials, degudes en part a la nova legislació forestal i a les lleis desamortitzadores, i, sobretot, als grans canvis esdevinguts en la vida econòmica d'aquelles terres.

Durant els segles en què imperà la feudalitat, l'aprofitament de pasturatges i llenyes era indispensable als veïns dels pobles i ho és encara per a assegurar llur vida i subsistència; però les selves (boscós) sols eren utilitzades per a la construcció i la reparació de cases, camins i ponts, aprofitaments que hom feia de tard en tard, en quantitats reduïdes a la necessitat i quan aquesta s'esdevenia, perquè la fusta en aquells temps no era matèria comercial transportable a llargues distàncies.

Els senyors, doncs, respectaven els emprius amb llurs aprofitaments, car la base principal de llurs rendes en el senyoriu consistia en l'impost de fogatge, taxes per l'ús del molí i del forn, censos sobre edificis i terres cultivades, participació en delmes i altres usos de caràcter senyorial.

En ésser abolits bona part d'aquests usos per la Llei de senyoriu, al començament del segle XIX, en promulgarse les lleis desamortitzadores i les de *Montes*, i en construir-se vies a l'alta muntanya, es produí un enrenou que capgirà les condicions de l'economia de les altes Valls.

Els boscós començaren a tenir un valor comercial i eren susceptibles, per tant, de produir renda als respectius Ajuntaments, i, de fet, deixaren d'ésser considerats com a béns d'empriu (d'aprofitament veïnal) per a passar a la categoria de béns propis, el producte dels quals constituïa un ingrés del respectiu Municipi, i figurava en el seu pressupost.

Al mateix temps, l'Estat, en compliment de la Llei de Desamortització d'1 de maig de 1855, procedia a vendre els boscós que no atenyien una superfície de 100 hectàrees, declarant exceptuats de la venda els d'extensió superior, que eren inclosos en el Catàleg del d'Utilitat pública, l'administració dels quals passava als Enginyers forestals.

Per defugir els efectes de la llei desamortitzadora, els notaris idearen la fórmula de constituir els pobles posseïdors de boscós, societats de veïns

caps de casa, que, amb caràcter privat, i d'acord amb els Ajuntaments respectius, es declararen propietaris dels boscos per possessió immemorial, i mitjançant un senzill expedient d'informació possessòria, inscrivien els boscos al Registre de la Propietat, i evitaven així la inscripció al Catàleg i l'administració del ram forestal. Quan es tractava de boscos en venda, un veí concorria a les subhastes, i amb els diners que el poble aportava adquiria els boscos, que després lliurava als caps de casa, mentre l'Ajuntament rebia de l'Estat el preu pagat del poble, representat per làmines del Deute públic.

Així la propietat de boscos d'empriu passava del poble als caps de casa, i s'establien condominis privats, que amb el temps s'anaven complicant, i produïen, entre altres efectes, que, a la llarga, allò que era un aprofitament veïnal, es convertís en propietat particular dels descendents dels caps de casa, que podien ésser veïns o no ésser-ho, si havien traslladat llur residència a d'altres poblacions, mentre els nous veïns que es residenciaven als pobles deixaven de participar en els aprofitaments forestals, de què eren beneficiaris els condominis, socis de la comunitat per parts indivises, encara que no residissin al poble.

Les finques més importants del Pirineu sofriren una altra transformació. Els descendents de l'antic senyor de molts pobles s'adonaren del valor que els boscos podien arribar a tenir endavant, i proposaren als pobles que si volien defugir la intervenció de l'Estat, calia que declaressin en document públic que els tals boscos pertanyien al senyor per títol de domini, i, aquest reconegut, els boscos no eren catalogats, i els que ja ho havien estat eren esborrats per sentència del Tribunal Suprem.

Per estimular els pobles foren signats amb cadascun d'ells sengles contractes privats en què el senyor s'obligava a pagar la contribució i els guardes, reconeixia els drets d'herbes i pasturatges i llenyes, que els pobles ja tenien de segles enrera, i el producte de les tres quartes parts dels arbres que es tallessin de comú acord el senyor i el poble.

Ordenades les coses en aquesta forma, el senyor quedà propietari indiscutit del bosc i el pogué vendre: els successius adquirents en vengueren alguns a l'Estat (Patrimoni Forestal), i els que resten actualment són explotats pels nous propietaris, els quals reserven als pobles una part de llur benefici, que no deu arribar probablement als tres quarts, que foren la causa determinant del reconeixement del domini privat del senyor, els quals, segons el nostre dret, eren béns d'empriu, per tots temps.

Sembla, per altra part, que el requisit de subhasta, consignat en les

concordies privades, s'ha deixat de banda pels propietaris explotadors del negoci de fusta, malgrat constituir una garantia del preu real de venda d'aquella i, per tant, de la part veritable que als pobles correspondria en l'explotació.

D'on resulta per un contrasentit irònic, freqüent en la història, que els pobles que acceptaren la catalogació de llurs boscos, singularment els de la Vall d'Aran, on no hi hagué senyors, car l'únic senyor era el rei d'Aragó, treuen de llurs boscos profits molt superiors als de la banda d'ençà del Pirineu, i amb majors garanties de persistència del bosc, mercès a la intervenció dels enginyers forestals, mentre que al Pallars la cupiditat dels propietaris i dels veïns dels pobles, pot menar els boscos a llur total destrucció, l'explotació essent mancada de control superior.

**THE SOURCES OF SPANISH CIVIL LAW
A COMPARATIVE STUDY**

by

L. NEVILLE BROWN

INTRODUCTION*

A great comparative lawyer has said that in order to study a foreign system of law one must first familiarise oneself with the sources of that law.¹ For this reason the writer has attempted in this essay to state as shortly and simply as the difficulties of the subject permit the sources of both Spanish and English law, in the belief that such an exposition will best serve the promotion of interest among the lawyers of Spain and England in each others system of law. It is doubtful whether the majority of academic lawyers, let alone the practitioners, of the one of our two countries have an adequate knowledge of the sources which the law of the other derives. Without such a knowledge detailed consideration of this or that particular institution in Spanish or English law would seem to be merely idle. It is not without significance that the first volume of the series of studies of Spanish private law undertaken by the Toulouse Institute of Comparative Law should have been devoted to the sources of that law.²

The intended publication of this essay in both Spain and England, while well calculated to rouse the desired interest in each other's law, set the writer a difficult task. For, faced by this double audience he risks his remarks appearing trite by turns to Spanish and English lawyer alike.

1. DAVID, *Cours de droit civil comparé* (Paris, 1949-1950), 6.

2. SABADIE, *Sources du droit civil espagnol* (Toulouse, 1926).

* This essay was written before the enactment of the Compilation of the Catalan Civil Law (1960) that changes the legal Situation of Catalonia and many asserts on "Foral Laws".

Pray let each remember that the account of the sources of his own law is intended primarily for his foreign colleague, that he reads it, as it were, over the other's shoulder. The Spanish reader may perhaps find an unexpected interest in what is said of Spanish law from the fact that that an English lawyer must necessarily approach any continental system of law from a novel angle and with an entirely different legal training.

On the threshold of this topic one is faced with a problem of definition: what is meant by a source of law? The term has various meanings, to distinguish which jurists often add to the word source some limiting epithet such as formal, material, literary, primary, historical, even legal. Usually however, sources are described as either formal or material. The formal source is that which gives a rule of law its validity, the material source is that which supplies the matter or content of the particular rule. Material sources are obviously diffuse and hard to classify, for they include such factors as the innate consciousness of a people, religious beliefs, commercial usages, importations from Roman and foreign systems, in short, all the countless influences which go to make national law a mirror of national character. The formal sources, on the other hand, are the means by which laws are made or come into existence, or as a French text-book expresses it: "Les différentes manières dont les règles juridiques sont établies" adding "La règle juridique procède d'une autorité qui a le droit de la créer et d'en imposer l'observation. C'est cette autorité qui est la source du droit."³ Unlike the material sources, the formal sources of law are usually few in number and precisely defined: it is of these that the term "source of law" will be used in this essay.

The following discussion falls naturally into two parts. The first will be prefaced by a short outline of the legal history of Spain. A system of law has no significance *in vacuo*: it can only be understood in relation to the historical background of the nation which has created it. It may be said that this is not the place to embark on Spanish history. But if this enquiry into Spanish law is to be understood properly some acquaintance with Spanish history will be needed. This acquaintance cannot be presupposed in an English jurist.⁴ The historical matter will be confined, how-

3. PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I (Paris, 5th ed., 1950), 48.

4. A writer on comparative law is always set the problem of deciding how much knowledge he may presume in his readers concerning the history and culture of the nation whose law he wishes to examine. In this instance the writer has been guided by his own experience and confesses to an almost complete ignorance of Spanish history at the

ever, to the minimum necessary for an understanding within its historical perspective of the legal discussion which is to follow.

The second part of the essay will be concerned with an orthodox account of the sources of English law.⁵ Finally, some conclusions of a comparative nature will be put forward regarding the theory of sources in the two systems.

PART ONE

SECTION ONE: LEGAL HISTORY OF SPAIN

From the time of its conquest from Carthage until the break-up of the Roman World in the 5th century the Spanish peninsular formed part of the Roman Empire and was governed by Roman law. With Rome's decline Spain was overrun by invading Visigoths of Germanic origin who brought with them their own Germanic institutions. But the Hispano-Roman culture was not completely swept away:⁶ on the contrary, the conquered population was allowed to retain its own law and in 506 the Visigoth Alaric II collected this law into a code which is usually known as the Breviary of Alaric. Containing much pre-Justinian Roman law it was accepted in Spain⁷ as a text-book of Roman law until the *Corpus Iuris Civilis* penetrated to Spain some seven centuries later after its rediscovery by the Civilians of Bologna. The Visigoths themselves continued to live under their own customary law of which two codes were made, that of Euric in the 5th century and that of Leovigild in the 6th century. Thus con-

outset of his research into this subject. He ventures to think that this experience is not unique amongst English lawyers.

5. In this part the problem of sketching the historical background will be treated in a different way: by taking the sources of English law in order of historical importance, it is hoped that the pattern of English history, both political and legal, will be made sufficiently apparent. Moreover, it is thought that the Spanish reader may well possess already an adequate conception of the general outlines of English history and English law; for continental legal training is more broadly based than that of the English law school, courses on comparative law figure in many foreign, curricula, and the professionalism and insularity which characterise the English lawyer are discouraged.

6. Compare the almost complete disappearance of the less firmly established Roman-British culture in the face of the Anglo-Saxon invaders.

7. And far beyond into the Midi of France, where it became the *droit écrit* in contradistinction to the *droit coutumier* of the Germanised northern regions of France: see SHERMAN: *Roman Law in the Modern World* (3rd edition, 1937, New York), vol. I, 225-226; DAVID. *Cours de droit civil comparé* (Paris, 1949-1950) 356.

queror and conquered lived side by side, each subject to his own personal law.

In the course of the next two centuries the conversion of the Visigoths from Arian heresy to orthodox Christianity⁸ and their gradual intermarriage with the conquered population effected a virtual fusion of the two peoples.⁹ This social amalgamation was reflected in the *Fuero Juzgo*, a new edition of the Code of Leovigild replacing both that code and the Breviary of Alaric. Dating from the close of the 7th century this *fuero* or charter was written in Latin and contained twelve books divided into fifty-four titles and five hundred and seventy-six laws. In these laws Germanic and Roman elements were combined and the whole *fuero* was made binding upon Visigoth and Hispano-Roman alike.

The *Fuero Juzgo* is the first document in Spanish legal history. It marks the legal unification of the empire of Toledo and was to survive the Arabs' invasions of the next century to re-emerge after the Christian reconquest as the basis of the later Spanish law.¹⁰

At this juncture one may emphasise a striking feature of Spanish law which has been perpetuated to the present day. Alongside the *Fuero Juzgo* which represented what one may term the "common law" of Spain there were also in existence for particular districts and municipalities local *fueros* or charters which gave to their particular area¹¹ a separate system of law by the conferring of especial legal privileges, such *fueros* having been either granted by the emperors of Toledo or merely assumed to themselves by the more independent localities. In the sphere of civil law

8. The Church was henceforth to play an influential part in Spanish history: its Councils of clergy actively advised the King on state affairs, and it was from these Councils that a representative assembly of all three estates of the realm (clergy, nobles and commoners) was to evolve — *Les Cortes*: David, *op. cit.*, 357-358, 366. Canon law too remains an important element in Spanish law; *infra*. p. 35.

9. ROGEE: *Sources et domaine d'application du droit civil espagnol* (Bulletin de la Société de législation comparée, 1925, Paris), 233 and authorities there cited.

10. "In the 14th century the *Fuero Juzgo* was still preserved as law in Castile and even late in the 18th century it was held to be in force. In fact the *Fuero Juzgo* was not entirely annulled until the 19th century codification and unification of Spanish law. Moreover, many rules of the *Fuero Juzgo* still persist in the present Spanish Civil Code." (SHERMAN, *op. cit.*, 270-271). One may add that in those regions which have preserved their own systems of civil law the *Fuero Juzgo* still retains a subsidiary authority, although much overlaid by later compilations.

11. There were also *fueros* which were not local but granted to a particular class of society e.g. the *Fuero Viejo*, dating from 1212 which gave certain privileges to the nobility of Castile.

a number of these enclaves into the supremacy of the common law are still present in Spain today notwithstanding the creation of the modern state and the promulgation of the Civil Code. This localisation of laws is closely connected with the tendency towards political separatism which is a recurrent theme in Spanish history. Prior to the Arab invasions of the 8th century a number of these "foral laws"¹² had developed alongside the common law expressed in the *Fuero Juzgo*.

The loosely-knit Spanish state, centred upon the rulers of Toledo, fell an easy prey to the Arab invaders from Africa. The whole peninsular was overrun in the first half of the 8th century with the exception of certain geographically impregnable areas in the mountains of the north and north-west where a number of small Christian states survived, notably Leon, Navarre, Castile and Aragon. These states were to be the spring-board for the Christian reconquest.

But this reconquest was to be preceded by five centuries of Moslem hegemony in the greater part of the peninsular. Like the Visigoths the new invaders left to the conquered Christians the right to continue under their own law and religion. But whereas the tolerance of the Visigoths was inspired by political expediency the Arab attitude sprang from religious exclusiveness: the infidels could not share in the laws of Islam but must make shift with their existing laws. Once more the system of personality of laws prevailed in Spain but the personal application of the law now rested upon the individual's religion. Between Moslem and Christian no unifications of law was possible. Most of the vanquished remained Christian and continued to live under their own law as it was before the invasions, that is, the law of the *Fuero Juzgo* save where modified or excluded by a local *fuero*.

The hegemony of Islam broke in the 11th century with the end of the supremacy of the town of Cordoba; Moslem Spain then split into

12. Spanish writers contrast the *derecho foral* with the *derecho comun*. French writers on Spanish law have coined the term *droits foraux* to denote the local laws based upon the *fueros* of the various localities (see discussion of these terms in ROGET *op. cit.*, 270-271). It is proposed to follow the French example and to use the term "foral law" as the antithesis to "common law". *Derecho foral* is a preferable expression to *fuero* since the latter retains the original notion of charter, whereas a large part of the content of the various foral laws is not due to any charter, but consists rather of the enactments of the separate legislatures of the foral provinces. Many of the more important provinces retained their legislative autonomy even after the unification of Spain under the Royal House of Castile (see *infra*, p. 8).

separate states which were reduced piecemeal by the Christian kingdoms of the north. Of these kingdoms Castile and Aragon were the most important and the union of their two ruling houses by the marriage of Ferdinand and Isabella in 1469, followed by the conquest of Moslem Granada in 1492¹³ and the annexation of Navarre in 1512, brought about the unification of Spain under the royal house of Castile.

But this unification did not bring unity of law. After the Moorish invasions the law in the unconquered Christian Kingdoms had continued to evolve with an increasing tendency towards localisation into regional *fueros* as a natural consequence of the disappearance of the central authority at Toledo.¹⁴ With the gradual reconquest of the Moslem territories during the 12th to 15th centuries the legal stagnation of the rest of Spain of Spain was ended. Spain became a conglomeration of Kingdoms and principalities, each with its own legislature and its own Law. The enactments of these local Parliaments now become the most considerable element in the various foral laws. This plurality of legislatures was not ended by the political unification of Spain under the Royal House of Castile, for several of the more important provinces still retained their legislative powers until the Decree of Nueva Planta of 1716 suppressed the independent legislature.¹⁵ The New Plan of Philippe V made the Cortes of Castile the sole legislature of Spain.

Meanwhile, in Italy, the rediscovery of the Roman law of Justinian had taken place and the unifying influence of its study began to spread into Spain in the 12th and 13th centuries. In the now development in in favour of legal unity Castile is to play the leading role, not only because of that Kingdom's political supremacy over its rivals but due also to the

13. In this same year the Genoese Columbus discovered America on an expedition financed by Ferdinand and Isabella. This investment was to yield to Spain a rich harvest. And America was to recieve in return the Spanish language and its law.

14. Numerous *fueros* were granted by princelings and feudal lords to the townships and districts under their dominion: the greater contents of such *fueros* related to matters of public law in regulating the feudal relationship between vassals and overlord. From the 12th century however numerous provisions of private law are found in the *fueros*.

15. Thus, as late as 1704, the Catalan Parliament (*Corts*) enacted for Catalonia an extensive compilation of previous written and customary law: this compilation is known as *Constitucions i altres drets de Catalunya* and forms the core of the modern foral law of Catalonia. In 1716 Catalonia was submitted to the Same as "status" as Castile, fading away a regime of legislative autonomy within a personal union that foreshadowed in an interesting way the union of the Commonwealth through the person of the British Sovereign.

greater vitality of its law. This vitality may partly be traced to the energy of Alfonso X (1252-1284), dubbed the Wise.¹⁶ Due to his inspiration Castilian law was destined to become the common law of Spain; but the path to this common law was to be long and hard: indeed the final goal is still unattained today. Two compilations of Alfonso the Wise reflect this new influence of the revised Roman law, the object of both being to replace the various *fueros* within his own Kingdom of Castile by a uniform code of laws.

His first compilation was the *Fuero Real* of 1255, a collection and harmonisation of the various *fueros* of Castile. It is not clear whether this was ever enforced as law because Alfonso was already at work on a new and greater compilation, the *Siete Partidas* (Seven Parts). If the *Fuero Real* was a restatement of Germanic Customary law, the *Seven Parts* was founded upon the revived Roman law. Issued in 1265 it was in advance of its time and was probably not enforced as law until re-affirmed in 1348 in the *Ordinance of Alcala*.

The importance of the *Seven Parts* in subsequent legal history cannot be over-emphasised. In Castile it sought to replace the conflicting *fueros* with a uniform code. Roman law was blended with customary law into a scientific whole. The work itself, as its name indicates, was divided into seven parts and sub-divided into 182 titles and 2479 laws, many of which reproduced verbatim the law of Justinian. But opposition was too strong for the complete suppression of the local *fueros*: the *Ordinance of Alcala* which gave to the *Seven Parts* legal force only made it binding in the absence of a conflicting provision of the *fueros*: it was to be a supplementary code only and did not, as Alfonso intended, replace the *fueros*. Outside Castile the *Seven Parts* enjoyed a great prestige and was often invoked in the absence of a suitable provision of the local *fuero*. Throughout Spain the work marked the reception of Roman law and with that reception the recognition of a unified law as the ideal to which Spain must progress. But in Spain the reception had special difficulties to surmount. To mention the two principal, firstly, the *Fuero Juzgo*, the regional and municipal *fueros*, and the *Fuero Real*, all were strongly imbued with Germanic customary law which consorted ill with the revived Roman law. Secondly, legal unity requires political unity and the subordination of mediæval Spain

16. He has also been called the Spanish Justinian: Sherman, *op. cit.*, 276. The "English Justinian", Edward I, was his contemporary (1272-1307).

to the Kings of Castile did not end the strong separatist tendency — “inate schismatism” or “temperamental particularism” one distinguished writer has called it¹⁷ — which is a thread to be clearly traced through the complicated web of Spanish history. Yet the Seven Parts was to provide the basis for the Civil Code of 1889 which is the nearest that Spain has approached to the ideal of a unified law. Moreover, in those provinces which kept their foral law after 1889, it may still retain subsidiary force, in so far as not rendered obsolete through passage of time.

After the Seven Parts, Castile produced other significant compilations. The union of Ferdinand and Isabella was fruitful in legislation and the jurist Montalvo produced with the approval of Isabella his Ordinances¹⁸ in or about 1484 which collected together most of the enactments relating both to private and public law published since the Ordinance of Alcala. In 1505 the Laws of Toro were promulgated to resolve some of the points of conflict between Roman and customary law which had been left unresolved by the Seven Parts.

The Hapsburg rulers of Spain in the 16th century were prolific legislators and this made necessary a new collection of Castilian law. This emerged in 1567 as the *Nueva Recopilación* of Philip II. A voluminous compilation, it embraced all enactments since the time of the *Fuero Real* and the Seven Parts together with most of the Ordinances of Montalvo and the Laws of Toro. But it would be incorrect to regard it as a codification of Castilian law: it lacked any scientific arrangement, stated no principles, and failed to repeal the earlier compilations or the local *fueros*, thus merely adding to the existing confusion. It was, however, the last serious attempt at legal reform before Spain passed into the next two centuries of legal decadence and national eclipse.

For during the 17th and 18th centuries the only activity in private law was the production of successive editions of the *Nueva Recopilación*.¹⁹ National and international vicissitudes diverted attention from legal problems: the first half of the 18th century witnessed the interne-cine wars of succession and at the century's close the power of Spain declined further when the dynastic ambitions of Napoleon made the

17. E. ALLISON PEERS: *Spanish History*, article in “Chamber Encyclopedia” (1950).

18. Whether this should be regarded as a legislative enactment or simply as a doctrinal work is not clear: indeed David questions whether so hard and fast a line can be drawn between *la loi* and *la doctrine* as modern French theory maintains; *op. cit.*, 380.

19. SHERMAN, *op. cit.*, 284, footnote 98.

peninsular the battleground of Europe. In the sphere of public law, however, various decrees²⁰ of Philip V issued between the years 1707 and 1716 are important as they abolished the foral public laws of Catalonia, Majorca, Aragon and Valencia: Valencia also lost its foral private law;²¹ the foral laws were in all these cases replaced by the law of Castile. In effect, after the decree of Nueva Planta of 1716, all the provinces of Spain lost such legislative autonomy as they had retained till that date: *la ley* could no longer create foral law.²²

With the advent of the 19th century the example of France gave new impetus to the work of codification and unification of private law, although Spain was to be long vexed and diverted by the political problems of adapting monarchy to the needs of modern society, of resolving the class struggle in the industrial areas, and of combating the separatist tendency of Catalonia. But already in 1805 the Nueva Recopilacion and its later editions had been reshaped into the Novísima Recopilacion which was law not only for Castile but also for Spain generally where not inconsistent with the foral laws. Its value, however, was diminished by its failure to repeal the earlier collections, especially the Seven Parts and the Nueva Recopilación; yet another collection was added to the confused mass of Spanish law.²³ In 1830 a Code of Commerce appeared which, as in France, drew a sharp distinction between commercial law and civil law. Civil procedure too was the subject of various codifying statutes.²⁴ Finally, the codification of private law was completed by the Civil Code of 1889.

But codification did not bring unification: the separatist tendencies of certain provinces were too strong. In these provinces the new Civil

20. SANCHEZ: *Curso de Historia del Derecho, Introducción y Fuentes* (8th ed., 1952, Madrid) 168-170; SHERMAN, *op. cit.*, 287.

21. But Valencia still has a special court (*Tribunal de las Aguas*) which sits in the porch of the cathedral to decide disputes concerning the use of water for irrigation in the area of Valencia (*la huerta de Valencia*): this is a purely customary jurisdiction.

22. From 1932 to 1938 Catalonia had a Parliament of its own capable of legislating for that province, but this institution and its enactments were swept away by the new regime.

23. DAVID (*op. cit.* 385) likened the Novísima Recopilación to the preparatory collation of the French law by Pothier.

24. The law of civil procedure is now contained in a statute of 1881 amended in 1888. The judicial organisation of Spain is governed by a statute of 1870 amended in 1882: under this organisation one hierarchy of courts exists for both common law and foral law provinces: *infra*. p. 23. See also DAVID, *op. cit.*, 409.

Code was largely inoperative, the separate foral law being retained for most matters of civil law. The 1889 legislation did in its terms envisage an eventual codification of each foral law into an appendix to the Civil Code, but only one such appendix has yet been compiled, that of Aragon in 1925.²⁵ Thus modern Spain does not possess a unified civil law. Except in the provinces having their own foral laws, the Civil Code is applicable: this means that thirty-nine provinces enjoy the advantages of a common law derived mainly from the law of Castile. The other ten provinces, which contain some of the most important regions of Spain from the point of view of population, commerce and industry, are divided between no less than five foral laws,²⁶ which have to be sought in the confusion of earlier enactments and customs of the particular province, helped out by reference to canon law, Roman law and in some cases pre-1889 Castilian law. Only if the foral law is still unable to provide any ruling on the point at issue can one turn as a last resort to the Civil Code itself. In short, the codification of civil law²⁷ was limited to Castile but the codified Castilian law was at the same time elevated from being a foral law into becoming a common law of Spain, a trend which had already become apparent with the political supremacy of Castile centuries before.²⁸

SECTION TWO: SOURCES OF SPANISH CIVIL LAW

The preceding sketch of Spanish legal history has indicated the distinction which exists in matters of civil law between the common law and the various foral laws. In discussing the sources of civil law it will be convenient to deal with the foral laws separately from the common law. It is proposed to examine first the sources of the common law, and then to consider more briefly the sources of the foral laws.

25. The writer understands that an appendix is now projected for Catalan civil law. Hostility to this project is somewhat appeased by the conservative content of the appendix which will make no major change in the foral law nor in the order of its sources (*infra*, p. 34).

26. Namely, those of Catalonia, Aragon, Navarre, Biscay and the Balearic Islands.

27. By this term is denoted the residuum of private law after excluding civil procedure and public law generally, legal unity has been attained.

28. But in the five regions mentioned in note 21 above this "common law" is subservient to the regional foral law.

DERECHO COMÚN

Article 6 of the Civil Code consists of two paragraphs. The first states that the court which refuses to reach a decision because of the silence, obscurity or insufficiency of the Law (*las leyes*) incurs a legal liability. The second paragraph explains how the judge is to escape from this dilemma: "When there is no statute (*ley*) exactly applicable to the issue in question, one shall apply the custom of the place (*la costumbre del lugar*) and, in default, the general principles of the law (*los principios generales de derecho*)". It is on these texts that the following discussion must be based.

La ley.—The two paragraphs read in conjunction show that the primary source of law remains *la ley*: in this the Code remains loyal to Spanish traditions and the principles of the modern civilians. Only in the absence of a provision of *la ley* can one turn to the two "extra-legal" subsidiary sources indicated in the Code, namely, local custom and the general principles of the law. Of what does *la ley* consist? It is made up of three elements: the Civil Code itself; certain enactments prior to the Code; enactments subsequent to the Code.

The Civil Code promulgated in 1889 neither was then nor is now a complete statement of the civil law of Spain. Apart from the foral laws, which Article 12 left intact, the Code also failed to abrogate all the previous enactments relating to civil law. Article 1976 does contain a general abrogation of all statutes, usages and customs constituting the civil law,²⁹ for all matters dealt with by the Code, but concludes with this exception: "This declaration does not apply to the statutes which this Code expressly maintains". Thus, two classes of previous legislation are preserved from repeal by terms of Article 1976: first, those statutes which govern matters not dealt with by the Code: for example, the Law of 1881 relating to hypothecs,³⁰ and secondly, those enactments which the Code expressly maintains: for example the Law of Civil Procedure of 3 February, 1881, which is expressly reserved in numerous articles of the Code; again, by Articles 46 and 75 the rules of the canon law of the Church

29. Cf. in French law Article 7 of the Law of ventose an XII.

30. Now replaced by the Ley Hipotecaria of 1946.

are to continue to regulate the celebration of canonic marriage and questions of separation and nullity arising from such marriage.

Besides such antecedent provisions of statute and canon law,³¹ the civil law contained in the original Code has been supplemented and modified by many subsequent statutes during the last six decades.³² All these three elements together make up *la ley*, to which the judge must first turn for the answer to the legal problem before him.

The Costumbre. — It is a truism of legal writing that the legislator can never provide in his laws for all the possible legal problems which the judge will have to meet and attempt to solve. It is equally true that most systems of law demand of the judge that he reach a decision, notwithstanding the absence of legislative provision. Spanish law does so in Article 6, but indicates the supplementary sources to which the judge must turn for his solution, namely, the custom of the place, and, in the last resort, the general principles of the law.

Custom is therefore the second source of Spanish law. This will not surprise those familiar with the history of the law. The *Fuero Juzgo* by blending together Roman law and Germanic custom gave to custom at an early date a dignity which it never attained in France. The development of foral laws and their recognition gave continued emphasis to custom. The Code of 1889, although anxious to limit the activity of custom, did not succeed in abolishing it as a source of law, and even those limitations which the Code did impose *de iure* could not diminish its importance *de facto*.

The recognition of custom as a source of law is in the tradition of the Seven Parts which in turn reproduced the Roman law.³³ Article 5 of the Civil Code contrasts, however, with the Roman law in refusing to

31. For a complete list of the antecedent legislation which survived the code, see MANRESA: *Comentarios al Código Civil*, at Article 6.

32. Some important modifications include the reform of intestate succession (Royal Decret of 13 January, 1928); the reduction of the age of majority from 25 to 21 (Law of 13 December, 1943); new provisions concerning absence — made necessary by the civil war (Law of 8 September, 1939); among supplementary legislation one may cite the Ley of Hipoteca Mobiliaria of 5 December, 1941, and the important Ley de Arrendamientos Urbanos, 1946 (superseding many of the provisions of the Civil Code in the case of urban dwellings).

33. See *Digest* 1.2.2.3. and 1.3.32.1; Institutes 1.2.11. See also discussion in BUCKLAND AND McNAIR: *Roman Law and Common Law* (Cambridge, 2nd ed., 1952), 15-18.

acknowledge that a law may be nullified by non-user or contrary practice. Here the Code differs from the Seven Parts which recognised three forms of custom: custom *secundum legem* which arose where particular application of the law was doubtful, the custom then interpreting and applying the law while keeping within its bounds; custom *praeter legem* ("outside the law") where there was no law applicable to the matter; and custom *contra legem*. The combined effect of Articles 5 and 6 is to restrict the role of custom as a source of law to local custom *praeter legem*. Custom contrary to the law is expressly abolished by Article 5 whilst custom according to the law is impliedly abolished by Article 6. In practice, however, as David points out,³⁴ contrary custom can make any law a dead letter and force the legislator to mould his subsequent enactments in conformity with the will of the people. To what extent we accept this argument will depend on the view which we take of law: is it what the state commands and the courts enforce, or is it rather what the people recognise as having obligatory force? The conflicting views have been forcibly stated in the recent Hamlyn lectures of Professor Goodhart,³⁵ but to enter this controversy is outside the scope of the present essay and beyond the ability of the writer: suffice it to recognise the *de facto* existence of custom contrary to the law. Nor can one dispense with custom *secundum legem*. A law, however unambiguous and all-embracing in its drafting, cannot hope to meet every possible case that may arise: those who seek to apply the law must then interpret it and in their interpretations they will try to be consistent. Again, custom *secundum legem* is invoked necessarily to decide the meaning of every word which a law employs:³⁶ even if the legislator defines certain words he can only do so by the use of other words. Finally, Article 6 itself does not close the door to general custom: a general custom *praeter legem* may always be invoked as the local custom of a particular province.³⁷ There is indeed today something artificial and unreal in this emphasis by the Code on local custom:³⁸ in 1889 the foral laws would serve to call attention to

34. *Op. cit.*, 413. Also custom *contra legem* is recognised by Article 12 in its preserving the foral laws, "written or customary". See DAVID, *op. cit.*, 416.

35. Now printed as *English Law and Moral Law* (Stevens, 1953).

36. DAVID, *op. cit.*, 412.

37. SABADIE, *op. cit.*, 70.

38. Many other articles in the Civil Code allude to *la costumbre del lugar* e.g. Art. 485 (right of usufructuary of a wood to make charcoal), Art. 570 (right of way for cattle), Arts. 590-591 (rights regarding buildings and trees in proximity to boundaries),

custom in its relationship to a particular locality, but in modern society custom is much more important in relation to groups within society such as merchants, bankers, notaries, whose members are found in every locality.³⁹

The Code does not prescribe the conditions which the local custom must satisfy before the judge may accept it as a rule of law and employ it for the solution of the case before him. It has been left to the jurists and the judges themselves to evolve the following conditions:⁴⁰

1. The custom must be based upon a certain amount of repetition, that is, the same legal question must have been solved in the same way a number of times.

2. The solutions must have displayed a uniformity.

3. The solutions must have been spread over a sufficient period of time.

4. The person making and acting upon the solutions must have done so with the intention of acting justly.

5. The custom must be proved with certainty.

In short, the Spanish law requires a custom to exhibit the five characteristics of repetition, uniformity, continuity, just intent and certainty: the parallel with English law is striking although not exact.⁴¹

The Principios Generales de Derecho.—In the absence of a provi-

Art. 902 (right of executors of deceased to conduct the funeral rites in accordance with deceased's will or, in default, the custom of the place), Art. 1.287 (in interpretation of contracts, custom of the place can be invoked to resolve an obscurity).

39. Cf. in English law the custom of merchants and the practice of conveyancers. Mercantile customs (*usos del comercio*) are recognised as law by the Spanish Commercial Code of 1885 (Article 2), which states that such customs shall govern acts of commerce in default of a provision in the Code; also the *Ley de Ordenación Bancaria*, 1927, has set up a Board of Bankers (*Consejo Superior Bancario*) to determine banking customs.

40. SABADIE, *op. cit.*, 71.

41. A further parallel with the English law is that much local custom in Spain relates to customary rights in the nature of the English easment or *profit-à-prendre*, such as the cutting of wood, the fetching of water, the pasturing of cattle, and rights of way. It is interesting to note that most cases where a local custom has been invoked before the English courts have been concerned with similar matters, e.g. *Willingale v. Maitland* (1866) L. R. 3 Eq. 103 (right to lop branches), *Weekly v. Wildman* (1698) 1 Ld. Raym. 405 (right to fetch water from a spring), *Grinstead v. Marlowe* (1792) 4 Term Rep. 717 (unsuccessful attempt to claim by custom a right of pasture), *Brocklebank v. Thompson* (1903) 2 Ch. 344 (right of way over land to church): see generally Cheshire: *Modern Law of Real Property* (7th ed., 1954) 510-515. Also *infra*, p. 37 et seq.

sion of *la ley* or of a local custom Article 6 directs the judge to apply the general principles of the law (*los principios generales de Derecho*). The examination of this expression will reveal the originality of the Spanish theory of sources and provide an interesting comparison with English law.

Where both legislation and custom yield no appropriate rule, the judge, unless of course the system of law allows him to abdicate his function, has then to play a creative role. The degree of freedom permitted to him in this creative activity varies from system to system. In French law, for instance, the *droit écrit* sets out no theory of sources and the judge is left with neither guide nor restraint to evolve a new rule. In post-revolutionary Russia the judge was directed, where he had to create a new rule, to do so according to "the revolutionary conscience".⁴² The Swiss Code requires the judge to decide the case by applying the rule which he would have selected if he had been the legislator.⁴³ English law, as we shall see, in theory denies to the judge any creative role since the Common Law of England is an inexhaustible reservoir of principles one of which can always be adapted to the case in hand. Spanish law, by Article 6, gives the judge some guidance: he must apply the general principles of the law.

The interpretation of this expression has excited much controversy and its very lack of precision may well have been intentional on the part of the draftsmen of the Code.⁴⁴ If the judge was always to appear to decide according to the law, than a sufficiently broad residuary source had to be indicated by Article 6 within the haven of which he could always anchor his decision, however subjective that decision may in fact have been. But vague though the expression be, it is generally accepted that the general principles of the law are not synonymous with the ab-

42. The decree of 27 november 1917 (S.U.R. 1917-50) mentioned as additional source of law the "revolutionary conscience and consciousness of justice". See SCHLESINGER, *Soviet Legal Theory* (1945), 63.

43. See WILLIAMS, *Swiss Civil Code* (1923), 34 et seq., and Version (1925), where Section 1 is translated: "The law must be applied in all cases which come within the letter or the spirit of any of its provisions. Where no provision is applicable, the judge shall decide according to the existing Customary Law and, in default thereof, according to the rules which he would lay down if he had himself to act as legislator. Herein he must be guided by approved legal doctrine and case law." By approved legal doctrine is meant that the French term *la doctrine* and not *la doctrina legal* of Spanish law: *op. cit.*, 61-64.

44. DAVID, *op. cit.*, 440.

stract rules of natural justice — those ideal principles to which the imperfect rules of every national law strive unsuccessfully to conform.⁴⁵ The Code is not invoking natural justice to bridge the lacunae in Spanish *ley* and *costumbre*: rather it is appealing to those principles which are implicit in Spanish law and of which the written law and the customs are the external and incomplete expression. One draws upon these principles to frame a statute or to establish a custom, but the principles remain still unexhausted and still incompletely expressed.

The most acute awareness of these underlying principles will be found in the judge. By reason of his training, by his experience of the practical problems of life which law seeks to resolve, and by his manipulation and interpretation of the legislation entrusted to him to help in their solution, the judge is in a better position than politician or professor to become imbued with the spirit and awareness of those principles. We find therefore that the general principles of the law to which the Code refers are today largely, but not completely, identified with the case-law of the courts. Or, more precisely, a general principle of the law must be evidenced by a particular number of decisions in the same sense emanating from a particular court. The current of decisions bears the technical name of legal doctrine (*la doctrina legal*).

The notion of legal doctrine was not new in 1889.⁴⁶ A decree of 4th November 1838,⁴⁷ had permitted appeal on cassation to the Supreme Court (*Tribunal Supremo*) for violation of *la doctrina legal*.⁴⁸ It did not however define this term: this definition was left to be worked out in subsequent decisions of the Supreme Court itself. What the French call *la doctrine*, that is, the opinions of learned commentators and academic

45. SABADIE, *op. cit.*, 73-74.

46. See generally HERZOG, *Le Droit Jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne* (Toulouse, 1942), 122-231 (*La Notion de Doctrine Légale*).

47. HERZOG, *op. cit.*, 106: the same decree required the Supreme Court to state the reasons for its decisions. For the object of this decree see below.

48. The Spanish Supreme Court has adopted a technique of appeal different from the French *Cour de Cassation*. The latter is a true court of cassation since it *breaks* the decision of the court below without substituting its own decision: instead there is a *renvoi*, not to the court first seized but to another court of like jurisdiction. The Supreme Court not only quashes the decision of the court below but also substitutes its own decision of the case. An exception is where the appeal is on the ground of fault of procedure, as distinct from violation of *la ley* or *la doctrina legal*: for fault of procedure the Supreme Court quashes and sends back the case to the lower court. See HERZOG, *op. cit.*, 396-399. Compare the English procedure by way of "Case Stated".

writers, was distinguished from *la doctrina legal* in a decision of 10th December, 1894: such opinions, however eminent their authors, could not found an appeal on cassation. Rather the law of 1838 intended what in France is described as *la jurisprudence*, the case-law of the courts.

At first, legal doctrine comprised the case-law of all the courts, whether courts of first instance (*juzgados de primera instancia*), courts of appeal (*audiencias territoriales*, of which there are several each hearing appeals from the courts of first instance within a certain area), or the Supreme Court (which is a single court with four chambers or divisions hearing appeals on cassation from the courts of appeal and possessing jurisdiction throughout Spain).⁴⁹ But the scope of legal doctrine was progressively narrowed down until it only applied to the case-law of the Supreme Court itself.⁵⁰ Moreover, a single decision of the court was not sufficient to create a legal doctrine:⁵¹ it required at least two similar decisions to constitute a legal doctrine, any breach of which thereafter by an inferior court would give rise to recourse on cassation to the Supreme Court. The notion of legal doctrine has not been more precisely defined than this, so that the Supreme Court has been able to avoid the pitfall into which in England both the House of Lords and the Court of Appeal have fallen in becoming bound by their own previous decisions. A single decision does not found a legal doctrine: so much is certain; but what number will found a doctrine has never been categorically decided.⁵² In general, two similar decisions suffice, but the Supreme Court is free to reject a would-be doctrine on no matter how many decisions it has been based. In practice, however, it rarely does so. Thus, the Spanish theory of legal doctrine occupies a position somewhere mid-way between the English doctrine of precedent and the French notion of *la jurisprudence constante*.

Is it then to this legal doctrine that the Code is referring when its

49. Besides these courts having general jurisdiction for all matters of common law, there are also special courts with limited jurisdiction: these include the municipal judges (*jueces municipales*) who hear petty cases, *tribunales de marino* for maritime cases, and *tribunales provinciales de lo contencioso-administrativo*, which are local administrative courts of first instance comparable to the former *conseils de préfecture* in France; appeal from these *tribunales provinciales* goes to the Supreme Court which thus combines the *op. cit.*, 422 and HERZOG, *op. cit.*, 270 et s.

50. Case of 13 June 1867, cited by DAVID, *op. cit.*, 427.

51. See cases cited in HERZOG, *op. cit.*, 116.

52. HERZOG, *op. cit.*, 117.

Article 6 speaks of the general principles of the law? Here we encounter one of the great enigmas of Spanish law: why did the draftsmen of the Code make no mention of legal doctrine in their enumeration of the sources of Spanish law? To answer this question it is suggested⁵³ that a distinction must be made between the theory of sources of law and the method of controlling the application of that theory. Legal doctrine is not part of the theory of sources but a method of controlling its application. This will require expansion.

Article 6 tells the judge to apply the legislative provision to the case before him. If there be no relevant statute-law, he must then apply the local custom, if any. In default of a local custom, he must apply the general principles of the law. But in his use of this last source, he must be checked from disturbing the certainty of the law and this is done by the technique of recourse in cassation for breach of a legal doctrine, a method which had been introduced prior to the Code for the very reason of introducing more certainty into judicial decisions in the face of the then confused state of *la ley*.⁵⁴ Where the judge has to create he may still create freely; but where a legal doctrine has already been formed, he is no longer free to disregard this doctrine: he must observe it or run the risk of his decision being upset on cassation. Legal doctrine in this way brings uniformity into the application of the general principles of the law, yet uniformity of error is avoided by the flexibility of the conception the law to a new set of facts does not bind future judges faced by the same facts. Nor indeed do two mistaken applications, although the likelihood of mistake is then less and so the Supreme Court is the more likely to accept the decisions as constituting a legal doctrine; *a fortiori*, if there be three similar decisions.

When the judge has a true task of creation, that is, when there is no statute, no custom, and no legal doctrine applicable to the case before him, his decision is not open to cassation by the Supreme Court. For recourse in cassation only lies for breach of *la ley* or *la doctrina legal*.⁵⁵

53. By DAVID, *op. cit.*

54. See note 20 above.

55. By Article 1691 of the Law of Civil Procedure of 1881, two other grounds for cassation exist, namely, violation (*quebrantamiento*) of the essential forms of the process (*juicio*), and certain types of misconduct by private arbitrators (*amigables componedores*): neither, however, are in point here where we are considering error in *judicando* rather than error in *procendendo*. For a general discussion of the technique of cassation, see HERZOG, *op. cit.*, 321-480 (*La Souveraineté juridictionnelle du Tribunal Suprême*).

In its application of this section of the Law of Civil Procedure, the Supreme Court has rejected any appeal which sought to disturb the creative decision on the grounds that it conflicted with vague notions of justice and morality. The appellant must base his case on a reference either to the precise provisions of *la ley* which allegedly has been infringed, or to the previous decisions constituting the legal doctrine which he claims to have been disregarded by the trial judge. If he alleges the decision is contrary to a general principle of the law, he must cite the provisions of *la ley* or the legal doctrine from which this principle emerges.⁵⁶

Here the apparent contrast with French law is very marked. Whatever may be the force in fact of a *jurisprudence constante*, appeal to the French *Cour de Cassation* must always be based on an alleged infringement of a provision of *la loi* and never upon a breach of *la jurisprudence*.⁵⁷ But the contrast may be more apparent than real,⁵⁸ the connection of the decision appealed against to the text infringed being often tenuous in the extreme. Similarly, the writer believes that Spanish law is much closer to English law in its treatment of case-law than many jurists have realised. Allowing for the different technique of appeals and disregarding the self-binding character of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords, English law takes a very similar view of judicial

56. E. g. case of 10 January 1941, cited by HERZOG, *op. cit.*, 436. Herzog joins Sabadie in criticism of this restrictive attitude of the Supreme Court which means that the court is unable to control by cassation the decision by a lower court based on a general principle of the law unless it can be shown to conflict with (a) a provision of *la ley*, (b) a legal doctrine or (c) a general principle already enshrined in (a) or (b) — “cercle vicieux” indeed (Sabadie, *op. cit.*, 76): see generally HERZOG, *op. cit.*, 434-438. This seems to produce a paradox: the trial court can invoke a general principle only in default of *ley* or doctrine: the cassation court can invoke a general principle only in the presence of *ley* or doctrine to support it; that is, the conditions for applying a general principle in order to reach a decision are the exact opposite to those for applying a general principle to break a decision. In the Supreme Court the paradox is resolved by the fact that the cassation court in breaking one decision also reaches a new decision: this new decision that the trial court infringed a general principle necessarily carries with it a positive application of that same principle in favour of the appellant. Thus any application of a general principle by the Supreme Court is both negative (in breaking the decision of the lower Court) and positive (in substituting the new decision) the conditions for the negative application, namely citation of *ley* or doctrine evidencing the general principle, are inseparable from those for the positive application. The paradox persists, however, in the case of the trial court, although probably obscured by the practice of never pleading a general principle without citation of *ley* or doctrine in its support.

57. See CUCHE, *Précis de Procédure Civile* (Dalloz, 10th ed., 1951), 421 et s.

58. See HERZOG, *op. cit.*, 222.

decisions to that found in Spanish law. For we find in Spain the Supreme Court treating legal doctrines as rules of law which must be observed and punishing their non-observance by cassation. In English law we find that a single decision of a High Court judge is "persuasive authority" for a fellow judge and that it will not lightly be disregarded. A line of similar decisions by judges of first instance has even greater authority, although still not absolutely binding. It is only when one considers the absolute authority of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords that a real difference is discernible: the Spanish Supreme Court may reject a legal doctrine which it feels no longer to be just, whereas the Court of Appeal and the House of Lords are bound to follow their own past decisions even against their present inclinations and however ill these decisions now conform with changed social or other conditions: examples abound of such reluctant bondage to precedent. The Spanish Supreme Court is more fortunate in being able to conduct its own reform of legal doctrine: the English courts have to await the time and pleasure of Parliament.⁵⁹

Is then legal doctrine a source of law? It is submitted that it is not: it is rather an outward expression of their inner principles of Spanish law. These principles, which are constant, are a source of law, for Article 6 so says, but their expression in concrete cases — *la doctrina legal* — may always change and so this doctrine is not a source of law, for a source cannot change. Rather we must describe legal doctrine as a *material* source: it tells us what is the present content of the law; and it tells us authoritatively since the Supreme Court treats its breach as no less a cause for cassation than a breach of *la ley*. The Civil Code made no alteration with regard to legal doctrine: Article 6 neither elevated it into a source *de iure*, nor reduced its authority *de facto*. Instead the article refers to the general principles of the law: legal doctrine should be treated as a manifestation of these principles but as a manifestation which is neither complete (for a judge may still innovate in the absence of any

59. HERZOG, *op. cit.*, 207-231, has a valuable comparative study of case-law in the French, English and Spanish systems. In his view the Spanish legal doctrine must be allied with the French *jurisprudence constante* and contrasted with the English binding precedent, because the English precedent may be absolutely binding whereas the French *jurisprudence* never is (at 228).

statute, custom or legal doctrine) nor immutable (for the Supreme Court may reject an established legal doctrine if it so choose).⁶⁰

Spanish jurists themselves are divided as to the effect of Article 6 on legal doctrine.⁶¹ The majority admit that legal doctrine has a certain influence in fact but assert that the Code now prevents it from having the least authority in law. The Supreme Court does not concur in this view for, as we have seen, it breaks any decision infringing a legal doctrine. Manresa has a more subtle solution: "Although the article does not say so, we consider that after local custom and before the general principles of the law one has to apply the case-law of the courts".⁶² He supports this contention by two texts: first, the third additional provision of the Code which provides for its decennial review in the light (*inter alia*) of the decisions of the Supreme Court; secondly, Article 1691 of the Law of Civil Procedure which provides the recourse in cassation discussed above in the case of a breach of legal doctrine. Professor Herzog argues that Manresa's theory rests on a misunderstanding of the texts and a misconception of the general spirit of the Code. Yet Manresa would seem to have analysed correctly the process of reasoning which the judges themselves in practice adopt. The Spanish jurist Dualde puts yet a third point of view: Article 6 was intended to deprive case-law of its role as a subsidiary source of law but attempt failed because the creation of rules of law is a social phenomenon outside the legislator's control.⁶³ So too Demofilo de Buen: the interpretation given by the Supreme Court to the general principles of the law assimilates them to legal doctrine and, as a result, case-law has remained a source of law under another name. "In reality", concludes de Buen, "although there has been a change of name, the situation has not changed with the Civil Code".⁶⁴

Between these conflicting views, if indeed they do conflict, an English writer hesitates to arbitrate. The view which this essay ventures to put forward may be summarised thus:

After statute and custom, the Spanish theory of sources expressed in Article 6 indicates the general principles of the law. These principles will

60. DAVID, *op. cit.*, 431.

61. See HERZOG, *op. cit.*, 191-198.

62. MANRESA, *Código Civil*, t. 1, p. 84, cited by HERZOG, *op. cit.*, 191.

63. DUALDE, *Una revolución en la lógica del derecho* (Barcelona, 1933), 274 et seq., cited by HERZOG, *op. cit.*, 196.

64. DEMÓFILO DE BUEN, *Introducción al estudio del Derecho civil*, 333-334, cited by HERZOG, *op. cit.*, 200.

often be found expressed in *la doctrina legal* of the Suprem Court: this doctrine the judge must follow or his decision is likely to be quashed on cassation. In the absence of legal doctrine covering the point at issue the judge must look elsewhere for a manifestation of the general principles which are to guide his creative activity: to legal maxims,⁶⁵ to analogy, to rules of other systems of law akin to his own, to the writings of jurist and commentators, and, above all, to his own judicial instinct and sense of justice. But these miscellaneous elements, like legal doctrina, are not sources of law: they are no more than exemplifications of the underlying principles of Spanish law. The vagueness of Article 6 has at least the merit of completeness: the judge is not left to reach his decision *in vacuo*; he can always bring his creative decision within the infinite embrace of the third source, *los principios generales de derecho*.

DERECHOS FORALES

The various foral civil laws were not deprived of their authority on the promulgation of the Civil Code. Article 12⁶⁶ states that the provinces and territories in which there is a foral law will keep it for the present in its integrity without the present rules of law, whether written or customary, under going any alteration by reason of the publication of the Code: the Code will only be applied as supplementary law in the absence of dispositions of the foral laws of these provinces and territories. The same article, however, in its first paragraph provides for the universal application throughout Spain (in both common law and foral law provinces) of the provisions of the Code relating to three particular matters. These are:

1. Dispositions relative to the effect of legislation.⁶⁷
2. Dispositions concerning the doctrine of status and the general rules for the application of each status.⁶⁸
3. Dispositions concerning marriage.⁶⁹

It is clear why the first group of dispositions must be given universal application. Both relate rather to matters of public than private law:

65. These *aforismos* have no legal authority but are widely invoked in the absence of positive law: one may compare the "maxims of Equity" in English law.

66. Article 12, paragraph 2.

67. Viz. Articles 1-5, and 16.

68. Viz. Articles 9, 10 and 11.

69. Title 4, Book 1.

intolerable confusion would be caused if an enactment of the central legislature were given a different effect in different parts of Spain or if different forms of marriage prevailed in different provinces.

The second group of dispositions is concerned with the rules of conflict of laws. In Spain, unlike in England, conflicts of laws may arise both internally and externally. Little need be said of the external conflicts, in which Spain follows other continental systems in adopting the criterion of nationality rather than of domicile in determining personal status. More interesting for our purpose are the internal conflicts. Such a conflict may arise either between the common law and a foral law or or between one foral law and another. The determination of these internal conflicts is governed by exactly the same rules as those for external conflicts:⁷⁰ thus, a conflict between Spanish common law and Catalan law is resolved in the same way as one between Spanish law and English law. Within Spain itself we can observe the phenomenon of a unified private international law. That it is unified is due to the Code imposing throughout Spain the common law rules for status and its application and removing these matters from the domain of the foral laws.⁷¹

Except in the three matters discussed, the Code plays only a secondary role in the foral provinces. In these provinces the appropriate foral law will govern as before 1889: only if the question is not covered by any provision of the foral law is reference to the Code then permissible.

That the Code intended no alteration in the sources of the foral laws is indicated by the reference in Article 12 to the preservation of each foral

70. Article 14: "In conformity with the dispositions of Article 12, the rules established in Articles 9, 10 and 11 concerning the persons and property of Spaniards in foreign countries and of foreigners in Spain are applicable to the persons, acts, and property of Spaniards in the Provinces or territories which have a different civil law". But to determine the personal law of the *de cujus* in an internal conflict, it is clearly impossible to adopt the criterion of nationality, which is invoked in cases of external conflict. Instead Article 15 supplies an elaborate solution of this problem of *la dependencia regional*: see SABADIE, *op. cit.*, 37-39, especially his description of *la vecindad*, a kind of inter-provincial naturalisation.

71. It follows that within Spain one does not encounter the problems of classification and *renvoi*, which arise from a disunity of competing national systems of private international law. Nor does the antithesis of common law and foral laws create any problem of jurisdiction since both are administered by the same set of courts. Problems of jurisdiction which do arise spring from the limited territorial competence of certain of the lower courts. Thus, in inter-regional conflicts the problem is essentially that of the choice of law.

law in its integrity without alteration of its rules, written or customary.⁷² The characteristic of every foral law was its derivation from written on the one hand and custom on the other. The written law would be made up of the enactments of the foral Parliament and official compilations of previous *fueros*, laws, and customs, many of great antiquity: this written law might apply to the whole foral area or to particular localities within that area: thus, there was a general law applicable to all Catalonia and a especial local law for certain parts of Catalonia, notably Barcelona, which ousted or modified the general law. Besides the written law (general or local) there was a mass of unwritten customary law. In addition, each foral law supplemented its written and customary law by reference to various subsidiary sources.⁷³ Finally, as an ultimate source, Article 12 brings in the Civil Code itself.⁷⁴

By way of illustration of the complexity of the sources of foral law one may again cite the instance of Catalonia. After 1889 the sources of Catalan law are, in the order in which they must be applied:

1. The universal provisions of the Civil Code.⁷⁵
2. Other legislation of general application to all Spain.⁷⁶
3. Catalan civil law⁷⁷ comprising three elements:

72. This view is upheld by the Catalan jurist BORRELL I SOLER in his *Derecho civil vigente en Cataluña* (Barcelona, 1944, I. 14). Another distinguished Catalan, F. DE SOLÀ CAÑIZARES, cites Borrell i Soler with approval, pointing out that Article 6 is contrary to the order of sources in Catalan law: see *Le Droit Civil Catalan*, "Revue Internationale de Droit Comparé" (Paris 1953), 76. The writer is much indebted to this article for its illuminating outline of Catalan civil law.

73. Thus, any lacuna in Catalan written or customary civil law will be filled, where possible, by a provision sought, first, in the canon law, and, secondly, in the Roman law (*infra* p. 35).

74. In Aragon and the Balearic Isles the Code is elevated by Article 13 to the position of first and sole supplementary source. In the case of Aragon this is because that foral law prior to 1889 used as its primary subsidiary source the law of Castile. The Balearic Isles, however, had looked to Catalan law and Roman law to supplement their foral law, so that their inclusion within Article 13 appears due to the desire of their representatives at the time of the Code to secure some simplification of the supplementary sources of their law, and, possibly, to fear and jealousy of neighbouring Catalonia.

75. *Supra*, p. 32.

76. i.e. Legislation subsequent to the Decree of Nueva Planta (1716) and prior to 1889, so far as not superseded by the Civil Code, and also legislation subsequent to the Civil Code itself.

77. See generally F. DE SOLÀ (*op. cit.*) for details of the more important peculiarities of this civil law.

- (1) the general written law contained in *Les Constitucions i altres drets de Catalunya* of 1704;
- (2) The customary law;⁷⁸
- (3) the local law of certain regions of Catalonia.⁷⁹
4. The canon law as first supplementary law.⁸⁰
5. The Roman civil law as second supplementary law.⁸¹
6. The Civil Code (other than those provisions included in 1. above) as final supplementary source.

It is not surprising that French writers on Spanish law comment unfavourably on this complexity and criticise the slow unification of the foral laws with the common law.⁸² Although little progress towards unification of the written law has been made since 1889, advances have been made elsewhere by the work of the Supreme Court, which through its jurisdiction of cassation is steadily evolving a body of legal doctrine applicable to all Spain. Of course, the court must take heed of an express provision of the foral law. But where foral law is obscure or where there is any doubt whether a provision of the foral law is available, then the Supreme Court has not been slow to have recourse to the Civil Code, and where the Code itself provides no solution it has invoked the general principles of the law pursuant to Article 6, principles which it will be remembered must be evidenced either by *la ley* or by legal doctrine formed from its own previous decisions. This activity has not gone without criticism from the foral lawyers who see in it a slow but sure undermining of the foral law itself.⁸³ For, as David says, the foral law tends to be progressively reduced to unimportant matters which involve local custom or which do not admit an appeal to the Supreme Court.

78. According to Catalan jurists, custom may exclude a provision of written law (except the universal provisions of the Civil Code or other laws of universal application). Here is an important difference from the theory of sources set out by Article 6, which adds point to the contention that this Article has no application to foral law: see F DE SOLÀ, *op. cit.*, 81.

79. F. DE SOLÀ (*op. cit.*, 81) mentions Barcelona, Tortosa, Gerona, and Vall d'Aran.

80. Not the new Canonic Code of 1918, but the body of the canon law in force immediately prior to 1918.

81. i.e. the Latin text of the *Corpus Iuris Civilis*.

82. The present writer does not altogether share the French view-point; see *infra* p.

83. In 1932 *el Tribunal de Cassació de Catalunya* was set up for this very reason but it was abolished in 1938. An interesting comparison might be made with the effect of the case law of the House of Lords upon Scots Law: see T. B. SMITH, *Doctrines of Judicial Precedent in Scots Law* (Edinburgh, 1952), *passim*.

PART TWO. — SOURCES OF ENGLISH LAW

The legal history of England is usually begun with the Norman Conquest of 1066 and the accession to the Throne of William, Duke of Normandy, a strong ruler determined to weld his newly-won Kingdom into an indestructible whole. It was, however, his grandson, Henry II (1154-1189) who recognised the important role which law could play in building together his realm: under him royal decrees and royal justice began to supersede the local jurisdictions and local customs. But this story can be found elsewhere⁸⁴ and there it is proposed to pass at once to a consideration of the four sources of English law, custom, common law,⁸⁵ equity and statute-law, this being the order in which each source has been most active in shaping English law. A chronological treatment may well be adopted since English law lacks any pivotal date such as 1889 in Spanish law or 1789 in French law.

CUSTOM⁸⁶

Anglo-Saxon law was largely a matter of local courts administering a system of local customary law. It was against such a customary background that the royal judges built the common law. The emergence of this common law has been regarded by some jurists as the expression of the common or general customs of the realm of England.⁸⁷ We shall

84. See HOLDSWORTH'S monumental *History of English Law* (3rd ed., 1922) Vol. 1, or, in smaller compass, PLUCKNETT, *Concise History of the Common Law* (4th ed., 1948).

85. In a special sense considered later.

86. See ALLEN, *Law in the Making* (5th ed., 1951), 61 et seq., for a full discussion of custom as a source of English Law. An interesting short account is in POLLOCK, *First Book of Jurisprudence* (5th ed., 1923), 280-290.

87. This "declaratory theory" is expressed by Blackstone in 1765 (*Commentaries*, i, p. 73) in the following terms:

"And thus much for the first grand and chief corner-stone of the laws of England which is, general and immemorial custom, or common law from time to time declared in the decisions of the courts of justice."

Lévy-Ullman (*The English Legal Tradition*, London, 1935, p. 53) comments:

"In the Classical period of English law, that is, in Blackstone's time, general immemorial custom was only a pious fiction. Ever since the 13th century there had been superimposed, like a new geological stratum, the slowly accumulating mass of Common Law decisions. This mass was, indeed, not independant of the older tradition, but linked with it, as the author of the *Commentaries* points out. Yet, in essence, it constituted a new element."

examine this notion when discussing the common law. Be that as it may, the growth of the common law administered in the royal courts meant the virtual disappearance of general custom as a source of law. The common law had superseded all such general customs or else incorporated them within its own principles.⁸⁸

The custom which remained, and still remains, a source of law is particular custom. The courts have evolved certain requirements which the particular custom must fulfil to be recognised as creating a rule of law. These are:⁸⁹

1. It must be particular, that is, confined to a particular locality.⁹⁰
2. It must not conflict with any fundamental principle of the common law.
3. It must have existed from time immemorial, which by convention is put at 1189. There are, however, certain presumptions which make this requirement less difficult to prove than at first sight appears.
4. It must have been continuously observed and peaceably enjoyed as of right.⁹¹
5. It must be certain.
6. It must not conflict with other established customs.
7. It must be reasonable.⁹²

General custom, as distinct from particular custom, may exceptionally create a rule of law. The requirement of time immemorial is not then

88. ALLEN (*op. cit.*, 124): "A custom applying to all the King's subjects is not truly a custom at all in the legal sense for, as Coke says (Litt. 110b), 'that is the common law'."

89. Fully discussed in ALLEN (*loc. cit.*).

90. Or to a particular class of persons, e.g. merchants, but in this case existence from time immemorial is not insisted upon: see PATON, *Jurisprudence* (2nd ed., 1951) p. 148-9, who suggests the customs of merchants should now be considered, not particular, but general customs, and so "part of the law of the land". The writer agrees with this view and has treated mercantile usage as a general custom: see *infra*. 39.

91. I.e. the public which is affected by the custom must regard it as obligatory, not as merely facultative: what ALLEN (*op. cit.*, 131) terms the *opinio necessitatis*.

92. The importance of local customs is, in practice, slight. Many local peculiarities relating to succession and land-tenure were abolished by the reform of the law of property in 1922-1925. Most modern cases involving local custom concern rights over land: see *supra* p. 20, n. 13, and cases there cited. Also customs in particular trades or districts may often be embodied as implied terms with contracts: e.g. *Wigglesworth v Dallison* (1778) 1 Doug. 201; POLLOCK (*op. cit.*, 290) suggests it would be better to speak in this instance of "usages" rather than of custom, for "we have here to do with a canon of interpretation, not with a distinct source of law". As to the so-called customs of merchants, see *infra*.

possible since general custom of such antiquity will already have passed into the common law. Where general custom may still operate is in the field of mercantile usage. Originally, English law treated the usage of merchants as a particular custom restricted to the merchant class and to become part of the ordinary law, administered in the ordinary courts.⁹³ New usages may still today pass into the law as and when they become established. Thus, the law relating to negotiable instruments is the product of the last 250 years or so and is still capable of expansion⁹⁴ This suggests that the English conception of the common law is of something dynamic, not static. This conception must now be examined.

COMMON LAW

This term is the more baffling to foreign jurists through being used in various senses. Of these senses the most important are two, one wide, one narrow. In the wide sense it indicates the body of law enshrined in the decisions of the judges (case-law) and is contrasted with the pronouncements of the legislature (statute-law). In the narrow sense it denotes only that part of the judge-made law which emanated from the courts of common law as distinct from the rules of equity evolved in the courts of equity. We will begin by taking the term in the wide sense.

The royal judges who went out into a countryside of local custom and vague unwritten legal traditions began to build up in their royal courts rules of law⁹⁵ To what extent these rules were declaratory of the traditions of the country or a kind of lowest common denominator of the local customs is not known. It is felt by some that the judges may have innovated to a considerable extent during this formative period.⁹⁶ What-

93. People talk of the custom of merchants. This word custom is apt to mislead our ideas. The Custom of Merchants, so far as the law regards it, is the Custom of England. We should not confound general customs with special or local customs". — *Edie v East India Co.* (1761) 1 W. Bl. 295 per Sir Michael Foster. Cf. GOODHART, *English Law and Moral Law* (1953), 118: "It is noteworthy that the Law Merchant was not created by the State, but was taken over by the Courts long after it had been firmly established".

94. See *Goodwin v Roberts* (1875) LR10 Ex. 337; *Edelstein v Schuler* (1902) 2KB 144 much of the law of negotiable instruments has now been consolidated into statutes, notably the Bills of Exchange Act, 1882.

95. For a description of the circuit system of itinerant judges, see LÉVY-ULLMANN, *op. cit.* 48-51. See this same author (59-72) for an excellent account of the procedural skeleton of "writs" upon which the body of the common law was built.

96. See POLLOCK, *op. cit.* 254-257; also BUCKLAND & McNAIR, *Roman Law and Common Law* (2nd ed., 1952), 15.

ver the material out of which they formed their decisions, the uniformity of these decisions and their emanation from a small body of judges were the principal factors in establishing those rules and principles which we call the common law. "In substance the common law may be said to have been a new law created by the royal courts in the 12th and 13th centuries. Many of the materials with which the royal judges worked can, or course, be traced to the law of Anglo-Saxon England or pre-Conquest Normandy, but these materials they built into a new building with additions of but these materials they built into a new building with additions of their own, and so far as they were indebted in their achievement to anything beyond their own abilities it was to the law of Rome rather than to any other that the credit must go".⁹⁷ The inspiration of Roman law came through the canon law, many of the judges being ecclesiastics, but this Roman influence was never particularly strong.⁹⁸

Due to their prestige, to their superior procedure,⁹⁹ and to the calculated policy of the King, more and more work was removed the various local courts into the royal courts. In dealing with the cases before them the judges in the courts of common law tended to follow their own previous decisions. In the course of the centuries this practice hardened into the inflexible doctrine of precedent, the account of which must be postponed until something has been said of the growth of equity.

Equity¹⁰⁰

Common law in its narrow significance is contrasted with equity. The restricted growth of the common law under the system of units, the excessive formalism of its procedure, these and other factors led to the King being addressed petitions from his humble subjects begging him to mitigate the rigours of the common law and to do justice in their particular hard case. Such a petition might properly be addressed to the King over the head of his judges because of the notion that the King was the fount of justice and, as such, possessed of a residuary jurisdiction outside that delegated by him to his judges.

97. RODELIFFE and CROSA, *English Legal System* (2nd ed., 1946), 15.

98. See ALLEN, *op. cit.*, 255 et seq.

99. Especially trial by jury.

100. See generally MAITLAND, *Equity* (1936); HANBURY, *Modern Equity* (6th ed. 1952).

The petitions would be delivered to the Lord Chancellor in his role of *Keeper of the King's Conscience*.¹⁰¹ In time the Chancellor himself determined the merits of each petition and established his own court, the Court of Chancery, in which to try the case brought to him on petition. In this way there arose a rival system to that of the common law, possessing its own court, its own procedure, its own remedies, and its own rapidly growing case-law. This rivalry was eventually resolved in the reform of the 19th century by the merger of the two sets of courts into the one Supreme Court of Judicature.¹⁰² But by that date serious conflict had become rare due to the rival courts each having abrogated to themselves certain provinces of the law as within their own special jurisdiction.¹⁰³ Equity, like the praetorian law of Rome, was in the nature of an additional body of rules supplementary to those of the common law: it offered remedies over and above those available at common law; it protected and enforced rights which were not recognised at common law; it also gave superior methods of procedure.

Equity then is how English lawyers describe collectively the rules of law formulated by the courts¹⁰⁴ of equity. It is possible to speak of rules for despite the origin of equitable jurisdiction in the desire to escape from inflexible rules to a less rigid, more perfect justice, it was not long before equity too began to follow its own previous decisions. By the time the reforms came both equity and common law were in the common grip of the doctrine precedent.

PRECEDENT

The same instinct which produces custom produces a doctrine like that of precedent: *via tuta via trita*. It is not possible to do more here than state the modern form of this doctrine and indicate its controversial elements. The history of its evolution may be found elsewhere.¹⁰⁵

101. The mediaeval Chancellor was, in Maitland's phrase, the King's secretary of state for all departments; until the 16th century the office was almost invariably held by a high dignitary of the church, who would naturally be expert in matters of conscience.

102. A process completed by the Judicature Acts, 1873-75.

103. "We ought to think of the relation between common law and equity, not as that between two conflicting systems, but as that between code and supplement, that between text and gloss." (MAITLAND, *op. cit.*, Lecture XII.)

104. There were other courts, besides Chancery, which exercised equitable jurisdiction.

105. Notably, ALLEN, *op. cit.* 154-227. For a short account of the theory of precedent, see PATON, *Jurisprudence* (2nd ed., 1951), S.44.

The decision of a case by a judge not only is binding on the litigants but it may also have authority over judges seized of similar cases in the future. It is the second aspect of the force of the decision which is involved in the doctrine of precedent. Three questions have to be answered: first, what degree of authority does the earlier case (or "precedent") have in subsequent cases? Secondly, what is the legal principle embodied in the precedent? Thirdly, what determines whether a subsequent case is similar and so to be governed by that principle?

As to the first question, a decision of a higher court is binding absolutely on a lower court if seized of a similar case:¹⁰⁶ thus, a High Court judge will be bound by a decision of the Court of Appeal, and the Court of Appeal will be bound by the House of Lords. Furthermore, the Court of Appeal and the House of Lords are absolutely bound by their own decisions.¹⁰⁷ Other courts (e.g. High Court, County Courts, Court of Criminal Appeal, Judicial Committee of the Privy Council) are not absolutely bound to follow their own previous decisions: such decisions are only persuasive authority, not lightly to be departed from.

But when one speaks of a precedent as an authority,¹⁰⁸ it is only the legal principle on which the first case was decided which is an authority in the later case. The court has, therefore, to resolve the second question, namely, what is the legal principle the judge in the earlier case invoked to reach his decision: this principle is known as the *ratio decidendi*. Because in his judgement the judge will have set out a reasoned justification of his decision, the reader of the report of the earlier case will be able

106. In England there is a hierarchy of civil courts headed by the House of Lords as the ultimate appellate jurisdiction. Beneath the House of Lords is the Court of Appeal which hears appeals from (i) the various divisions of the High Court sitting in London and (ii) the numerous County Courts which sit in provincial centres to decide the smaller civil cases. The criminal courts form a different hierarchy, although this too the House of Lords at its head.

107. This principle was not finally established until 1898 for the House of Lords (by *London Street Tramways Co. v L. C. C.* (1898) AC375) and 1944 for the Court of Appeal (by *Young v Bristol Aeroplane Co.* (1944) KB718). But *Young's Case* recognised certain exceptions to the application of the principle in the Court of Appeal, and Dr. Allen (*op. cit.* 234 et seq.) shows that the present system still admits of considerable flexibility. See also R. N. GOODERSON in 10 "Cambridge Law Journal" (1950) 432.

108. Thus Dr. ALLEN, *op. cit.*, 241: "Any judgement of any court is authoritative only as to that part of it, called the *ratio decidendi*, which is considered to have been necessary to the decision of the actual issue between the litigants. It is for the court, of whatever degree, which is called upon to consider precedent, to determine what the true *ratio decidendi* was".

to see the process of reasoning adopted therein. Often indeed the judge will formally state his reasons for his decision: must the later students of the case accept the judge's own formulation of the *ratio decidendi*, or can they extract their own *ratio decidendi*? Controversy rages over this point. In the orthodox view, one accepts as the true *ratio decidendi* the principle which the judge himself propounds, so far as this principle is necessary for the decision.¹⁰⁹

The third task facing the court is to decide whether their case is similar to or "on all fours" with the earlier case. What facts did the judge consider relevant in reaching his decision? Are those same relevant facts present in the instant case? Are there no additional facts to enable the case to be "distinguished" from the earlier one and the court to escape in this way from the authority of the precedent? Again, much has been written on the art¹¹⁰ of distinguishing, for it is a necessary part of the judicial process in England: the colour of a man's eyes will not normally be a relevant fact, but whether he has one or two may be.¹¹¹

If there is no precedent nor statutory provision applicable to the case before him, the judge has to create¹¹² a new rule of law in order to reach a decision. In this work of creation he will be guided by his judicial training and experience; he will use analogy; he will consider the solutions of other systems of law; he will pay heed to public policy.¹¹³ But the

109. A proposition of law which is unnecessary for the decision is termed an *obiter dictum*. For an attack on the orthodox view see GOODHART: *The Ratio Decidendi of a Case*, "Essays in Jurisprudence and the Common Law" (Cambridge 1937).

110. "There is no trick of method which can rigorously determine the *ratio*—the interpretation of precedent is an art rather than a science." PATON, *op. cit.*, 162.

111. See *Paris v Stepney Metropolitan Borough Council* (1951) AC367, where the House of Lords found the defendant council had been negligent in not providing goggles for their *one-eyed* workman, such one-eyedness being a material fact in the decision.

112. See ALLAN, *op. cit.*, 277: "Hence arise those cases 'of first impression' which are by no means uncommon in the courts, even at this day when so many permutations and combinations of circumstances have been considered and recorded. To what, then, do the judges turn? To those principles of reason, morality, and social utility which are the fountain-head not only of English law but of all law". Later Dr. Allan speaks of the judge employing "that kind of natural justice or common sense which he has absorbed from the study of the law and which he believes to be consistent with the general principles of English jurisprudence" (*op. cit.* 285). Again (at 341): "But even in these cases (of first impression) the judge decides upon considerations which his technical training lead him to believe are consistent with general principles of English law". This is an interesting echo of Article 6 of the Spanish Civil Code.

113. See DENNING, *The Changing Law* (1953), preface vii, where the learned Lord Justice states: "In theory the judges do not make law. They only expound it. But as no-one

eventual decision will be his own, and for the future it will itself become a precedent and part of the common law. For the common law, its principles never having been exhaustively translated into a code, is still capable of growth.¹¹⁴

STATUTE-LAW

Of the fourth and last source of English law a foreign jurist need be told very little. Legislation or statute-law has come to the fore as a source of law in the last hundred years or so. In the sphere of commercial law a partial, though piece-meal, codification has been effected: witness the Bills of Exchange Act, 1882, Factors Act, 1889, Partnership Act, 1890, Sale of Goods Act, 1893, and various acts relating to bankruptcy and company law; in the main these acts merely restate the pre-existing law, largely judge-made. The law of property, especially property in land, was drastically revised in 1925 in a number of important statutes. Since the war of 1939-1945 a great flood of legislation has flowed from Parliament: most of this is concerned with public law,¹¹⁵ but private law too has been affected.

An important function of statute-law is to open a way out of we impasse into which the doctrine of precedent may lead. Once the House of Lords, as the highest court in England (and Scotland too), has reached a decision, that decision is ever binding upon it and all lower courts. But with the development of society the decision may become undesirable, even manifestly unjust. Legislation has then to be introduced to change the law.¹¹⁶ The supremacy of the legislature enables Parliament to overrule the offending decision of the judiciary, but even without express

knows what the law is until the judges expound it, it follows that they make it". Cf. ALLEN, *op. cit.*, 286: "Although (the judge) is making a definite contribution to the law, he is not importing an entirely novel element into it".

114. See EVERSHED, *Current Legal Problems*, 1953, p. 2: "A rule of law not enshrined in any statute has within it at least some capacity of continual growth and development. But when a statute has been passed defining and replacing the old rule, the question is one not so much of discerning the true principle behind the rule but of construing the precise language of the statute".

115. "The great bulk of legislation is concerned with public law. It is for the most part of a social or administrative character, defining the reciprocal duties of State and individuals, rather than the duties of individuals *inter se*." (ALLEN, *op. cit.*, 289).

116. Recent examples are Law Reform (Frustrated Contracts) Act, 1943; Law Reform (Contributory Negligence) Act, 1945; Law Reform (Personal Injuries) Act, 1948; Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act, 1949.

statutory reform, where a judge is faced by a conflict between a precedent and legislative provision, he must follow the latter.

SUMMARY

English law is derived from four sources: custom, common law, equity, and statute-law. The first source consists, in the main, of particular or local customs, which will be recognised as having legal force by the courts only if they satisfy certain strict requirements. Common law and equity still remain distinct branches of law in the mind of the English lawyer, although since 1875 the rules of each branch are applied in all the courts. Together they form a system of judge-made law which, unlike in continental law, is no series of glosses on a code but a coherent and self-contained body of rules.¹¹⁷ This judge-made law is made self-consistent by the doctrine of precedent. Finally, statute-law is increasingly at work in a time of social revolution both in framing new public law and in speedily adopting the private law to keep pace with the changing times. Moreover, legislation is periodically needed to cut the gordian knot which the doctrine of precedent may tie about the decisions of the House of Lords.¹¹⁸

117. See DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé* (Paris, 1950), 278: "Pour les Anglais, la source essentielle du droit, c'est la jurisprudence: le juriste anglais part du principe qu'en consultant les arrêts rendus par les Cours anglaises, il trouvera toujours, inévitablement, un principe, une règle de droit, à l'aide de laquelle il pourra résoudre la contestation à lui soumise".

118. There are, of course, other influences which affect the content of English law, although one cannot dignify them with the title of sources. The writings of jurists need only be mentioned here. If the writings are of great antiquity they are treated as evidence of the law which they set out. Again, some great jurists of the less remote past, like Blackstone, have so long been regarded as authoritative statements of the law that their views are treated with very great respect. The writings of modern jurists, if of sufficient importance, may be invoked by a judge when faced with a new problem. It is not usual, however, to describe these writings as a source since they have no authority *de iure*: the judge may ignore them. But jurists, ancient and modern alike, by text-book and commentary, have done much to systematise and improve the knowledge of the law scattered in the reported cases and the subject of piece-meal legislation. With regard to such "unauthoritative" sources, see Salmond: *Jurisprudence* (10th ed.) 151 et seq. Cf. ALLEN, *op. cit.*, 252 et seq. Dr. Allen maintains that "the difference between the authoritative and the so called 'persuasive' sources is one of degree, not of kind". But, with great respect, a differences of degree often makes a world of difference *in law*.

CONCLUSIONS

From a comparison of the theory of sources in the laws of Spain and England, six main conclusions emerge:

1. The pre-eminent source in Spanish law is, and seems always to have been, *la ley*: the other sources are what the French term *extra-légal* and only of secondary authority. In English law, the judge-made rules of common law and equity constitute the principal authority and form a more or less coherent system. The authority, however, of statute-law is higher *de iure* due to the constitutional theory of the supremacy of Parliament. But despite the superior authority of *la ley* in English law, English legal thinking preserves its traditional approach, which is to regard precedent as the normal source of legal norms whereas legislation remains something exceptional, confined to isolated topics, and the object of restrictive interpretation. Judge-made law is the great reservoir from which English law is derived. Spanish lawyers look to a text the Code and various other enactments provide this text for their civil law.

2. In the absence of a provision of *la ley*, a Spanish judge applies the local custom, if there be any, and in default the general principles of the law. These principles are treated as largely identical with the legal doctrine of the Supreme Court. This legal doctrine occupies an intermediate position between the strict English doctrine of precedent and the flexible French theory of *la jurisprudence constante*. The English judge, on the other hand, whose mind will have turned first to his precedents and thence to the statute-book, faced by a lack of provision covering the case before him, will produce a new rule by analogy to the existing rules or by any other means his judicial training approves.

3. Custom plays a part in both systems, being recognised as a source of law in certain circumstances, but its role in English law is very restricted and it is rarely before the courts: in the Spanish system custom is more active.

4. The historical division between common law and equity has no counter-part in Spanish law. There, besides the distinction *ratione loci* made within the civil law between civil law, a triple division *ratione materiae* is also made between civil law, commercial law, an administrative law. In English law all three matters are largely dealt with in the same courts. Only in administrative law is there a growing tendency for admi-

nistrative matters to be removed from the jurisdiction of the ordinary civil courts.

5. The legal unity of England with its centralised system of superior courts and its universally applicable legislation and judge-made law contrast markedly with the legal disunity of Spain where foral laws exist alongside the common law. Yet if one take the larger political unit of the United Kingdom, legal unity is at once lost: Scotland enjoys its own legal system and Northern Ireland has its own legislature. The British Isles indeed include a number of foral laws: Scotland, Northern Ireland, the Isle of Man, and the Channel Isles all have a measure of legal autonomy. If we take a still larger unit such as the Commonwealth the legal diversity becomes almost indescribable. It is only within the geographical area of England and Wales that the common lawyers may properly boast of their legal unity.

6. Conscious of the different legal systems which combine in the political unity of the United Kingdom or of the Commonwealth, an English observer of the Spanish scene may question the *a priori* arguments which most French writers advance in criticising the continuance of the foral laws in Spain. North of the Border, England has its own Catalonia, but English lawyers recognise that it is best for the Scots to continue to live under the legal system which is natural to them and which they have shaped through centuries of experience to reflect the peculiar characteristics of the Scottish people. Until two peoples are sufficiently blended into a harmonious whole, an artificial unity of law has little to commend it and may well violate the culture and traditions of one or both peoples. Better far to tolerate diversity of law within the political unity than to endanger that unity by seeking legal unification prematurely. The arguments so strongly advanced by French writers on the basis of French experience seem less forceful and less self-evident to an English or Scots lawyer. In Spain today the trend in favour of the statutory unification of the various laws seems to have been reversed; instead, preference is given to the slower process of seeking to reduce and eventually to eliminate the foral laws through the legal doctrine of the Supreme Court. This process well deserves the attention of English lawyers, whose interest in one of the great legal systems of the world will, it is hoped, have been stimulated by this short account of the Spanish theory of sources.

EL CONCEPTE CATALÀ DE LA POBRESA LEGAL

per

JOAN OLLER i RABASSA

El fet d'ésser pobre en el concepte legal pot enfocar-se des de dos angles diferents: un d'ells materialista o numèric, ço és, pel costat de les rendes, jornals, sous o ingressos del subjecte, i l'altre — que prové dels Drets romà i canònic — és més humà, puix que contempla l'*ops* de la persona. La pobresa és *inopia*; el pobre, *inops*, i el mot *ops* no sols té relació directa amb la situació econòmica de la persona, sinó també en allò que pot, és a dir, en allò que té i en allò que pot fer. Així, doncs, ens trobem davant una falta de possibilitats, de força, d'actuació voluntària. Per això, pobre legal ho serà aquell qui no podrà actuar voluntàriament, l'*inoperant*, o sia la persona impedida de fer allò que generalment fan els altres dins llur estament. Aquest és el criteri de la nova Compilació en definir la pobresa de la vídua com la manca d'allò que és indispensable per a la seva *congrua sustentació*.

Amb això ben present, no ens costarà gaire de saber quan una vídua és pobra, ni tampoc quan un litigant té dret que hom l'hi declari.

És d'equitat i de justícia d'equilibrar aquell qui no pot pagar-se les despeses d'un procediment judicial amb aquell qui pot fer-ho folgadoament i baldera. Però això no és tan fàcil com sembla, perquè està exposat a grans abusos i injustícies, més que mai si la declaració ha de recaure a favor del demandant. I a mi sempre m'ha semblat que el perill prové en una gran part de veure, en la declaració de pobresa per a litigar, una problema de dret adjectiu o de procediment, quan, de fet, és substantiu, perquè implica una declaració.

La llei d'Enjudiciament Civil de caràcter general a Espanya resol el cas per mitjà d'un incident que veu i falla el mateix jutge que entén de l'afer

principal. En altres llocs o països la declaració de pobresa no la fa el jutge de l'afer principal, sinó un altre, o una comissió, o un tribunal especial integrat per un funcionari judicial i per altres elements que poden estar assabentats de les possibilitats econòmiques del demandant. Però potser no és en aquestes garanties processals on trobarem l'encert d'una justa declaració de pobresa, sinó en la substantivitat del cas d'ésser o no ésser pobre per a litigar.

Una anècdota m'ajudarà a explicar-me, perquè els fets, per ells mateixos, són pragmàtiques irrefutables.

Un amic meu, persona benestant, que viu en un bon barri barceloní, va queixar-se al seu carboner perquè sempre li enviava la factura amb el rebut signat: "Home de Déu", va dir-li, "¿que no veieu que si aquest paper se m'entafora per les butxaques i jo em moro, vós ja haureu cobrat?". El carboner somrigué i contestà que ja sabia a qui ho feia. I tot seguit, amb un cop de braç, va assenyalar-li el rengle de cases que tenien enfront i li digué que a cap ni un dels veïns de tots aquells pisos, no els faria un quilo de carbó. Les cases que signava el carboner eren bones, no pas velles, ben segur que ocupades, però, pels mateixos veïns de trenta anys ha, els quals, per circumstàncies de tipus general, a desgrat que exteriorment no ho semblin, han de viure reduint-se fins a l'extrem que el carboner del barri no els fia ni un quilo de carbó. I cada dia més, perquè les rendes no els arriben, si abans vivien bé, avui no poden ni cobrir-se les necessitats indispensables en l'estament social a què pertanyen: són pobres!

Ho repeteixo, són pobres, perquè és més pobre aquell que s'ha de treure del menjar un abric o unes sabates, encara que visqui en un bon pis on ha viscut sempre i que avui li resulta més econòmic que un altre, que no pas aquell qui porta unes espadenyes o unes sabatots, un abrigall qualsevol, però va ben pascut, fa fontades els dies de festa i viu en un pis modest, en un barri apartat, i ningú no li sap ni li sospita el bossot amagat que té. No em costaria gaire, amb altres anècdotes, de demostrar la veritat de les precedents paraules meves, ço és, que en barris pobres i humils, sense signes exteriors de riquesa de pisos ni servei, hi viuen persones adinerades, per no dir milionàries. N'hi trobaríem moltes que poden pagar-se abastament les despeses d'un plet, i que són legalment pobres perquè no se'ls saben jornals ni sous superiors al doble o el triple jornal d'un bracer, comparet o terrelló, del lloc; ni hom els coneix rendes o productes de conreus o de cries d'aquell mateix import, ni indústria, ni comerç, ni

paguen contribució, ni frueixen de signes exteriors de riquesa legals; però, en canvi, dintre llur estament viuen ben allarats i ben pascuts, no s'estan de res, ni s'han d'imposar cap privació: aquests són ric.

En el nostre Dret català la pobresa legal era examinada des d'aquest angle, des d'aquest punt d'observació. Per això Lluís de Peguera — i això ho reporta F. Maspons i Anglasell — definia la pobresa legal així com segueix: “*qui honorifice non potest vivere juxta qualitatem suae persone*”.

Examinant el problema a la llum d'aquestes paraules de Peguera, que resumeixen el criteri dels nostres juriconsults i de la nostra Reial Audiència, tot el sistema, tot el mecanisme jurídic d'avui per a declarar la pobresa, resta transformat de cap a peus. Ja no podria donar-se el cas en què s'és trobat qui aquestes ratlles escriu, que per la diferència d'una pesseta diària es va guanyar una pobresa, com a l'inrevés, podria haver-se perdut. El materialisme d'una declaració de dret, filla d'una addició i d'una resta, s'evapora per donar pas a un concepte més humà i més just. I que no se'm digui que volem reviure antigalles, perquè el dret és una cosa viva que reviu per ell mateix adaptant-se i modificant-se segons les necessitats, les conveniències i les orientacions dels temps.

I aquest criteri de les possibilitats d'una persona dins l'estament a què pertany per a declarar-la legalment pobra estava tan arrelat en el nostre món jurídic, que l'il·lustre juriconsult senyor Maspons i Anglasell té registrat que: “en les Corts de Montsó de 1512, presidides per Germana, segona muller i lloctinent del seu marit, el rei Ferran II, fou votada una llei (Constitucions de Catalunya, vol. I, llibre III, tít. XXVIII) que ordenà que la condició de pobre no fos reconeguda segons la condició de la persona, sinó segons els béns que posseixi”, és a dir, una llei inspirada en el criteri materialista. Però, a desgrat de la llei esmentada, tant els juriconsults com la Reial Audiència seguien aplicant el criteri contrari, com hom pot veure en el gran nombre de sentències dictades amb posterioritat a la dita llei, que no l'esmenten ni l'observen.

És més, encara; els nostres juriconsults i la nostra Audiència tenien de la pobresa legal un concepte tan humà, un criteri tan ajustat a les exigències de la vida segons l'estament de la persona, que hom dictava sentències com la de l'11 de febrer de 1549 (trenta-set anys després de la llei abans esmentada), en la qual hom reconeix la pobresa d'un subjecte i es declara “que si el demandat era condemnat a restituir, no tindria de què viure segons la seva condició de mercader”.

**LA INVESTIGACIÓ DE LA PATERNITAT
EN EL DRET CATALÀ I EL CODI CIVIL ESPANYOL**

per

MANUEL PARÉS i MAICAS

SUMARI: I. Introducció. — II. Referència històrica: *a)* Dret romà; *b)* Dret canònic; *c)* El problema de l'aplicació a Catalunya de la Llei XI de Toro; *d)* ¿Regeixen a Catalunya les disposicions del Codi civil en relació amb el reconeixement forçós dels fills naturals?; *e)* Projectes d'apèndix i projectes de compilació del Dret català. — III. Concepte de la filiació no legítima: *a)* Filiació natural; *b)* Filiació il·legítima *stricto sensu*. — IV. El principi de la lliure investigació de la paternitat. — V. La investigació de la paternitat a través dels projectes d'apèndix i de compilació: A) Projecte d'Apèndix de 1930 i l'Avantprojecte de Compilació de 1953; B) Projecte de Compilació del Dret civil de Catalunya de 1955. — VI. Supòsits de l'article 135, n.º 3, del Codi civil. VII. Mitjans per a provar la filiació: *a)* Possessió d'estat; *b)* Presumpcions i indicis. Persones que poden exercitar l'acció. Prescripció de l'acció. — VIII. Efectes del reconeixement: A) Fills naturals; B) Fills il·legítims *stricto sensu*. IX. Conclusió.

I. INTRODUCCIÓ

La realitat històrica dels nostres dies i els trastorns de tota índole registrats en el transcurs d'aquest segle han originat una profunda transformació en les concepcions morals i socials de la nostra època, que han influït poderosament en els diferents sistemes jurídics actuals. Per tant, una institució com l'anomenada "investigació de la paternitat", que té un contingut tan ric en perspectives humanes, no sols de tipus moral, sinó també de caràcter social, ha estat sotmesa a la inevitable influència dels sotrats del nostre temps, que d'una manera molt directa tendeixen a aconseguir la igualtat de tots els humans, i la plasmació material dels quals

a vegades ha pres un impuls veritablement molt difícil de contenir i que ha donat lloc a sagnants moviments de tipus polític i social.

El *Code Napoléon*, fruit i conseqüència d'un moviment revolucionari com la Revolució francesa, que tanta repercussió ha tingut en la vida de la Humanitat, paradoxalment, en el relatiu a la investigació de la paternitat, adoptà un criteri prohibitiu reflectit en el primitiu article 340, que deia textualment: "La investigació de la paternitat és prohibida..."¹, principi que no estava d'acord amb l'esperit accentuadament liberal i igualitari dels revolucionaris francesos. Molts codis² seguien la tendència del *Code Napoléon*, en tant que d'altres, en canvi, es mostraren partidaris del principi de la lliure investigació de la paternitat,³ amb el qual, a l'horitzó jurídic del segle XIX, poden ésser apreciades dues orientacions totalment distintes, és a dir, la dels partidaris i la dels contraris de la lliure investigació de la paternitat dels fills naturals i il·legítims *stricto sensu*.⁴

D'ençà de la promulgació, l'any 1804, del *Code* fins als nostres dies, però, bastants cossos legals han estat modificats en aquesta matèria, substituint els primitius preceptes de caràcter prohibitiu o restrictiu per normes de tendència marcadament més liberal.⁵

1. Hom diu que Napoleó, en contra de l'opinió de Cambacérés, era partidari de l'absoluta prohibició de la investigació de la paternitat. Els redactors del Codi civil francès consideraren que prohibint la investigació de la paternitat, llevat en casos excepcionals, hom podria aconseguir una millora en els costums i una minva del llibertinatge. Com després veurem, aviat hom va poder comprovar la ineficàcia d'aquesta orientació legislativa.

2. Així, per exemple, el Codi civil espanyol.

3. Per exemple, el Codi civil argentí, art. 325. Segueixen un sistema permissiu, però sotmesos a algunes limitacions: Codi civil alemany (art. 1717), Codi civil suís (arts. 314 i 315), mexicà (art. 382), italià de 1942 (art. 267).

4. Cada vegada té més importància la tendència a ampliar els supòsits d'investigació de la paternitat, a admetre les proves dels grups sanguinis (ja emprada a molts Estats), en fi, a apartar-se del criteri restrictiu absolut.

5. Per la llei del 16 de novembre de 1912 hom va canviar totalment el sistema del Codi Napoleó en suprimir el principi d'absoluta prohibició d'investigació de la paternitat, admès només en els casos de: a) rapte o violació; b) seducció feta amb engany; c) confessió escrita i inequívoca de paternitat; d) notori concubinat dels pares i e) participació al sosteniment i l'educació del fill.

Això no obstant, la Comissió que actualment revisa el Codi civil francès ha considerat insuficient la regulació vigent i ha assenyalat que els objectius que es proposa són els següents: a) per a demanar el reconeixement n'hi haurà prou acreditant la cohabitació dels pares durant el temps legal de la concepció; hom admet, a més, com en l'actualitat, la confessió de paternitat del presumpte pare o la participació al manteniment del fill; b) els fills adulterins podrien ésser objecte de reconeixement i establir judicialment llur filiació, però que això no els signifiqui sinó l'atribució d'un dret alimentari. Com fa notar André Rouast, la nova llei francesa del 15 de juliol de 1955, si bé ha introduït algunes refor-

Per això hem considerat d'un gran interès de fer un esbós general del tractament que des de fa segles rep en el nostre Dret propi de Catalunya el problema que serà l'objecte d'aquest estudi, amb el desig de mostrar com les disposicions del Dret canònic, que és la font directa en la matèria, conceben de forma comprensiva i generosa l'espinosa qüestió de la paternitat dels fills naturals i dels il·legítics, sistema que regeix sense interrupció en el transcurs dels segles, malgrat totes les influències que han hagut de sofrir les nostres institucions jurídiques. Al mateix temps desitgem d'establir una comparació amb la regulació que rep la institució objecte d'aquest estudi al Codi civil espanyol, assenyaladament restrictiva, intentant de demostrar, encara que només sigui en línies generals, la discorde i sovint contradictòria jurisprudència del Tribunal Suprem espanyol, que ha tendit a aplicar a casos relatius a Catalunya allò que prescriu el Codi civil, procediment absolutament inadmissible, com veurem, per tal com en el Dret de Catalunya existeixen normes clares i concretes sobre el particular

II. REFERÈNCIA HISTÒRICA

Com ja hem assenyalat, la investigació de la paternitat ha experimentat al pas del temps una evolució molt marcada, que ha estat en relació amb el fonament jurídic de cada país i amb les circumstàncies de cada cas. Així tenim que, en tant que a Catalunya, el sistema jurídic de la qual, basat primordialment en el Dret canònic i en el Dret romà, hom reconeix des del principi i d'una manera inalterable el principi de la lliure investigació de la paternitat, el Dret de Castella ha seguit una trajectòria menys determinada i sovint vacil·lant, que, per fi, es concretà en l'article 135 del Codi civil, tan influït pel 340 del Codi civil francès.

a) DRET ROMÀ. — En el Dret romà els fills il·legítics no tenien dret al reconeixement del pare — si bé naixien *sui iuris* i seguien la condició de la mare —, llevat els nats d'una unió concubinària,⁶ que podien ésser

mes en favor dels fills il·legítics, no ha recollit completament els objectius que han estat proposats per l'esmentada Comissió de revisió.

6. PRÓSPER DE BOFARULL, en la seva obra *Los Condes de Barcelona vindicados*, Barcelona, 1836, tomo I, pp. 25-26, diu que no hi ha cap dubte que a Catalunya existia legalment el concubinat com la unió d'un home i una dona, però que tenia un caràcter menys solemne que el matrimoni.

Bienvenido OLIVER, en la seva *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia, y Código de las Costumbres de Tortosa*, tomo II, Madrid, 1878, p. 349, assegura que es

reconeguts pel pare, gaudien del dret d'aliments, d'un dret restringit de successió intestada i podien ésser legitimats per un matrimoni subsegüent.

Els orígens de la investigació de la paternitat en el Dret romà es remunten als temps de l'Imperi, durant el regnat de Constantí, al principi del segle iv, acceptada per Zenó l'any 508; però Justí la derogà l'any 519, encara que més tard fou aplicada de nou per Anastasi. En fi, Justinià la restablí definitivament l'any 529 en incorporar-la als textos de la seva recopilació.

b) DRET CANÒNIC. — Les Decretals de Gregori II⁷ estableixen l'admissibilitat en el Dret canònic de la investigació de la paternitat, i disposen que ha d'ésser respectat el fet que el pare negui la paternitat d'un fill determinat, sempre que per judici o per prova de testimonis no es demostrï la certesa de la paternitat al·legada.

És molt interessant de fer notar que en les Decretals hom disposava que el judici d'investigació de la paternitat era de la competència de la jurisdicció eclesiàstica, cosa que és una prova evident de l'interès que els canonistes i les autoritats eclesiàstiques sentien pels problemes que feien referència a la filiació dels fills no legítims.

c) EL PROBLEMA DE L'APLICACIÓ A CATALUNYA DE LA LLEI XI DE TORO. — Una controvèrsia molt debatuda s'ha plantejat entre els tractadistes respecte a la vigència i l'aplicació de la llei de Toro.⁸ La quasi totalitat dels autors catalans s'han mostrat contraris a donar a aquesta llei, dintre el territori català, el caràcter d'aplicable, i han sostingut aquest punt de vista juristes de tant de relleu com Brocà i Amell.⁹ Modesto Falcón, en la seva *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común*

conserven alguns documents dels segles x, xi i següents, que són contractes d'amistançament atorgats per persona d'elevada ascendència, i que el matrimoni o concubinat dels clergues era reconegut o consentit pels bisbes. Per últim, segons diu G. de Vallisca, al seu comentari a l'Usatge *Filius milites*, a Tortosa, com a la resta de Catalunya, els fills bastards dels nobles heretaven noblesa i podien dur a llur escut els emblemes paterns, assistir a les Corts, etc.

7. Llibre 4, tit. 17, *Qui filii sunt legitimi*, cap. 3.

8. En aquesta llei es consideren fills naturals els que "nacieren de padres que al tiempo de la concepción o del parto pudieran casarse sin dispensa, con tal que los padres les reconociesen como suyos, aunque la mujer no fuese única ni la tuviese el hombre en su casa".

9. *Instituciones de Derecho civil catalán vigente*, Barcelona, 1886, 2.^a ed., tom. II, p. 151.

y *foral*,¹⁰ afirma que l'esmentada llei de Toro no va ésser mai admesa per cap de les legislacions forals, ja que, pel seu caràcter de recopilada, era posterior al Decret de Nova Planta,¹¹ el qual, en el seu capítol 42, deia textualment: "En todo lo demás que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este decreto, mando que se observen las constituciones que antes había en Cataluña, entendiéndose que son de nuevo establecidas por este decreto, y que tienen la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en él". Per tant, del contingut de l'al·ludit precepte es dedueix que a Catalunya continuen vigents totes les disposicions anteriors al Decret de Nova Planta que no fossin contràries a allò que està expressat en aquest i que no hagin estat derogades per altres disposicions posteriors d'aplicació general a tot Espanya. Entre les poques disposicions que han estat dictades després de la promulgació del citat decret i que fan referència al Dret català, no n'hi ha cap que especifiqui que les Lleis de Toro hagin d'ésser aplicables a Catalunya, car són normes legals que foren aplicades d'una manera exclusiva al territori castellà.

Malgrat les raons exposades i la claredat dels preceptes del Dret català vigents en aquesta matèria, és a dir, del Dret canònic i també del romà, que són els que regeixen a Catalunya, el Tribunal Suprem, en la seva sentència del 6 d'abril de 1905, va fer al·lusió expressa a l'aplicació de les Lleis de Toro a Catalunya. En canvi, cosa que prova que el Tribunal Suprem ha seguit en aquest problema un criteri irregular i vacil·lant, en la seva sentència del 23 d'octubre del 1929 va declarar que la llei XI de Toro no podia ésser aplicada al territori català, o sia, va dir tot el contrari del que va fixar en la sentència del 6 d'abril del 1905.

d) ¿REGEIXEN A CATALUNYA LES DISPOSICIONS DEL CODI CIVIL EN RELACIÓ AMB EL REONEIXEMENT FORÇÓS DELS FILLS NATURALS? — No hi ha cap dubte que una de les qüestions més discutides és la de si les normes del Codi civil sobre el particular són d'aplicació a Catalunya, o si, al contrari, les Constitucions catalanes tenen caràcter preferent sobre el Codi. D'acord amb el que hom establí en el paràgraf 2.^{on} de l'article 12 del dit cos legal, sembla que no existeixi cap dubte respecte a l'aplicació del Dret propi de Catalunya i no la dels articles del Codi, ja que l'esmentat precepte diu: "En ... las provincias y territorios en que subsiste Derecho

10. Tom. I, p. 323.

11. Vegeu Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1898, vol. del Dret de família. El Decret de Nova Planta fou promulgat per Felip V el 16 de gener de 1716, formant la llei I del tit. 9, llibre V de la Novíssima Recopilació d'Espanya.

foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como Derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales". Malgrat la claredat amb què està redactat aquest article, que sembla que no havia de promoure discussions doctrinals o jurisprudencials sobre quin ha d'ésser el Dret que ha d'aplicar-se a Catalunya, en la doctrina jurídica catalana existeixen dos corrents de signe oposat, o sia, la dels partidaris de l'aplicació del Codi civil i la dels qui s'inclinen per la prioritat del Dret propi de Catalunya. A través de la trajectòria que ha seguit el Tribunal Suprem hom pot apreciar també els dos esmentats corrents.

1. *Tendència favorable a l'aplicació del Codi civil.*—En sostenir aquest punt de vista, Planes i Casals diu que, segons alguns tractadistes, els efectes del reconeixement són els del Codi, especialment pel que es refereix al dret d'usar els cognoms del pare o mare, els aliments, la instrucció, l'educació, etc.¹²

Modesto Falcón diu que no existeixen a Catalunya lleis pròpies en matèria de legitimitació,¹³ i Prats Burgay, en la seva obra *Derecho civil vigente en Cataluña*,¹⁴ fa referència, directament i exclusiva, als articles del Codi, i esmenta, a més, sentències del Tribunal Suprem que no tenen cap relació amb Catalunya. La positura presa per aquest autor arriba fins a l'extrem d'afirmar que el Codi civil regeix a Catalunya perquè les seves disposicions no són contràries al Dret català (?).¹⁵

Coll i Rodés creu que, pel que respecta a les condicions i els requerits del reconeixement dels fills naturals, hom ha de considerar vigent el Codi i admetre el doble reconeixement que aquest regla, és a dir, el voluntari i el forçós, ja que, segons el dit autor, en aquest punt el Dret català no diu res.¹⁶

2. *Tendència favorable a l'aplicació del Dret català.*—Hom pot afirmar que una gran part dels autors han defensat amb energia i sense interrupció la tesi que es mostra absolutament partidària de la preferent aplicació del nostre Dret propi.

12. *Derecho civil español, común y foral*, publicat i anotat per Mariano RUBÍO i TUDURÍ, Barcelona, 1925, tom. I, p. 409.

13. Op. cit. tom. I, p. 323.

14. P. 88 i ss.

15. P. 83.

16. *De la successió dels impúbbers en dret català*, a la *Revista Jurídica de Catalunya*, tom XV, 1909, p. 460 i ss.

En la seva coneguda obra *Código civil de Cataluña*,¹⁷ Pella i Forgas afirma sense rodeigs que el Codi no ha suplert ni ha modificat al Dret de Catalunya dient textualment: “basta hacer un comentario de las leyes canónicas y romanas tocantes a la investigación de la paternidad, para ver que en Cataluña no pueden aplicarse los preceptos del Código”.

Guillem M.^a de Brocà, en la seva *Historia del Derecho de Cataluña y especialmente del civil, y exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*,¹⁸ manté la mateixa posició, tot fent remarcar que, en la matèria que ens ocupa, el Codi no ha substituït cap disposició posterior al Decret de Nova Planta, de la mateixa manera que no ha suplert cap deficiència del Dret de Catalunya.

L'insigne jurista català Manuel Duran i Bas, que tant va fer perquè la promulgació del Codi civil fos una realitat, fa observar que el Dret aplicable al territori català és el romà i el canònic; opinió molt interessant d'ésser tinguda en consideració si hom té en compte que prové d'una figura tan prestigiosa, que, a més, va expressar aquest parer en una obra apareguda abans de la publicació del Codi.¹⁹

Antoni Borrell i Soler, autor de l'obra de Dret català que més repercussió ha tingut, *Dret civil vigent a Catalunya*,²⁰ en indicar que el Codi civil permet solament el reconeixement judicial dels fills naturals en els supòsits de l'article 135, afegeix —i considerem d'interès transcriure literalment les paraules de Borrell—: “pero en Cataluña es práctica admitida de tiempo inmemorial, fundada más o menos rigurosamente en el Derecho canónico, la investigación de la paternidad, no sólo natural, sino también de los demás ilegítimos, por parte del hijo y de sus representantes y herederos...”²¹ El fill de l'anterior, Borrell i Macia, adherint-se al punt de vista del seu il·lustre progenitor, diu que la investigació de la paternitat es regeix per les disposicions del Dret canònic.²²

17. Tom I, p. 250.

18. P. 593 i ss.

19. *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña*, escrita con arreglo al art. 4 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880, Barcelona, 1883, I vol.

20. Publicada a Barcelona l'any 1923. La traducció castellana, sota el títol de *Derecho civil vigente en Cataluña*, fou publicada l'any 1944.

21. *Op. cit.*, tom IV. Derecho de familia, p. 86.

22. Vegeu *Derecho civil de Cataluña a la Nueva Enciclopedia Jurídica*, dirigida per Carles E. Mascareñas, tom “Derecho”, p. 226.

Darrerament, el professor Pou de Avilés²³ s'ha declarat fermament partidari de la vigència del Dret propi de Catalunya citant, entre altres raons, per a fonamentar la seva tesi, la decisió del Tribunal Suprem del 5 de juliol del 1944.

Per últim, considerem interessant de fer una breu al·lusió a alguns juristes no catalans de gran prestigi que han tocat aquest problema i les positures doctrinals, l'objectivitat i l'esperit de comprensió dels quals crec que han d'ésser tingudes en compte.

Felipe Sánchez Román, una de les personalitats de més relleu de la constel·lació jurídica espanyola, estima que les fonts legals de la investigació de la paternitat a Catalunya són el Dret romà i el Dret canònic, i que, en *últim grau*, pot ésser aplicat el Codi civil, ja que — diu — fonamentalment no discrepa dels preceptes del Dret català i pel fet que la llei de matrimoni civil del 1870 fou d'aplicació general a tot Espanya.²⁴

Pérez, Alguer i Castán, en les notes a la traducció del famós tractat titulat usualment "Enneccerus", *Derecho de familia*, per Theodor Kipp i Martin Wolff,²⁵ diuen que l'aplicació a Catalunya, en matèria de filiació natural, del Dret canònic i del Codi civil, ha restringit considerablement la virtualitat dels principis del Dret romà en aquesta matèria, i assenyalen que per la transcendental sentència del 5 de juliol del 1944, ja al·ludida, hom proclamà la subsistència de l'aplicabilitat del Dret canònic.

Castán, que és conegut de tothom pel seu esperit de comprensió envers el Dret català, afirma que els preceptes del Dret canònic regeixen amb preferència als del Dret romà. Recull el concepte de fill natural segons la legislació canònica, i diu que és l'aplicable, si bé no al·ludeix, però, al problema de la investigació de la paternitat.²⁶

D'acord amb els punts de vista exposats, i tenint en compte la categoria dels juristes que els han formulats, no creiem que hi hagi cap dubte, des de l'angle doctrinal, respecte a la prioritat que en tot cas ha

23. *El reconocimiento forzoso del hijo natural en el Derecho español*, a la *Revista Jurídica de Cataluña*, maig-juny 1951, p. 230.

24. *Op. cit.*, tom V, vol. I, p. 1.507.

25. Traducció de la 20 edició alemanya *Derecho de familia*, tom IV, vol. II.

26. *Derecho civil español foral y de la Zona del Protectorado de España en Marruecos*, Madrid, Editorial Reus, S. A., 1922, p. 44. Amb tot i això, en la seva famosa obra *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1942, 5.^a ed., tom IV, "Derecho de familia", en tractar de la investigació de la paternitat dels fills naturals i il·legítims, no fa cap al·lusió als preceptes del nostre Dret que es refereixen a aquesta institució.

de tenir el Dret propi de Catalunya quan es tractarà de casos relatius al reconeixement forçós dels fills naturals i il·legítics.

3. *Criteri seguit per la jurisprudència del Tribunal.* — En repetides ocasions el Tribunal Suprem s'ha hagut de pronunciar en la qüestió que ens ocupa: així veiem que en la seva sentència del 6 d'abril del 1905 diu que en primer lloc s'ha d'anar a la legislació vigent a Catalunya prescindint d'allò que prescriu l'article 135 del Codi i jurisprudència relacionada amb el mateix. Idèntic to categòric utilitza la sentència del 4 de maig del 1907, mentre que són emprats uns termes menys explícits en la del 13 de maig del 1902 — “los derechos de los hijos naturales se hallan perfectamente definidos tanto en el Derecho romano como en las Constituciones forales de Cataluña” —, i en la del 9 d'octubre del 1902.

D'això que hem dit es dedueix que no hi ha cap dubte, segons la jurisprudència de l'òrgan suprem jurisdiccional espanyol, sobre quin és el Dret aplicable a Catalunya.²⁷ Tanmateix, però, cal indicar que, malauradament, la pràctica judicial ha tingut tendència sovint a desconèixer les regles del nostre Dret autòcton amb l'objectiu d'aplicar les del Codi, fet produït principalment per raons de comoditat, que han perjudicat, així, una institució tan interessant i de tant de contingut humà, com és la de la lliure investigació de la paternitat al mirall del nostre Dret. Lògica conseqüència d'aquesta corruptela viciosa és que en més d'una ocasió el Tribunal Suprem ha aplicat a casos relatius a Catalunya els articles del text codificat tot ignorant, per tant, les normes del nostre Dret.

A fi d'acabar aquestes disquisicions volem recollir de nou l'autoritzada veu de Duran i Bas, que sosté que aquesta institució ha de conservar-se pel fet d'estar molt arrelada a la consciència jurídica catalana i perquè ho aconsella, a més, la realitat pràctica. Com a colofó de les idees d'aquest eminent juriconsult, hom pot comprovar que moltes legislacions han admès el lliure principi de la investigació de la paternitat, ja que és un imperatiu categòric de la nostra època.

27. *A la Memoria formulada por la Comisión nombrada en sesión de 31 de mayo de 1899, compuesta por los señores Magín Pla y Soler, Felipe Bertrán de Amat, Guillermo M.ª de Brocà, José Pella y Forgas, José Estanyol y Colom, Guillermo A. Tell y Lafont y Antonio M.ª Borrell y Soler, acerca de las instituciones jurídicas de Cataluña que conviene aprobar en el Apéndice al Código civil, aprobado en sesión de 28 de agosto de 1899 (Barcelona, 1899), s'arribà a la mateixa conclusió després d'haver considerat les diferents tesis sostingudes pels tractadistes de l'època.*

e) PROJECTES D'APÈNDIX I PROJECTES DE COMPILACIÓ DEL DRET CATALÀ.²⁸ — Com ja és cosa sabuda, en publicar-se el Codi civil es va establir que es publicaria un apèndix adicional corresponent a cadascuna de les regions on no fossin aplicables els preceptes del Codi en determinades institucions, disposició que solament s'ha vist realitzada amb l'apèndix de Dret aragonès, publicat l'any 1925 i que és l'únic en vigor.

S'han publicat diversos projectes d'apèndix i de compilació, uns per coneguts especialistes del nostre Dret i altres fets sota la iniciativa de societats científiques o comissions creades per a la codificació del Dret de Catalunya. Els projectes més importants que han vist la llum pública són els següents:

Proyecto de Apéndice del Código civil para Cataluña, publicat per l'Acadèmia de Dret de Barcelona l'any 1896.

Proyecto de Apéndice de Derecho catalán al Código civil, basat sobre el redactat l'any 1880 per Manuel Duran i Bas, Barcelona, 1930.

Anteproyecto de la Compilación del Derecho civil especial para Cataluña, Barcelona, 1953.

A la fi de l'any 1955 hom va publicar el *Proyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*,²⁹ redactat com el del 1953, per la Comissió de juristes que hom va crear per a l'estudi i l'ordenació de les institucions del Dret català.^{29a}

Com ja veurem després, tots els esmentats projectes, i d'una manera especial els de 1930, 1953 i 1955, reconeixen, expressament i implícita,

28. Cal fer una petita observació respecte al fet que primerament hom emprés el terme *apèndix* i que darrerament hom hagi considerat mol més adequat d'utilitzar el de *compilació*. Els primers projectes d'apèndix foren concebuts d'acord amb un Decret de Duran i Bas en virtut del qual hom considerava que el sistema de Dret civil català podia encaixar-se dins el Codi civil. Els temps ens han demostrat, amb tota evidència, que aquest punt de vista era totalment inacceptable i equivocant, i s'ha obert pas la concepció de compilar el Dret català, perquè un sistema de Dret és una unitat completa, sostinguda per un esperit propi, i és absurd de pretendre d'ajuntar-lo amb un text codificat de la mateixa branca del Dret, corresponent, però, a un sistema diferent. Per tant, veiem que els dos últims projectes que han estat redactats ho han estat com a compilació i no pas com a apèndix.

29. Per donar una idea del ressò que ha tingut la publicació d'aquest Projecte de Compilació direm que ja ha estat emprat en nombroses ocasions per advocats i jutges, i el Tribunal Suprem hi ha fet una referència expressa en la seva sentència del 23 de novembre de 1955, en dir "...en aquel criterio se inspira el artículo 529 *in fine* y a contrario sensu del reciente Proyecto de Compilación del Derecho civil de Cataluña".

29a. Quan estava ja redactat aquest treball es va publicar la Llei n.º 40, del 21 de juliol del 1960, que va aprovar, amb algunes modificacions, el *Proyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*.

l'existència de la lliure investigació de la paternitat en tots els casos. Així veiem — a títol d'exemple — que l'article 10 de l'últim Projecte diu: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán investigar libremente quiénes sean sus padres y exigirles el cumplimiento de las obligaciones que su condición les impone". Els altres projectes s'expressen d'una manera semblant.³⁰

Després de tot le que acabem d'exposar, no creiem que calgui insistir més sobre el principi d'absoluta prioritat del Dret català sobre el castellà en la qüestió objecte d'aquest estudi, ja que, pensem, els arguments adduïts són tan categòrics, que les vacil·lacions d'alguns autors i, sobretot, de la jurisprudència del suprem tribunal espanyol, no poden ésser tingudes en compte.

III. CONCEPTE DE LA FILIACIÓ NO LEGÍTIMA

Primerament farem un breu esbós del concepte històric de la filiació natural, i tot seguit ens referirem a les aportacions de la doctrina i la jurisprudència. Amb el mateix criteri parlarem del concepte de la filiació il·legítima *stricto sensu*.^{30a}

a) FILIACIÓ NATURAL. — 1. *Dret romà*. — Fill natural era el nascut d'una concubina, però calia que aquesta visqués de manera constant a casa de l'home amb el qual ella havia cohabitat, i que, com fruit d'aquesta relació, hagués nascut el fill. Això significa que el concubinat era admès en el Dret romà³¹ — només era possible amb les dones manumitides, les de mala conducta i les esclaves —,³² i la seva existència també fou reconeguda en el Dret posterior. Alguns Estats europeus, fins al segle XII, el consideraren com un matrimoni morganàtic o de desigual condició. Al contrari, el fill nascut d'una unió de caràcter circumstancial, el conceptuaven il·legítim en sentit estricte i fruit d'una unió il·lícita i pu-

30. L'art. 4, par. 1.º de la Compilació diu: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán promover las acciones conducentes a la investigación, prueba y declaración de su filiación y exigir de sus padres el cumplimiento de las obligaciones que tal condición les impone".

30a. Emprem la terminologia de filiació il·legítima *stricto sensu* per no incórrer en confusió respecte a la filiació il·legítima simple, més coneguda pel nom de filiació natural.

31. Vegeu MAYNZ, *Derecho romano*, traduït al castellà per Antonio José Pou ORDINAS, amb la cooperació de diversos professors, Barcelona, 1880, 3 vols. Assenyalat aquest autor que August la va sancionar com una institució legal (p. 84).

32. MAYNZ, *op. cit.*, p. 85.

nible,³³ encara que els pares fossin solters, visquessin lliures i sense cap impediment. La concubina, però, va estar mancada sempre, tant en el Dret romà com després en el canònic, dels drets de què gaudia la muller legítima.³⁴

2. *Dret canònic.* — Les Decretals de Gregori IX, en el títol *Qui filii sunt legitimi*, diuen que són fills naturals tots els que no siguin nats d'una unió danyada, per tant, aquells el pare i la mare dels qual poguessin casar-se.³⁵

Cal fer observar les diferències existents entre la concepció romana i la canònica. Així veiem que, mentre que el concubinat en el Dret romà era una institució admesa legalment, el Dret canònic, en canvi, hi era absolutament contrari, car deia que eren fills naturals tots els nats d'unions que no fossin *danyades*, posició confirmada definitivament pel Concili de Trento en condemnar d'una manera absoluta l'existència del concubinat.³⁶

Alguns canonistes, entre els quals figura O'Callaghan, van admetre, amb esperit ampli, que hom considerés com a fill natural el nascut de pares que poguessin casar-se en qualsevol moment des de la concepció fins al naixement del fill, si bé cal fer notar que el Dret canònic indica que solament s'ha de tenir en compte el moment de la concepció.

3. *Dret actual.* — La generalitat dels autors catalans consideren que fill natural és el nascut d'un home i d'una dona que al temps de la seva concepció poguessin contreure matrimoni sense dispensa.³⁷ Fill natural *stricto sensu* és aquell que prové de la unió d'un baró i d'una dona que no tinguin cap impediment per a contreure matrimoni ("Fill natural és dit aquell qui és nat de solt e de solta y entre yls peria ésser matrimoni").³⁸

Pel que hem dit no hi ha cap dubte que el Dret aplicable és el canònic i no pas el romà, car, en no existir en aquest cap disposició que es refereixi als fills naturals en el seu sentit actual, ja que les seves normes no estan

33. MAYNZ, *op. cit.*, p. 83.

34. MAYNZ, *op. cit.*, p. 85-86.

35. El Decret de Gracià deia que eren fills naturals els nascuts fora de matrimoni de pare i mare que podien casar-se al moment de la concepció, encara que no siguin de concubina que el pare tingués a casa seva.

36. Sessió 24, cap. 8, *De reforma matrimonii*.

37. BROCÀ, *op. cit.*, p. 595; BORRELL SOLER, *op. cit.*, vol. IV, *Derecho de familia*, p. 81; BROCÀ I AMELL, *op. cit.*, vol. II, p. 151; PELLA I FORGAS, *op. cit.*, vol. IV, p. 246.

38. *Constitucions de Catalunya*, Const. V., par. I, *Duquels a qui les heretats són toltes*, llibre VI.

d'acord amb els principis establerts al Concili de Trento, s'ha de recórrer a allò que disposa el Dret canònic, tal com ho va assenyalar el Tribunal Suprem en la sentència del 21 de març del 1867, en dir que "Las Constituciones de Cataluña nada establecen respecto a lo que se debe entender por hijo natural, y que, por tanto, es necesario estar sobre este punto al Derecho canónico".³⁹ Les sentències del 13 de maig del 1902, 6 d'abril del 1905 i 4 de maig del 1907, segueixen el mateix criteri, si bé d'una manera indirecta.

Borrell i Soler, en parlar d'aquesta qüestió, afirma que el concepte de fill natural que s'ha de tenir en consideració és l'admès en Dret català, i afegeix que, com a principi general, tot fill nascut fora de matrimoni es presumeix que és natural, per la raó que la condició d'aquest és menys deshonrosa que la dels altres fills il·legítims. Aquest criteri ja va ésser pres en consideració pel Tribunal Suprem en les sentències del 12 de novembre del 1858, 11 d'octubre del 1882 i 4 de maig del 1907. El dit autor també fa notar que igualment poden ésser tinguts en compte com a fills naturals, a fi de poder ésser legitimats per subsegüent matrimoni, els que siguin fruit de la unió de persones que al temps de la concepció haguessin pogut casar-se mitjançant la prèvia dispensa d'algun impediment dispensable. Per tant, tots els fills il·legítims, abstracció feta dels adulterins, poden rebre a tal efecte la consideració de naturals.⁴⁰

Creiem interessant de fer una comparació entre els preceptes del Codi civil i els del Dret català, amb la qual cosa hom podrà veure la concepció diferent que anima els respectius sistemes. L'article 119 del Codi diu que són fills naturals "los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse *sin* dispensa o *con* ella", en tant que el Dret català, en canvi, diu que sols tindran aquesta consideració els que fossin fills de pares que al moment de concebre'ls poguessin casar-se *sense necessitat* de dispensa. Per tant, la diferència es basa en el fet que el Codi admet no solament els supòsits que els pares del fill natural al temps de la concepció haguessin pogut casar-se amb dispensa com també sense.

Tanmateix, en la pràctica dels tribunals aquesta diferència s'ha vist atenuada. Com ja hem indicat darrerament en recollir una opinió de

39. La mateixa orientació pot ésser apreciada en la sentència del 22 de desembre de 1867. Aquesta sentència i la citada en el text són esmentades per BROCA I AMELL, *op. cit.*, p. 151.

40. BORRELL I SOLER, *op. cit.*, vol. cit., p. 83.

Borrell i Soler, es consideraran naturals, als efectes de legitimació per subsegüent matrimoni, els fills nats de persones que al temps de llur concepció poguessin contreure matrimoni mitjançant dispensa. Aquest criteri fou aplicat per l'òrgan suprem jurisdiccional espanyol en la seva sentència del 2 de juny del 1891, relativa a un fill sacríleg (es tractava que els pares havien contret subsegüent matrimoni havent obtingut la corresponent dispensa), que va fundar-se en el cànon *Tanta* (6,x), que sols ho prohibia als fills adulterins, el qual, a més, concorda amb les Reials Cèdules del 6 de juliol del 1803 i 11 de gener del 1837, i amb la sentència del 12 de desembre del 1865.

Per consegüent, també poden legitimar-se els fills incestuosos que siguin nats de persones el parentiu de les quals entre elles constitueixi un impediment dispensable.

Tenint en compte això que hem dit, considerem que el punt de vista sostingut per Brocà,⁴¹ en fer referència a la sentència del 13 de maig del 1902, que tracta d'un cas d'incest, segons el qual els fills nats d'una relació carnal amb una neboda en Dret català són incestuosos, mentre que el 119 del Codi civil diu que són simplement naturals, no és totalment just, ja que, si bé en Dret català, com a principi general, només són fills naturals aquells els pares dels quals podien casar-se sense dispensa al temps de la concepció, el fet que la jurisprudència hagi admès que tenen la qualitat de naturals, a efectes de la legitimació, els nats de pares que poguessin unir-se matrimonialment amb dispensa, rebat en part l'esmentat punt de vista, ja que, encara que tals suposances únicament són vàlides en els casos de legitimació per subsegüent matrimoni, hom no pot per això prescindir de la possibilitat de considerar fills naturals els que són il·legítims *stricto sensu*, car no pot oblidar-se l'esperit ampli que anima el nostre Dret.

b) *FILIACIÓ IL·LEGÍTIMA stricto sensu*.— La concepció existent en Dret català en matèria de filiació il·legítima en sentit estricte està basada sobre les normes del Dret romà i del Dret canònic; per aquesta raó ací ens limitarem a exposar els principis generals d'aquest tipus de la filiació a la llum del nostre Dret.

En un sentit estricte, hom pot dir que són fills il·legítims els nats d'unions sexuals extramatrimonials que no reuneixen les condicions neces-

41. *Op. cit.*, p. 595.

sàries per a poder-los considerar fills naturals, és a dir, emprant uns altres mots, els procreats *ex damnato coitu*.

El Dret romà i el canònic ja van conèixer les modalitats de filiació il·legítima *stricto sensu*, que el Dret català conserva de fa molts segles i la regulació de les quals a penes ha sofert modificacions:

1. Fills *adulterins* són els nats d'una relació carnal, una almenys de les parts de la qual és una persona casada.⁴²

2. Fills *incestuosos* són els nats de la unió de dues persones lligades entre elles per un vincle de parentiu en un grau que constitueixi un impediment per al matrimoni o que necessitin una dispensa per a contreure'l.⁴³ Si la unió és entre un ascendent i un descendent, aleshores hom l'anomena *nefanda*.⁴⁴

3. Fills *espuris* (*spurii, vulgo concepto, vulgo quaesiti*) són els procreats per una dona lliure per al matrimoni i el pare dels quals és desconegut o incert pel fet d'haver tingut la mare relacions carnals amb diferents homes al temps de la concepció.⁴⁵

4. Fills *sacrílegs* són aquells el pare o la mare dels quals estaven lligats per un vot perpetu de castedat.⁴⁶

És d'interès de fer remarcar que en Dret romà solament era admesa la relació de parentiu entre fill il·legítim i la mare, però no pas entre aquell i el pare. D'això es dedueix que els fills il·legítims eren sempre *sui iuris*, perquè no tenien cap relació de caràcter civil amb llur progenitor.

Tampoc no són d'aplicació a aquest matèria els articles del Codi que se n'ocupen, sinó que els únics que es poden tenir en consideració són els preceptes del Dret català. En el cas actual, els articles 139 a 141 del Codi, que són els que s'ocupen de la filiació il·legítima, divergeixen d'allò que es disposa en Dret català sobre els aliments a què tenen dret els fills il·legítims, car, segons l'article 139, "los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos conforme al artículo 143";⁴⁷ però aquest

42. Decretals, *De adulteriis et stupro*, v. 16; Decret de Gracià, cap. 14, causa 35, i cap. 5, causa 32.

43. Decretals i Concili de Trento, sessió 24, cap. 5, *De reforma matrimonii*.

44. Concili de Trento, id. id.

45. Digest, llei 23, *De statu hominum*, I, 5. — Instituta, *De Nuptiis*, I, 1.º.

46. Decret de Gracià, causes, 6, 9-12, 14, 17, etc.

47. Vegeu Digest, F. 6, *De his qui sui vel alieni juris sunt*, I, 6; F. 29, *De proba-*

dret alimentari sols podrà exercir-se: 1) si la paternitat o la maternitat es dedueix d'una sentència ferma, dictada en un procés criminal o civil, i 2) si la paternitat o la maternitat resulta d'un document indubitat del pare o de la mare que reconeixin expressament la filiació (art. 140 del *Codi civil*), mentre que, segons el nostre Dret, no solament la mare té l'obligació de proporcionar-los aliments, sinó que també el pare ha d'assistir-los en llurs necessitats.

En allò que es refereix a la investigació de la paternitat dels fills il·legítims que no són naturals, hi ha el mateix desacord entre els dos sistemes jurídics. Així, mentre el Codi diu, en el seu article 141, que "fuera de los casos expresados en los números 1 y 2 del artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna que, directa ni indirectamente, tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales", el nostre Dret, a més d'establir la lliure investigació de la paternitat en les suposances de filiació il·legítima, sense limitacions de cap mena i admetent tota classe de proves, àdhuc les d'indicis o presumpcions, afirma el dret absolut que en tots els casos tenen els fills il·legítims d'exigir del pare o de la mare tot allò que els calgui per a llur sosteniment, d'acord amb el que hem dit al final de l'últim paràgraf.

IV. EL PRINCIPI DE LA LLIURE INVESTIGACIÓ DE LA PATERNITAT

Tots els autors que admeten el criteri que el Dret català és l'únic que es pot aplicar declaren que s'ha d'establir com a principi el de la lliure investigació de la paternitat; per tant, el que diu l'article 135 del Codi civil (paràgrafs primer i segon) no té cap valor d'aplicació ni de vigència a Catalunya. Tenint en compte el que ja hem dit a l'epígraf II, *d*), no creiem que calgui insistir de nou sobre l'absoluta prioritat del Dret català. Aquesta tesi té la seva raó d'ésser pel fet que el nostre Dret no posa limitacions a la investigació de la paternitat, i el Codi civil, en canvi, solament l'admet en els casos taxatius de l'article 135: "1.º Cuando exista escrito suyo [del pare] indubitado en que expresamente reconozca su paternidad; 2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del

tione, XXII, 3; Codi, llei 14, *De probatione*, IV, 29; Decretals, cap. 3.º, *De ordi cognit*, II, 10, cap. 2.º, *De presumptione*, II, 22; cap. 3, 5, 12, *Qui filii sunt legitimi*, IV, 17.

mismo padre o de su familia". Cal afegir-hi, a més, que el Tribunal Suprem ha interpretat molt sovint aquest article de forma restrictiva.

L'esmentada sentència del 6 d'abril del 1905 plasma aquest principi general en dir que "a tenor de lo previsto en las Decretales⁴⁸ y en la Ley XI de Toro, el mero reconocimiento tácito del padre con relación a su hijo puede acreditarse por elementos de prueba de los admisibles en Derecho y entre ellos por el de testigos".

"Las leyes canónicas, las romanas y las del antiguo Derecho castellano, no contradicen la doctrina de que un hijo reconocido por el padre, aun cuando lo haya hecho en documento privado o público, tiene derecho a gozar de las ventajas de tal si semejante reconocimiento aparece justificado, siempre que el hijo reconocido tenga la condición de natural."

Tanmateix, cal fer notar l'observació feta per Brocà respecte a la referència que aquesta sentència fa de la llei XI de Toro i de l'antic Dret castellà, al·lusió absolutament fora de lloc, com ja hem vist,⁴⁹ en remarcar aquest insigne jurista que les lleis de Castella sota cap concepte no poden aplicar-se a les qüestions tocant el Dret propi de la nostra regió, i per fer més categòrica la seva tesi se serveix de la sentència del 4 de maig del 1907, ja citada, que diu que, el fet havent ocorregut a Catalunya, no pot ésser resolt ni per Las Partidas, ni per les lleis de Toro, sinó solament per la legislació catalana vigent.

Amb tot, s'ha de tenir en compte que, si bé en la dita sentència del 6 d'abril del 1905 no es fa cap manifestació concreta sobre l'aplicabilitat del Dret català, el Tribunal Suprem va decidir en aquesta qüestió un plet promogut a Catalunya sobre fets que van passar dintre el seu territori, i creiem que és prou clara i directa la referència als Drets romà i canònic, que, com sabem i volem repetir-ho de nou, són els elements supletoris i moltes vegades integrants del nostre Dret.

Malgrat l'orientació seguida pel Tribunal Suprem en les sentències a què acabem d'al·ludir, i en d'altres de menys interès, després l'òrgan suprem jurisdiccional ha mostrat una tendència contrària, marcadament favorable a l'aplicació de les disposicions contingudes a l'article 135 del Codi. Així podem comprovar-ho, per exemple, en la sentència del 10 de juny del 1913, on aquest article és aplicat amb caràcter rigorós, en dir que

48. Cap. 3.º, tit. 17, llibre 4.º

49. Vegeu l'epígraf c) "El problema de l'aplicació a Catalunya de la Llei XI de Toro".

constitueix un element essencial de prova, d'acord amb el número 1 del dit article, l'escrit on el pare reconeix el fill natural, sempre que sigui indubitat. De tota manera, cal fer constar que el Tribunal Suprem no ha seguit sempre, afortunadament, la mateixa directriu, com ho podem comprovar en la sentència del 5 de juliol del 1944 — de la qual farem un ampli comentari a l'epígraf "Mitjans de prova" —, que, en tractar dels mitjans de prova que poden ésser utilitzats per a acreditar la paternitat del suposat pare, solament té en consideració els principis del Dret romà i del Dret canònic, així com les Constitucions de Catalunya; la qual cosa és una altra prova de la vacil·lant trajectòria seguida per la jurisprudència espanyola, amb una notòria manca d'unitat de criteri en utilitzar, segons els casos, normes de dos sistemes jurídics diferents, quan, en realitat, tenint en compte tot el que s'ha dit abans, era lògic i natural que, si hom hagués respectat el que prescriu l'article 12 del Codi, hom no hauria tingut en consideració sinó els preceptes del Dret propi de Catalunya.

V. LA INVESTIGACIÓ DE LA PATERNITAT A TRAVÉS DELS PROJECTES D'APÈNDIX I DE COMPILACIÓ

A) PROJECTE D'APÈNDIX DE 1930 I L'AVANT-PROJECTE DE COMPILACIÓ DE 1953. — Creiem que és d'interès d'analitzar, només que sigui de passada i d'una manera breu, com ha estat concebuda i reglada la institució de la investigació de la paternitat en els principals projectes d'apèndix i de compilació al Dret de Catalunya fins ara redactats, o sia, els del 1930, 1953 i 1955, així com la Llei de 1960.

El *Projecte d'Apèndix de 1930* en el seu article 13 disposa: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio pueden investigar libremente quiénes sean sus padres y exigirles el cumplimiento de las obligaciones que su condición les impone. La acción para reclamar la filiación ilegítima, natural o de otra clase, que corresponde al interesado durante su vida, se transmite a sus descendientes y prescribe transcurridos 30 años desde el nacimiento de aquél.

"La acción para impugnar la legitimidad, la filiación natural o cualquiera otra ilegítima corresponde a los que con ellas resulten perjudicados, puede ejercitarse desde que el hijo disfrute de la condición que sea atacada y prescribe a los 4 años".⁵⁰

50. Salvant lleugeres modificacions, aquest article recull la primitiva redacció feta per Duran i Bas.

Els articles de l'*Avantprojecte de Compilació de 1953* relatius a la mateixa matèria són gairebé exactes a allò que disposa el transcrit article 13; tanmateix, hom pot observar-hi les diferències següents:

a) El Projecte de 1930 diu que l'acció de reclamació de la filiació correspon a l'interessat en la investigació de la seva filiació mentre duri *tota* la seva vida i es transmet als seus descendents *immediats*.

b) El termini de prescripció de l'acció es de trenta anys des del naixement de l'interessat en la filiació, segons el Projecte de 1930, en tant que l'*Avantprojecte de 1953* diu que l'acció prescriu des que hagin passat quatre anys de la mort de l'interessat per als qui aleshores fossin majors d'edat, i des que arribessin a la majoria d'edat, per als altres.

Pensem que aquestes dues modificacions serviren per a matisar i esmenar la deficient regulació del Projecte del 1930, ja que és totalment incompreensible que la transmissió als descendents de l'interessat de l'acció per a la reclamació de la filiació fos fixada per un terme de prescripció de trenta anys des del naixement d'aquell, car no es pot comprendre quina aplicació podria tenir per als descendents si l'acció de reclamació de la filiació tenia el dit termini prescriptiu.

B) PROJECTE DE COMPILACIÓ DEL DRET CIVIL DE CATALUNYA DEL 1955. — Aquest Projecte de Compilació, encara que basant-se — com diu el preàmbul — en el Projecte d'Apèndix del 1930, ha introduït nombroses innovacions a la regulació del problema jurídic que ens ocupa dedicant-hi els seus articles 10, 11 i 12.

Respecte als anteriors projectes, el del 1955 és el que ha introduït més reformes en la qüestió de la investigació de la paternitat; hom pot remarcar-hi les següents particularitats:

a) *Acció per a reclamar la filiació*. — Fa una puntualització més completa en afegir-hi les paraules "la declaración judicial de paternidad o maternidad", car en els anteriors projectes no es fa cap al·lusió concreta al pare o a la mare, o a un d'ells solament, encara que pel to ambigu abans ja es deduïa que era aplicable a tots dos. L'acció solament pot ésser exercida pel fill durant tota la seva vida.

Segueix el mateix criteri que els anteriors projectes sobre la facultat que els descendents de l'interessat tenen per a exercir aquesta acció,⁵¹ subordinant-la, però, a: a) que el fill hagi mort sense haver-la intentada

51. A l'*Avantprojecte de 1953* hom deia "*inmediatos descendientes*". Vegeu del mateix *Avantprojecte* el seu article 12, i l'article 13 del Projecte de 1930.

pel fet d'ésser menor d'edat; b) abans que hagin transcorregut quatre anys des de la seva majoria d'edat; c) si l'interessat hagués mort tenint entaulada l'acció judicial de reconeixement. Precepte la inclusió del qual considerem molt encertada, puix que permet que els descendents puguin aconseguir el reconeixement del lligam de paternitat o maternitat que l'interessat — és a dir, el fill — havia ja reclamat, però a qui la mort impedí d'obtenir, i és molt just i equitatiu que els beneficis d'aquesta acció puguin ésser fruites pels seus descendents, que, així com el fill natural o il·legítim, no tenen cap culpa en les circumstàncies que concorren en el naixement d'ells o de llurs progenitors.^{51a}

b) *Persones contra les quals hom pot dirigir l'acció.* — Un precepte que no figurava en els altres projectes, afegeix que “si el padre o la madre hubieren fallecido, la acción para la declaración judicial de paternidad se dirigirá contra sus herederos”.⁵² Per tant, no solament pot dirigir-se contra el pare o la mare, segons els casos, sino també contra llurs hereus. Dins el terme *hereus* no es fa cap distinció, però sembla que tant pot tractar-se de l'hereu testamentari com del forçós, sempre que siguin legitimaris, car és lògic que els hereus, des del moment que es beneficien dels drets i els béns del causant, n'hagin de suportar les càrregues i les obligacions.

c) *Acció per a impugnar l'acció de reconeixement.* — L'article 12 del Projecte, en dir en el seu paràgraf 1 que “la acción para impugnar la filiación natural o cualquiera otra ilegítima, podrá ejercitarse desde que el hijo disfrute de la condición que sea atacada, y caduca a los cuatro años”, en essència té, sobre aquest punt, el mateix contingut que el dels altres projectes, amb la sola particularitat que considera que el termini de quatre anys per a exercir l'acció d'impugnació de la filiació és de caducitat i no pas de prescripció. Volem fer notar el fet d'emprar el mot *caduca* en lloc de *prescriu*, que és el que empraven els projectes del 1930 i 1953. Pensem que la raó d'això s'ha de buscar en el fet que els redactors del Projecte han tingut en compte els moderns corrents doctrinals, que estableixen una distinció entre la prescripció amb efectes extintius i la caducitat, i han considerat que el dit terme és de caducitat i no pas de

51a. L'article 4, par. 2 de la Compilació disposa que “la acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad corresponderá únicamente al hijo durante su vida”, i afegeix: “Excepcionalmente podrá ejercitarla cualquier descendiente suyo cuando aquel hubiere fallecido después de entablar judicialmente la acción o si, siendo menor de edad, no se hubiese promovido”.

52. Correspon a l'art. 4, par. 3, de la Compilació.

prescripció. Suposem que per prendre aquesta orientació s'ha basat en el paràgraf 3.^{er} de l'article 133 del Codi civil, concordant, en aquesta matèria, amb el que estableix el nostre Dret, car en disposar que "el menor podrá, en todo caso, impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a su mayoría de edad", ens trobem amb un cas típic de caducitat, per la qual cosa creiem que els autors del Projecte han cregut més indicat d'emprar el verb *caducar* a fi d'estar d'acord amb les doctrines actuals. Després de fer un estudi detingut sobre si es tracta d'un cas de prescripció o de caducitat, i vistes les diferències que els autors fan entre ambdues institucions,^{52a} ens inclinem per afirmar que no es tracta pas d'una imprecisió terminològica, com algú pot pensar, sinó d'una justa i correcta aplicació del concepte de caducitat.⁵³

d) *Possibilitat d'impugnar la filiació pels reconeguts durant llur minoria d'edat.* — Si la declaració de paternitat (o maternitat) es refereix a un menor d'edat, aquest la podrà impugnar abans que passin quatre anys des de la seva majoria d'edat, però, transcorregut aquest lapse de temps, el seu dret haurà caducat. És un altre precepte que no es trobava en els altres projectes i que té el seu paral·lel en l'article 133 del Codi, al qual ens hem referit darrerament.^{53a}

VI. SUPÒSITS DE L'ARTICLE 133, N.º 3, DEL CODI CIVIL

Com el lector deu haver observat, en parlar de la no aplicació a Catalunya de l'article 135 del Codi civil hem silenciats deliberadament l'últim paràgraf d'aquest article, que disposa: "En los casos de violación, estupro o rapto, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole".

52a. a) La prescripció té el seu origen en la llei, mentre que la caducitat pot ésser convencional o legal; b) a la prescripció el dret només es perd quan no és utilitzat, en tant que a la caducitat el dret està subjecte a un terme fix de duració; per la qual cosa passat el dit termini, el dret s'extingeix, i la caducitat és apreciada d'ofici pels tribunals; c) a la prescripció és possible qualsevol causa de suspensió o d'interrupció, mentre que a la caducitat l'única causa d'interrupció o suspensió és l'exercici de l'acció o dret. Vegeu l'article *Caducidad*, de Fausto Moreno, en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", Barcelona, 1952, tom III, p. 500 i ss.

53. L'art. 5 de la Compilació expressa que "la acción para impugnar la filiación natural o cualquier otra ilegítima corresponde a los que por ella resultan afectados y puede ejercitarse desde que el hijo disfrute de la condición que se impugne, y caduca a los cuatro años".

53a. Vegis nota anterior.

Fem menció separada del citat precepte per tal com es tracta d'una norma vigent a Catalunya, ja que remet a allò que preceptua una llei de caràcter coactiu i d'aplicació a tot Espanya com és el Codi penal, pel fet d'ésser un text d'ordre públic. Per tant, l'article 444, núm. 2 del Codi penal del 1944, que és el vigent en l'actualitat, decreta que "los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados por vía de indemnización... a reconocer la prole, si la Ley civil no lo impidiere".

De la perfecta correlació existent en aquest punt entre la llei civil i la llei penal es dedueix que els reus dels delictes de violació, estupro i rapte, que hagin estat degudament provats, a més d'altres obligacions, tindran la de reconèixer la prole fruit del delicte per ells comès.

Brocà és de la mateixa opinió quan es refereix a l'article 464 del Codi penal del 1870, que era el vigent quan va escriure la seva *Historia*⁵⁴ i esmenta l'Usatge *Si quis virginem*,^{54a} que obligava al desflorador a casar-se amb l'enganyada o violada o "a donar-li marit del seu valor", ço és, a dotar-la.

VII. MITJANS PER A PROVAR LA FILIACIÓ

Com a principi general pot afirmar-se que el Dret romà i el canònic admetien que per a demostrar la filiació podien ésser utilitzades tota classe de proves. El Dret romà, en una llei dictada pels emperadors Antoni i Vero,⁵⁵ prescriu que en els judicis relatius a la paternitat dels fills han de tenir-se en compte tota mena de proves i que, àdhuc contra la negativa de la mare respecte a la seva maternitat, és possible el judici per la investigació de la paternitat, car hom considerava que per a la demostració d'un acte de tanta importància com és el de l'estat de les persones, han d'ésser acceptades qualsevol proves.⁵⁶ El Digest establí regles per al cas de la investigació de la paternitat d'un fill adulterí quan la seva mare fos una dona casada que l'hagués donat a llum durant l'absència o malaltia del seu marit.⁵⁷

El Codi de Justinian⁵⁸ i les Novel·les⁵⁹ s'ocupen d'altres tipus d'investigació de la paternitat. Així, diuen que la dona que després d'una llarga

54. *Op. cit.*, p. 600. L'obra fou publicada a Barcelona l'any 1918.

54a. I del tit. 8, *De adulteriis*, llibre IX, vol. I.

55. Digest, llei 29, llibre 22, tit. 3.º, *De probationibus*.

56. Codi, llei 15, llibre 7, tit. 16, *De liberali causa*.

57. Llei 6, llibre 1, tit. 6, *De his qui sui vel alieni juris sunt*.

58. Llei 14, llibre 4, tit. 19, *De probationibus*; i llei 15, llibre 7, tit. 16.

59. 74, cap. 5.

cohabitació, és a dir, d'un concubinat d'una duració més o menys llarga, fos abandonada amb els seus fills, té dret a exigir-ne el reconeixement judicial. La Novel·la 89 confereix igual dret als fills d'una concubina i hi senyala l'obligació mútua que hi ha entre pares i fills naturals per a donar-se aliments.

Així com en Dret romà no es coneixen disposicions que exigissin el reconeixement, tan sols tàcit, pel pare o la mare, ni la possessió d'estat, en Dret canònic,⁶⁰ en canvi, hom admetia expressament les proves de testimonis i d'indicis; per la qual cosa hom pot arribar a la conclusió que en no tenir ni el Dret romà ni el canònic estructurat un sistema probatori per a acreditar la filiació, en ambdós existia plena i absoluta llibertat respecte a les proves que podien emprar-se per a obtenir el reconeixement de la filiació natural o il·legítima.

Com a conseqüència d'això que acabem de dir, la doctrina jurídica catalana ha admès — salvant algunes excepcions — com a vàlids tots els mitjans de prova, àdhuc tractant-se de presumpcions o indicis, que seran objecte de l'apreciació judicial. Aquest punt de vista ha estat mantingut sense interrupció des de fa segles, i confirmat per la jurisprudència del Tribunal Suprem en la sentència del 6 d'abril del 1905, on es diu que "el mero reconocimiento tácito del padre con relación a un hijo suyo puede acreditarse por los elementos de prueba de los admisibles en Derecho y entre ellos la testifical", i a la fonamental sentència del 5 de juliol del 1944, que, després de detingudes consideracions sobre els principis bàsics del Dret canònic que tenen per finalitat la igualtat essencial, quant a llur origen, de tots els homes, i per la qual cosa va dictar disposicions plenes de generositat envers els fills il·legítims a fi que aquests no fossin víctimes d'un pecat no comès per ells i que, a més, seria una inadequada i injusta desviació de la teoria de la culpa, afirma que no pot imposar-se cap restricció ni limitació perquè hom pugui aconseguir el reconeixement forçós dels fills naturals, per la qual cosa són factibles tots els mitjans de prova i que, per tant, com a conseqüència lògica d'això que acabem de dir, i tenint en compte que el Dret romà va seguir el mateix criteri de llibertat respecte als mitjans probatoris, aquesta interessant decisió jurisprudencial formula el principi que no poden ésser aplicats a Catalunya, en relació amb la prova de la filiació natural o il·legítima, els articles 140

60. Decretals, *Qui filii sunt legitimi*, llibre IV, tit. 17.

i 141 del Codi, sinó que s'han de considerar vigents *Les Decretals* i les *Constitucions de Catalunya*.⁶¹

L'esmentada sentència del 5 de juliol del 1944 va tenir com a antecedent la dictada sobre el mateix plet pel desaparegut "Tribunal de Cassació de Catalunya", del 17 de juliol del 1937, de la qual fou ponent l'eminent jurista català Ramon M.^a Roca i Sastre, la qual establí que per a provar la paternitat dels fills nascuts extramatrimonialment poden ésser emprades a Catalunya tota mena de proves, àdhuc la indiciària i, sense dubte, la pericial biològica. Que interessant i plena d'ensenyances ha d'ésser per a nosaltres aquesta sentència, que ens demostra d'una manera irrefutable l'interès i la conveniència que per al Dret català tenia l'existència d'un Tribunal de Cassació propi que entengués en les sentències dictades pels tribunals del Principat sobre els litigis que tenen una correspondència normativa en Dret català, evitant d'aquesta manera la reiterada pràctica d'aplicar a Catalunya articles del Codi civil l'aplicació dels quals és absolutament inadmissible! És lògic que com a colofó de la dita sentència del "Tribunal de Cassació de Catalunya", el Tribunal Suprem dictés la seva del 5 de juliol del 1944, que tan en compte haurien de tenir els tribunals i els advocats del país català en tractar dels problemes relatius al reconeixement de la paternitat de la filiació il·legítima, i que hauria de servir de base perquè els advocats catalans, abans d'aplicar el text del Codi, tinguessin cura de consultar les disposicions del nostre Dret (naturalment respecte a aquelles matèries que regula); amb la qual cosa moltes vegades hom evitaria l'ús abusiu d'un cos legal tan diferent de l'esperit del nostre Dret.

Com diu Borrell i Soler,⁶² la condició i els drets dels fills naturals s'adquireixen *ipso facto*, i no cal el reconeixement per part dels pares, si bé, com indica el mateix autor, per a fer efectius llurs drets és interessant que hom els reconegui llur qualitat de naturals.

El reconeixement patern de la filiació natural pot expressar-se sota formes diverses:

A) Reconeixement manifestat de manera espontània i directa en l'acta de naixement o en testament. Aquest és l'anomenat reconeixement

61. Llei 1.^a, tit. 30, llibre 9, on són tractats els mitjans de prova seguint les directrius de les *Decretals*.

62. *Op. cit.*, p. 83. També diu que els articles 129 a 133 del Codi civil no regeixen a Catalunya pel fet de no substituir cap disposició de caràcter general (p. 82). Vegeu, també, BROCA I AMELL, *op. cit.*, p. 151.

voluntari, és a dir, aquell en què no cal recórrer al judici d'investigació de la paternitat perquè el pare reconegui el vincle que l'uneix amb el seu fill natural. No hi dubte que aquesta és la forma més adequada i més d'acord amb els principis morals per a fer el reconeixement, car, des d'un punt de vista purament ètic, tot home no casat que hagi tingut relacions carnals amb una dona i com a fruit d'aquesta unió hagi nascut un fill, té l'obligació inel·ludible de reconèixer-lo com a fill seu, a fi que pugui gaudir de tots els beneficis que els fills naturals o els il·legítims — en cas que sigui il·legítim *stricto sensu* — tenen dret a fruir, puix que, i volem insistir-hi de nou, el fill natural o l'il·legítim *stricto sensu* no tenen cap culpa que hom els atribueixi aquesta qualitat, i ni cristianament ni moralment no és just l'estigmatitzar-los des de llur naixença amb una marca de què els únics responsables són llurs progenitors.

B) El reconeixement tàcit és el que es dedueix dels actes realitzats pel pare o, en el seu cas, per la seva família, i que pressuposen que el pare reconeix el seu fill, si bé no ho ha manifestat d'una manera clara i explícita. Ací la voluntat del pare de reconèixer el seu fill natural s'ha de deduir del conjunt d'actes realitzats per ell en relació amb el seu fill, els quals, encara que d'una manera no clara, signifiquin que aquell té interès en què sigui així, o proven que el reconeix implícitament com a fill seu.

El reconeixement tàcit és un mitjà sovint emprat per a incoar la investigació de la paternitat a fi que pel corresponent judici s'estableixi la relació patern-filial, la facultat de la qual sols pot ésser exercida pel fill, els seus descendents⁶³ i la mare (mentre duri la minoria d'edat del seu fill).

Segons les Decretals,⁶⁴ el fill natural pot assolir judicialment la declaració del seu reconeixement, àdhuc contra la voluntat del seu pare, quan existeixin fets per part d'aquest que demostrin que l'ha reconegut tàcitament com a fill natural. Aquesta és la posició mantinguda per la doctrina catalana. Hom pot citar, entre altres, l'opinió de Pella, que asseynala que per a admetre el Dret català el reconeixement tàcit no cal emprar el reconeixement exprés.⁶⁵

Aquest tipus de reconeixement, que, com acabem de veure, fou

63. Tingueu en compte a aquest respecte l'article II del Projecte de Compilació de 1955, al qual hem fet referència abans.

64. Cap. X., *De probationibus*.

65. *Op. cit.*, p. 256.

admès d'una manera reiterada per la jurisprudència del Tribunal Suprem anterior al Codi, va rebre la confirmació jurisprudencial en la sentència del 6 d'abril del 1905, de la qual hem fet esment repetidament, que expressa: "el mero reconocimiento tácito del padre en relación a su hijo puede acreditarse por elementos de prueba de los admisibles en Derecho y entre ellos por el de testigos".

Per tant, qualsevol mitjà de prova que sigui lícit i acreditat suficientment la paternitat del pare natural serà prou per a demostrar-ne el reconeixement tàcit i assolirà plens efectes en judici. Encara que considerem que no cal que ens referim amb detall als possibles mitjans de prova que poden ésser emprats, farem, tanmateix, una al·lusió, bé que breu, als més característics mitjans probatoris i que han donat més ocasions perquè el Tribunal Suprem se n'ocupés.

Per tant, a part la prova de testimonis, de què tractem, entre altres, les sentències del 6 d'abril del 1905 i 5 de juliol del 1944, i que no presenta dificultats relacionades amb el problema que tractem, els mitjans probatoris de la investigació de la paternitat que ací ens interessin més directament són:

a) POSSESSIÓ D'ESTAT. — Per possessió d'estat de fill natural s'entén la relació o vinculació que existeix entre el presumpte pare natural i el seu fill, de la qual es dedueix el parentiu entre ambdós. Com diu la sentència del 9 de novembre del 1896, aquest estat s'ha de revelar mitjançant actes que demostrin la voluntat del pare o de la seva família de considerar-lo com a tal. Els més característics són els de tenir-lo a casa seva, alimentar-lo, donar-li una educació, i altres de similars.

El Tribunal Suprem, això no obstant, si bé ha determinat amb una certa concreció l'àmbit de la possessió d'estat, ho ha fet referint-se gairebé sempre a allò que preceptua l'article 135, paràgraf 2.^{on} del Codi. Així, per exemple, en la sentència del 26 de març del 1904,⁶⁶ referent a Catalunya, hom diu: "Se halla en la posesión de estado el que mantiene con el hijo natural relaciones constantes emanadas de actos directos del mismo padre o de su familia, y pasa como tal en la vida civil, disfrutando de las ventajas inherentes al cumplimiento de los deberes que impone la paternidad, aunque sea natural". En la dita sentència hom utilitza l'adjectiu *directos*, que no s'emprava en l'esmentada decisió jurisprudencial de 9 de novembre del 1896; de la qual cosa hom pot deduir que per

66. Vegeu, a més, la sentència del 10 de juny de 1913.

a la possessió d'estat no cal pas que els actes siguin directes, sinó que moltes vegades n'hi haurà prou que siguin tàcits.

Aquesta mateixa sentència afegeix: "Mediante la posesión de estado de hijo natural es obligatorio el reconocimiento del padre conforme a lo previsto en el artículo 135, apartado segundo. La calidad de hijo natural declarada judicialmente por la posesión de estado produce idénticos efectos que el reconocimiento expreso, uno de cuyos efectos es el de que el hijo pueda usar el apellido paterno con arreglo al artículo 134". Suposem que el fet que en aquesta sentència hom esmenti l'apartat segon de l'article 135 del Codi és degut a això: que es tracta de un simple mitjà provatori hom va creure encertada la remissió a aquest article — notem de passada el seu caràcter restringit — i, pel que respecta al fet de citar l'article 134, entenem que això es basa en el fet que, quant als efectes del reconeixement, no hi han gaires diferències, respecte a això, entre el Dret català i el Dret comú. De tota manera, insistim en la improcedència d'aplicar a Catalunya l'al·ludit article 135 del Codi.

La sentència del 23 de juny del 1902 diu que "el hecho de que un individuo haga bautizar a una menor como hija suya, el de manifestar repetidamente que lo es, a varios amigos, y el de proporcionarle alimentos, educación y vestido, forman un conjunto de pruebas directas de actos reconociendo la posesión de estado a favor de la menor".

Finalment, en la sentència del 21 de maig del 1896 hom indica que "no sé hallan en la posesión de estado los que no mantienen relaciones constantes con el autor de sus días".

b) PRESUMPCIONS I INDICIS.—Pella i Forgas, en relació amb el valor de les presumpcions o els indicis, afirma que per a acreditar el vincle de filiació no cal la concurrència de proves directes i concloents, sinó que n'hi haurà prou que hi hagi presumpcions fundades, i per donar una major solidesa a aquesta afirmació esmenta la sentència del 18 de juny del 1896, segons la qual te vigència a Catalunya el capítol 2, llibre 2, títol 23, *De presuntionibus*, de les Decretals de Gregori IX, car en la dita resolució jurisprudencial hom reconeix l'aplicació del sistema de les presumpcions en els casos en què això pugui tenir lloc.⁶⁷

És interessant de fer observar que les Decretals⁶⁸ disposen que la paternitat pot ésser declarada àdhuc contra la negativa del pare i de la

67. Segueix el mateix criteri la sentència del 26 de març de 1904.

68. Cap. 3, tit. 17, llibre 40.

mare, quan al jutgador li consti, per indicis o testimonis, la realitat d'aquesta paternitat. La sentència del 23 d'octubre de 1929 dedueix d'aquest precepte que a Catalunya són admeses totes les proves que tendeixin a demostrar la paternitat, tant si són directes com indirectes. Segons la mateixa sentència, a Catalunya no existeix cap disposició que exigeixi el reconeixement dels pares per a fer la declaració de paternitat d'un fill natural.

Persones que poden exercir l'acció.— En aquest punt, així com en els altres relatius a la investigació de la paternitat, existeixen discrepàncies quant a ésser o no aplicables a Catalunya els preceptes del Codi civil.

Un autor tan qualificat com Brocà afirma, i creiem que encertadament, que el que disposa el Codi en aquesta qüestió no pot tenir aplicació, ja que en el nostre Dret no hi ha disposicions que tinguin per objectiu de limitar o restringir la facultat de demanar el reconeixement. Subsisteix, a més, el mateix règim de prescripció d'accions que existia abans de publicar-se el Codi. Els altres tractadistes no es defineixen d'una manera clara sobre aquest particular; però és interessant d'assenyalar que les sentències del Tribunal Suprem, equivocadament—així, per exemple, la del 26 de març de 1910—, es refereixen únicament i exclusiva al text del Codi.

Per tant, d'acord amb el que estableix el Dret català, podem dir que tant la mare durant la minoritat del seu fill, com aquest des de la seva majoria d'edat, poden sol·licitar judicialment el reconeixement de la filiació natural.⁶⁹

El mateix Brocà, recollint el que s'indica en la sentència del 13 de maig de 1902, fa notar que, tenint en compte l'interès directe que la mare té per assegurar el reconeixement de la paternitat d'un fill natural seu que sigui menor d'edat, no cal que esperi a arribar a la majoria d'edat d'aquest, ja que en tal cas es confonen els interessos i les personalitats d'ambdós, quan a l'exercici de l'acció dirigida a obtenir el dit reconeixement.

Amb la finalitat de donar un altre exemple de la desorientació que pot observar-se en la trajectòria seguida per la jurisprudència del Tribunal Suprem en la matèria que ens ocupa, creiem interessant de citar dues sentències que, en dos casos relatius a Catalunya, basant-se en l'article 137 I del Codi civil, donen solucions contràries a un mateix problema. Aquest article, diu: "Las acciones para el reconocimiento de hijos

69. Brocà, *op. cit.*, p. 600 i ss.

naturales sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes: 1.º Si el padre o la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los cuatro primeros años de su mayor edad...". Així, mentre que en la sentència del 26 de març de 1904 s'ajusta rígidament a el que disposa aquest precepte, la del 23 de juny de 1902 diu que l'esmentat article autoritza per a exercir l'acció de reconeixement de fill natural, quan el pare hagi mort, des que passi aquest fet, sense establir-se cap limitació quant al temps en què hom pot començar a fer-ho, ni quant a la representació amb què s'ha de demanar.

Els descendents del fill natural també tenen dret a demanar la declaració de paternitat o de maternitat dels seus progenitors; però creiem que solament en els casos que ha recollit l'article 11 del Projecte de Compilació del 1955. Ens remetem a allò que hem dit a l'epígraf V, B a): "Acció per a reclamar la filiació".

Finalment, en l'esmentada decisió jurisprudencial del 13 de maig del 1902 es diu que el tutor té el mateix dret que la mare a aquest respecte, ja que actua en nom d'un menor que no pot fer-ho per ell mateix, i l'acció és dirigida a obtenir per al menor un benefici just i lícit al qual té dret.

Prescripció de l'acció. — En Dret català no existeix cap terme de prescripció que es refereixi concretament als problemes que dimanen de la investigació de la paternitat dels fills naturals o il·legítims; per la qual cosa la doctrina catalana ha considerat⁷⁰ que en aquesta matèria s'ha d'aplicar l'Usatge n.º 156, *Omnes causae*, que disposa que les causes, siguin bones o dolentes, tenen un termini prescriptiu de trenta anys, amb la particularitat de no ésser exigit el requisit de la bona fe. Brocà recalca que la regla de la jurisprudència i la pràctica catalanes — confirmades per la majoria dels juristes de Catalunya —, que en l'aplicació de l'Usatge *Omnes causae* han d'ésser tingudes en compte les disposicions del Dret romà referents a la prescripció ordinària, mentre no siguin contràries al mateix dret romà, té el sòlid fonament de la consideració de supletòries a Catalunya de les lleis canòniques i romanes.

Un punt de vista idèntic ha estat sostingut per Borrell, el qual afirma que l'acció respecte a la filiació natural prescriu, segons les mateixes regles

70. Vegeu Brocà, *op. cit.*, p. 634 i ss.; BORRELL I SOLER, *op. cit.*, vol. cit., p. 87 i ss.

de la prescripció, en no existir cap disposició que ho limiti, i conclou que l'article 137 del Codi no vigeix a Catalunya.

VIII. EFECTES DEL REONEIXEMENT

A) **FILLS NATURALS.** — a) *Dret a dur els cognoms del pare o de la mare que l'hagi reconegut.* — Aquest dret legalment es basa en les disposicions que es refereixen al concubinat romà.⁷¹ Coincidint amb Brocà, cal dir que el número primer de l'article 134 s'ha d'harmonitzar amb les disposicions vigents a Catalunya. Convé de fer notar que aquest punt de vista ja fou recollit per la jurisprudència en la sentència del 26 de març del 1904, que aplica l'al·ludit article del Codi a un cas referent a Catalunya.⁷²

b) *Dret a exigir del pare o de la mare que l'hagi reconegut la prestació dels aliments que li calguin per a les seves necessitats.* — Dins el concepte d'aliments s'ha d'englobar tot el que concerneix a alimentació, habitació, vestits, assistència mèdica, instrucció, etc.⁷³

Les Novel·les de Justinià⁷⁴ ja assenyalen aquest dret, al qual no solament quedava obligat el pare, sinó que també els seus descendents legítims hereus tenien l'obligació de proporcionar aliments al fill natural, fixats segons un just criteri i d'acord amb la fortuna del difunt. En la repetidament esmentada sentència del 26 de març del 1904 hom recull aquesta tendència en expressar-se que, "si bien por el artículo 150 del Código civil la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, este precepto, cuando se trata de los debidos por el padre al hijo natural, no puede regir en Cataluña, en donde, por no tener esta clase de hijos, cuando concurren con legítimos, derechos sucesorios, la obligación del padre se transmite a sus herederos como carga de la sucesión, a tenor de la Novela 89...". Per tant, aquesta obligació també s'estén als hereus del pare, encara que no siguin precisament els seus fills legítims.

71. BROCÀ I AMELL, *op. cit.*, p. 152, nota n.º 11.

72. Prats Burgay, que, com ja hem fet patent abans, creu que en aquesta matèria s'han d'aplicar les disposicions del Codi civil i no pas les del Dret català, diu que, llevat el número 1 del dit article 134, els altres preceptes del mateix article no vigeixen a Catalunya (*op. cit.*, p. 83).

73. Codi, tit. XXV, 3, *De alendis liberis ac parentibus*; Novella 74, cap. I i Novella 89, cap. 12 i 6.

74. Vegeu la nota anterior.

Pel principi de reciprocitat d'aquest tipus d'obligacions, els fills naturals tenen idèntica obligació envers llurs pares.⁷⁵

Tant Brocà i Amell com Borrell i Soler observen que aquest punt de vista ja fou admès per Jaume Càncer, i que el Tribunal Suprem l'ha tingut en compte en les seves sentències del 10 de febrer de 1862 (referent a Castella), 21 de març de 1862, 7 i 18 de setembre de 1860, 29 de febrer de 1864, 1 de març de 1867, 19 d'octubre de 1870, 10 de maig de 1907 i 25 de febrer de 1928.

Les sentències del 12 de febrer de 1862 i del 14 de febrer de 1895 tracten del cas en què el pare deixa algun llegat a un fill natural seu, i indiquen que cal escatir si el dit llegat cobreix la quantitat que el fill natural podria reclamar en concepte d'aliments, així com si està en proporció a la importància del cabal hereditari del pare.

c) *Dret successori del fill natural sobre l'herència dels pares naturals.* — En aquest camp els preceptes del Dret català són molt diferents dels del Codi, i, per consegüent, l'article 134, n.º 3, del Codi⁷⁶ de cap manera no pot ésser aplicat a Catalunya, sinó que cal fer remissió al Dret romà. Per tant, com veurem tot seguit, el Codi concedeix als fills naturals legalment reconeguts un dret legitimari a la successió del pare o de la mare que el van reconèixer,⁷⁷ mentre que el Dret català, basant-se fonamentalment en el Dret romà, distingeix segons que es tracti d'heretar del pare o de la mare, per la raó que les normes aplicables són molt distintes.

Per això, totes les disposicions del Codi civil referents als drets successoris dels fills naturals no tenen cap vigència a Catalunya, i, per tant, l'article 807 n.º 3 i els seus concordants, no poden ésser invocats quan es tracta d'assumptes referents a Catalunya. El mateix pot dir-se dels altres articles del Codi civil relacionats amb aquesta qüestió. Aquesta tesi fou reconeguda per la sentència del 13 de maig de 1902, que va declarar que l'al·ludit article no regeix a Catalunya, car, pel fet d'ésser molt ben definits els drets de què gaudeixen a la nostra regió els fills naturals, aquest article no ha omplert cap deficiència o buit de la legislació catala-

75. Codi, *De alendis liberis ac parentibus*, llibre V, cap. 25; Llei 5 Cod., *De patria potestate*, VIII, 47.

76. "El hijo natural reconocido tiene derecho... a percibir, en su caso, la porción hereditaria que se determina en este Código."

77. Vegeu la sentència del 10 de juny de 1918.

na; per la qual cosa —conclou la dita decisió jurisprudencial— mai no pot ésser considerat vigent a Catalunya.

Després d'haver-se fet algunes consideracions sobre quin és el dret aplicable en el problema que ara ens ocupa, ens referim separatament al distint criteri que se segueix en Dret català respecte a la successió del pare o de la mare per part dels seus fills naturals.

1) *Respecte al pare*. — En principi els fills naturals no tenen cap dret a l'herència del pare, llevat en el cas en què aquest hagi mort sense haver fet testament —no pas en el cas en què l'hagi fet, car aleshores no poden reclamar res— i no deixi consort sobrevivint ni fills legítims, en el qual cas tindran dret a una sisena part de l'herència —*duae unciae*—, porció de caràcter invariable, qualsevol que sigui el nombre de fills naturals concurrents, tot atribuint a la mare una quota hereditària igual a la de cadascun dels seus fills. Amb tot, si concorren ascendents legítims, aquests tindran la part legitimària que els correspongui.

La Novel·la 89 establí que quan el *de cuius* no deixés parents dins el quart grau, els fills naturals que haguessin estat legalment reconeguts tenen dret a la totalitat dels béns amb preferència als col·laterals més llunyans.

Si el pare difunt deixa vídua o algun ascendent legítim, els fills naturals solament tindran dret als aliments *secundum substantiam mensuram a bono viro arbitratem*,⁷⁸ dret que grava els hereus legítims com una càrrega de l'herència. L'esmentada sentència del 26 de març de 1904 va confirmar aquesta orientació en declarar, com ja hem assenyalat abans, que l'article 150 del Codi no té vigència en territori català.

Ací no farem sinó una lleugera al·lusió a allò que exposa el Projecte de Compilació del Dret de Catalunya de 1955, per tal com creiem que, als efectes d'això que estudiem, els anteriors projectes no tenen cap interès. Així, podem comprovar que allò que hem dit en el paràgraf anterior ho confirma plenament el Projecte de Compilació, en expressar en el seu article 279, que "Los hijos naturales son legitimarios en la sucesión de su madre en todo caso; en la de su padre, sólo si éste no deja al morir hijos o descendientes legítimos" (observem que la mare en resta exclosa). I afegeix: "En ambas sucesiones, en lugar de los hijos naturales pre-muertos al causante serán legitimarios los descendientes legítimos de

78. Digest, llei 5, *De agnox et alend.*, llibre 25, 3; Novella 18, cap. 5; Novel·la 89, cap. 12.

aquéllos, por derecho de representación y división por estirpes”.^{78a} La segona part del citat article està d'acord, en essència, amb l'article 843 del Codi, relatiu a la successió testamentària, car hom hi disposa que els drets reconeguts pel Codi als fills naturals es transmeten, per llur mort, als descendents legítims d'aquests. El 940 i el 941 del Codi, relatius a la successió intestada, segueixen la mateixa directriu.

Pel que afecta al dret alimentari dels fills naturals respecte a l'herència del pare, l'article 280 del Projecte de Compilació diu que “los hijos naturales no legitimarios en la sucesión de su padre, o los descendientes legítimos de los premuertos, tienen derecho a alimentos a tenor del valor de la herencia, mientras no puedan proveer por sí mismos a su adecuado sustento. Este derecho carece de carácter legitimario y obliga personalmente a los herederos del padre y sus herederos”.⁷⁹ En substància segueix el punt de vista romà. Cal fer notar el caràcter no legitimari del dret d'aliments, i que s'ha de tenir en compte el valor de l'herència del pare.

2) *Respecte a la mare.* — Com a principi general s'ha d'afirmar que els fills naturals succeïxen a llur mare i als parents per parts iguals i ensem amb els legítims.^{79a} Tenen, però, diferentment de l'herència del pare natural, la qualitat d'hereus legitimaris, i, per tant, poden succeir-li, encara que mori sense testar. La diferència de tracte, segons que la persona a heretar sigui el pare o la mare, es pot veure en el fet que a la successió d'aquell el fill és considerat com un element estrany a la família, el qual, si bé pot tenir un dret de tipus alimentari, no té, en canvi, cap dret a una quota legitimària al cabal del seu pare.

El Projecte de Compilació, en el seu article 279, recull clarament els principis que acabem d'expressar, car diu: “Los hijos naturales son legitimarios en la sucesión de su madre en todo caso”,⁸⁰ i afegeix: “La

78a. L'art. 126, par. 1.º, té una redacció idèntica.

79. L'art. 127 de la Compilació, que és el corresponent, té una redacció quasi idèntica: “Los hijos naturales no legitimarios en la sucesión de su padre, o los descendientes legítimos de los premuertos, mientras no puedan proveer por sí mismos a su adecuado sustento, tendrán derecho a alimentos en proporción al valor de la herencia. Este derecho carece de carácter legitimario y obligará personalmente a los herederos del padre”.

79a. Digest, llei 29, 1, *De inofficiosi testamenti*, 5, 2; Instituta, § 3, D. S. C., *Orphit.*, III, 4.

80. “Si el hijo natural hubiera premuerto al causante, serán legitimarios los descendientes legítimos de aquéllos, por derecho de representación y división por estirpes” (art. 279, incís 2.ºn del paràgraf 1.ºn).

legítima de los hijos naturales en la sucesión de su madre, si concurren con hijos o descendientes legítimos, está sujeta a las mismas limitaciones que el artículo anterior establece en análogo caso para los hijos adoptivos".⁸¹ Veiem que per a la determinació de la quota legitimària que correspon als fills naturals quan concorren a l'herència de la mare amb fills o descendents legítims, el Projecte de Compilació es remet al que estableix per als fills adoptius, la qual cosa confirma el criteri del Dret romà en donar el mateix tracte als fills legítims que als naturals, llevat en el cas que preceptua l'article 278.

A la Novel·la 89 hi ha una curiosa disposició, que citem a títol més aviat anecdòtic, car la seva eficàcia i aplicabilitat actual és inoperant, en virtut de la qual en cas de no poder els fills naturals o espuris succeir al pare o a la mare de llinatge distingit o il·lustre, tindran dret a reclamar aliments.

B) FILLS IL·LEGÍTIMS "STRICTO SENSU". — a) Segons el Decret de Gracià,⁸² els fills il·legítims *stricto sensu* segueixen la condició de la mare. El Dret canònic i el romà consideren els fills incestuosos, adulterins i sacrílegs com si fossin espuris, principi que, amb tot, no és inflexible, car el pare, com veurem tot seguit, ha d'alimentar-los.

b) *Dret de proporcionar aliments*. — Les Decretals de Gregori IX,⁸³ pel que respecta al pare, prescriuen que s'han de facilitar als fills adulterins els aliments naturals — segons expressió de Borrell i Soler — és a dir, allò que cal per a llur subsistència, però no pas el que els correspongués d'acord amb la posició econòmica del pare. Aquesta disposició, afirmen juristes tan distingits com Brocà i Amell,⁸⁴ per *aequitate canonica*, s'ha considerat extensiva als altres fills *ex damnato coitu*, però limitant sempre l'obligació alimentària a allò que sigui estrictament necessari per al manteniment del fill i en relació amb les possibilitats — no pas a la

81. "Los hijos adoptivos son legitimarios como los legítimos, pero si en la misma herencia concurren uno o más hijos adoptivos con uno o más hijos o descendientes legítimos, la legítima de los adoptivos no podrá menoscabar la de los legítimos. La legítima global de aquéllos será independiente de la cuarta legitimaria que íntegramente corresponderá a los legítimos, y la legítima individual no podrá exceder de la porción viril que resulte de dividir la cuarta parte de la cantidad base para calcular la legítima de los hijos adoptivos, por el número de éstos sumado al de los hijos legítimos y estirpes de descendientes legítimos" (art. 278, paràgraf 1.º).

L'art. 126, par. 2.º de la Compilació té una redacció molt similar.

82. Causa 32, quaest. 4.

83. Cap. 5, *De eo qui duxit in matrimonio, in fine*.

84. P. 156. Vegeu, a més, Brocà, *op. cit.*, p. 614.

dignitat — del pare. Aquesta opinió fou recollida per la sentència de l'11 de gener del 1867, a la qual després ens referirem.

Amb relació a la mare, el Digest⁸⁵ estableix que els fills nats d'una unió no matrimonial tenen el dret d'ésser alimentats per llur mare, així com, viceversa, ells tenen idèntica obligació respecte a aquesta. A més, igualment que els fills legítims, poden reclamar als ascendents materns els aliments civils. Aquesta obligació de la mare existeix de la mateixa manera per a tots els fills il·legítims *stricto sensu*.

Creiem que és d'interès de recollir ací el punt de vista sostingut per Brocà,⁸⁶ que afirma que, pel seu caràcter complementari, ha d'ésser considerat aplicable a Catalunya el paràgraf de l'article 143 del Codi, que diu: "Los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia. Los padres están además obligados a costear a los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio". L'esmentat autor diu que de l'expressió "facilitar lo necesario para la subsistencia", i mitjançant una interpretació lata, hom pot arribar a la conclusió que els pares, respecte als fills il·legítims, també tenen l'obligació de proporcionar-los els mitjans necessaris perquè rebin una instrucció elemental i perquè puguin aprendre una professió, un art, o un ofici.

L'article 280 del Projecte de Compilació, en el seu paràgraf segon recull aquesta forma de pensar, en dir que els fills il·legítims "*stricto sensu*" també tenen dret alimentari, tant en la successió de llur pare com de llur mare.^{86a}

c) Respecte als drets hereditaris dels fills il·legítims *stricto sensu*, el Dret català i el Codi civil concorden en línies generals. Així, tant en la successió testamentària com en la intestada, els fills adulterins, incestuosos i sacrílegs no poden heretar res de llurs procreadors, ni aquests, d'ells. L'únic dret successori que els pot correspondre, i això per raons d'equitat canònica, és el d'aliments, de què hem tractat abans. Pel que fa als fills espuris, creiem que poden tenir dret de succeir en els béns de llur mare.

El Tribunal Suprem ha tingut ocasió de declarar-se sobre aquest punt, i ho ha fet afirmativament en la sentència de l'11 de gener del 1867, en considerar lícit el llegat fet pel pare, de la cinquena part del seu cabal,

85. Llei 5.ª § 4.ª, *De agnos et alen.*, liber XXV, 3.

86. *Op. cit.*, p. 614.

86a. Correspon amb l'art. 127, par. 2.º de la Compilació.

a favor d'un fill adulterí, en concepte d'aliments; amb la qual cosa podria resultar més afavorit que els altres fills. Aquesta posició jurisprudencial fou confirmada per la sentència del 28 de desembre del 1891, que va permetre de deixar usufructuari d'uns béns el fill adulterí i propietari dels mateixos béns els fills legítims.

Si els pares incestuosos o sacrílegs contreuen matrimoni mitjançant dispensa, la incapacitat de succeir deixa d'existir, car els fills, en virtut d'aquest matrimoni, queden legítims. Així ho va declarar la sentència del 2 de juny del 1891.

El Projecte de Compilació no diu res sobre el particular, i per la concordança existent en aquest punt entre el Codi civil i el Dret català s'haurà de tenir en compte el que disposa l'article 845 del Codi, que diu que els fills il·legítims que no tinguin la qualitat de naturals només tindran, respecte a la successió de llurs progenitors, el dret d'aliments.⁸⁷

Considerant que potser ens hem estès massa en l'estudi del problema que ens ocupa, i per tal de no separar-nos de l'objectiu que ens vam traçar, no volem donar per acabat aquest treball sense formular les conclusions que ens semblen adequades.

IX. CONCLUSIÓ

El lector deu haver pogut comprovar el clima de desconcert que existeix, tant en la doctrina com en la jurisprudència, respecte a la vigència a Catalunya dels preceptes del nostre Dret que s'ocupen de la investigació de la paternitat i d'altres qüestions que hi són relacionades.

No obstant la tesi sostinguda pels més il·lustres tractadistes de Dret català i alguns juristes no catalans de gran prestigi, relativa a l'aplicació del Dret català i no del Codi civil, ha succeït d'una manera repetida, i suposem que això ha estat degut principalment a raons de comoditat o d'inèrcia, unes vegades, i d'altres, per desconeixement dels preceptes del nostre Dret, que tant advocats com jutges, magistrats i membres d'altres professions jurídiques, s'han servit de les normes del Codi, prescindint

87. El segon paràgraf del mateix article diu: "La obligación del que haya de prestarlos se transmitirá a sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen a la mayor edad; y, en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad".

L'art. 127, incís darrer del par. 2 de la Compilació diu: "...este derecho carecerá de carácter legitímario y obligará personalmente a los herederos del padre".

dint, per tant, de les que haurien hagut d'emprar, és a dir, de les del Dret de Catalunya.

El Projecte de Compilació del Dret català de 1955, al qual tan reiteradament hem fet referència, estableix categòricament el principi de l'aplicabilitat del Dret català.^{87a} Tenim l'esperança que amb la promulgació d'aquest Projecte s'haurà resolt definitivament el problema de les fonts legals i que no es caurà més en la pràctica viciosa i equivocada que tants perjudicis ha causat i, malauradament, causa al nostre Dret.

Creiem que caldria molt que els òrgans legislatius es fessin ressò del corrent dominant a la quasi totalitat de països del món, i que a Catalunya impera de fa molts segles, en virtut del qual s'ha d'admetre el lliure dret dels fills il·legítims *stricto sensu* — i de la mare, en el seu cas —, d'exigir del pare el reconeixement de la paternitat i poder reclamar els drets que els corresponguin.

Un pas decisiu cap a l'harmonització de les disposicions del Dret civil espanyol amb les de la major part d'Estats i amb les del nostre Dret fou fet per la Constitució de la República, del 9 de desembre del 1931, que en l'article 43 establí: "Los padres tienen para con los hijos habidos fuera de matrimonio los mismos deberes que con respecto a los nacidos en él", i disposà, a més, que les lleis civils regularien la investigació de la paternitat. En no complir-se això, l'esmentat article no va tenir eficàcia pràctica, ja que pel fet de no ésser una norma completa calia que hom dictés la legislació complementària que substituís els articles del Codi civil consagrats a la matèria. Per consegüent, el Tribunal Suprem, en la seva sentència del 21 de novembre del 1934, es va veure obligat a dir que el mencionat article 43, en servir solament per a fixar el criteri interpretatiu i substituir la interpretació restrictiva per una altra de merament declarativa, donava lloc a que la seva jurisprudència, després de promulgada la Constitució republicana, s'havia de limitar a aplicar l'article 135 del Codi civil d'acord amb les circumstàncies i els requisits assenyalats en el mateix article. De tota manera, cal dir que els esdeveniments posteriors van fer que aquests lloables propòsits no tinguessin cap valor real.

Abans de cloure, volem fer constar la nostra esperança que la publicació de la Compilació del Dret civil vigent a Catalunya signifiqui que no es produirà ja més la situació anòmala objecte d'aquest treball, i, a més,

87a. En el mateix sentit la Compilació.

és de desitjar una revisió dels inadequats i injustos articles del Codi que regulen la investigació de la paternitat. Aleshores, hom aconseguiria, com diu el nostre gran jurista Maspons i Anglasell, que la mare i el fill natural o il·legítim tinguin la consideració que mereixen i que els deu una societat inspirada en l'esperit del Cristianisme.

**SOBRE «COMPRES I MILLORES»
A LA COMARCA DE GANDESA**

per

JOSEP M.^a PASCUAL i SERRES

Deia molt encertadament Duran i Bas, que la família i la propietat són dues institucions fonamentals del Dret privat, tota vegada que responen a dues lleis de la natura humana: la de la *generació* i la de l'*assimilació*, les quals vénen completades per sengles institucions secundàries: la *successió hereditària* i la *convenció*, que deriven, a llur torn, de dues lleis naturals: la *continuïtat* per a perpetuar el patrimoni moral i material acumulat per la nostra activitat i la *cooperació*, com a remei per a la debilitat que ens és congènita, elements que, per a arrodonir el discurs, ens diu que organitzen a la vegada, els elements que són essencials a la societat: la *tradició*, que és principi de conservació, i el *moviment* que és llei de la vida.¹

Dubtem de poder trobar en la nostra bibliografia una cita que, de manera tan precisa, ens revelés el sentit del mecanisme d'un Dret que no és tan sols de particulars, sino també de ciutadans.

Concretament en els pactes matrimonials o "capítols" catalans veiem reflexat, com en un mirall, la vida significativa del país i tota la morfologia del Dret civil, o millor dit, del Dret privat.

És aquest el sentit que hem d'atorgar als *capítols* d'"*associació de compres i millores*" i als seus instruments notariais del segle passat que s'han salvat de la destrucció, puix que, contràriament al que opina González Palomino,² podem dir, al·ludint precisament a la pràctica notarial de la nostra regió, que no tot era literatura en ella, sinó que traduïa la realitat

1. *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, p. 11.

2. *Hacia un nuevo Derecho notarial*, a *Revista de Derecho Privado*, 1934, p. 288.

amb l'autèntic verisme que infon el notari al problema viscut i que al cap i a la fi, és la seva principal funció.³ Entenent-ho així, i considerant els capítols més que un contracte, un conveni,⁴ un règim,⁵ una constitució,⁶ un estatut,⁷ o una espècie de llei familiar domèstica, conceptes, tots ells, que responen a la veritat cercada i al propòsit íntim dels atorgants, és evident que el subjecte actiu, protagonista d'un tal ordenament *associatiu*, és la família; no qualsevulga família, ni tan sols la família catalana *stricto sensu* sinó, senzillament, la d'una comarca determinada⁸ que, en el cas a què fa referència el document que inserim en acabar, és la terra de Gandsa, a la Catalunya nova.

En conseqüència, procedint de baix a dalt, que és com s'ha fornit el Dret popular,⁹ en els capítols que estudiarem podem distingir, ben arrelat, aquell antecedent bàsic de la *propietat* que s'aporta en cossos o diners i que s'*assimila*, per a ennoblir una *casa* o un *foc*, per tal de continuar la seva vida i renovar la seva *tradició*, mitjantçant la *continuació* de tots els seus valors espirituals i materials, cívics i polítics, en una reiterada *successió de generacions* fruïda i en servei permanent en el temps, mitjançant el tendre *acolliment* a la casa que es fa al promès o al marit.¹⁰

Però no analitzarem ara la natura, l'estructura ni les conseqüències d'aquesta mena de capitulacions, tasca que ja ha estat feta, amb més autoritat, per altres autors.¹¹ Per ara, el nostre intent és més limitat. Només

3. Veure FARRÉ MOREGÓ, *Función de las cláusulas de estilo de las escrituras*, a *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1946. p. 101. No obstant, pot atribuir-se a molts notaris actuals, poc juristes, la simplificació, molt perillosa, de tals clàusules, que sols poden portar a una desvirtuació de les institucions. En tal cas, el notari, en lloc de conservar el Dret, el destrueix. Aixó es fomentar els litigis.

4. Veure MORELL, *Els capítols matrimonials*, a *Revista jurídica de Catalunya*, 1935, p. 395; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., Madrid, 1931, II, 782.

5. Cfr. DURÁN I BAS, ob. cit., 48; MORELL loc. cit., 396.

6. ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rústico y lo urbano en el Derecho sucesorio*, separata, Madrid, 1945. 34.

7. Cfr. MASPONS I ANGLASELL, *Els capítols matrimonials o la vida jurídica catalana*, a *Revista Jurídica de Catalunya*, 1923, 207. Consulti's el Tit. IV. Lib. I del *Proyecto de la Compilación del Derecho Civil especial de Catalunya*, Barcelona, 1956 i el Tit. III. Lib. de la *Compilació*.

8. Cfr. BORRELL Y SOLER, *Derecho civil español*, Barcelona, 1955. V., 318.

9. Cfr. VILLAVICENCIO, conferència sobre Dret de Família, dintre del cicle dedicat al Dret Català, en el *Colegio Monterols*, Barcelona, 31-I-56.

10. Cfr. MORAGAS, *Associació a compres i millores en el camp de Tarragona*, dins del cicle de *Conferències sobre varietats comarcals del Dret Civil Català*, Barcelona 1934, p. 197.

11. Es poden consultar BORRELL I SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, Barcelona,

pretenem subratllar alguns punts que apareixen en la doctrina amb una certa obscuritat.

Per exemple:

a) Que és a la comarca natural que s'estén a l'entorn de Gandesa, dins de l'actual província de Tarragona, on l'"associació" té més arrelament i on assoleix més difusió que en la resta del país. Sens perjudici de retornar al mateix tema més endavant direm, ací:

1) Que aquest tipus de capítols és l'únic que s'atorga a la comarca. Pràcticament son desconeguts els altres.

Per la nostra condició d'advocat en exercici a Gandesa, hem comprovat, personalment, que els seus veïns consideren com un pecat de desconeixement de llur dret familiar el fet que un notari atorgui uns capítols regits per un altre sistema jurídic, car el patró general i del tot exclusiu seguit per als capítols és el de "compres i millores".

2) Que segons les dades fornides gentilment pel notari d'aquella població, el senyor Manuel Ocaña, gràcies al qual, també hem pogut transcriure els capítols que inserim al final del present estudi, resulta que aproximadament un trenta cinc per cent dels matrimonis celebrats els estipulen de tal classe, percentatge que és elevat si hom considera, com dèiem abans, que son desconeguts altres tipus de capitulacions. Cal precisar també, que el nombre d'associacions de compres i millores disminueix progressivament, degut al fort atractiu que suposa el sistema general català de la separació de béns, en una evolució paral·lela a la que assenyalava Saguer i Olivet¹² respecte a Girona i, també, com a resultat de la poca simpatia que suscita tal institució o del desconeixement que de la mateixa en tenen els notaris forasters,¹³ que en els últims anys ho vénen a ésser gairebé tots.

b) Que en la comarca solen pactar-se, a més de l'associació, un hereta-

1923, V, 332-339; MORAGAS, *loc. cit.*, 193-219; PIÑOL AGULLÓ, *Asociación a compras y mejoras en el Campo de Tarragona*, separata, Barcelona, 1949; BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña*, Barcelona, 1919, I, pp. 833-842, BROCA Y AMELL, *Instituciones del Derecho civil catalán*, Barcelona, 1886, 2.ª ed., I, 356-361; PELLA Y FÓRGAS, *Código civil de Cataluña*, Barcelona, s. d., 1.ª ed., IV, pp. 253-257; CORBELLA, *Derecho catalán*, Reus, 1906, 67-69; ALMEDA, *Dictámenes*, Barcelona, 1920, 84 y 323; FALGUERA, *Conferencias de Derecho catalán*, Barcelona, 1889, 51-56, encara que els identifica amb els gananciales, etc.

12. Règim econòmic familiar de Girona i son Bisbat, a *Revista Jurídica de Catalunya*, 1907, 501.

13. En canvi, les generacions presents han de conèixer el pregon respecte que sentiren i demostraren per tal institució els notaris Josep Pascual i Tobella, avi nostre, Ramon Aulet Calderó i Pascual Giron, tots ells ja desapareguts.

ment universal o parcial dels béns paterns, tot reservant-se, en aquest cas, determinats elements patrimonials per a testar.

Per tant, hem d'interpretar: 1.^{er} Que és totalment mancada de fonaments la sorprenent opinió de De la Fuente Pertegaz,¹⁴ que creu que en l'esmentat territori es ignora aquesta institució. 2.^{on} Que el sistema gandesà o de la Terra Alta, no desentona del general de Catalunya Vella, caracteritzat, segons molts autors, equivocadament, per la exclusivitat del pacte.

c) Que dit arrelament i exclusivitat suposen, sense cap mena de dubte, el reconeixement de la certesa de determinats principis com: 1.^{er} El triomf d'un denominat *dret social* o *pacte social* com l'anomena Torrent i Garriga,¹⁵ entenent-lo en funció d'una comunitat organitzada, en aquest cas, la família gandesana, que predomina sobre el sentiment individual que podria tendre a sortir-se del patró;¹⁶ 2.^{on} El paral·lelisme existent entre la vida jurídica i la econòmica, que ja Molino¹⁷ en el segle XVII posà de manifest en referir-se als capítols de què tractem quan digué que: a) eren propis de la pagesia: *ut rustici sunt qui eam contrahunt* com, efectivament, és la del país;¹⁸ b) que els cassos de *millores* calien d'ésser interpretades, en la suposició d'haver estat estipulada la corresponent escriptura abans de contreure matrimoni, quan es realitzaven plantacions d'olivera i vinya: "*ita sit ut meliorationem nomine veniant... plantationes olivetorum, vine-*

14. Veure la seva obra *Los heredamientos capitulares en Cataluña*, Madrid, 1921, i el plà gràfic en p. 32 que extèn el concepte al Partit judicial de Tortosa; MASPONS I ANGLASELL, *loc. cit.*, 211, sosté que a la comarca de Gadesa el fer heretaments és excepcional.

15. Veure el seu *Formulario de Capitulaciones matrimoniales y testamentos arreglado a la legislación y costumbres de Cataluña*, Barcelona, 1885, 25. Es curiós remarcar com el que, pels *anti-foralistas* d'Espanya constitueixen arcaïsmes o qüestions que — com a màxim ténen un interès purament acadèmic — apareix novament en les codificacions actualíssimes de França, Polònia, etc., precisament en aquest sentit social. (¡Quina constatació mes llastimosal!) (Cfr. PIATOWSKI, a la *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1958, pp. 64 i seg.).

16. Veure el valor de la fórmula en l'obra de JOAQUIM COSTA, tan coneixedor del costum. *El problema de la ignorancia del Derecho*, Madrid, 1901, cap. III, par. 4, art. páginas 33-36.

17. *Tractatus celebris et insignis de ritu nuptiarum et pactis in matrimonio conventis*, Barcelona, 1616, 322, n. 20.

18. Cfr., a títol d'exemple, el llibre que sobre Batea, pertanyent a la mateixa Comarca i d'ídèntica economia i també, com en l'escriptura que s'insereix al final, del segle XVIII, publicada a l'obra de ALCORIZA *Constituciones de la Junta Económicopolítica de Caridad establecida en la villa de Batea para el socorro de los pobres verdaderamente necesitados*, Barcelona, 1787.

torum..."¹⁹ cultius que monopolitzen, tant avui com ahir, l'activitat comarcal.

d) Existeixen motius històrics que expliquen la particularitat capitular de referència, com la integració de tota la comarca, desde el riu Algàs, que llinda amb l'Aragó, fins a l'Ebre, i des de Benifallet fins a Fayó, en una Organització política ben característica ja abans de que, en el segle XII Ramon Berenguer IV la cedís als templers²⁰ i, posteriorment a aquella centúria, pel fet d'ésser regida pel *Codi dels Costums de Miravet*.

Comparant l'ària geogràfica en què té vigència l'associació de compres i millores amb els territoris que pertanyeren a l'extingida ordre del Temple, es pot afirmar, bàsicament, la coincidència d'una i altra zona,²¹ i

e) La constància de certs trets comarcals com:

1.^{er} La seva arrel associativa pròpia de l'estament pagès,²² que no té res a veure amb l'"associació" a que es refereix Falguera,²³ o donació universal recíproca entre els cònjuges sense fills.

2.^{on} La seva concreció del sentit cristià del matrimoni, que s'ha d'entendre com una societat entre marit i muller en el concepte del nostre Gibert.²⁴

3.^{er} La solemnització dels pactes nupcials no representa la creació jurídica d'una associació, sinó l'exteriorització legal d'un costum. El negoci jurídic no resideix en la forma;²⁵ el document es constituït als efectes de tercers però no pels interessats, com ha quedat demostrat en aquests darrers anys per les destruccions produïdes per la guerra, en els protocols, arxius, Registre de la Propietat i titulacions en poder de particulars. A la comarca de Gandesa no sabem veure del tot confirmada la forma *dat esse rei romana*. Respon a l'esperit d'una terra que, tal vegada en alguns aspectes jurí-

19. MOLINO, *op. cit.*, 323, n. 28.

20. Veure el nostre treball *Los límites de Aragón y Cataluña en el río Algás, en el siglo XII*, al llibre *A la memoria de Don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954.

21. Cfr. MIRET I SANS, *Les Cases de Templers i Hospitalers a Catalunya*, Barcelona, 1910.

22. *Societatis inter virum et uxorem, rara certem et rustica*. MOLINO, *op. cit.*, n. 20, Contra, DE LA FUENTE, *op. cit.*, 99, en general.

23. Cfr. *Formulario completo de Notaría*, Barcelona, 1862, 2.^a ed., p. 82.

24. Cfr. *Teórica del arte de Notaría*, Barcelona, 1844, 99. "Sociedad entre marido y mujer" es com qualifica aquests capítols VIVES Y CEBRIÀ; *Los usages y demás Derechos de Cataluña*, 2.^a ed., Barcelona, 1862, II, 168, nota; "Sociedad familiar", segons BORRELL Y SOLER *Derecho civil*, lib. IV, 320, nota 4.

25. Cfr. MORELL, *loc. cit.*, 399 i sgs.; NÚÑEZ LACOS, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, a *Anales...*, 1945, 448 i ss.

dics, no és la Catalunya estricta. No obstant, podem afirmar, dissentint de Cáncer,²⁶ però d'acord amb Fontanella,²⁷ que ningú, ni tant sols l'esposa, reclama l'"associació" si no ha estat pactada en capítols.

4.^{art} Que la llei de la societat conjugal, que és més treball en comú que no de capital o d'aportacions, explica, en certa manera, aquella comunitat d'autoritats que pot observar-se en les famílies de la Comarca on existeix una distribució de funcions anàloga a la que presenten societats d'índole ben distinta.²⁸ La seva pluralitat de comanaments es justifica per la vida econòmica del país i per la necessitat de fer viure, eficaçment, la societat matrimonial com a contracte. L'esmentada autoritat en comú no produeix interferències ni dissensions o litigis, inclús dissolt el matrimoni.²⁹

Finalment, o millor, com a raó o justificació d'aquestes pàgines, reproduïm una escriptura de capítols d'"acolliment" o "associació a compres i millores" que, talment com a deixalles d'un naufragi —el de la passada guerra— resta en l'arxiu de protocols del districte de Gandesa. En ella és visible tota la vida del país: la familiar i l'econòmica, i la seva estructura jurídica. Precisament l'hem extret del protocol d'una vila de l'esmentada Comarca, relativament aïllada com és La Fatarella —voltada de boscs fins a una època ben recent—, perquè encara que es tracti d'una estipulació realitzada doscents anys enrera, conserva tota la seva puresa que és palesa, per exemple, en aquella renovada fórmula descriptiva i feliç de la donació "a portes tencades", és a dir: comprensiva de "tot el que es troba dins de la casa pairal: béns mobles i semovents", en el moment de consumar-se i que en l'exemple nostre es fa simultània, encara més, agafada a l'heretament.³⁰ Creiem que aquest document es l'únic que ha estat transcrit de la Comarca de la qual ens hem ocupat,³¹ i diu així:

Dia vint i sis del mes de abril, any de la Nativitat del Senyor de mil setcents seixanta y set; en la Vila de la Fatarella, corregiment y Bisbat de Tortosa.

Mediant la Divina Providencia del Esperit Sant tractat es estat y matrimoni

26. *Variarum resolutionum*, Barcelona, 1760, pars. 3, cap. 7, n. 168.

27. Cfr. *De Pactis nuptialibus*, Barcelona, 1612, Claus. 11, n. 4.

28. Veure ALBI AJERO, *La potestad de mando en las sociedades anónimas*, a *Anales...*, 1946, pp. 626 i ss. L'art. 91 del *Proyecto de Compilación*., citat no ha recollit aquest matís, que s'oposa a les lleis generals.

29. Contra, per estimar que el pacte es contrari a la equitat, veure TORRENT Y GARRIGA, op. cit., 81, nota 14.

30. Contra, el costum de Horta de Sant Joan de la mateixa comarca, segons l'enquesta notarial que cita MASPONS I ANGLASELL, loc. cit., 211.

31. Els de MORAGAS, op. cit., 212-219 son de Tarragona i Valls.

celebrat entre Andreu Balcebre, pagés, fill de Joseph Balcebre, pagés, vivent, y de la q^o Maria Ignés Rieu, conyuges, part una; ab Maria Descarrega, filla legítima y natural de Joan Descarrega, pagés, vivent y de la q^o Maria Llop, conyuges, part altra; tots de dita vila de la Fatarella, per rahó del qual matrimoni han estat fets, pactats, firmat y jurats los capitols y pactes següents:

Primerament, lo dit Joseph Balcebre, pare del dit Andreu Balcebre, per contemplació del dit son matrimoni, y per tots drets de legítima paternal y maternal, per xó, de son grat y certa ciencia dona, y per titol de donació, pura, perfecta, simple e irrevocable, qu'es diu entre vius, seguida la mort d'ell dit donador, y no abans ni d'altra manera, otorga y concedeix al dit son fill, com a ben mereixent y baix acceptament, y als seus y als que ell voldrá perpetuament la mitat de sos bens, aixís mobles com immobles haguts y per haber, ab la mitat de tots los animals que avui en dia ja, y está tingut y obligat a fer y prestar, ab la casa de sa propia habitació davant part ab les portes tancades, la qual donació fa, y fer entén lo dit Joseph Balcebre al dit son fill Andreu, ab los pactes, reservació y condició següents: Primer: Ab pacte que lo dit Joseph Balcebre reservarà tots los dies de sa vida natural lo verdader dueño, senyor y usufructuari de tot lo ple e integro usdefruyt resultant de tots los bens compresos en la present donació; Item es pacte, que a mes de dit usdefruys se reserva per a testar, y a sos voluntats per la altra mitat de bens; Item es pacte, que a mes del sobredit se reserva dit donador per a testar y a ses voluntats fer, tot aquell quarto de la casa de sa propia habitació, dit lo quarto de baix de la porta; Item es pacte, que si vingués lo cas de premori lo dit Andreu Balcebre al dit Joseph Balcebre son Pare, sens fills o fillas, en dit cas, lo dit Andreu Balcebre donatari sols puga disposar y a ses voluntats fer de la cantidad de cent lliures moneda Barña, y lo restant de dits bens de sobre donats torne y pervingue a ell dit donador, y aixi ab dits pacte, vinCLE, condició y no sens ells fa la present donació ab totes clausules de extracció de domini y tradició de possessió necessaries, ab cessió y mandat de estar a drets y accions, constitució de present com en cosa propia y altres clausules en semblants capitols forant acostumades; Item dit Andreu Balcebre accepta la sobredita donació per lo dit sont Pare a dalt feta, y de la mateixa manera que en ella es conté, ab mil besaments de mans y referiment de moltes gracies que lin fa.

Item en altre capitol, lo dit Joan Descarrega, Pare de la dita Maria, de son grat y certa ciencia per totes es a saber parts de heretat y legitima sua paternal y maternal, y suplement de aquella, y per la part o porció del creix, augment o donació per noccs de la dita mare sua a ella y als altres fills seus tocants y pertanyents, y per tots y qualsevols altres drets li pugan tocar y pertanyer en la heretat y bens dels dits Pare y Mare seus, tant per las ditas com per altres qualsevols causas y rahons, dona, y per titol de donació pura, perfecta, simple e irrevocable ques diu entrevius otorga y concedeix a la dita Maria sa filla, com a ben mereixent present, y baix acceptant, y als seus, y a qui ella voldrá perpetuament, per esguart y contemplació del seu matrimoni, per dot, y en nom de dot sua, cent lliures moneda Barña que la Maria Llop, sa madre li deixà y llegà en son ultim y valid testament, rebut en poder de Gregori Sedeu, de la

comuna Escribania de dita vila de la Fatarella, dia, mes y any en aquell continguts; v de part de Pare tota la roba de son portar; tot lo que promet donarli y pagarli a ella, es per ella al dit marit y sogre seus, de vuy a un any, de tot lo que la dita Maria ne puga fer y disposar a sas liberas voluntats; tot lo que promet atendre y cumplir sens dilació ni excusa alguna, ab restitució y esmena de totes mencions y expensas, e ab obligació de tots sos bens aixi mobles com immobles haguts y per haver, ab totes les renunciacions necessaries degudas y pertanyents; la dita Maria Descarrega accepta la sobredita donació per lo dit son Pare a ella dalt feta ab mil besaments de mans y referiment de moltes gracias que lin fá.

Item en altre capitol la dita Maria Descarrega, per contemplació de son matrimoni, fent les presents coses de presencia y concontentment del dit son Pare, de son grat y certa ciencia dona, constitueix y aporta en dot, per dot y en nom de dot al dit Andreu Balcebre son marit las ditas cent lliures moneda Barña, y la roba de son portar que en lo capitol proxim antecedent lo dit Joan Descarrega son Pare li ha donadas en dot, per dot y en nom de dot sua, las que lo dit Andreu Balcebre haige, rebia y cobre del dit Joan Descarrega o dels seus, y los fruyts resultants de aquellas vens propis para fer millor suportar los carrechs de son matrimoni; finit empero son matrimoni, y en tot cas de restitució de dot dega lo dit Andreu Balcebre restituirlo del mateix modo lo haurá cobrat, hagut y percebit.

Item, en altre capitol, lo dit Andreu Balcebre fent les presents coses ab presencia y concontentment del dit Joseph Balcebre, son Pare, per contemplació de son matrimoni fa y firma carta dotal y de espolit a la dita Maria Descarrega de las ditas cent lliuras moneda Barña, y roba de son portar; de y per la qual y per rahó de sa lloable virginitat, y bon costum de Cathaluña fa en aquella decreix, augment o donació por noces treynta y tres lliuras moneda Barña, las quals degan ser dels fills y fillas de son matrimoni si ni haurá, é si no ni haurá dega seguirse lo que disposa lo Dret.

Item, en altre capitol, los dits Joseph Balcebre, y Andreu Balcebre, Pare y fill, per contemplació del dit son matrimoni, de son grat y certa ciencia acullen y associen a la dita Maria Descarrega, nora y muller respectivament a totas compres y milloras, guanys y ganancies que farán durant lo dit matrimoni, ço es, vivint los tres al ters, y los dos per mitat, quals milloras degan ser dels fills y fillas de dit son matrimoni si ni haurá, é si no ni haurá cada hu de aquella part que li tocará ne puga fer a ses lliures voluntats.

Item es pactat entre ditas parts, que si esdevingués lo cas (lo que Deu no vulla) que los dits conjuges Balcebre y Descarrega, per alguna causa o rahó no pugueren habitar junts ab lo dit Joseph Balcebre, en una mateixa casa, y fent una sola habitació, en est cas, per rahó de discordia promet lo dit Joseph Balcebre al dit seu fill Andreu un jornal de terra situada en lo terme de Flix y partida dita los Plans ab sas confrontacions.

Finalment, volen las ditas parts, que dels presents capitols y de qualsevol de aquells ne sian fetas per lo Notari infrascrit las copias Authenticas que

demanadas serán per ditas parts o per aquellas personas que hi pretendrán tenirhi interés.

Y així nosaltres las ditas parts lloham, aprobam, ratificam y confirmam los predits capitols, y cada cosa de per sí en ells y en cada hu de ells contingudas; convenim y en bona fé prometem, que todas las cosas y cada una de per sí observarem y cumplirem sens dilació, ni excusa alguna, ab restitució de totes mencions y expensas, renunciant quant en asso al benefici de novas constitucions, divididoras y cedidoras accions, e la epístola del Divi Adriá, y costum de Barña, que parla de dot, o moltes que a soles se obligan; e yo la dita Maria Descarrega, cerciorada plenament de mes Drets per lo Notari infrascrit renuncio al benefici "Velleya s. c. a favor de las donas introduhit, y la Authentica que comensa si *qua mulier po sita C. ad Velleyanum*, a mon dot y esponsalici; Y pera que las preditas cosas tingan major firmesa no por forza ni engany sino de nostra espontanea voluntat juram en nostras firmas a Deu Nostre Senyor, y als seus quatre Sants Evangelis, en ma y poder del Notari infrascrit, que sempre lo tindrem per fermos y agradables, y contra aquells no farem ni vindrem per alguna causa o rahó; sent presents per testimonis los Ramon Cugat, Joseph Vilanova, Pbres. de la Parral. Iglá. de dita vila, y Joseph Cugat de Bernat, Pagés també de dita vila, per a estas cosas cridats y pregats; y dits otorgants (aquí jo lo Notari conech) no han firmat per dir no saber de escriurer y a sos respectius prechs ha firmat un de dits testimonis; de que doq fee.

Ramon Cugat, Pbre. testimoni.

Ante mi,

Ramon Martell, Notari.

**L'ENSENYAMENT DEL DRET,
PER ANTONI BORREL I SOLER**

per

JOSEP M.^a PI-SUÑER



Tota la vida m'ha agradat la funció del professor. En acabar la carrera ja vaig fer oposicions per a ésser-ho a l'Escola de Funcionaris d'Administració Local. Amb el temps em va plaure molt la Universitat, car mai no podem oblidar que hi visquèrem la vida d'estudiant, i vaig aconseguir, no sense algunes dificultats, d'ésser-ne professor auxiliar.

Més tard vaig tenir encàrrecs de càtedra i, finalment, vaig fer oposicions a la de Dret administratiu, que vaig tenir la sort de guanyar. Al·ludeixo a la sort perquè les oposicions són sempre una capsa tancada: mil circumstàncies poden influir en el resultat, falaguer o advers.

Le circumstància d'haver-me trobat, doncs, tota la vida entre estudiants fa que jo conegui molt bé el que aquests pensen i, alhora, el que pensen i fan els professors, bé que algunes vegades aquests fan coses que no pensen i, pitjor encara, en algunes circumstàncies, pensen coses que no fan.

Jo he estimat sempre que el Dret és una ciència de caràcter pràctic, i que les coses no poden ésser arranjades a cops de llibre. I si això ho crec de gairebé totes les disciplines, no em cal dir fins a quin grau altíssim arriba la meva convicció, si es tracta de matèries com la meva, tan pràctica, que és el Dret administratiu, i d'altres, tan extraordinàriament pràctiques també, com és el Dret civil. Aquest ve lligat a la vida humana. L'existència dins la família, el nostre moviment en la societat contractant i desfent pactes, i el problema de la situació dels béns del desaparegut, provoquen una gran quantitat de problemes que no poden separar-se de l'existència quotidiana.

Tot allò que sigui, per tant, donar a aquesta mena d'estudis un to de tipus exclusivament doctrinari és perdre el temps. Els alumnes volen una altra cosa. I el que volen els alumnes no ho podem perdre de vista, perquè

si hom oblidava llur criteri, el que succeeix és que els alumnes no segueixen el professor, no es fixen en allò que diu, i, si poden, deixen de veure'l a base del fàcil sistema de no acudir a classe.

Els europeus tendim molt a donar caràcter de doctrina a les coses. Som els hereus d'unes figures molt llunyanes que han rendit llur homenatge a les idees. Per això jo he dit algunes vegades que Europa és el continent de la intel·ligència. Aquest deixar-se anar damunt l'ona canviant i, a la vegada, fugitiva, del pensament, que es fa i es desfà com els núvols i ens dóna la delitosa sensació de surar, sense tenir el peu damunt d'una terra fixa, respon molt a la tradició cultural greco-romana, que ha deixat les seves petjades damunt la nostra civilització, singularment en la part mediterrània, i això ha fet que amb freqüència nosaltres hàgim perdut de vista la part pràctica de la vida i estiguem una mica desmaterialitzats.

Però el sistema contrari, que han seguit molt els pobles anglo-saxons i, singularment, l'Amèrica del Nord, ha entrat molt a Europa. El professor italià Rotondi, em deia que ell comença el curs lliurant, ja a la lliçó primera, als seus alumnes, un expedient judicial en tràmit. Discuteix damunt l'expedient una sèrie de problemes que en els llibres resultarien desencarnats, i això sol, concret, li serveix per a elevar-se fins a l'abstracte, quan cal elevar-se.

Hom podrà discutir els sistemes, però és evident que un estudiant segueix amb molt més d'interès un expedient que no pas un llibre. L'expedient és la vida, i el llibre, l'estudi. Moltes vegades els pares, parlant de llurs fills, m'han dit que aquests estan entusiasmats de treballar, però no d'estudiar. I no hi ha cap dubte que produeix molt més la sensació de treballar el fet d'actuar damunt coses concretes i vives.

A la Universitat la part pràctica i vital sempre és reduïda. Cal explicar les lliçons del programa, i les lliçons impliquen teoria. Els nois s'acostumen tant a aquesta teoria, que per a ells la ciència es divideix en lliçons, de manera que, molt sovint, a una pregunta que feu a un alumne, aquest contesta de la següent manera:

—¿Vol fer el favor de dir-me a quina lliçó es troba això que em pregunta?

És inútil d'indicar-los que anant pel món no trobaran lliçons, perquè aquesta divisió és arbitrària; però ells han inclòs la ciència en departaments distints que porten per rètol una lliçó determinada, i els cal saber la situació topogràfica d'allò que els és demanat, dins el programa de l'assignatura.

L'única manera de lluitar contra això és fugir sempre del memorisme.

Per aquest motiu jo dic sovint que m'és igual que els alumnes tinguin el llibre quan jo els faig fer un tema escrit, perquè poso temes que no són a cap lliçó. Es trobaran en l'esperit de les lliçons, però no en el text, de manera que si han de trobar la contesta seguint i reseguint les pàgines dels apunts, serà molt difícil que arribin a bon port.

Dic tot això per arribar al que ara m'interessa, que és la manera com ensenyava el Dret En Borrell i Soler. Jo anava a la Universitat, però també als cursos de Dret civil a l'Ateneu Barcelonès. Erem pocs, perquè els de la Universitat s'acontentaven amb estudiar més o menys bé els apunts de l'assignatura, i haver de prendre's encara la molèstia d'assistir, a les set de la tarda, a l'Ateneu Barcelonès sortia, per a ells, de mida.

En Borrell i Soler explicava un Dret civil constantment matisat pel cas pràctic i viu. Apreníem molt Dret romà, perquè ell insistia molt damunt les coses estenent-se en explicacions que feien molt comprensible el text analitzat; però després, això, ho millorava molt a base de casos pràctics: per a cada institució en posava una gran quantitat. No feia solament que els estudiéssim, sinó també que els discutíssim, de manera que un dels alumnes era encarregat de la demanda, i un altre, de la contestació. Sovint atorgava a un dels assistents a la classe el caràcter de jutge, i llavors, escoltades totes dues parts, aquest dictava sentència, que era apel·lable davant el mateix senyor Borrell i Soler, el qual actuava de tribunal suprem.

Això encenia molt la passió nostra i ens obligava a mirar els textos vius, que és l'interessant. El cas pràctic ha de recolzar en el coneixement de la norma legal aplicable, i les normes legals no es poden estudiar a base de llibres, que contenen solament un resum. Les normes s'han d'analitzar damunt d'elles mateixes. Aquest estudi ens feia conèixer el text aplicable i, a la vegada, ens donava una gran facilitat per a estudiar la manera de recolzar-s'hi i dictar, a base d'això, sentència.

Les classes resultaven, per tant, no solament agradabilíssimes, sinó també d'un enorme interès pràctic, perquè els alumnes vèiem el que en realitat és el Dret civil.

A la Universitat molts catedràtics s'acontentaven recitant de memòria una determinada lliçó. A la classe d'En Borrell i Soler això era impossible. La lliçó sortia del desenrotllament del cas pràctic que teníem en presència. El coneixement de la norma i el dictat de sentència en el cas concret ens ensenyava molt més que no pas un llibre.

Els pocs alumnes que anàvem a les classes de Dret civil ens hi afeccionàvem extraordinàriament. Ens creïem ja advocats, i tractàvem la matèria

defensada com si realment tinguéssim relació amb un client de carn i os. A les set de la tarda l'Ateneu bullia de gent. Hi havia tertúlies, molt sovint atractives, per la qualitat dels assistents, gairebé artistes o desvagats, amb molts diners, cosa molt útil per a una tertúlia. D'altres se n'anaven a la Biblioteca, a llegir sota aquells llums de gran pàmpol verd que donaven un aspecte d'intimitat a la sala. Però era evident que els alumnes de Dret civil no es perdien per racons diferents del de la classe.

Com a professor, En Borrell i Soler semblava una mica tímid. A vegades, feia la impressió de no estar absolutament segur de si mateix, però això només passa als qui saben massa. Un home amb els coneixements justos produeix la impressió de dominar-los. És clar que se li acabarà la corda, però mentre la corda dura, tot surt admirablement. Mala cosa per a un professor que, de corda, en necessita tanta que mai no s'hauria d'acabar. Un professor necessita saber enormement més que no pugui dir i explicar, i això li ocorria a En Borrell i Soler.

Jo vaig anar una pila de cursos a l'Ateneu. Els apunts de l'assignatura, els vaig guardar curosament, fins que es va publicar el seu llibre de Dret català vigent a Catalunya. Això era molt més còmode, i llavors vaig tancar els apunts, i em costaria de dir on deuen ésser.

La manera d'ensenyar així el Dret coincideix amb el sistema anglès i l'americà i, a la vegada, amb la tendència de moltes universitats europees. En Borrell i Soler hauria pogut ésser un magnífic catedràtic de Dret civil. No sé si ho va intentar, o si li hauria agradat, però el fet de poder explicar a les aules universitàries li hauria donat, com a professor, una volada que corresponia a aquell home tan docte en matèria jurídica. Els estudiants no poden ésser enganyats. Ésser catedràtic és molt bo si el catedràtic val, però si no val, ésser catedràtic vol dir posar-se en el camí de desacreditar-se davant el món. En Borrell i Soler hauria estat un gran catedràtic. És una llàstima que un home que dominava tan bé el fons de la matèria i que seguia procediments pedagògics tan escaients i en contacte amb les necessitats del dia, hagués de limitar la seva funció docent a aquelles lliçons, en una saleta esquifida de l'Ateneu Barcelonès, a les hores de la tarda, a partir de les set, quan les coses tenen sempre un cert aire d'Acadèmia popular, deixant darrera seu un seguit d'admiradors com hem estat els pocs que vam seguir-lo i que desitgem constatar l'existència d'aquest deixant que el temps no podrà mai esborrar i que jo desitjo que resti, amb la seva modèstia i espai esquifit, dins els treballs enviats, per a la publicació llur, a la Comissió executiva de la Miscel·lània dedicada a la seva gloriosa memòria.

**LA SUPRESSIÓ DE LA REGULACIÓ ROMANA
DEL PRELLEGAT**

per

RAMON M. ROCA i SASTRE

Dernburg¹ qualifica de còmic el joc del prellegat en Dret romà, i altres juristes li han dedicat conceptes més pejoratius.² En el present estudi no pretenem pas de classificar-nos entre els debel·ladors de la regulació romana del prellegat, ans al contrari. L'objecte d'aquest comentari és simplement d'exposar en les seves línies generals, i, per tant, sense intentar d'exhaurir la matèria, la complexitat del prellegat en el Dret romà, per a finalitzar amb una breu explicació o justificació de les raons que foren tingudes en compte per a la supressió del joc del Dret romà en el prellegat en la Compilació del Dret civil especial de Catalunya.³

En termes amplis, el prellegat és *el llegat fet a l'hereu*. En una mateixa successió l'hereu o els hereus són afavorits amb un llegat.

1. La literatura jurídica produïda sobre el prellegat és abundosa. Les principals obres que tracten especialment del prellegat són citades per DE DIRGO en la seva important monografia *El prelegado en el Derecho romano y en el Derecho moderno*, i no és cosa d'aquí de repetir-ne l'enunciat. Però, a part d'aquestes, són de citar també les obres generals de Dret romà en la part dedicada a aquesta figura jurídica. També hem de fer esment de la gran obra de BORRELL, *Dret civil vigent a Catalunya*, vol. V, p. 347, que en la versió espanyola en tracta al vol. V, p. 313.

El qui vulgui, però, tenir una idea força substanciosa del prellegat en Dret romà pot consultar, entre les obres modernes, BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, 1930, vol. VI, p. 400, i BIONDO BIONDI, en el *Trattato di Diritto romano*, dirigit per ALBERTARIO, vol. X, *Successione testamentaria*, p. 466. A aquestes dues obres ens remetrem en general.

2. *Pandette*, llibre V, p. 441.

3. Aquesta supressió també resulta del Projecte d'Apèndix de 1930, encara que no tant clarament; però no sabem que ningú hagi publicat res sobre els motius d'una tal supressió.

Però aquesta és una concepció massa general del prellegat, puix que comprèn, no solament el prellegat en sentit propi, que és el fet a favor i a càrrec de l'hereu, sinó, a més, el prellegat en sentit impropï, que, en rigor, no és el veritable prellegat.

El prellegat impropïament dit és el llegat fet a l'hereu, però a càrrec d'un cohereu o d'un legatari de la mateixa herència.

El prellegat a favor d'un hereu únic solament és possible en el primer sentit.

Per tant, el veritable i únic prellegat, en el qual s'escau el joc específic que el Dret romà li va reconèixer, és el de la primera mena. El de la segona, malgrat ésser un llegat a favor de l'hereu, és un llegat ordinari o corrent, que no ofereix cap particularitat essencial envers els altres llegats en general.⁴ Per això, en endavant reservarem a aquell primer la qualificació de prellegat.

Principi bàsic del Dret romà és que *heredi a semet ipso legatum dari non potest*, és a dir, *no es pot atribuir a l'hereu un llegat a càrrec d'ell mateix*.⁵

Aquest principi implicava que els llegats a favor de l'hereu i a càrrec d'ell eren *nuls* o *invàlids*, en tot o en part, segons els casos. Aquesta nul·litat, alguns textos del *Corpus* la deriven de la inutilitat de tals llegats. Per exemple: un fragment de Julià⁶ afirma que *heredi a semet ipso inutiliter legatur*. Però, segons Bonfante,⁷ més que ésser va o inútil, aquest llegat és burlesc o irrisori.

Però, entenguis bé: el prellegat és nul, en tot o en part, però solament com a llegat, perquè en el fons actua la seva força dispositiva. És una nul·litat referida únicament a la qualitat jurídica del resultat dispositiu.

Les fonts no expliquen el perquè d'aquesta nul·litat o invalidesa total o parcial del prellegat; tan sols expressen, amb referència als llegats d'efectes reals, que l'hereu prelegatari *no es pot reivindicar a si mateix el llegat* (*heres a semet ipso vindicare non potest*), i amb referència als llegats d'efectes obligacionals expressen que l'hereu prelegatari *no es pot deure a si mateix el llegat* (*heres ipse sibi debere non potest*).⁸

4. Com no sigui que l'hereu no accepti l'herència a benefici d'inventari, en el qual cas respondrà *ultra vires* dels deutes del seu causant amb tots els seus béns, inclosos els del llegat al seu favor.

5. *Digest*, XXX, frag. 116, par. 1.

6. *Digest*, XXX, frag. 18 i frag. 34, par. 11.

7. *Op. cit.* p. 403.

8. *Digest*, XXX, frag. 116, par. 1, citat; Gai, *Instituta*, II, cap. 245; *Fragmenta*

Això encara no és la veritable explicació, però ens hi condueix directament. Observem que en aquelles paraules no es diu que una mateixa persona no pot ésser ensems hereu i legatari, sinó que l'hereu no pot reivindicar-se a si mateix el llegat, no pot deure's a si mateix el llegat, és a dir, hom ja pressuposa que en el cas del prellegat es tracta d'un llegat a favor i a càrrec de l'hereu, el qual esdevé alhora *honoratus* i *oneratus*. Però això demostra que, instintivament, en la concurrència de la doble condició d'hereu i de legatari en una mateixa persona preval o és preponderant la condició d'hereu, i que la conseqüència d'adquirir l'herència, que aquella condició o qualitat d'hereu entranya, constitueix una manera d'adquirir la propietat, que és de superior categoria o jerarquia que el mode d'adquirir la propietat que el llegat comporta a favor del legatari. La qual cosa vol dir que quan una mateixa persona resulta ésser alhora hereu i legatari, tot es produeix com si abans aquesta ja fos hereu i com si el llegat s'atribuís a aquella persona essent ja propietària de la cosa llegada.

En aquests termes es planteja sempre el problema del prellegat romà. En donar la seva noció, en tot cas s'expressa que es tracta *d'un llegat a favor de l'hereu i a càrrec d'ell mateix*, com si a algú que ja fos hereu li pervingués un llegat, que ell mateix ha de lliurar o complir. I jo pregunto: ¿per què no es presenten altrament els termes de la qüestió com, per exemple,

Vaticana, 87; etc. La distinció entre llegats d'*efectes reals* i llegats d'*efectes obligacionals* és admesa en el Dret romà, que anomena, els primers, de llegats *per vindicationem*, i els segons, de llegats *per damnationem*.

És llegat d'*efectes reals* el disposat pel testador en el sentit que, esdevinguda la seva mort, la cosa llegada *faci transit directament* al legatari, sens perjudici que l'hereu li lliuri la possessió del llegat.

És llegat d'*efectes obligacionals* el disposat pel testador en el sentit que, esdevinguda la seva mort, l'hereu quedi *obligat a trametre* la cosa llegada al legatari.

En el primer, la transmissió s'opera *ipso iure* a favor del legatari; en el segon, la transmissió té lloc *mitjançant el compliment*, per l'hereu, d'aquella obligació de trametre imposada pel testador. En el primer, el legatari adquireix *directament* la cosa llegada; en el segon, el legatari solament adquireix de moment el crèdit, és a dir, el *dret d'exigir* a l'hereu que compleixi l'obligació que el llegat comporta. La diferència, per tant, entre ambdues classes de llegats és la mateixa que hi ha entre l'*acte de trametre* i l'*acte d'obligar-se a trametre*.

El llegat de cosa certa i determinada, pròpia del causant, pot ésser d'*efectes reals* o d'*efectes obligacionals*, segons que ho hagi disposat el testador. En canvi, el llegat dinerari o de cosa genèrica sense determinar o de coses alienes o de pròpies de l'hereu, necessàriament ha d'ésser llegat d'*efectes obligacionals*.

En el modern Dret codificat aquesta distinció generalment no es fa, malgrat que, per la natura de les coses, els llegats dineraris o de coses genèriques o de coses alienes o de l'hereu, no poden ésser sinó llegats d'*efectes obligacionals* o *per damnationem*. Però el Dret alemany considera que tots els llegats són *per damnationem*.

que en el prellegat es tracta d'un legatari a qui pervé l'herència? La causa de no expressar-ho així no és altra, senzillament, que la lògica institucional s'imposa intuïtivament en les coses del Dret, i que, per consegüent, quan en una mateixa persona concorren una herència i un llegat, l'actuació de l'herència és més preponderant o decisiva que no la del llegat.

I aquest fenomen de formulació del prellegat no solament s'escau en el camp del Dret romà, sinó també en el modern Dret civil codificat, especialment en els Codis que expressament aboleixen la regulació romana del prellegat. Per exemple: el Codi civil italià, en el seu article 661, ens diu que "el llegat a favor d'un hereu o a càrrec de tota l'herència és considerat com a llegat per tot el seu muntant". El mateix diu el Codi alemany, en el seu article 2.150, en disposar que "el llegat atribuït a un hereu val com a llegat àdhuc en allò en què l'hereu mateix estigués gravat".

Aquesta persistència a presentar sempre el prellegat, en Dret romà i en Dret modern, com un llegat ordenat a favor i a càrrec de l'hereu, o que la persona de l'hereu és ensems l'honorada i l'onera, demostra que les expressions del llenguatge responen en general a l'essència de les institucions. I és que l'hereu, pel fet d'ésser el *successor in omne ius defuncti*, o, així mateix, pel fet de subrogar-se en la mateixa posició jurídica del causant, adquireix, fa seva l'herència i, per tant, totes les coses i tots els drets que hi són integrats, per la qual raó el prellegat pretén de fer adquirir al mateix hereu una cosa o un dret que ja ha adquirit a títol d'hereu. Per aquest motiu resulta que el prellegat és una atribució patrimonial inútil o, més ben dit, absurda, pel fet de voler fer entrar en poder de l'hereu una cosa que ja ha fet pròpia. És com si l'atribució patrimonial fos inoperant per manca de causa, puix que *quod proprium est amplius nostrum fieri non potest*, ja que allò que ja és nostre no és possible que ho sigui més del que ho és.⁹

Entre les teories produïdes per a explicar aquesta regulació romana del prellegat, la més destacada entenem que és la de Bonfante.¹⁰

Aquest eximi romanista comença per referir-se en aquest punt a l'opinió de dos antics juristes italians, Valle i Averani, reproduïdes per Arndts, Kuntze i Ferrini. Aquells dos juristes diuen: l'herència com a *successió* és títol prevalent, perquè *absorbet nomen singulare*, diu Valle, o perquè *tamquam potentius et universale absorbet ius legati*, repetix Averani; preval

9. *Instituta*, II-20, par. 10.

10. *Op. cit.* pp. 405 i 409.

sobre el llegat (Arndts), triomfa sobre el llegat (Kuntze), el títol universal absorbeix el particular, el títol d'hereu és absorbent i exclusiu (Ferrini).

Però Bonfante continua preguntant: ¿però, per què el títol d'hereu ha d'absorbir sempre el llegat, àdhuc quan l'hereu ho és d'una part o quota de l'herència; perquè aquesta superior potència del títol d'hereu? L'autor contesta aquestes preguntes fent aplicació de la seva coneguda teoria sobre la diferència entre l'herència i el llegat en Dret romà, que, en general, acceptem. El pensament del Dret romà — diu — era de veure una certa antítesi entre els conceptes de *successió* i *adquisició*. L'hereu és un *successor*, però el legatari no ho és, puix que és un *adquirent*. L'hereu, com a *successor*, es col·loca en la mateixa posició jurídica del causant, no pas quantitativament o econòmicament, sinó qualitativament o jurídicament. El legatari es troba, amb relació a l'hereu, en una positura semblant a com es trobaria envers el causant; gairebé podem dir, com si en una certa manera l'hereu hagués disposat ell mateix el llegat.

En aitals condicions — agrega l'esmentat jurista — un llegat fet a l'hereu és veritablement una liberalitat que es fa ell mateix; el *vindicare a se*, el *sibi debere* que els romans posen com a raó de la nul·litat del prellegat no és per a ells una imatge, sinó una realitat jurídica. Que hi hagi un sol hereu o que n'hi hagi diversos, tant se val. El llegat, com tot deute o com tota càrrega, obligatori o real, grava sobre tots els cohereus *pro parte*.

Tot depèn, en resum, de la diferència existent entre *successió* i *adquisició*, que fa impossible, en Dret romà, de col·locar en el mateix pla o raser l'herència i el llegat.

En el prellegat es planteja un conflicte entre l'herència i el llegat. Si l'hereu és únic, el llegat deixat al seu favor i al seu càrrec, és inútil o ineficaç per Dret romà, perquè, com que l'hereu fa seva tota l'herència, no pot exigir el llegat, puix que *quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest*, com diuen les fonts en hipòtesis semblants, en les quals també recalquen que un mateix objecte no es pot haver *ex duabus causis*, és a dir, per dues causes lucratives concurrents; i, per tant, la causa hereditària preval, perquè, ultra ésser precedent en un cert sentit,¹¹ és títol absorbent per la simple raó que és més comprensiva. El mateix podem dir en l'ordre general patrimonial. Per exemple: si en un mateix acte o en dos actes distints,

11. FERRINI oposa que el llegat s'adquireix al moment de la mort del causant, mentre que l'herència no s'adquireix fins a l'acceptació. Però és més cert que l'acceptació de l'herència es retrotrau a aquell moment de la mort del *de cuius*, i el llegat es pot renunciar mentre no s'hagi acceptat.

dono a algú una casa, i després li dono el celler de la mateixa casa o el pis primer d'ella, aquesta donació ulterior és inútil.¹²

En Dret romà, per a afirmar la nul·litat del llegat deixat a l'hereu és suficient, per tant, de recórrer a la relació de subordinació i de dependència del llegat a l'herència.

Si el llegat és inútil quan és disposat a favor de l'hereu únic, el mateix podem dir quan els hereus són dos o més. Al juriconsult romà un instint no li permetia d'admetre que el prellegat es destaqués de la massa hereditària com una deixa independent. El prellegat grava tota l'herència, àdhuc sobre la quota hereditària de l'hereu afavorit. I per efecte d'aquell principi *heredi a semet ipso legari non potest*, el prellegat caduca en la mesura de la quota del cohereu prelegatari, ja que *pro parte hereditaria ipsius non consistit*,¹³ la qual cosa vol dir que l'hereu no es paga aquesta porció de prellegat a si mateix o que no la reivindica a si mateix, sinó que moltes vegades la manté a títol d'hereu, la qual cosa equival que una porció del prellegat, la fa seva el cohereu *iure legati*, i l'altra, la rep *iure hereditario*.

Per a comprendre millor aquest joc de nul·litat del prellegat en Dret romà cal acudir a la casuística, això és, als exemples dels diferents supòsits típics possibles del prellegat, l'examen dels quals ajuda a entendre i a comprovar aquell resultat, que molts cops és estrany, però que és lògic en tècnica jurídica.

Dividirem aquests supòsits en dos grans grups, segons que el dret d'acréixer en sigui o no en sigui absent:

A) CASOS DE PRELLEGATS SENSE ACTUACIÓ DEL DRET D'ACRÉIXER. — Els principals són els següents:

1. *Llegat a favor d'hereu únic*. — No es tracta exactament d'un llegat a favor d'un hereu únic, sinó d'un prellegat, perquè és a favor i a càrrec seu, i no pas a favor seu però a càrrec d'un legatari en la mateixa herència, en el qual cas hi hauria un llegat i no un prellegat.

En el prellegat a favor d'hereu únic, un cop aquest accepta l'herència, el prellegat queda nul o ineficax en la seva totalitat, perquè, com hem dit abans, en fer seva l'hereu tota l'herència, mal pot reivindicar-se a si mateix la cosa llegada o reclamar-se a si mateix el compliment del llegat.

12. Com també seria inútil, per falta de *causa adquirendi*, l'adquisició d'un dret per una persona sobre una cosa que ja és propietat seva. Vegeu el cas Rubatto contra Natta, en *Il Contratto*, de GORLA, II, p. 387 i ss.

13. *Digest*, XXX, frag. 18, i frag. 34, par. 11; XXXII, frag. 40, pr.; XXXVII-5, frag. 18; i altres.

El prellegat queda, per tant, inoperant, com si no hagués estat ordenat. Si el prellegat era un llegat d'efectes reals, la cosa llegada roman absorbida o integrada en el si de l'herència i sotmesa al seu règim com els altres béns hereditaris, fent-la seva l'hereu a títol hereditari (*iure hereditario*). Si el prellegat és un llegat d'efectes obligacionals, l'hereu queda alliberat de l'obligació derivada d'aquesta mena de prellegat.

2. *Llegat a favor d'un dels cohereus.* — En cas d'ésser dos o més els hereus en una mateixa herència i un d'ells afavorit amb el prellegat, aquest és nul o inútil en la part proporcional a la quota hereditària del prelegatari, puix que *pro parte hereditaria ipsius non consistit*, i subsisteix com a llegat tan sols en la part corresponent a les quotes hereditàries dels altres hereus.

Quan el prellegat consisteixi en un llegat d'efectes reals, en tot cas, o en un llegat d'efectes obligacionals però que tingui per objecte una cosa certa i determinada, pròpia del testador o existent en l'herència, resultarà que l'hereu prelegatari farà seva tota la cosa llegada; però en les parts de l'herència a càrrec dels altres cohereus la farà seva a títol de llegat, i, en la part corresponent a la quota del prelegatari, aquest l'adquirirà a títol d'herència, perquè aquesta part és a càrrec d'ell mateix.

Per exemple: el testador deixa instituïts hereus a Tici, Cai i Mevi, per parts iguals, en una herència que val 180, i prellaga a Mevi una finca de l'herència que val 30. Com sigui que aquest prellegat no és deixat a càrrec de cap hereu determinat, el prellegat grava tots els hereus a proporció de llurs quotes hereditàries, que aquí són de la tercera part cada un. En conseqüència, Tici lliura a Mevi, i aquest adquireix, a títol de llegat, la tercera part de la cosa prellugada, la tercera part de la qual val 10. Cai fa el mateix a favor de Mevi respecte a l'altra tercera part del prellegat, que també val 10. Mevi s'hauria de lliurar a si mateix la tercera part restant del prellegat, però com que això no pot ésser perquè no pot vindicar-se a si mateix aquesta part, resulta que Mevi fa seva aquesta tercera part restant, que val 10, però no pas en concepte de llegat, sinó d'herència.

El prellegat haurà actuat com a acte dispositiu; solament que el prelegatari farà seva la cosa llegada quant a dues terceres parts, que valen 20, a títol de llegat o *iure legati*, i quant a la tercera part restant, que val 10, a títol d'hereu o *iure hereditario*.

Fins aquí, respecte al prellegat consistent en un llegat d'efectes reals, però el mateix cal dir respecte al prellegat consistent en un llegat d'efectes

obligacionals relatiu a coses certes i determinades integrants de l'herència, és a dir, pròpies del testador. Però el problema es planteja en el prellegat que consisteixi, per exemple, en un llegat vàlid de coses alienes o pròpies d'un tercer, perquè en aquest cas els hereus queden obligats a comprar aquesta cosa al tercer per lliurar-la al legatari afavorit, i si el tercer no la vol vendre, els hereus vénen obligats a pagar-ne al prelegatari el preu d'estimació. Prenem l'exemple anterior, i que la finca prellegada val també 30, i que l'herència és de 180. Si el tercer està disposat a vendre's la finca, Tici, Cai i Mevi, amb diners de la pròpia herència, o amb els que facin amb la venda de béns hereditaris en la part necessària (o per via de permuta), adquiriran per al prelegatari Mevi aquella finca, que Mevi farà seva en la mateixa manera indicada: dues terceres parts a títol de llegat, i la tercera part a títol d'herència.

3. *Llegat deixat sense conjunció, sinó per quotes*,¹⁴ a favor d'hereus instituïts per parts iguals. — En aquest supòsit cada hereu fa seva la quota corresponent del prellegat, però part a títol de llegat, i part a títol d'herència. És el mateix cas anterior amb referència a cada hereu.

Suposem també que Tici, Cai i Mevi són hereus en parts iguals en una herència que val 180 i que a favor d'ells tres els és atribuït un prellegat d'una finca de l'herència que val 30.

Tici farà seva una tercera part de la finca prellegada, en aquesta forma: un terç d'aquesta tercera part a títol de llegat, que li lliurarà Cai; un altre terç d'aquesta tercera part mateixa, també a títol de llegat, que li lliurarà Mevi; i l'altre terç restant d'aquesta mateixa tercera part, a títol d'herència, perquè, com que, aquest terç, Tici se l'hauria de lliurar a si mateix, no el pot fer seu per via de llegat, sinó d'herència.

Cai farà seva l'altra tercera part de la finca prellegada, en aquesta forma: un terç d'aquesta tercera part, a títol de llegat, que li lliurarà Tici; un altre terç d'aquesta tercera part, a títol de llegat, que li lliurarà Mevi; i l'altra terç restant d'aquesta tercera part, a títol d'herència.

I Mevi farà seva la restant tercera part de la finca prellegada, en aquesta forma: un terç d'aquesta part, a títol de llegat, que li lliurarà Tici; un altre

14. Volem dir que en aquest supòsit no hi haurà dret d'acréixer per falta de conjunció entre els prelegataris, ja que en Dret romà àdhuc la clàusula *aequibus partibus* origina disjunció, la qual cosa impedeix el dret d'acréixer, per tal com es tracta de l'anomenada conjunció merament verbal (*verbis tantum*), la qual ha desaparegut en la Compilació.

terç d'aquesta tercera part, també a títol de llegat, que li lliurarà Cai; i l'altre terç restant d'aquesta tercera part, a títol d'herència.

I així resultarà que els hereus Tici, Cai i Mevi adquiriran la finca a ells prellegada, per parts iguals, de valor 10 cada una, fent seva cada un la seva tercera part respectiva, quant a dos terços *iure legati*, i el terç restant *iure hereditario*. Per tant, a cadascun dels tres dits cohereus li correspondrà una quota hereditària de valor 53,333, i una quota del llegat de valor 6,666.

Aquí és indiferent que el llegat sigui d'efectes reals o obligacionals.

4. *Llegat deixat sense conjunció, sinó per quotes, a favor d'hereus instituïts en parts desiguals.* — En aquest supòsit cada hereu fa seva la quota corresponent del prellegat, també part a títol de llegat, i part a títol d'herència, però en proporcions diferents.

Suposem que Tici, Cai i Mevi són hereus instituïts en una herència que val 180, en la proporció de 2/12 Tici, de 4/12 Cai, i de 6/12 Mevi, i que els és prellegada per parts iguals una finca de l'herència que val 30.

Com que el prellegat correspon a tots tres hereus per parts iguals i a càrrec d'ells a proporció de llurs quotes hereditàries, resulta:

Tici farà seva la tercera part de la finca prellegada, en aquesta forma: 4/12 d'aquesta tercera part, a títol de llegat, que li lliurarà Cai; els altres 6/12 d'aquesta tercera part, també a títol de llegat, que li lliurarà Mevi; i les restants 2/12 de la pròpia tercera part, a títol d'herència, perquè, com que se l'hauria de lliurar a si mateix, l'atribució d'aquest restant no pot operar per via de llegat, sinó que Tici el fa seu en concepte d'hereu.

Cai farà seva la tercera part respectiva de la finca prellegada, en aquesta forma: 2/12 d'aquesta tercera part, a títol de llegat, que li lliurarà Tici; els altres 6/12 d'aquesta tercera part, també a títol de llegat, que li lliurarà Mevi; i les restants 4/12 de la pròpia tercera part, a títol d'herència, per la mateixa raó que Tici.

I Mevi farà seva l'altra tercera part restant respectiva de la finca prellegada, en aquesta forma: 2/12 d'aquesta tercera part, a títol de llegat, que li lliurarà Tici; els altres 4/12 d'aquesta tercera part, també a títol de llegat, que li lliurarà Cai; i les restants 6/12 de la pròpia tercera part, a títol d'herència, per la mateixa raó que Tici i Cai.

Així resultarà que els hereus Tici, Cai i Mevi adquiriran la finca a ells prellegada, per parts iguals, de valor 10 cada una, part *iure legati*, i part *iure hereditario*, però en les proporcions diferents en aquests conceptes, de manera que a una major quota d'herència correspondrà una menor propor-

ció en el concepte d'adquisició *iure legati*, i a una major proporció *iure hereditario*, per raó de la inutilitat de la part del prellegat a càrrec propi.

També aquí no hi cap discutir a base de distingir entre llegat d'efectes reals i llegat d'efectes obligacionals.

B) CASOS DE PRELLEGATS AMB ACTUACIÓ DEL DRET D'ACRÉIXER. — Els més típics són els següents:

5. *Llegat a favor d'un hereu únic i d'un estrany, conjuntament.* — És un dels casos en què el prellegat de Dret romà té un joc més rar, puix que tot el llegat és adquirit pel colegatari estrany.

El supòsit de fet és molt senzill: hi ha un sol hereu instituint, Tici, i a aquest i a Cai, el testador els llega una finca de l'herència, sense fer parts, puix que Tici i Cai són afavorits amb el llegat conjuntament. Si Tici accepta l'herència, aquesta finca és adquirida totalment pel legatari Cai.

Aquest resultat es produeix perquè la finca llegada correspondria, en principi, la meitat a l'hereu Tici, i l'altra meitat al legatari Cai, ja que el testador no ha assignat parts. Però com que l'hereu Tici hauria de pagar-se a ell mateix aquella meitat de la finca llegada, el llegat respecte a aquesta meitat és nul com a tal llegat i, en conseqüència, és una quota de llegat que resta caduca; la qual cosa té per efecte que acreixi al legatari de l'altra meitat, ja que en haver-hi conjunció actúa el dret d'acréixer entre els colegataris, en lloc de romandre en l'herència, pel qual motiu el legatari Cai, que adquireix directament la meitat del llegat, fa seva l'altra meitat per dret d'acréixer, quedant així legatari de tota la finca llegada.

Un text d'Ulpia al *Digest*,¹⁵ diu: si una cosa hagués estat llegada a dos, un dels que és instituint hereu, hom considera que a aquest li fou llegat inútilment a càrrec d'ell mateix, i, per tant, allò que fou llegat a aquest al seu pròpi càrrec, pertanyerà al colegatari.

Això, en cas de llegat d'efectes reals o *per vindicationem*. En el llegat d'efectes obligacionals o *per damnationem* estímem que passa el mateix. Respecte a aquesta segona mena de llegats, en Dret romà clàssic aquell resultat no hi cabia, car si bé la part prellegada a l'hereu era nul·la com a llegat, restava en l'herència, perquè en els llegats obligacionals o *per damnationem* no hi cap el dret d'acréixer, per tal com domina la regla *damnatio partes fiunt*; formació de parts que eliminava el dret d'acréixer. Però Justinià va estendre el dret d'acréixer als llegats *per damnationem*, la qual

15. XXX, frag. 34, par. 11.

cosa vol dir que, encara que aquesta qüestió sigui debatuda, no hi ha base per a discriminar les classes de llegats.

6. *Llegat conjunt a favor d'un dels hereus i a diversos estranys.* — És una variant del cas anterior.

Suposem una herència amb dos hereus per parts iguals, Tici i un altre, i que el testador ha llegat conjuntament una finca de l'herència al cohereu Tici i a dos estranys, Cai i Mevi. El cohereu Tici fa seva la sisena part de la finca, i Cai i Mevi fan seves les cinc sisenes parts restants de la mateixa finca.

Hom arriba en aquest resultat perquè: el llegat, pel fet d'ésser conjunt, correspon a Tici, a Cai i a Mevi per parts iguals, és a dir, per terceres parts. Els dos hereus, Tici i l'altre, han de lliurar, per meitat cada un, una tercera part de la finca a Tici, l'altra tercera part a Cai, i la tercera part restant a Mevi. Respecte a la tercera part de Cai i de l'altra tercera part de Mevi, no hi ha problema: tots dos plegats reuneixen dues terceres parts de la finca, és a dir, quatre sisenes parts. El problema apareix quant a la tercera part restant de la finca que correspon, en principi, a l'hereu Tici, perquè, com que aquest no pot pagar-se a si mateix la meitat d'aquesta tercera part, és a dir, la sisena part de la finca, el llegat respecte a aquesta sisena part esdevé inútil i, en conseqüència, acreix els altres legataris Cai i Mevi per meitat. Això comporta que Tici només faci seva, a títol de llegat, l'altra meitat restant de la dita tercera part de la finca, que és l'altra sisena part restant, perquè és la que li paga o lliura el seu cohereu.

El text citat, de Florenti, al *Digest*,¹⁶ resol en aquesta forma un supòsit igual.

Si prevalia l'expressat criteri *damnatio partes facit*, aquest dret d'acréixer no actuaria en els llegats obligacionals; però no ho creiem així pel que hem dit abans.

7. *Llegat conjunt a favor de tots els hereus instituïts en quotes iguals.* En aquest cas cada hereu adquireix el prellegat per quotes iguals, si bé cada quota, la fa seva cada hereu, en una part a títol de llegat directament, i l'altra també a títol de llegat, però indirectament, ja que és per dret d'acréixer.

Per exemple: els hereus són dos, Tici i Cai, i els és prellegada una finca de l'herència. Tici adquireix la meitat d'aquesta finca, quant a la 1/2 (que és 1/4 de la finca), a títol de llegat, que li lliura Cai, i quant a l'altra

16. XXX, frag. 116, par. 1.

1/2 restant (un altre 1/4 de la finca), com que Tici no la pot adquirir perquè hauria de pagar-se-la ell mateix, el llegat respecte a aquesta part (1/4) resta ineficax, i per dret d'acréixer la fa seva Cai, puix que en el prellegat hi ha conjunció. El mateix passa amb Cai, puix que adquireix a títol de llegat directe la 1/2 de l'altra meitat de la finca prellegada, però perd l'altra 1/2 d'aquesta mateixa meitat, que, per dret d'acréixer, va a parar a Tici.

Aquest resultat no és discutit en els llegats d'efectes reals, però sí que ho és en els d'efectes obligacionals.¹⁷ Però creiem que en aquests el resultat és el mateix.

8. *Llegat conjunt a favor de tots els hereus instituïts en quotes desiguals.* — Cada hereu en aquest cas adquireix el llegat en proporció inversa a la seva quota hereditària, de manera que l'hereu de quota menor en l'herència fa seva una part del llegat més quantiosa que l'hereu d'una quota hereditària major.

Aquest resultat es produeix per aquests motius: com que el testador no fa parts en el prellegat, aquest, en principi, hauria de pertànyer al hereus per parts iguals. Però si el llegat és d'efectes reals o sia *per vindicationem*, en definitiva no succeeix així perquè, com més grossa serà la quota hereditària d'un hereu, major serà la part del prellegat que queda nul·la o inútil, i per virtut d'aquesta nul·litat o inutilitat, la part caduca del prellegat acréixerà els altres cohereus, a proporció de les respectives quotes. I així successivament per a cada cohereu.

Per exemple: si els hereus són Tici i Cai, el primer en un terç i el segon en dos terços, i els és prellegada una finca, resultarà això:

Tici, en principi, hauria de percebre la meitat de la finca prellegada, quant a 2/3 d'aquesta meitat a títol de llegat, que li lliura l'altre hereu, Cai, i quant a 1/3 restant de la mateixa meitat a títol d'herència, perquè com que ell no se la pot pagar a si mateix, el prellegat queda nul o inútil respecte a aquest 1/3 restant d'aquella meitat del prellegat. Si no hi hagués conjunció en el prellegat, la conseqüència d'això seria que Tici faria seu aquest 1/3 de la meitat a títol d'hereu; però com que hi ha conjunció, aquest 1/3 passa, per dret d'acréixer, a Cai.

Per la mateixa raó Cai, de la seva meitat del prellegat, n'adquireix 1/3 a títol de llegat, que li lliura Tici, però quant als 2/3 restants d'aquesta meitat, el prellegat queda nul o inútil, i també, per via d'acreixement, va a parar a Tici.

17. Vegeu GANGI, *I Legati*, p. 118.

En conseqüència, Tici adquireix $2/3$ de la meitat del prellegat a títol de llegat directe que li ha lliurat Cai, i, de més a més, adquireix $2/3$ més de l'altre meitat del prellegat a títol de llegat, que li pervenen indirectament per dret d'acréixer. En canvi, Cai adquireix $1/3$ de la meitat del prellegat a títol de llegat directe que li ha lliurat Tici, i, tanmateix, adquireix $1/3$ més de l'altra meitat del prellegat, que a títol de llegat li pervenen indirectament per dret d'acréixer.

D'on resulta que a Tici li toca en el prellegat doble part que a Cai.

Un text d'Ulpià al *Digest*¹⁸ així ho disposa, puix que diu: si els hereus fossin dos, un per una unça (que a Roma era $1/12$), i l'altre per onze unces (que eren $11/12$), i els hagués estat llegada una finca, l'hereu d'una unça ($1/12$) deurà tenir onze unces ($11/12$) en la finca, i el seu cohereu, una unça ($1/12$).

D'aquest exemple resulta que un dels dos hereus té deu parts més que l'altre en la cosa prellegada.

Aquest resultat és evident en el llegat d'efectes reals, però no segons tothom quan el llegat és d'efectes obligacionals o *per damnationem*, per l'expressada raó de sostenir alguns autors que en aquesta mena de llegats no es produeix el dret d'acréixer, perquè *damnatio partes fiunt* o sia, que no hi ha conjunció. Però això no seria cap obstacle, si no fos perquè un text de Gai¹⁹ planteja una seriosa qüestió en aquest punt. Aquest text diu que "si una mateixa cosa hagués estat llegada a dos dels diversos cohereus instituits en parts desiguals, aquests dos cohereus adquiriran el llegat, no pas a proporció de la seva part en l'herència, sinó per parts virils" (o sia en parts iguals). Aquest text no es refereix a un llegat d'efectes obligacionals o *per damnationem*, sinó a un llegat d'efectes reals o *per vindicationem*, i tampoc no diu que el prellegat està disposat disjuntivament o per parts. La contradicció és evident, però no podem endinsar-nos en aquesta qüestió, i per això ens limitem a referir-nos a Dernburg²⁰ i a Bonfante.²¹

Amb tots aquests casos es poden fer altres combinacions, però els exposats són els fonamentals.

Des del punt de vista del *resultat* definitiu originat per la nul·litat o inutilitat total o parcial del prellegat en Dret romà, els vuit casos bàsics exposats es poden classificar en aquests quatre grups:

18. XXX, frag. 34, par. 12.

19. XXX, frag. 67, par. 1.

20. *Op. cit.* vol. IV, p. 441, nota 3.

21. *Op. cit.* vol. IV, p. 407.

Primer grup. — El cohereu prelegatari perd en absolut tota o part de la seva quota en el llegat. És el cas dels números 5 i 6.

Segon grup. — El cohereu prelegatari obté una part de la seva quota en el llegat, en perd l'altra, però en guanya, per dret d'acréixer, una part igual o diferent (superior o inferior) de la quota de l'altre o altres cohereus. És el cas dels números 7 i 8.

Tercer grup. — El cohereu prelegatari obté una part del seu llegat o una part de la seva quota en el llegat, i l'altra part restant queda immersida en l'herència. Una part, l'adquireix *iure legati*, i l'altra, *iure hereditario*. És el cas dels números 2, 3 i 4.

Quart grup. — L'hereu únic és afavorit amb un prellegat. En aquest cas l'hereu no obté res del llegat *iure legati*, però com que la cosa resta a l'herència, la fa seva *iure hereditario*. És el cas del número 1.

Molts juristes exclouen aquest darrer cas de la doctrina del prellegat, però entenem que aquesta exclusió és inadmissible.

Els efectes de la nul·litat o inutilitat total o parcial del prellegat queden exposats en els vuit números abans examinats, distribuïts en els anteriors quatre grups. Però per a completar el que concerneix als dits efectes, hem d'afegir les següents consideracions respecte als grups tercer i quart.

Quant al grup tercer, hem dit que una part del prellegat o de la quota del prellegat, l'adquireix l'hereu prelegatari en concepte de llegat, i l'altra part restant queda immersida en l'herència; i per això diem que en una part l'hereu adquireix el prellegat o quota d'ell *iure legati*, i en la resta l'adquireix *iure hereditario*.

Però aquestes dues nocions no són plenament coincidents. Ho són respecte a la part que l'hereu prelegatari adquireix en concepte de llegat o *iure legati*, però no pas pel que concerneix la part del prellegat que, per nul·litat o inutilitat, caduca. ¿On va a parar aquesta part caducada del prellegat o que no pot valer com a llegat? Quan el prellegat és disposat a favor de diverses persones d'una manera conjunta, ja hem vist que aquesta part caducada *acreix* el colegatari o colegataris. Però aquí ens trobem davant uns casos en què aquest dret d'acréixer no actua, i, per tant, resta en peu la pregunta: ¿on va a parar la quota caducada del prellegat?

Biondo Biondi²² entre altres, sosté que aquesta quota caducada del prellegat queda immersida en l'herència, és a dir, no queda directament per a l'hereu prelegatari afectat, fent-la seva aquest *iure hereditario*, sinó

22. *Trattato di Diritto romano*, de ALBERTARIO, vol. X, p. 474.

que la dita quota caducada resta en l'herència, en la massa hereditària estricta, amb la conseqüència que concorren sobre ella tots els hereus a proporció de llurs quotes hereditàries. En canvi, Bonfante²³ i altres sostenen que aquesta quota caducada del prellegat roman en poder de l'hereu, però a títol hereditari, o sia *iure hereditario*, conforme resulta de diversos textos de les fonts.²⁴

Nosaltres ens inclinem per la postura de Bonfante, no solament pel fet d'ésser més conforme als preceptes concrets de Dret romà, sinó perquè la part del prellegat nul·la o inútil ho és tan sols com a llegat, i per això, si hi concorre un altre prelegatari o prelegataris cridats conjuntament, la perdrà l'hereu prelegatari perquè acreixerà a l'altre prelegatari o prelegataris, per mor que encara és dins el camp o règim dels llegats; però si no actua aquest dret d'acréixer, aquella part no la perdrà l'hereu prelegatari, sinó que la conservarà, si bé a títol d'hereu. I és que en el prellegat la nul·litat o inutilitat es concreta al fet que la disposició del llegat pel testador no pot valer com a llegat respecte a la part corresponent al cohereu, però l'acte dispositiu hi és, no solament per a fer actuar aquell dret d'acréixer, sinó perquè fa que subsisteixi aquest tros de prellegat com a part que s'obté *iure hereditario*, és a dir, com si en el fons continués operant el mecanisme de l'antiga *praeceptio*, de la qual parlarem més tard.

Així no obstant, aquesta qüestió solament interessa quantitativament en el cas segon.

Però, sigui una cosa o una altra, sempre la part del prellegat nul·la o inútil com a llegat que no acreixi a altres colegataris, té el tractament general de tot allò que s'adquireix com a integrant de l'herència en sentit estricte i, per tant, queda sotmesa a totes les vicissituds hereditàries, entre les quals cal assenyalar especialment les següents:

a) Respecte als *deutes hereditaris*, si l'hereu accepta a benefici d'inventari, la part del prellegat *iure hereditario* resta directament afecta als deutes hereditaris, cosa que no ocorreria si aquesta part del prellegat hagués subsistit com a llegat, és a dir, *iure legati*, perquè en aquest cas, si valia com a llegat, seria d'aplicació un text del *Codex*²⁵ que disposa que

23. *Op. cit.*, vol. IV, p. 405.

24. Per exemple: un text de Papinià (*Digest*, XXXIV-9, frag. 18, par. 2) ens diu que en el cas d'un cohereu afavorit amb un prellegat, aquest no pot subsistir en la part corresponent en què el prelegatari sigui hereu, però, amb tot, posseïx aquesta part com a hereu (*portione istam pro herede possideret*). Vegeu també els altres textos citats per BONFANTE, en el dit lloc.

25. VI-30, llei 22, par. 4.

en la liquidació de l'herència, en cas de benefici d'inventari, els creditors i els legataris han de percebre el crèdit o el llegat a mesura que es presentin a exigir-los; i si el legatari hagués rebut el seu llegat i no quedessin més béns en l'herència, però que encara hi hagués creditors impagats que volguessin cobrar, aquests poden repetir contra els legataris pagats. En canvi, l'hereu, com a tal hereu, encara que sigui respecte a la part de prellegat adquirint *iure hereditario*, no pot fer res d'això que poden fer els legataris, i àdhuc ell per la part del prellegat que adquireixi com a legatari.

b) Si el cohereu prelegatari és gravat amb llegats que li permeten de reduir-los per a cobrar la *quarta falcídia*, serà imputat a aquesta quarta tot el que el mateix cohereu rep *iure hereditario*, àdhuc aquella part nul·la o inútil del prellegat, però no el que adquireixi *iure legati*, encara que sigui per la part subsistent del prellegat. De la mateixa manera, la part del prellegat que l'hereu adquireixi en concepte de llegat pot ésser susceptible de reducció per raó de la quarta falcídia a què tingui dret algun altre cohereu. Així resulta de diversos textos del *Corpus*.²⁶

c) Si el cohereu prelegatari és gravat de fideïcomís d'herència i reclama lícitament la *quarta trebel·liànica*, per a calcular aquesta li serà imputada la part del prellegat que per la seva nul·litat o inutilitat li correspongui *iure hereditario*, així com per a la quarta falcídia.

Però si el testador no ho disposa altrament, és dubtós i discutit si l'expressat fideïcomís s'estén o *contamina* aquella part del prellegat, és a dir, si en deferir-se el fideïcomís al fideicomissari, en formarà part l'esmentada part del prellegat.

Per a diversos autors, entre ells Bonfante,²⁷ el cohereu prelegatari ha de restituir aquella part del prellegat que grava sobre la seva quota hereditària, i que el cohereu adquireix *iure hereditario*, per la raó que forma part integrant de l'herència. En canvi, per a d'altres autors, entre ells Biondo Biondi,²⁸ la qüestió no és tan simple, puix que, en primer lloc, depèn de la voluntat del testador, perquè si ha disposat el fideïcomís respecte a tot quant li ha pervingut del testador, tota adquisició del cohereu prelegatari entra en el fideïcomís;²⁹ però a falta d'una disposició particular diri-

26. *Digest*, XXXV-2, frag. 15, par. 7, frags. 74 i 91; XXVIII-5, frag. 35, par. 2 i frag. 78; etc.

27. *Op. cit.* IV, p. 406.

28. *Op. cit.* IV, p. 475.

29. *Vegeu Codex*, VI-42, llei 16.

gida a excloure o a incloure en el fideïcomís el prellegat, el cohereu prelegatari reté íntegrament el llegat com a lliure del fideïcomís. Això és degut al fet que els béns de l'herència fideïcomitada els perd l'hereu fideïcomitit una vegada deferit el fideïcomís al fideicomissari, i, per tant, en cessar d'ésser hereu efectiu, el prellegat podrà ésser vàlid sencer.³⁰

Aquesta mateixa doctrina s'ha d'aplicar quan el fideïcomís afecta, no pas la quota hereditària del prelegatari, sinó a tot el prellegat.

Tot el que hem dit del *grup tercer* és aplicable al *grup quart* en tant que ho permeti la seva natura específica.

Aquest joc romà del prellegat pressuposa que l'hereu sigui efectivament hereu i prelegatari alhora, puix que és institucional en el prellegat la concurrència en una mateixa persona de la qualitat d'hereu o cohereu i de legatari o colegatari, concurrència que produeix la incompatibilitat entre l'hereu i legatari. I per això, si l'hereu repudia l'herència, el prellegat deixarà d'ésser un prellegat i passarà a ésser un llegat ordinari, amb els seus propis efectes. Evidentment deixarà d'haver-hi prellegat si l'hereu renuncia el llegat però accepta l'herència.

El Dret romà expressament disposa que, si un cohereu afavorit amb un llegat repudia l'herència, pot aconseguir de l'altre hereu la totalitat del llegat.³¹ No cal dir que el Dret romà admet també el cas contrari: acceptar l'herència i renunciar el llegat.

Ja hem vist com l'existència d'un fideïcomís en l'herència del prelegatari o en el prellegat de l'hereu obstrueix el joc romà del prellegat.

Queda exposada la matèria essencial relativa al prellegat, en la mesura necessària per a donar-ne una idea fonamental del joc en el Dret romà. Les crítiques que la doctrina científica, a comptar des del segle XVIII, ha

30. Així resulta d'un text de Julià al *Digest*, XXXV-2, frag. 86. No és obstacle a aquesta conclusió un text d'Ulpità al *Digest* (XXXVI-1, frag. 18, par. 3), en el qual Bonfante es funda; i no és obstacle perquè, segons Biondo Biondi, fa referència al cas en què el fideïcomís no afecta tota la quota de l'hereu prelegatari, sinó solament una part, en el qual cas el prellegat és nul o inútil per la part en què resta hereu lliure el prelegatari.

31. Així resulta d'un text de Julià al *Digest* (XXX, frag. 91, par. 2). Ho confirmen dos textos més del *Digest* (frag. 87 i 88 del mateix llibre XXX), i també un text del *Codex* (VI-37, llei 12). Això no obstant, un d'aquells fragments (el 88 del llibre XXX), considera que la retenció del llegat per part de l'hereu que repudia l'herència està condicionada al fet que el testador hagués disposat que no podia retenir el llegat si no acceptava l'herència.

produït envers aquesta regulació romana del prellegat, han estat de tanta duresa i de tant volum, que, ensems amb d'altres circumstàncies, crearen un ambient aboliu d'aquesta regulació, en el sentit de considerar el prellegat com un llegat ordinari. Adhuc alguns romanistes s'han deixat arrossegat per aquest esperit d'hostilitat contra el prellegat romà. Ens hauríem d'estendre molt si exposàvem les principals objeccions emprades pels autors contra la regulació romana del prellegat, però després n'indicarem algunes.

El fet cert és que aquest pensament aboliu fou tan dominant, que arribà a penetrar en la moderna codificació civil, ja en el sentit de proclamar ostensiblement per alguns Codi civils que el prellegat val enterament com tot llegat, ja en el sentit de deduir-se el mateix resultat del contingut dels altres Codi civils.

El Codi civil prussià fou el primer d'iniciar aquesta tendència eliminadora del prellegat romà.³² El van seguir el Codi civil austríac, l'alemany, el suís, el grec, l'italià i d'altres.

El Codi civil alemany, en el seu article 2150, expressa que el llegat atribuït a un hereu val com a llegat àdhuc en allò en què l'hereu mateix és gravat.

El Codi civil italià del 1942, en el seu article 661, disposa que el llegat a favor d'un dels cohereus i a càrrec de tota l'herència és considerat com a llegat pel seu enter import.³³

Altres Codi civils passen en silenci el problema del prellegat i la doctrina i la jurisprudència, entenent que el fet dé no contenir les normes pròpies de la regulació de Dret romà equival a repulsa de la mateixa regulació, i consideren que el prellegat té els mateixos efectes dels llegats ordinaris. Però no falta qui sosté que a causa d'aquest silenci subsisteix el prellegat romà, especialment en el llegat d'efectes obligacionals.

El Codi civil espanyol tampoc no es planteja el problema del prellegat,

32. El Codi civil francès va silenciar el prellegat. Però com que va impesar la collació dels llegats, salvant disposició contrària del testador, es va veure en aquesta collació una repercussió del prellegat romà, i la llei de 24 de març de 1898 modificà l'article 843 d'aquest Codi, en el sentit que, si no hi ha voluntat contrària del testador, els llegats singulars fets a favor dels hereus abintestat es consideren otorgats de més a més, és a dir, com un *plus* o avantpart (*par préciput*, diu aquest precepte). Planiol-Ripert (*Traité pratique de Droit civil français*, 1956, vol. IV, p. 798) diuen que aquesta reforma va eliminar una important anomalia, solament explicable per una supervivència històrica injustificada, que era reminiscència de l'antiga incompatibilitat de les qualitats d'hereu i de legatari.

33. En canvi, el Codi civil de Saxònia va acceptar la regulació romana del prellegat.

si bé en l'article 890, paràgraf segon, pressuposa l'existència del prellegat, en disposar que l'hereu que sigui alhora legatari podrà renunciar l'herència i acceptar el llegat, o renunciar aquest i acceptar l'herència. Però aquesta norma no fa sinó reproduir-ne una d'igual del Dret romà, la qual cosa demostra que van errats aquells autors que, com Díaz Cruz,³⁴ sostenen que el precepte de l'article 890 del Codi civil prova que aquest considera que són absolutament independents l'herència i el llegat, car si hom pot repudiar el llegat i acceptar l'herència, i viceversa, això vol dir que el prellegat val totalment com a llegat.

En general, tant la jurisprudència com la doctrina pressuposen que el prellegat té el mateix tracte del llegat comú, és a dir, que en el règim del Codi civil espanyol el prellegat és vàlid totalment com a llegat, que és el criteri dominant en el modern Dret civil codificat. Però Traviesas,³⁵ afirma que si l'hereu prelegatari no accepta l'herència a benefici d'inventari, hi ha incompatibilitat pràctica pel que concerneix la situació d'hereu i legatari, ja que al mateix temps l'hereu ve a ésser creditor i deutor de si mateix.

Això és degut al fet que el Codi civil espanyol no ha contemplat especialment el problema que planteja el prellegat, sia per a acceptar el joc romà, sia per a rebutjar-lo, per la qual cosa és doctrinalment discutible si ha volgut fer una cosa o l'altra. El simple fet de no recollir la regulació romana del prellegat no té importància decisiva, perquè l'essencial és l'estructura i els principis bàsics que sobre el Dret successori hagi emprat el Codi civil, car el detall de les conseqüències del joc romà del prellegat no són sinó derivacions o aplicacions pràctiques d'aquella estructura i d'aquells principis bàsics i, per tant, de no essencial normació.

La supressió del joc romà del prellegat en el Codi civil espanyol únicament es pot presumir, teòricament, tenint en compte que aquest és el criteri dominant en el modern Dret civil codificat.

De dues maneres, que en el fons són una de sola, hom ha pretès de fonamentar tècnicament, dogmàticament i, per tant, en forma positiva, aquesta supressió del joc romà del prellegat en el modern Dret civil codificat.

34. *Los Legados*, Madrid, 1951, p. 505.

35. *Legados*, en "Revista de Derecho Privado", 1931, p. 103 i ss.

Una manera és la que es funda en el fet que el sistema successori de Dret romà ha canviat en el Dret modern, perquè ara no impera la concepció romana de considerar l'hereu com a *successor* i el legatari com un *adquirent*, sinó que tots dos són adquirents, o, més ben dit, tant l'un com l'altre són successors però de la mena d'adquirents, puix que l'hereu és un successor o adquirent a títol *universal*, perquè fa seu directament tot quant integra l'herència que no hagi estat objecte de llegat, i, en canvi, el legatari és un successor o adquirent a títol *singular*.

En Dret romà, el fet d'ésser la diferència entre hereu i legatari la mateixa existent entre *successió* i *adquisició*, fa que sigui impossible de situar en el mateix pla o raser l'herència i el llegat, i imposa de subordinar aquest segon a la primera, com si el legatari adquirís en una certa manera de l'hereu per bé que essent causahavent del causant. Però en el Dret modern, herència i llegat són dos tipus d'adquisició paral·lels i autònoms, precisament perquè cadascun d'ells implica un acte d'adquisició de béns.

Cicu ³⁶ afirma que la nul·litat del prellegat en Dret romà és una derivació lògica del fet de concebre que l'hereu adquiria necessàriament tots els béns de l'herència com a conseqüència d'obtenir la seva qualitat d'hereu i que, per tant, no podia adquirir-los per títol diferent. Però que considerant-se ara que l'hereu és un adquirent de béns, el prellegat ve a configurar-se com una segregació anticipada dels béns de la massa hereditària a favor de l'hereu, que els adquireix a títol de llegat, perquè a títol d'hereu adquireix tot allò de què el testador no ha disposat. Això no obstant, aquest autor estima que en el llegat d'efectes obligacionals, és cert que aquest dóna lloc que l'hereu es constitueixi en creditor de si mateix, però això, si bé impedeix la subsistència de la relació obligatòria, no impedeix que la relació es constitueixi, i que en reunir-se efectivament en una mateixa persona les dues qualitats de creditor i de deutor, com en tot altre cas de confusió, es resol al mateix temps la relació jurídica, però amb l'efecte satisfactori propi de la confusió, i amb la conseqüència que l'hereu adquireixi el prellegat, no pas com a hereu, sinó com a legatari.³⁷

Una altra manera d'explicar dogmàticament la moderna supressió del joc romà del prellegat consisteix en el canvi operat en el sistema successori,

36. *Successioni per causa di morte* (*Trattato di Diritto civile e commerciale*, de CICU y MESSINEO, 1958, vol. XLII, tomo 2, p. 452).

37. Aquesta tesi de la confusió en el prellegat obligacional ha estat sostinguda per Coviello, Pugliatti i altres autors, amb certes variants.

car el Dret romà atribuïa a l'hereu un caràcter essencialment *subjectiu* o *personal*, mentre que en Dret modern té un caràcter purament *objectiu* o *patrimonial*. I, així com en el primer els llegats graven els hereus i, per consegüent, els prellegats graven el cohereu prelegatari, quant a la seva quota hereditària, en Dret modern, al contrari, els llegats i, per tant, els prellegats, graven l'herència en si mateixa considerada, com si aquesta fos quelcom personificat i pensat amb abstracció feta dels hereus, en forma que respecte al prellegat l'hereu prelegatari es produeix com si no fos hereu, sinó com un tercer afavorit.³⁸

Si és cert que en el Dret modern hom ha introduït aquest canvi en el regisme successori del Dret romà, les crítiques nombroses de què aquest ha estat objecte en ordre al prellegat no tindrien cap justificació, perquè les conseqüències del prellegat respondrien a la lògica institucional del seu sistema successori, i el mateix, respecte al Dret modern. Hom podria discutir i criticar comparativament un altre sistema, però res més. Però nosaltres dubtem si l'expressat canvi ha estat tan intens i tan extens, car en la majoria de Codis civils moderns el fenomen successori no s'ha patrimonialitzat tant per a poder afirmar que l'hereu és solament un adquirent de béns, ja que això deixaria sense explicar per què la vinculació contrac-

38. GANGI (*La successione testamentaria*, 1952, II, p. 49) dóna una explicació pròpia sobre la validesa total del prellegat en Dret modern. Diu que, si bé el llegat és una càrrega de l'herència i que el prellegat, per tant, venia a gravar en part sobre el prelegatari, d'això no se'n segueix que per aquesta part gravada del mateix prelegatari s'hagi de considerar nul el prellegat. Això no estaria conforme amb la voluntat del testador, perquè quan aquest fa un prellegat a l'hereu no entén fer res essencialment diferent de quan deixa un llegat a un estrany, per tal com ell vol que l'hereu, de la mateixa manera que l'estrany, adquireixi totalment la cosa, llegada, a títol de llegat i a més del que li correspongui per títol d'hereu. Per tant, la voluntat del testador no ha de trobar cap obstacle en la llei. Si el prellegat té per objecte una cosa certa i determinada, pròpia del testador, l'hereu prelegatari adquireix immediatament la propietat de la cosa totalment per títol de llegat, i als altres cohereus no tenen que demanar sinó la possessió per la part que grava a ells, mentre que per la part referent a ell mateix no cal que se la demani a ell, perquè, acceptant el prellegat, pot continuar tenint a títol de llegat la possessió que ell tenia a títol d'hereu de conformitat amb la voluntat del testador. Si el prellegat té per objecte una cosa d'altre o una cosa només genèricament determinada, o una suma de diners o una quantitat d'altres coses fungibles, no cal de cap manera fer sorgir una relació obligacional del prelegatari envers ell mateix per la part del prellegat que el grava, perquè havent el prelegatari, per voluntat del testador, d'ésser considerat per a tot el llegat com a legatari, ell té dret d'haver dels altres cohereus tot el prellegat i pot reclamar-los, abans i tot de la partició de l'herència, sense que els cohereus puguin oposar-li l'obligació que ell té de contribuir al pagament del prellegat, per tal com aquesta obligació serà tinguda en compte en la partició hereditària, en la qual serà detreta al prelegatari la part del cost del pagament del prellegat.

tual del causant vincula igualment l'hereu, i perquè aquest ha de respondre dels actes propis d'aquell.

No podem endinsar-nos en aquest punt, perquè el present estudi prendria unes proporcions excessives. Però tot el que acabem d'exposar serveix de motiu per a poder sospitar que la supressió del joc romà del prellegat en el modern Dret civil codificat obeeixi segurament a raons o consideracions *pràctiques* més que no pas teòriques o tècniques, que és el que s'ha produït en la Compilació del Dret civil especial de Catalunya, conforme anem a explicar tot seguit.

La Compilació, en el seu article 219, estableix que "el cohereu o l'hereu únic afavorit amb algun llegat l'adquiriran íntegrament a títol de legataris i no pas d'hereus, encara que el testador l'hagi imposat determinadament a càrrec d'ells mateixos".

Per tant, segons la Compilació, el joc romà del prellegat queda suprimit d'una manera expressa a Catalunya.

Aquesta supressió del joc romà del prellegat en la Compilació es justifica, no per raons tècniques ni consideracions doctrinals, sinó per motius pràctics, rabiosament pràctics.

Per raons tècniques aquesta supressió no procedia, ja que a Catalunya regeix directament el Dret romà i, per tant, el seu sistema successori, del qual la doctrina romana del prellegat no és sinó una conseqüència lògica. La Compilació ha tingut cura de recollir aquest sistema successori en tota la seva puresa i, per tant, sense cap canvi.

Per consideracions doctrinals, especialment les derivades de la ferotge crítica de què el joc romà del prellegat ha estat objecte, tampoc no s'imposava la dita supressió, senzillament perquè aquestes crítiques en llur major part són inconsistentes, especialment quan les pretenen recolzar en arguments científics. Per això no val la pena d'exposar-les: n'hi ha prou amb oposar-los aquestes paraules de Biondo Biondi:³⁹

No cal acudir a subtils construccions teòriques ni recolzar-se en concepcions arcaiques per a fonamentar la impossibilitat jurídica que una mateixa persona, respecte al mateix llegat, tingui contemporàniament la condició d'hereu i de legatari. Si és absurd un llegat a favor de l'únic hereu, no és menys absurd el llegat a favor del cohereu dins els límits de

39. *Op. cit.* p. 469.

la seva quota hereditària. En l'àmbit dels llegats d'efectes obligatoris aquesta impossibilitat apareix d'una evidència intuïtiva, car hi concorre la mateixa raó per la qual no és possible l'existència d'una obligació en què la mateixa persona, quant a un mateix objecte, sigui deutor i creditor alhora. No menys buit és el llegat per *vindicationem* fet al cohereu, ja que una *delibatio hereditatis* a favor i en contra de la mateixa persona és quelcom sense sentit, perquè: ¿com pot el legatari reivindicar-se a si mateix la cosa llegada? Això és tan absurd com deixar l'usdefruit sobre una cosa de l'herència a favor del mateix hereu. Són dificultats d'ordre divers segons els diferents tipus de llegat, però que convergeixen en la mateixa consideració de la impossibilitat que, respecte a una idèntica relació jurídica, concorren en la mateixa persona les qualitats de subjecte actiu i de subjecte passiu.

La nul·litat del prellegat — afegeix el citat autor — apareix d'una evidència solar, deduïda lògicament del sistema jurídic romà. Així va aparèixer als antics intèrprets, els quals no cregueren necessari d'emprar gaires paraules per a justificar-la. La solució s'oferia als romans més evident que a nosaltres. Teoritzar sobre la dita veritat axiomàtica, esforçar-se per explicar allò que hom entén intuïtivament, és vana fatiga, puix que després de tant de cavil·lar hom es troba al mateix punt de partida, i una modestíssima aplicació d'un principi de lògica comú no mereix unes tan subtils elucubracions. Tots els raonaments que solen fer-se convergeixen sempre en el mateix concepte, ço és, en la impossibilitat d'una relació jurídica envers una mateixa persona, la qual cosa és un axioma jurídic que no necessita cap demostració.

Aquestes paraules de Biondo Biondi són suficients per a confirmar una vegada més que el joc romà del prellegat, amb totes les seves conseqüències, no és sinó una derivació lògica institucional del sistema successori de Dret romà vigent a Catalunya, pel mitjà de la Compilació.

Resten ara per examinar els motius pràctics que la Compilació tingué en compte⁴⁰ per a suprimir el joc romà del prellegat, i aquests motius són els únics que exposem a continuació.

La Compilació no podia reproduir les normes de Dret romà sobre el prellegat, sinó, al contrari, substituir-les per d'altres que n'eliminassin

40. I suposem l'Apèndix de 1930.

el mecanisme. I això simplement perquè els testadors, la gent en general, no entenen el joc romà del prellegat, i perquè els professionals del Dret, encara que l'entenguin, no l'apliquen.

I aquesta no és una situació de fet recenta, sinó que ve de molt de temps enllà, per la qual raó la Compilació, més que no pas innovar en aquest punt, no ha fet sinó reconèixer aquest estat de fet i consagrar-lo, bé que això estigués en contradicció amb els principis fonamentals de l'ordenament successori romà vigent a Catalunya.

Però és que en ple període del *ius commune*, ens diu Bonfante,⁴¹ era fort el corrent dirigit a prescindir de la regulació romana del prellegat, i fins algun romanista ha reaccionat sobre el debilitament de la doctrina del prellegat en el Dret justinià, la qual cosa fa sorgir el dubte si els compiladors del *Corpus* entengueren de codificar aquesta doctrina, o bé si la conservaren com a pur record històric. I així es parla de l'escolidor bizantí Estefan, que afirmà que les conseqüències del prellegat romà estaven conformes amb la subtilesa del Dret, però que el jutge aplicava la voluntat del testador.

Hem dit que els testadors i la gent en general no entenen el joc romà del prellegat, la qual cosa és plenament explicable, perquè aquest joc no és una cosa que flueixi d'un modo natural del pensament, puix que requereix una certa preparació jurídica que no podem exigir al ciutadà no expert en Dret civil, i especialment en Dret romà.

Hem dit també que els professionals del Dret, encara que entenguin el prellegat romà, no l'apliquen, i, si bé això, en una certa manera, és explicable a causa de la complexitat d'aquesta figura jurídica, s'ha de tenir en compte que, segons hem indicat al principi, és possible d'afavorir l'hereu amb un llegat sense que hi hagi un prellegat en el sentit estricte del concepte, i, això de banda, hom pot evitar sempre el joc romà del prellegat.

Per exemple, per a eludir l'actuació del dret d'acréixer en el prellegat romà, que produeix les diverses conseqüències tan sorprenents, assenyalsades en alguns casos estudiats abans, és suficient de *cridar disjuntivament* els legataris.

Per a impedir el cas xocant, examinat abans sota el número 5), única-

41. *Op. cit.* p. 411.

ment cal abstenir-se de prellegar res a l'hereu únic, i llegar la meitat indivisa de la cosa a l'estrany. Perquè si el testador diu, per exemple: "Institueixo hereu Tici, i llego a ell i a Cai la finca tal", és evident que, si realment el testador vol que la finca passi a ésser propietat de Tici i de Cai per parts iguals, cal que empri una fórmula com és ara aquesta: "Institueixo hereu Tici, i llego a Cai la meitat indivisa de la finca tal". D'aquesta manera no hi haurà cap prellegat, i les coses succeïran tal com el testador volia. En la primera fórmula resulta que, com que el testador no ha fet parts en el llegat a favor de l'hereu Tici i de Cai, hom entén que la finca hauria de pertànyer per meitats indivises a tots dos; però en aquest cas, ¿per què el testador llega a l'hereu Tici la meitat de la finca que ja li pertany com a hereu? Certament, el prellegat d'aquesta meitat de finca és superflu, inútil, puix que és una duplicitat dispositiva absurda.

També per a evitar, en d'altres casos en què els hereus són diversos, el joc romà del prellegat, basta disposar que el llegat ordenat a favor d'un dels hereus sigui a càrrec dels altres hereus.⁴²

Respecte al cas del prellegat a favor i a càrrec de l'hereu únic, és més difícil d'evitar el joc romà del prellegat, si no és que hom l'imposi a càrrec del legatari o legataris en la mateixa herència, si n'hi ha. Però la utilitat d'eludir aquest joc no és gaire comprensible, i si el testador vol prellegar per a sotmetre la cosa o coses llegades a un règim especial diferenciat dins l'herència, també ho pot fer igualment sense utilitzar la fórmula del prellegat; això, deixant de banda que si és per a subjectar a un fideïcomís el prellegat, aleshores el prellegat seria totalment vàlid, car ja hem dit abans que, no pas en aquest cas solament, sinó en tots, el fideïcomís imposat en un prellegat fa subsistir aquest plenament.

42. Cal reconèixer que aquesta fórmula no dona el mateix resultat del prellegat modern, perquè en aquest, el prellegat, a l'igual de tot llegat, constitueix una *delibatio*, es a dir, una avantpart, segregació o separació prèvia de la cosa llegada del cos de l'herència. Ans de partir aquesta, de manera que, en el fons, tots els hereus vénen a contribuir a l'efectivitat del prellegat, mentre que en la fórmula que proposem solament els altres hereus contribueixen en el llegat.

Per exemple; si Tici, Cai i Mevi són hereus, per parts iguals, en una herència que val 12, i Tici és afavorit amb un llegat de 3; en el prellegat modern resultarà que hom començarà per separar a favor de Tici els 3 del llegat, i com que en resten 9 de l'herència, d'aquesta en pertocuen 3 a cadascun dels tres hereus.

En canvi, la fórmula proposada equival a això: que en el testament hom disposi que Tici, Cai i Mevi siguin hereus en una herència de 12, i que sigui assignada a Tici una quota hereditària del terç, que serien 4, més el prellegat de 3, que ensems farien 7, i, en conseqüència, Cai i Mevi restarien hereus per una quota de 2,5 cadascun.

Que tot això és complicat, és cert; però si la complexitat fos motiu suficient per a suprimir figures jurídiques, ben poques en quedarien.

Una de les crítiques dirigides contra el joc romà del prellegat és que aquest era contrari a la veritable voluntat del testador, i això era ben cert; tant ho era que, si quan un testador volia fer un prellegat en sentit estricte, li expliquessin les conseqüències que se'n podien seguir, no hi ha cap dubte que desistiria d'ordenar-lo, o empraria algun d'aquells mitjans per a evitar l'expressat joc romà, si aquest subsistís.

Però, a més d'aquests mitjans, se'n trobaria a faltar un altre quan eren diversos els hereus. I aquest altre mitjà fou conegut en el Dret romà, però va caure en desuetud. És la *praeceptio*, que consistia en l'assignació d'alguna cosa singular de l'herència al cohereu, en forma *extra partem hereditatis*. L'assignació *intra partem hereditatis* de coses integrants de l'herència a algun cohereu és admissible, àdhuc actualment, i hom en fa un ús força freqüent. Té lloc quan el testador disposa que, de la quota hereditària d'un determinat cohereu, en formi part una cosa de l'herència (per exemple, una empresa comercial o industrial pròpia del testador, o la part d'aquest en la mateixa empresa o una participació, participacions o paquets d'accions de societats, especialment de societats anònimes familiars) amb l'obligació d'abonar en diner als altres cohereus l'excés que resulti de la seva quota hereditària. Però aquí el que interessa és l'assignació *extra partem*, és a dir, l'atribució d'una cosa hereditària a un cohereu, com a *plus* o a més de la seva quota hereditària. És l'atribució com a *ante partem*, o sia com a avantpart o prepercepció.

Si aquesta figura jurídica no hagués desaparegut per a fer trànsit al prellegat o *legatum per praeceptionem* — a causa, inicialment, de la interferència del llegat *per vindicationem*, que no exigeix el tràmit de la participació hereditària de la *praeceptio*, puix que atribueix com a llegat la cosa disposada a favor del legatari —, en cas de diversos hereus hom podia comptar amb un altre mitjà per a evitar el joc romà del prellegat. Però, atesa la seva desaparició total en la vida jurídica, la Compilació no es va atrevir a reintroduir aquella figura jurídica, sobretot després d'eliminar la regulació romana del prellegat.

La Compilació, en suprimir el joc romà del prellegat, ha tingut present el fet de que no solament usualment aquest joc no era tingut en comp-

te en confeccionar-se els testaments, sinó tampoc després, un cop oberta la successió corresponent.

Demuestra aquest fet la mateixa jurisprudència del Tribunal Suprem a Catalunya en aquesta matèria, i també la doctrina de la Direcció General dels Registres i del Notariat, en comprovar-se la no aplicació de la regulació romana del prellegat en casos evidents d'herència subjectes al Dret sucesori català, la qual cosa és prova palesa que no es plantejaven obertament plets sobre aquest punt, com si la consciència jurídica del país considerés eliminada aquella regulació romana. Són diverses les Sentències sobre testaments en els quals es disposen veritables prellegats, i en cap d'elles no es destacava la vigència de les lleis romanes en aquest aspecte. Vegeu, per exemple, la Sentència de 9 de juliol del 1957, i també la Resolució de 22 de febrer del 1934.

En la pràctica, es produïa el mateix fet, àdhuc en l'àmbit del Registre de la Propietat immoble, on hom pot comprovar l'existència d'inscripcions de títols hereditaris que contenen prellegats subjectes al Dret civil sucesori català i en les quals ha estat fet cas omís de la seva regulació romana.

I, així, en la vida jurídica hom considerarà pràcticament que quan el testador ordena un llegat a favor de l'hereu i a càrrec d'ell mateix, en tot o en part, les coses, es produeixen de la mateixa manera que quan el testador fa un llegat a favor d'un estrany.⁴³

Per totes aquestes raons principals la Compilació ha suprimit la regulació del prellegat en Dret Romà.

Però cal refermar que aquesta supressió de la regulació romana del prellegat solament constituirà una excepció circumstancial dels principis fonamentals del Dret sucesori romà-català, imposada per simples motius de fet; la qual excepció, però, no farà sinó destacar l'essència o substància d'aquells principis.

I amb aquestes paraules posem fi a aquest petit estudi sobre aquesta sorprenent figura jurídica del prellegat, el qual, ultra servir per a comprovar-ne una vegada més la seva complexitat servirà per a justificar el perquè de la supressió de les seves lògiques conseqüències en la Compilació del Dret civil especial de Catalunya.

43. En canvi, BORRELL (*Op. cit.* vol. V, p. 347 i ss.), exposa la matèria del prellegat, com si tingués plena vigència la seva regulació romana.

LA SUPLETORIEDAD ROMANA EN EL DERECHO NAVARRO

por

FRANCISCO SALINAS QUIJADA

Aceptando la invitación que se me deparó, tan honrosa como inmerecida, de colaborar en la Miscelánea dedicada al insigne jurista catalán don Antonio Borrell y Soler, tanta mayor fue mi satisfacción en la realización del cometido cuanto dos elementos de vinculación me afanaban en la empresa: en primer lugar la dación de un justo homenaje para un compañero de profesión que ha dejado en su vida una estela ejemplar de trabajo, de esfuerzo, de superación, prodigándonos con sus obras las mejores lecciones que aprender.

Però además concurre en este caso la circunstancia de tratarse de un jurista catalán, sometido a un derecho foral, tan foral como el navarro, ligados ambos a una historia y a una legislación que después de tantos siglos todavía hoy se conserva con la lozanía forense de sus tiempos primitivos.

Precisamente en razón de esta foralidad, como navarro elegí un tema común para ambos derechos; pero, naturalmente, en lo que podía hacer relación a mi tierra. Y es que ambos derechos han gozado de una misma supletoria romana, que todavía les hace darse más la mano, en la búsqueda de las fuentes de aplicación legal.

Esbozo, en definitiva, de problemas prioritarios, que otros con mayores márgenes editoriales podrán colmar; significando en el momento únicamente mi deseo con el presente trabajo de testimoniar al señor Borrell mi admiración a su labor cumplida, y a Cataluña una modesta aportación más de nuestro derecho foral navarro.

I. — RESEÑA HISTÓRICA

A) *La costumbre en Navarra.* — Si la supletoriedad del Derecho romano, dentro de nuestra privativa legislación, quisiéramos descubrirla en su propio origen, en su etiología inicial, necesariamente tendríamos que encontrarla en la fuerza de la costumbre, que constituye el pilar fundamental sobre el que se asienta (dicho sea sin ningún temor) toda nuestra legislación indígena, por lo menos en sus instituciones más fundamentales, como en el retracto gracioso, en la libertad de testar, en las atribuciones deferidas al esposo para disponer de las conquistas, en la aplicación análogica del usufructo a todo navarro, en la obligatoriedad de dotación a las hijas, y hasta en la mayoría de edad (hoy unificada nacionalmente), entre otras.¹

Como ha dicho escritor tan insigne como Arturo Campión, la costumbre es la savia que anima y vivifica el árbol de los fueros. Gracias a ella, las raíces del árbol se bifurcan por la profunda tierra, y la copa se extiende por los cielos sin temor a las tempestades. La costumbre es la fuente irrestañable de los fueros; la elaboración colectiva de la ley; la hoja misteriosa donde el dedo de Dios escribe las constituciones que duran.

Indiscutiblemente que la forma primitiva de la manifestación del derecho es la costumbre. En cierta ocasión, tratando de tema parecido, bosquejaba los tiempos antiguos, con las tres épocas reguladoras de sus instituciones: la de las sentencias, la de las costumbres, y la de los códigos. El derecho nace a la vida bajo el uso repetido de lo resuelto por el jefe de la tribu, que asumía el doble poder militar y civil, ya que los pueblos gozaban de un carácter eminentemente guerrero. Después es el uso el que impera, sin formalidades escritas que no se conocían, y tan sólo el precedente repetido llega a formar un verdadero cuerpo legal, consuetudinario, con una fuerza de obligar tan venerable, como la norma escrita, pues sus resoluciones estaban impresas en la mente de todos.²

Lo sucedido en la historia de los pueblos después, constituye un capítulo general del Derecho que intencionadamente soslayamos, para no desorbitar el problema fuera de nuestras antiguas fronteras.

1. FRANCISCO SALINAS QUIJADA, *Las fuentes del Derecho Civil Navarro*, capítulo VIII, pp. 87 y ss.

2. FRANCISCO SALINAS QUIJADA, *Concepto y forma del matrimonio en el Derecho Foral Navarro*, Monografía publicada en la revista *Príncipe de Viana*, órgano de cultura de Navarra, Año IV, núm. 12 (Pamplona, 1948).

Navarra, desde los primeros albores de su existencia mantiene una verdadera preocupación por la fuerza y el respeto de sus costumbres. Cuando en los primeros tiempos de la reconquista las necesidades impuestas por la lucha contra la morisma exigieron con carácter imperativo la elección de un caudillo, a la vez que se celebraba el fausto acontecimiento de alzar el rey, sus súbditos exigían ciertas condiciones, que suponían unas evidentes limitaciones atributivas del poder regio. Y así, por ejemplo, ya en el Fuero General se conserva la raíz esencialmente visigótica de la sumisión del rey a la ley, a la justicia y al derecho. En los precedentes que a modo de preámbulo encabezan el Fuero General de Navarra, se nos habla cómo primitivamente para dirimir las discordias de los primeros conquistadores se acudió al papa Aldebrando (que era Gregorio VII), y cómo la contestación fue que tuviesen rey que los acaudillase, y primeramente, que tuviesen sus establecimientos, es decir, sus constituciones.³

Pero es que, además, en este mismo Fuero General en el Título I, del Libro I, el rey al ser elegido debía jurar entre otras cosas: "*que los toviess á drecho, et les meioras siempre lures fueros, et non les apeyoras...*".⁴

Esta trayectoria iniciada en cuerpo legal tan antiguo, que, aunque al parecer promulgado tal vez en el año 1234, las fuentes de donde se informó (el Fuero de Jaca y de Sobrarbe) se pierden en la tiniebla de los tiempos, los navarros la mantienen en su vida histórica con verdadero celo, con una santa intransigencia.

Respetuosos con el rey, a cuya disposición en cualquier momento pagaban el tributo de sus vidas y haciendas, amantes de la corona por la que buenas pruebas dieron de sacrificar sus bienes y su sangre, sin embargo todo este afán de sometimiento y obediencia se trocaba en recelo puntilloso cuando temían que las manos del monarca pudieran dar un papirotazo a sus buenos usos y costumbres. Y aquellos mismos fieles vasallos, leales y sacrificados, antes de coronar al rey con la mayor cortesía, pero no con menos entereza, le exigían un juramento solemne en el Santo Nombre de Dios del respeto e inviolabilidad de sus viejas tradiciones.

Y así en la fórmula del juramento a las Cortes de Navarra del rey Teobaldo II, se hace decir al monarca: "Juramos que tengamos cascunos

3. PABLO ILARREGUI y SEGUNDO LAPUERTA, *Fuero General de Navarra*, edición acordada por la Excm. Diputación Foral, dirigida y confrontada con el original que existe en el Archivo de Comptos, año 1869, página 1.^a.

4. ILARREGUI y LAPUERTA, *op. cit.*

en lures fueros o en lures franquezas, et en todos lures dereytos e buenas costumbres entregrament".⁵

La XLIII Ordenanza de Carlos III el Noble, del año 1417, vuelve a hacer mención de este juramento regio cuando dice textualmente: "Toda vez como Nos en la jura de nuestro coronamiento hayamos jurado fueros, usos y costumbres de nuestro Rey no. sean observados y guardados según Nos lo havemos jurado".⁶

En la Novísima Recopilación de Navarra, leyes 3.^a y 6.^a, del título XXXI, del libro I, se ordena a las ciudades y pueblos observen sus usos y costumbres, así en honras y preeminencias como en haber autos y otras cosas de su gobierno; prohibiendo la ley 5.^a, despachar orden alguna contra los usos y costumbres.⁷

Y desde entonces hasta hoy, los navarros de toda clase y condición, en toda época y momento, defendieron con tesón, no tan sólo la fuerza de obligar la costumbre fuera de la ley y según ley, sino incluso la costumbre contra ley. Y así no es de extrañar que juristas de nuestro siglo hayan observado el mismo prurito de los antiguos, sentando la doctrina de la eficacia e inviolabilidad de las costumbres en sus Proyectos de Apéndice, como puede leerse en el artículo 5.º del de la Comisión,⁸ artículo 2.^a del de Aizpún y Arvizu,⁹ y del de la Excma. Diputación Foral.¹⁰

Hemos creído necesaria la exposición de estos antecedentes de la costumbre, al tratar de la supletoriedad romana en nuestro derecho, porque ellos constituyen la única explicación que puede justificar el advenimiento

5. Murió don Teobaldo I el 8 de julio de 1253 y le sucedió su hijo, menor de edad, don Teobaldo II, bajo la regencia en un principio de su madre doña Margarita de Borbón. Acordóse en Cortes el juramento que debía prestar el rey menor, que lo efectuó el 1.º de noviembre de 1253 en la forma dicha.

6. Esta misma disposición fue reproducida en la primera del título 1.º del Libro 2.º de las Ordenanzas del año 1622, y la copia enteramente don VICTORIANO LACARRA Y MENDILUCE en su obra *Instituciones de Derecho Civil Navarro*, t. I, p. 49.

7. Esta ley se acordó en Cortes celebradas en Pamplona en el año 1580.

8. Dicha comisión nombrada por reales decretos de 17 y 24 de abril de 1899 e integrada por los señores don Antonio Morales, don Enrique Ochoa, don Joaquín García y Echarri, don Carlos Isaba, don Fermín Iñarra, don Arturo Campión, don Salvador Echaide y don Fernando Morales, terminó su encargo el 6 de junio de 1900, editándose en la Imprenta Provincial, regentada por don J. Ezquerro, en el año 1904.

9. FERNANDO ARVIZU Y AGUADO y RAFAEL AIZPÚN SANTAFÉ, *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, Imprenta Provincial (Pamplona, 1930).

10. Existen dos cuerpos legales: un *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil* del año 1944 y un *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil* de 1945; ambos editados en Pamplona en la Imprenta Provincial.

aplicativo de las leyes romanas para cubrir las lagunas de nuestro Derecho indígena.

B) *Inicios consuetudinarios de la supletoriedad romana.* — El Derecho romano, como derecho supletorio en Navarra, no aparece por imperativo de ley escrita, no es traído ni importado, ni por la mano del rey, no por acuerdo de las Cortes, en su primitivo origen. Podíamos decir todavía más: no entra en nuestro Reino por la puerta grande del derecho escrito; por el contrario, su acaecimiento, como norma reguladora de instituciones, lo es de forma subrepticia, sigilosa, anónima, invadiendo la esfera del Derecho privado en forma suave y disimulada, ganando terreno poco a poco a los otros derechos supletorios en guerra de guerrillas, hasta dominar el puesto más allegado al Derecho foral, imponiéndose por su propia excelencia.

Pero sobre su bondad intrínseca, es la costumbre su mejor aliado; esa costumbre que acabamos de ver tiene en Navarra mayor poderío que la misma ley en su fuerza de obligar.

Y, naturalmente, si los navarros optaron libre y espontáneamente en defecto de ley foral por la ley romana, ¿qué iba a hacer el legislador cuando fuera a decidir sobre una supletoriedad que de hecho veníase observando? Sencillamente: confirmar la voluntad del pueblo en forma consuetudinaria mediante la promulgación de una ley escrita.

Decimos y sostenemos que la supletoriedad romana entró en Navarra sin discutirse en Cortes, sin sancionarse por el monarca; sino de forma espontánea y popular arrastrada por la fuerza irresistible del uso repetido observado con ánimo de obligarse.

Por ello escribiendo con todo escrúpulo y máxima honradez confesaremos nuestra ignorancia en determinar con tino certero la aparición de su primer vestigio.

Covián afirma que “es muy aventurado sostener que el Derecho romano justiniano ha regido sin interrupción desde que fue introducido en el país por el pueblo-rey; hallándose la parte llana y aún la montañosa colindante de Navarra en poder más o menos efectivo de los visigodos, en una asamblea de obispos y altos dignatarios se promulgó el Código Teodosiano en 488, y nada tiene de particular que desde entonces rigiera en nuestra provincia como antes de la invasión el Derecho romano y después el Breviario de Alarico... Si el Derecho romano no pudo sobrevivir a la unidad legislativa verificada en el último período de la monarquía goda, sí acaso era conocido el antijustiniano hasta el siglo ix y bajo la forma que le

fue dada en el Breviario de Aniano; pero de ahí a suponer que se habrían de admitir los Códigos de Justiniano, cuyo Emperador no llegó a dominar la Península, hay un gran paso... De suerte, que todo induce a creer que en el siglo XIII fue cuando se propagó el Derecho romano desde Italia, ya directamente, ya más bien por conducto del Mediodía de Francia, a Navarra y a España en general, excepto acaso la parte de Cataluña, que puede estimarse francesa para este efecto".¹¹

No anda desacertado Covián cuando existe una confirmación documental que fedata la aplicación romana en el siglo XIII. En efecto, en el archivo de la Diputación de Navarra obra un cartulario que en sus páginas 182 y 238, recoge una escritura otorgada el día 10 de mayo de la era de 1250 (año 1212) entre el rey don Pedro II de Aragón y el de Navarra don Sancho VIII el Fuerte, y en ella reconoció el primero haber recibido del segundo diez mil mazmutinas de plata in aquilatis, prosiguiendo: *et tenemos de eis bene peccatos a vovis renunciantes excepcioni non numerate pecunie et non eradite rei*".¹²

Desde luego que este dato documental constituye la prueba más elocuente que delata la aplicación romana, cuya legislación es invocada en la escritura regia, y por su valor como antecedente histórico lo acompañamos fotocopiado de su original obrante en el Archivo del Reino de Navarra, pudiéndose leer perfectamente el texto de lo transcrito de la línea tres a la seis, inclusive.¹³

Ello nos demuestra que por lo menos en aquella época, bien remota por cierto, el Derecho romano se invocaba; y aunque, como es lógico, no constituye su primer precedente, sin embargo nos denota su presencia.

Realmente no podemos decir nada más de los indicios consuetudinarios de la supletoriedad romana en Navarra. Ciertísimo el cauce del uso como entrada en nuestra regulación supletoria. Ignoramos el cuándo; aunque conozcamos épocas antiguas (siglo XIII) en que de hecho era invocada por el mismo monarca, aunque su función no había sido objeto de ninguna proclamación oficial. Indudable que no se dejó de invocar, desde entonces,

11. VÍCTOR COVIÁN Y JUNCO, *El Derecho civil privado de Navarra y su codificación*, Estudio histórico-crítico, pp. 43 y ss. (Madrid, sin fecha.)

12. Lo ha reproducido el *Boletín de la Comisión de Monumentos históricos y artísticos de Navarra*, primer trimestre, año 1912, pp. 46 y 47.

13. Es de agradecer las facilidades dispensadas a este respecto por el archivero de la Diputación Foral de Navarra, don José Ramón Castro, el esmero en la consecución fotográfica del encargado del laboratorio don Jesús Alday y de la ayuda prestada por mi compañero Joaquín Ezquieta.

en ningún período de la vida de Navarra. Y esto ya no lo decimos nosotros, lo dirá el propio legislador más tarde, como vamos a ver a continuación.

C) *Historia de la legislación escrita de la supletoriedad.* — La primera ley que proclama el Derecho romano como supletorio del Derecho foral, llamándole derecho común precisamente por ser de común invocación para aquella fecha, es la ley 9, cuaderno 1, de las Cortes de Pamplona del año 1576, que dice literalmente así: “A falta de fuero se juzgue por el derecho común. Pamplona. Año 1576. Item suplicamos a V. M. que en cuanto a decidir y sentenciar las causas y pleitos, a falta de Fuero y leyes de este Reino, se juzgue por el derecho común, que siempre ha acostumbrado. [DECRETO.] Visto el sobredicho capítulo, por contemplación de los dichos tres Estados, ordenamos y mandamos que se haga como el Reino lo pide”.

De esta forma es recogida la ley en la recopilación de don Pedro Sada y el doctor Miguel de Murillo y Ollacarizqueta, libro I, título III, ley 1.^a, folio 33.¹⁴

En las Ordenanzas Reales del Reino de Navarra hasta el año 1580, libro III, título I, ordenanza XIII, también se dice: “En quanto ha decidir y sentenciar las causas y pleytos, a falta de fuero y leyes de este Reyno, se juzgue por el derecho común, como siempre se ha acostumbrado”.¹⁵

Con imperceptibles variantes vuelve la misma ley a repetirse en la recopilación del licenciado Armendariz, libro I, título III, ley IV, cuando dice: “Otro si en quanto al decidir y sentenciar las causas y pleitos en este Reyno de Navarra, a falta del fuero y leyes dél, se juzgue por el derecho común. Don Sancho Martinez de Leyva”.¹⁶

Igualmente se admite en la Recopilación de don Antonio Chavier como ley VI, del título III, libro I, al prescribir: “A falta de fuero y ley se juzgue por el derecho común. A suplicación del Reyno se ordena y manda por ley, que (en quanto al decidir y sentenciar las causas y pleytos) a falta del Fuero y leyes de este Reyno se juzgue por el derecho común, como siempre se ha acostumbrado”.¹⁷

14. Su título es *Las Leyes de Navarra hechas en Cortes Generales a suplicación de los tres Estados de dicho Reino desde el año 1512 hasta el de 1612* (Pamplona 1614), dos volúmenes en folio.

15. Folio 239.

16. *Recopilación de todas las Leyes del Reino de Navarra, concedidas y Juradas por los Señores Reyes a suplicación de los tres Estados de dicho Reino*, año 1616, folio 9.^o.

17. *Fueros del Reino de Navarra desde su creación hasta su feliz unión con el de*

Parecida redacción observa don Joaquín Elizondo en su Novísima recopilación al transcribir la ley I, título III, libro I, de la recopilación de don Pedro Sada y el Doctor don Miguel Murillo y Ollacrizqueta, que hemos fotocopiado por la importancia de su contenido al recoger la sanción escrita del año 1576 proclamando oficialmente la supletoriedad romana, deducido del mismo original obrante en el Archivo del Reino.¹⁸

En fin, también don José Yanguas y Miranda, en su Diccionario resume el precepto diciendo que “En la decisión de las causas y pleitos a falta del Fuero y leyes del Reyno, se juzgue por el derecho común”.¹⁹

No nos importa ser reiterantes en los testimonios de nuestras Recopilaciones, porque nunca será bastante la probanza en materia tan fundamental, sobre todo después de nuestra afirmación sentada *a priori*, que la supletoriedad advino por sí sola, sin sanción escrita, por la vía del uso y de la costumbre. Todas las transcripciones del primitivo precepto que vio su luz primera, como dejamos dicho, en las Cortes de Pamplona del año 1576, repiten la misma razón de ser de la ley, al decir: “*como siempre se ha acostumbrado*”. Parece ser, como si el legislador hubiera querido justificarse con el súbdito legislado, como si hubiera querido testimoniar de forma expresa y evidente su respeto a la costumbre fuera de ley. Por eso dice, que se juzgue por el Derecho común, es decir, por el Derecho romano, que así fue denominado, “porque siempre se ha acostumbrado”, siempre ha habido costumbre de regirse por él en defecto de ley foral navarra.

Y dice la ley: *como siempre se ha acostumbrado*. Naturalmente que como siempre. Si la doctrina, la jurisprudencia y la práctica forense denominan a la costumbre “inmemorial”, que quiere tanto como decir que no hay memoria de cuando se inició, cuando lleva más de cuarenta años, parco nos parecerá este adverbio de tiempo si hemos aportado testimonios documentales, fotocopiados, de la existencia de la invocación romana por

Castilla, y Recopilación de las Leyes promulgadas desde dicha unión hasta el año 1685. Con prólogo e índices colosios de Fueros y Leyes en que se declara su principio y progreso y tabla de los vocablos más oscuros de dichos Fueros para su mejor inteligencia. (Pamplona 1686), p. 90.

18. *Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra, hechas en Cortes Generales desde el año 1512 hasta 1716 inclusive, que con especial orden de los Estados ha coordinado el licenciado don JOAQUÍN ELIZONDO, Síndico y Diputado que fue del mismo Reino* (Pamplona 1735), p. 196.

19. JOSÉ YANGUAS Y MIRANDA, *Diccionario de los Fueros y Leyes de Navarra* (San Sebastián 1828), artículo “Juicios”, p. 307.

el mismo rey, en el año 1212, cuando la ley que así lo declara se promulgó en el año 1576.

Reconocimiento de costumbre fuera de ley, que acabó por transformarse en cuerpo escrito sancionándose de derecho lo que de hecho venía subsistiendo tan imperativamente, como si hubiera figurado en la primera ley del primer fuero escrito de Navarra.

D) *Doctrina jurisprudencial confirmadora de la supletoriedad romana.* Adoleceríamos de incompletos, si en la reseña histórica de esta supletoriedad romana nos quedáramos con el testimonio de Yanguas del 1828. Hoy día esta doctrina ha sido reconocida por el Tribunal Supremo en innumerable jurisprudencia que arranca casi desde mitades del siglo pasado, y en la que se declara abiertamente y de forma bien expresa que el Derecho común o romano es el supletorio del Derecho foral de Navarra. Como el texto de aplicación es exactamente igual en todas ellas, nos reduciremos a citar la fecha jurisprudencial, evitando prolijidades.

Véanse a este respecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1863, 17 de junio de 1865, 21 de marzo de 1867, 24 de diciembre de 1867, 9 de marzo de 1871, 17 de abril de 1873, 9 de abril de 1884, 16 de febrero de 1887, 19 de enero de 1893, 26 de abril de 1894, 9 de abril de 1898, 11 de diciembre de 1923, 2 de marzo de 1926, 29 de noviembre de 1926, 2 de marzo de 1930, 7 de junio de 1930, 22 de diciembre de 1933, 2 de abril de 1941, 16 de diciembre de 1943.

Todas ellas dicen lo mismo, a saber, que: “Conforme a la ley 1.^a, título 3.^o, libro 1.^o de la Novísima Recopilación de Navarra, en defecto de Derecho propio debía aplicarse el Derecho común, lo que equivale a recibir y mantener el Derecho romano con carácter de subsidiario o supletorio, sin más alcance que el de cubrir las lagunas de la legislación navarra como viene proclamándose por repetido jurisprudencia”.

Con ello podemos dar por terminada la reseña histórica de la supletoriedad romana en Navarra, que nos fedata su antigüedad, su mantenimiento, su transformación consuetudinaria en derecho escrito, y su vigencia en la actualidad, al ser admitida por el más alto Tribunal de la Nación.

II. NATURALEZA JURÍDICA

A) *¿En Navarra se entendió siempre como Derecho común el Derecho romano?.* — Pero, con todo lo dicho en esta exposición histórica hemos

adelantado mucho más en el estudio de la materia, ya que precisamente nos ha resuelto problemas que aunque vamos en el momento suscitar, la solución a los mismos ya está dada por adelantado. Me refiero a la cuestión, antes más que ahora batallona, de si el Derecho común al que se refería la ley de 1576 era el Derecho romano o era algún otro Derecho. Cuestión que, si en el momento presente se halla deslindada, constituyó una verdadera obsesión para algunos autores, y hasta materia de controversia entre algunos juristas.

Mejor dicho, quien únicamente promovió la natural conmovición en la interpretación del precepto mencionado fue don Juan Martínez de Olano, oriundo de Estella y abogado de los Reales Consejos, que, movido del ejemplo del toledano Juan Baptista Villalobos, hizo imprimir en Burgos, y dedicó al presidente del Consejo de Castilla don Diego Covarrubias, su libro titulado: *Concordia et nova reductio antinomiarum iuris communis*, acompañado de un Epílogo de las Leyes de Partida, corregidas o abrogadas por otra leyes posteriores.²⁰

Este libro, objeto de las críticas de todos los buenos navarros, dio lugar a que autores como Marichalar y Manrique,²¹ Covián,²² y otros amantes de nuestro Derecho foral, por valerse de referencias incompletas en vez del texto original de tan absurdo libro, llegaron a la conclusión de que Martínez de Olano (al igual que el juez Martín Guerrero y el P. Burriel) entendía que el Derecho común al que se refiere la ley del año 1576, 1.^a del título III, del libro 1.^a de la Novísima Recopilación de Navarra, era el Derecho castellano, y no el Derecho romano.

Si tan dignos autores tienen toda la razón en cuanto a sus críticas acerbas de la postura tan poco foral de Olano, sin embargo no interpretaron bien lo que tal jurista quiso escribir en tan desdichada obra.

Como bien apunta el recordado don Jesús Etayo Zalduendo: “el licenciado Olano reconocía que, según inveterada costumbre y opinión general de los juristas navarros, nuestro derecho supletorio era el romano y no el de Castilla... Así Olano sabe y entiende y lo dice siempre, que los vocablos común y romano expresan la misma cosa, designan el mismo Derecho, son calificaciones idénticas. Los textos del abogado estellés sirven

20. JOSÉ MARÍA DE ZUAZNAVAR, *Ensayo histórico-crítico sobre la Legislación de Navarra*, parte III y última, libro 2.º, pp. 378 y 379 (San Sebastián 1829).

21. *Historia de la Legislación y Recitaciones del Derecho civil de España*, p. 140 (Madrid, 1868).

22. *Op. cit.* p. 40.

precisamente para comprobar que el Derecho común, de que la costumbre y la opinión general hacían en su tiempo mérito, era indiscutiblemente el romano... Ya sabía él que el Derecho Real de Castilla no era el común. Pero quería introducir el de Castilla en Navarra".²³

Es decir, el licenciado Martínez de Olano, no es que pusiera en duda que el derecho común era el Derecho romano, sino que, reconociendo, expresamente esta identidad, y a pesar de ello, pretendió importar como supletorio el Derecho castellano, contra la costumbre observada desde tiempo inmemorial.

Precisamente Olano desarrolla su argumento en contra de que la observancia del Derecho romano como supletorio gozara de la categoría de costumbre. Y para ello, con una sutileza extraordinaria pretende llegar al convencimiento de los demás, esgrimiendo razonamientos híbridos, mitad jurídicos mitad filosóficos, totalmente capciosos. Olano argumentaba que el Derecho común no tenía en Navarra autoridad de ley consuetudinaria, sino "de la razón". Luego — argüía — la costumbre no era seguir aquel Derecho, sino el Derecho que parecía a los pueblos justo, conforme a la razón u opinión; llegando, a fuerza de retorcer sinrazones, a la conclusión de que una costumbre no es costumbre.

Después de cantar victoria con semejante simpleza, y viendo Olano su camino discursivo libre de enemigos, es cuando se lanza abiertamente, y sin ningún silogismo, a abogar afanosamente por el Derecho castellano, ganando puntos cerca del presidente del Consejo de Castilla, a quien le había dedicado el libro.

Siguiendo a Zuaznavar, para no extendernos demasiado en tal aspecto de nuestro estudio, resumiremos las razones de Olano en pro del Derecho castellano como supletario del navarro, en defecto de éste, en vez del romano, al tenor siguiente:

- 1.º Los reyes de Navarra, según el Proemio del Fuero, no reconocen superior en lo temporal, ni por consiguiente el Derecho romano.
- 2.º Un Reino incorporado, a falta de leyes propias debe seguir las de aquel a que se halla incorporado.
- 3.º La costumbre contraria es corruptela.
- 4.º Las leyes de las provincias más inmediatas son siempre las más

23. *De la historia de Navarra. El derecho supletorio*, artículo aparecido en *La Voz de Navarra* (21 de junio de 1929).

análogas y mejores por igualdad y proximidad de circunstancias, y porque son tan justas como pueden ser las romanas.

5.º Aun cuando el Reino de Navarra no se hubiese incorporado al de Castilla, sino igualado, debería aquél preferir las leyes de éste, puesto que igualmente se las podría dar el rey.

En fin, Olano acaba por remitirse sobre este asunto a una obra manuscrita de don Martín Guerrero, juez más antiguo de Navarra, que defendió esta misma sentencia muchas veces acérrimamente en Pamplona, opinando como el P. Burriel.²⁴

Y, ya puesto Olano en la misma pendiente discursiva, acaba por querer probar nada menos que podían sacarse autos de Navarra y someter el rey su conocimiento a los tribunales de Castilla.²⁵

Tales son las conclusiones de Olano, a las que llega por unos laberintos intrincados perdidos en la maraña de una filosofía ramplona y pobretona. No es exageración, baste tan sólo este botón de muestra. Dice Olano que el Reino de Navarra fue “sometido” y “añadido” a Castilla, como “su cabeza”. Y faltando las leyes y las costumbres de los miembros, se debe recurrir “a las leyes de la cabeza”. Y sigue diciendo que “de los que están unidos una debe ser la naturaleza, y por tanto el aumento o accidente (Navarra) se convierte en la naturaleza del que acrece (Castilla), y su derecho y naturaleza reviste”. A continuación deja Olano este galimatías de la incorporación para asirse al argumento de la proximidad, y así continúa razonando: “Faltando las leyes de una Provincia, débese observar el Derecho que es próximo a ella. Ahora bien; el Derecho real de Castilla es próximo al de Navarra, por la razón, por la semejanza y también por el lugar, ergo debe ser su derecho aplicado en Navarra. Y por último, Olano lanza el argumento más convincente, el más expeditivo, el que no admite réplica alguna. Dice así Olano: “Y como las leyes del Reino de Castilla sean leyes de nuestro Rey Católico, y si quiere las puede imponer a los navarros...”.

No merece la pena, en este lugar ni en ningún otro, comentar la tesis de Olano, tan castellanizante. No merece la pena, porque otros lo hicieron antes de ahora, y con palabras adecuadas a tan injusta postura. Precisamente en vida del mismo Olano, se le tachó de mal navarro, lo que le causó tristezas que con mayor sensatez y prudencia podía haber evitado.

Tengo a la vista una copia de la carta suscrita por Olano, desde Ma-

24. MARICHALAR Y MANRIQUE, *op. et p. cit.*

25. JOSÉ MARÍA DE ZUAZNAVAR, *op et p. cit.*

drid, el 5 de enero de 1576, dirigida al "Ilustrísimo Señor del Reino de Navarra, mi Señor, que esté en Cortes generales en la Ciudad de Pamplona". En ella literalmente dice así: "...en lo de mal navarro creo que ma baliera algo que dixieran la verdad, porque sabe nuestro señor que la demasiada afición que he tenido a las cosas de esse Reyno... Por dibersas cartas que he recibido de personas de esse Reyno, y por relación de otras que han venido aquí, he entendido que me culpan y ponen mal nombre diziendo que, en un libro que he compuesto, he escripto ciertas proposiciones contra sus fueros y leyes, y que no contento con esto, he contradicho lo que en nombre de V. S. Ilma. se pide a Su Magestad..."²⁶

Mal ambiente debió de flotar alrededor del licenciado Juan Martínez de Olano. Las Cortes de Navarra le rechazaron. Cuando se dio lectura a las cartas de Olano en la sesión del 1576, los navarros oyeron todos los razonamientos del jurista estellés, que presumiendo de tal, pretendía la importación de derechos extraños. Si en ciertas épocas de la historia universal de los pueblos esta hipocresía de aparentar lo que no se es puede resultar terrible arma para sembrar mayor confusión en lo que contrariamente se aparenta, a Juan Martínez de Olano de poco le sirvió su habilidosa postura, tan suave y percuciente. Los navarros escucharon todas las razones expuestas por Olano en sus cartas. Y como consecuencia (?) de ellas acordaron sencillamente todo lo contrario: que se juzgara por el Derecho común, como siempre se había acostumbrado.

Por lo visto, las Cortes de Navarra le dieron menos importancia a Olano que todos los juristas del antiguo Reino, y menos de la que le estoy dedicando en este trabajo. Y seguramente, que este desprecio de las Cortes de Navarra a la dialéctica de Olano constituyó en aquellos tiempos el mejor premio que se le pudo deparar en estricta justicia, y la más sabia respuesta: "á falta del Fuero, y Leyes deste Reino, se juzgue por el derecho común, como siempre se há acostumbrado"²⁷.

B) *Doctrina de los autores que identifica el Derecho común con el Derecho romano en la aplicación supletoria.* — Nadie, por lo tanto, negó

26. Esta copia me la facilitó don JESÚS ETAYO ZALDUENDO, de imperecedero recuerdo, obrando el original en el Archivo de tan ejemplar funcionario y periodista; lograda en sus incansables búsquedas por los archivos del país. También apareció otro artículo que el señor ETAYO publicó en *La Voz de Navarra* titulado *¿Roma o Castilla?*, dedicado cordialmente a Fernando de Arvizu, y cuya fecha de aparición debió ser inmediatamente anterior a la que hemos hecho referencia en la nota 23.

27. Así puede leerse en la fotocopia acompañada.

que el Derecho común de la ley 9, Quaderno 1, de las Cortes de 1576, fuera el romano. Ni el mismo Olano.

José Alonso trata de la cuestión con un acierto meridiano, llegando a afirmar que en ninguno de los diversos reinos existentes entonces en España, y de que después se formó el actual, se conservaron tanto, ni con mayor apego, las leyes romanas, que en Navarra. "Examínese su legislación; y se convencerá de esto cualquiera que sepa comparar sus disposiciones. Pero ¿qué más? En el año 1576 pidió el Reino y se decretó por la ley 1.^a, título 3, libro 1 de la Novísima Recopilación, que en cuanto a decidir y sentenciar las causas y pleitos, a falta de fueros y leyes de Navarra, se juzgase por el Derecho común, *como siempre se ha acostumbrado*: así dijo. Nadie ha dudado, y la práctica lo ha confirmado y confirma, que por Derecho común se entiende el romano; y aún los antiguos autores castellanos, que glosan las leyes generales de España, en donde el Derecho romano no tiene valor ni autoridad alguna, han llamado y llaman a éste, Derecho común; y por esta denominación han entendido y no entienden otro que él. Mas lo que confirma principalmente nuestro propósito es la seguridad con que la ley dice que siempre se ha acostumbrado a decidir y sentenciar por aquel Derecho, cuando aparecía deficiente la legislación de Navarra. El adverbio *siempre* hace que tal costumbre deba traer su origen del mismo tiempo en que principiaron los fueros, y esto con tanto mayor fundamento, cuanto que la legislación de Navarra aparece más diminuta, más escasa en proporción que nos remontemos más a aquellos tiempos, o los que les fueron próximos, o más cercanos. Considérese el fuero en los anteriores a las leyes recopiladas, y si con éstas todavía hay que recurrir a cada paso al Derecho romano con que debe suplirse, ¿cuánto más necesario sería el recurso a él, cuando aquellas leyes no habían venido aún a aumentar la legislación de Navarra, y se hallaba ésta reducida al fuero?²⁸

Don Salvador Echaide advierte que por falta de expresión en el pedimento de la ley de 1576, concurrieron dudas acerca de la inteligencia que debía darse a esa ley. Este punto no es ya materia opinable. El Tribunal Supremo en repetidas sentencias, conformes y contestes todas ellas, ha declarado que por Derecho común se entiende el romano, y que también se aplica como supletorio el de Partidas. Pueden verse entre otras, las sen-

28. *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del antiguo Reino de Navarra*, tomo I, p. 201 (Madrid, 1848).

tencias de 4 de mayo de 1863, 17 de junio de 1865, y 24 de diciembre de 1867. Por sentencia del propio Tribunal de 24 de marzo de 1867 se declaró que el Derecho canónico no es aplicable como supletorio en Navarra... Es, pues, evidente que, en defecto de leyes propias, se ha de acudir al Derecho romano, que es el supletorio.²⁹

Don Víctor Covián y Junco estima que al tratar de este problema debe empezarse por resolver qué se entendía por Derecho común en el siglo xvi, para entender en qué sentido emplearon las Cortes de 1576 esas palabras, claras entonces, como lo revela la contestación de toda conformidad dada por el monarca, sin aditamento. Se llamaba *Derecho común*, en oposición al *particular*, al que regía en toda una nación o un imperio. Resulta que Italia dio el nombre de *jus commune* al romano, extendiéndose a Francia, Alemania, Bohemia y España. A tanto llegó la influencia que ejerció la Universidad de Bolonia y los Glosadores. Dos poderosos motivos contribuyeron a la completa victoria del Derecho justiniano, no sólo en el campo de la ciencia, sino también en el de la práctica: primero su gran superioridad y el entusiasmo con que los jurisconsultos le proclamaban como ley viva y universal; y segundo, la falta de un verdadero Derecho escrito y la incertidumbre e insuficiencia del nacional, foral o consuetudinario. De suerte que desde el siglo xiii y durante el xvi sobre todo, el único Derecho que llevaba el nombre de *jus commune* era el romano, y a él tuvieron que referirse necesariamente las Cortes de 1576; el canónico estaba en decadencia y nunca se le había dado este calificativo. El mismo de *jus commune* se emplea en 1604, refiriéndose a los testamentos no otorgados ante escribano real; la edición del Fuero Reducido, en varias notas marginales del siglo xvii, comprensivas de concordancias, de constantemente el nombre de Derecho común al romano, como igualmente sucedía en Aragón según Portolés, Morales y Jaraba.³⁰

Marichalar y Manrique consideran inconcuso que la petición de las Cortes al hablar del Derecho común se refería al romano. Las mismas palabras "como siempre se ha acostumbrado", lo indican suficientemente; pues no podían referirse al Derecho castellano, que sólo habría podido observarse en Navarra sesenta y cuatro años desde el de la conquista; y porque, además, se encontrarían vestigios, no sólo de las prescripciones para que

29. *Apuntes sobre la aplicación del Código Civil en Navarra*, libro 1.º, p. 18 (Pamplona, 1891).

30. *Op. cit.*, pp. 34 y ss.

se observase allí, sino de la resistencia que indefectiblemente habrían opuesto los navarros a ser juzgados en ningún caso por el Derecho castellano, infringiendo las estipulaciones pactadas con el Rey Católico. No creemos, por lo tanto, terminan diciendo tan ilustres autores, cuestionable semejante punto; el Derecho romano fue y es el supletorio en Navarra.³¹

La doctrina de los autores sigue confirmando, conforme venimos exponiendo, el principio de la supletoriedad romana, que adelantamos por nuestra parte. Todos los textos de Derecho navarro la dan como admitida, señalando en la etiología institucional de las figuras jurídicas la impronta romana, como, por ejemplo, Eugenio Fernández Asiain, que imputa precisamente el origen de la rescisión por lesión en las leyes 2.^a y 8.^a, título 44, libro 4.^o del *Codex*, que trata *de rescindenda venditione*.³²

En otros libros, la afirmación supletoria del Derecho romano, la identifican con el justiniano, como leemos en Francisco J. Castejón.³³

Hay autor que, admitiendo la supletoriedad privilegiada romana, no descarta como segundo supletorio el Derecho castellano, como nadie lo discutió. Dice así Victoriano Lacarra y Mendiluce: "En las Cortes de Pamplona del año 1576, se resolvió que, a falta de Fuero y leyes de este Reino, se juzgue por el Derecho común, como siempre se ha acostumbrado. Ese Derecho común es el romano, y aunque algunos autores creyeron que esa ley se refería al castellano, los principales tratadistas y el Tribunal Supremo tienen declarado que esa ley alude al Derecho romano, y no cabe duda sobre el particular, si bien, como segundo Derecho supletorio, se ha acostumbrado aplicar la legislación de Castilla, en especial Las Partidas, que han gozado de gran predicamento en los tribunales y en el foro navarro, hasta la publicación del Código civil. La aplicación del Derecho romano en Navarra es tan antigua que ya se invocaba en el siglo XIII, y de ahí que la ley citada del año 1576 dijera que siempre se ha acostumbrado a juzgar por él, a falta de Fuero y leyes de este Reino."³⁴

Esto no priva que en algunas materias, como luego tendremos ocasión de hablar de ello, se rijan en primer lugar por la legislación castellana, como supletoria privilegiada, como por ejemplo el reconocimiento de hijos

31. *Op. cit.*, pp. 140 y 141.

32. *La rescisión por lesión en el Derecho navarro*, artículo publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. LIX, p. 4 (Barcelona 1949).

33. *Legislación foral de España. Derecho Civil vigente en Navarra*. p. 52 (Madrid, 1888).

34. *Instituciones de Derecho civil navarro*, tomo I, pp. 16-17 (Pamplona, 1917).

naturales, así como su calificación consiguiente, según sentencia de 16 de octubre de 1906; y en cuanto a la enajenación por el marido de los bienes gananciales que no se conocieron en la legislación romana, como prescribió la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 1893.

Autor como don José María Arellano Igea, defiende esta supletoriedad romana en forma vehemente y tesonera. Y así dice: "Esta es nuestra aspiración, que al abogar en Navarra podamos invocar en lugar de los artículos del Código civil o de un Apéndice, leyes como la *Autentica si qua mulier*, o el *Senado-consulto Veleyano*; y que al no sernos permitido alegar en razonamiento sobre el censo enfiteutico la constitución del emperador Zenón, porque las leyes generales abrieron buena brecha en nuestro patrimonio foral, no por eso renunciemos a las que aún nos quedan a salvo, y cuya derogación propone Morales con toda naturalidad. Nos pronunciamos decididamente en contra de esa corriente codificadora; y enfrente de toda elaboración de apéndices, que, con un centenar de artículos o comprimidos de carácter pragmático, pretendan sustituir a todo nuestro venerable Derecho, suprimiendo, además, todo estímulo en el estudio de nuestros códigos y de los romanos con la consiguiente floración de rúbulas practicones y desaparición de genuinos cultivadores de la ciencia jurídica".³⁵

Y por último, por mi parte, en diferentes ocasiones sostuve la doctrina de la supletoriedad romana, a las que me cumple hacer tan sólo la correspondiente referencia.³⁶

III. EL DERECHO ROMANO DENTRO DEL ORDEN DE PRELACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL NAVARRO

Sentada esta supletoriedad romana, se suscita un problema de orden aplicativo en la invocación de las fuentes legales, puesto que, naturalmente, si existen excepciones en cuanto a su prioridad tratándose del

35. *Las obligaciones, los contratos y la prescripción en el Derecho civil navarro*, pp. 6-7 (Madrid, 1946).

36. *Las fuentes en el Derecho civil navarro*, pp. 63 y 124; *Concepto y formas del matrimonio en el Derecho foral navarro*, monografía publicada en la revista *Príncipe de Viana*, p. 6; *Contribución a la metodología del Derecho privado de Navarra*, monografía publicada en la *Revista de la Universidad de Zaragoza*, p. 20 (Zaragoza, 1947); *La mayoría de edad en Navarra y su unificación nacional*, trabajo publicado en el *Anuario de Derecho Civil*, p. 8 (Madrid, 1951); *La relación jurídica dotal en el Derecho foral navarro*, publicada por la revista *Príncipe de Viana*, p. 16 (Pamplona), año VII, núm. 13; *El Derecho civil en Navarra*, monografía publicada en la *Enciclopedia Jurídica Seix*, p. 295.

Derecho indígena, por los mismos motivos en ciertas circunstancias la supletoriedad romana sufrirá relegación.

De entrar a fondo en la cuestión, el trabajo llegaría a desorbitarse, puesto que ya no se trataría del problema concreto de la supletoriedad, sino que necesariamente con él mismo tenía que plantearse y resolverse la cuestión batallona de la aplicación general de las fuentes del Derecho.

Queremos apuntar simplemente que del orden de prelación de las fuentes del Derecho en Navarra depende el lugar que debe asignarse a esta fuente romana; y que es totalmente imposible discutir su puesto en el orden sin resolver el mismo orden.

Ello nos llevaría a terrenos perdidos que nos harían olvidar casi con seguridad la atención al tema que exponemos.

Basta, pues, en el momento con señalar un orden general de las fuentes, que deduciremos, para no ser inconsecuentes y además por propia convicción, de lo que ya estudié en otra ocasión, con toda la amplitud debida, precisamente en mi libro de: *Las fuentes del Derecho civil navarro. Estudio histórico-jurídico-bibliográfico*,³⁷ aunque respetemos las opiniones distintas de distinguidos autores a los que en tal libro ya hicimos mención, como: José Castán Tobeñas, Francisco Barrachina Pastor, Victoriano Larra y Mendiluce, José Alonso, Biblioteca Judicial prologado por el Marqués de Vadillo, Fernando Arvizu y Aguado, Víctor Covián y Junco, Víctor Fairén y Guillén, José María Manresa y Navarro, Calixto Valverde y Valverde, Ricardo Oyuelos, Juan Moneva Puyol, Salvador Minguijón Adrián, Blas Pérez Gozález y José Alguer.³⁸

El orden que sostuvimos en el libro indicado, como conclusión de nuestro pensamiento fue el siguiente:

1.^a Título preliminar y título IV del libro 1 del Código civil.

2.^o Preceptos del Código que regulan materias objeto y contenido de leyes generales obligatorias para toda España, promulgadas con anterioridad al mismo.

3.^o Leyes obligatorias para toda España y que no contradigan ni modifiquen la ley de 16 de agosto de 1841, bien fueran promulgadas antes o después de esta disposición legal; y en cuanto contengan reglas de Derecho civil, que sólo ahora interesan para el estudio privado de las fuentes.

4.^o La costumbre contra la ley navarra.

37. Obra ya referenciada.

38. *Las Fuentes de Derecho civil navarro*, pp. 63 y 64.

5.º Leyes posteriores a la Novísima Recopilación de don Joaquín Elizondo, recogidas en los denominados Cuadernos de Cortes.

6.º La Novísima Recopilación de Navarra de don Joaquín Elizondo, acordada en Cortes de 1701, e impresa en 1735.

7.º Los Amejoramientos del Fuero.

8.º El Fuero General.

9.º EL DERECHO ROMANO.

10.º El Código civil.

11.º La costumbre fuera y según ley.

12.º Los principios generales del Derecho.

13.º Jurisprudencia del Derecho foral navarro.

14.º Doctrina científica navarra.

IV. ORDEN DE PRELACIÓN DE LAS FUENTES ROMANAS

Sin embargo, nos queda sobre este respecto que hacer una última aclaración, que está en la mente de todos. Y es que dentro del Derecho romano, existe también un orden de prelación de fuentes.

Como dice Larra: "Para aplicar el Derecho romano y resolver algunas de sus contradicciones hay que tener en cuenta el principio de que la ley posterior deroga a la anterior; así las Novelas derogan en los puntos en que afectan los demás trabajos de Justiniano como promulgadas desde el año 535 (d. J. C.) hasta su muerte, acaecida en 565.

El Código empezó a regir el 29 de diciembre del año 534, y deroga al Digesto y a las Instituciones que tuvieron ambos carácter legal el 30 de diciembre de 533.

En las contradicciones que existen entre ambos el Digesto debe ser preferido a las Instituciones, en lo que éstas copian de aquél, porque, como dice Bofarull (*Tratado de Derecho romano en cuadros sinópticos*), siempre merece más fe el original que el extracto, las Instituciones deben preferirse al Digesto en las leyes más recientes que contienen.

También inserta en la mayor parte de las ediciones del cuerpo del Derecho romano, 113 Constituciones que dio el emperador León VI el Filósofo, desde el año 887 al 893, que alteran algunos puntos del Derecho de Justiniano. En la edición del Cuerpo del Derecho civil romano, publicada por García del Corral (Barcelona 1898), esas Constituciones son 118.³⁹

39. LACARRA, *op. cit.*, pp. 69 y 70, nota 3.

Concretando con José María Arellano, podríamos señalar un orden de prelación de fuentes romanas, al siguiente tenor de aplicación privilegiada, o sucesivamente supletoria:

1.º Las Novelas de Justiniano preceden a todos los demás cuerpos legales, debidos al mismo emperador; y entre aquellas las de fecha más reciente a las anteriores, dictadas desde el 535 al 565 (después de J. C.).

2.º El *Codex repetitae praelectionis*.

3.º Las Instituciones. Y las Pandectas o Digesto que se promulgaron en una misma fecha, y, por lo tanto, cuando existían contradicciones o antinomias entre los textos imposibles de conciliar advirtiendo que el Digesto prevalece sobre las Instituciones en todo lo que de éstas copien a aquél, si bien en cuanto contengan leyes más recientes derogan el Digesto.⁴⁰

V. EPÍLOGO

Quedan sustancialmente reseñados algunos apuntes sobre la supletoriedad romana en Navarra, que pueden servir de punto de partida para ulteriores estudios sobre tema tan amplio y espacioso, en el que no nos es posible profundizar más en el momento presente al tener que atemperarnos a un inflexible margen editorial.

Los horizontes del problema no tienen límites ciertos, porque, en efecto, si el Derecho romano actuó por costumbre como supletorio cubriendo lagunas forales, habría menester señalar en primer término la razón de ser de tales vacíos legislativos: si fue por ausencia la supletoriedad, o fue por defecto de la propia ley indígena. Y es que no hay que perder de vista que no siempre la costumbre tiene un fundamento admisible en Derecho, y que precisamente por hacer referencia a conductas humanas repetidas, igual puede responder a virtudes que a vicios colectivos, y existan prácticas totalmente reprobables aunque gocen de un carácter inveterado.

Comprendemos, porque es de sentido lógico además de sentido jurídico, que cuando el Derecho romano actuó en Navarra, fue por carecer de regulación normativa las instituciones que reclamaban su presencia. Pero también, y precisamente por la fuerza de la costumbre que lo enraizaba, pudo suceder y sucedió que en otras ocasiones el Derecho romano se impusiera por el uso, cuando en nuestras leyes forales había preceptos

40. *Op. cit.*, p. 15.

Y POR LO MENOS PRINCIPIOS, que podían resolver el caso controvertido. Y entonces no había razón de ser en el advenimiento de la ley romana. Hemos señalado con toda intención la existencia de "principios". Porque el Derecho foral no es un conjunto de leyes aisladas, puestas una detrás de otras como las camas de un hospital, y en franca rebeldía con las instituciones y normas del Derecho común. No es eso el Derecho foral, sino que, como ya dijimos en otra ocasión, el Derecho civil de Navarra representa un tipo específico de organización de la familia y de la propiedad, pero entraña también una concepción peculiar y privativa del Derecho civil enraizada en una tradición secular, armonizándose a través de sus normas con un *modus essendi* que matiza las instituciones con peculiaridades que no pueden reflejarse siempre y exactamente en las normas escritas.⁴¹

Por ello, tanto en la doctrina como en la práctica, es menester tener un gran cuidado en no abusar de la supletoriedad que debe advenir no solamente, a juicio del que suscribe, cuando no exista precepto indígena, sino cuando brillen por su ausencia principios del Derecho foral navarro que puedan resolver la cuestión por la aplicación mediata y aun analógica.

Dicho esto, poco nos esforzaremos para convencer a nadie de la necesidad de repudiar cualquier sustitución, cuando el Derecho supletorio conculque principios sobre los que se asienta la legislación privativa.

En una palabra, no es posible aplicar la supletoriedad por la sola razón de la falta de norma foral, ni se puede pecar de obrar con tanta ligereza. La supletoriedad entraña una ausencia de la ley principal y de principios que informen su estado jurídico, y tan solamente cuando no existan ni una ni otros es cuando debe llamarse al supletorio, que en su función, tan solamente podrá cubrir pero no alterar ni menos conculcar leyes y principios de Derecho navarro.

Solamente así el supletorio cumplirá con su verdadero papel; y solamente así podrá seguir germinando esa planta foral del Derecho, perennemente joven, mientras las influencias de absorción externas y el agobio interno de la supletoriedad cuando invade la esfera indígena no lleguen a sofocarla a fuerza de socavarle sus propias raíces, por muy hondas que hayan sido, y mucha savia que hayan asimilado a través de la vida de repetidas generaciones.

41. Enmienda de la Comisión de Navarra a la conclusión 3.ª, provisional de la Ponencia del Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en el mes de octubre de 1946.

LA INSTITUCIÓ D'HEREU AMB CONDICIÓ SUSPENSIVA

per

MAURICI SERRAHIMA i BOFILL

1. Quan en l'examen de clàusules testamentàries redactades dintre les normes del dret successori català trobem una institució d'hereu supeditada a alguna condició suspensiva, la primera impressió sol ésser la de presumir que deu anar destinada a produir-hi — ni que sigui tàcitament — alguna mena de substitució fideicomissària condicional. I aquesta presumpció, que sovint actua com un veritable prejudici, ens porta a analitzar totes les interpretacions possibles de la clàusula, fins que l'examen acurat ens convenç que no conté cap rastre de fideïcomís; només aleshores gosem afirmar que la condició hi ha d'actuar purament com a suspensiva.

La presumpció té un fonament raonable, perquè de fet, i per contrast amb la freqüència de les substitucions fideicomissàries condicionals, les institucions d'hereu amb condició suspensiva pura i simple no se solen presentar gaire sovint en la pràctica jurídica catalana. I d'ací ve també que no hagin estat estudiades tan a fons. No vull pas dir que en el Dret català no hi hagi els ordenaments necessaris per a distingir les formes en què es poden produir i per a preveure llur manera d'actuar. Però, en termes generals, no s'ha realitzat sobre aquesta modalitat successòria el treball en profunditat i la minuciosa acumulació de raonaments i d'experiència que en d'altres casos — com ara el dels fideïcomisos — ha permès de perfilar totes les possibilitats de la institució d'una manera gairebé absoluta. Existeix, per tant, la possibilitat que, en la pràctica i fins en la mateixa interpretació de les clàusules que la contenen, es puguin presentar certes imprecisions i fins algun dubte en el moment de formar criteri.

2. El plantejament del cas no suposa, en ell mateix, cap dificultat teòrica. Sempre que una institució d'hereu enclou una condició que en

retarda o n'ajorna l'efectivitat però que alhora no preveu que en l'interval hi hagi un titular per a l'herència; sempre que, en termes generals, la clàusula institucional no fa referència per a mentre no s'ha complert la condició, a la crida d'alguna mena de lloctinent de l'hereu instituït podem afirmar que sobre la designació de l'hereu només hi pesa, purament i simple, una condició suspensiva.

La conseqüència immediata d'aquesta modalitat és prou evident per ella mateixa. Quan hi ha condició suspensiva pura, la institució d'hereu no té efectivitat, i l'herència no es defereix fins que es compleix la condició.

Cal mantenir de moment aquesta afirmació en uns termes generals, perquè convé d'examinar el cas amb una major atenció.

3. Sabem prou bé que la institució d'hereu, que pot ésser *pura*, pot ésser també sotmesa a *condició*. El que cal ara precisar és que, si bé pot ésser sotmesa a una *condició suspensiva*, no ho pot ésser, en canvi, a una *condició resolutòria* ni a *un terme*.¹

La raó d'aquestes exclusions ve no pas d'una disposició específica, sinó d'un criteri general del Dret romà en matèria d'institució d'hereus, que, lligat amb el sentit de la regla *semel heres, semper heres*, queda formulada en el principi: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere posset*. Si només és el cas d'una institució "feta des d'un cert dia o fins a un cert dia; l'herència hauria de pertànyer a l'hereu abintestat fins al dia o a partir del dia assenyalat, de tal manera que aquell qui fes una tal institució moriria en part testat i en part intestat... I per això, si hom prefixa *dia*, es té per no posat, fora el cas que sigui incerta l'existència del dia, perquè llavors és considerat com a condició". S'entén: com a condició suspensiva.²

La raó per la qual és admesa la institució d'hereu amb *condició suspensiva* és, doncs, que, precisament per la incertesa que en resulta, no dóna marge perquè l'hereu abintestat adquireixi, en l'interval, cap mena de dret. Aquesta afirmació i el raonament que l'origina, que podrien semblar d'un formalisme massa subtil, tenen, al contrari, un valor substantiu i una gran importància en tota la matèria d'institucions condicionals, i molt concretament per a delimitar la modalitat que ara examinem.

La tenen, sobretot, perquè aclareixen que la *condició suspensiva* en resulta caracteritzada al marge del seu contingut propi i en el sentit, que, d'alguna manera, no deixa l'herència *sense hereu*, encara que la institució

1. Vegeu BORRELL, 2.^a ed., vol. V, 83 i seg. i els textos paral·lels d'altres tractadistes.

2. HEINECCI, *Instituta*, llibre II, tit. 14, 544.

no tingui efectivitat — i l'herència, per tant, no es defereixi — mentre la condició no es compleix. No seria exacte de dir que en un tal cas *no hi ha hereu*; el que cal dir és que *no se sap si hi ha hereu*. I d'aquesta afirmació en deriven conseqüències molt importants.

Recordem ací, tot passant, que una de les formes que més sovint sol prendre aquesta modalitat és la condició que l'instituït no sigui hereu fins que hagi arribat a la major edat i que aquesta forma entra de ple en el mecanisme de la *condició suspensiva*, no pas per cap consideració referida al cas particular, sinó per una norma de caràcter general aplicable a qualsevol altre. Efectivament: l'arribada a la major edat és un fet incert, perquè encara que s'hagi de produir en una data predeterminada no se sap si el cridat hi arribarà. Per tant, si algú la volgués considerar com a *terme* o "*dies*", seria en tot cas un *dies a quo incertus an*, i com a tal tindria també la plena naturalesa de condició suspensiva.³

4. El mecanisme de la institució d'hereu amb condició suspensiva no és, doncs, el que resultaria de no haver-hi temporalment hereu — que obligaria a l'entrada provisional en joc de la successió intestada —, sinó només el d'un ajornament determinat per la condició i del qual depèn l'existència de l'hereu. Així, quan la condició es compleix, no sols la institució esdevé efectiva i l'instituït *és hereu*, sinó que aleshores, en virtut de la regla *semel heres, semper heres*, s'entén que l'hereu testamentari condicional *ha estat sempre hereu*, perquè els efectes de l'addició són retrotrats al moment de la mort del testador.⁴

Quan, en canvi, la condició no es compleix, la condició d'hereu deixa de tenir efectivitat: l'instituït *no ha arribat a ésser hereu*, i això vol dir que *no ho ha estat mai*. Només aleshores pot ésser dit, per tant, que *no hi ha hereu* i que ha d'entrar en funcions l'ordre de la successió intestada. I en aquest moment ja no es produeix la incompatibilitat entre les dues menes de successió, perquè de la ineffectivitat de la institució resulta que si la successió intestada entra en joc *és perquè no hi ha hagut mai hereu*.

No cal dir que aquestes afirmacions, tan sabudes, corresponen al cas d'una crida única, és a dir, al cas més senzill i que, com a tal, serveix de guia al raonament teòric. També es pot donar el cas que el testament contingui altres disposicions o que doni lloc a d'altres situacions que vinguin a resultar avantposades a la successió intestada. Però res d'això no desvirtua

3. Digest, XXXV, 1, 75.

4. Digest, XXVIII, 5, 88. Vegeu BORRELL, V, p. 83, i PELLA, III, p. 250.

el camí teòric de la modalitat institucional, perquè cap d'aquelles disposicions no actuarà fins que, com a conseqüència d'haver-se deixat de complir la condició, hagi desaparegut la possibilitat dels efectes a què anava lligada en el testament, i hagin, així, quedat oberts els altres camins previstos en el testament o en la llei per a la successió.

5. Tenim, doncs, com a característiques del procés d'actuació de la modalitat examinada dues situacions successives de l'herència perfectament determinades. La primera — *pendente conditione* — correspon al període que va des de la mort del testador fins al compliment — o a l'incompliment, o a la impossibilitat de compliment — de la condició suspensiva. La segona es produeix a partir del moment en què el joc de la condició ha actuat, i és la situació definitiva.

La primera etapa té com a nota característica la *incertitud*. Una incertitud prevista, però efectiva. *No se sap* si hi ha hereu. Però alhora, i en tant que aquesta incertitud queda normalitzada pels termes de la institució mateixa, la veritable situació ve a ésser, com si diguéssim, que *se sap que no es pot saber* si hi ha hereu.

Mentre dura aquesta situació, és a dir, mentre la condició suspensiva no ha actuat per raó del seu compliment — o del seu incompliment — el dret que correspon a l'instituit sota condició és un dret purament eventual: no li dona per ell mateix cap possibilitat d'intervenir en la vida jurídica de l'herència ni en res que faci referència als béns concrets que la formen, i no és transmissible als seus hereus.

Però, així i tot, no es pot dir purament i simple que l'instituit *no és hereu*. Per a dir-ho en termes exactes convé d'usar el present d'indicatiu. La situació no quedaria ben qualificada si dèiem que *no se sap si serà hereu*, perquè si ho arriba a ésser algun dia es produirà la retroacció, i llavors resultarà, per a tots els efectes jurídics i pràctics que ho ha estat sempre, és a dir, que *ja ho era*. D'altra manera — ja ho hem vist — quedaria contradit el principi *semel heres, semper heres*. I, per tant, *pendente conditione*, la veritable situació no és la d'una incertitud de futur, sinó la d'una incertitud de present, i ha d'ésser expressada dient que no se sap *si és hereu*.

Per això, la situació de l'instituit és una situació peculiaríssima del cas examinat. Per una banda, no ha adquirit, de present, cap mena de dret, ni la possibilitat de transmetre'n cap. Per una altra, l'aparent ineficàcia de la institució de cara a la seva situació en aquesta primera etapa no exclou que sigui per al règim jurídic de l'herència perfectament eficaç, si més no en tant que és suficient perquè no passi res del que passaria *si no hi hagués hereu*.

Així, per exemple, és suficient perquè els béns de l'herència no passin a poder de ningú ni tinguin en cap sentit cap titular mentre no se sap *si hi ha hereu*: és suficient perquè no es posi en joc el dret d'acréixer o qualsevol altre que respecte a la part vacant podria correspondre, quan n'hi ha, als cohereus.⁵

Cal esmentar, tot passant, la possibilitat d'aquest darrer cas, perquè encara que, tal com he indicat per simplificar els raonaments, em refereixo principalment al cas d'un hereu únic, és perfectament normal que la condició suspensiva pugui ésser aplicada a la institució d'un o de més d'un dels hereus, i que n'existeixin alhora d'altres que hagin estat instituïts purament i com a lliures. Els textos legals que preveuen les diverses modalitats del cas estudiat, hi fan sovint referència — ja ho veurem —, i en resulta que l'existència de cohereus no modifica per a res l'essència de la qüestió ni pot induir a confusió de cap mena.⁶

També en un i altre cas és possible l'existència de substituïts vulgars de l'instituït sota condició, i tampoc no hi ha llavors cap modificació de la situació fonamental, perquè els substituïts vulgars només podran entrar quan el compliment de la condició esdevingui impossible en favor del cridat, i, per tant, o quedaran simplement posats en el seu lloc, o bé amb ells s'acabarà el règim de la condició suspensiva.

De tot això resulta que la institució sota condició suspensiva — amb cohereus o sense, amb substituïts vulgars o sense — també té una eficàcia de present. No dona per ella mateixa a l'instituït uns drets exercitables ni transmissibles, però, així i tot, la manera com modifica el règim de l'herència no és la mateixa que es produiria si l'instituït no tenia cap mena de dret. I fins en certs casos pot produir un fonament perquè la llei adjudiqui a l'instituït — ni que no sigui com a directament derivades del seu dret ni de la institució mateixa — determinades facultats i certes possibilitats d'actuació.

La condició actua, doncs, tal com correspon a la seva naturalesa: en el sentit d'una suspensió. De si es compleix o no, en dependrà, no sols el futur de l'herència, sinó, *a posteriori*, fins el seu mateix present. Per això la situació és anomenada *pendente conditione*, i per això diem que el dret de

5. Digest, 28, 5, 59 6è.

6. Vegeu, per exemple, Digest, 28, 5, 23 pròleg, i 27, 4, 3, 12 i 13, i també MAJNZ, l. V, 387.

l'instituït sobre l'herència — o la part d'herència — que li correspon *erit in pendentii*.⁷

6. Dèiem que, en aquesta primera etapa, la incertitud característica esdevé normalitzada pels termes mateixos de la institució, i que si bé *no se sap* si hi ha hereu, pot ésser també dit que *se sap que no es pot saber* si hi ha hereu.

Aquest segon aspecte és el que realment dóna a la situació el seu veritable sentit i la distingeix d'altres de possibles en les quals la incertitud, o la total ignorància, sobre si hi ha o no hi ha hereu, es produeixen d'una manera imprevista o eventual, si no són la conseqüència d'una regulació que preveia aquella incertitud.

La institució d'hereu amb condició suspensiva suposa una voluntat expressa del testador de donar a l'herència una determinada destinació, que és precisament la de fer que sigui hereu l'instituït *si es compleix una determinada condició* i que, mentre no se sap si es complirà, *l'herència no sigui de ningú*. No és, doncs, per una raó eventual que l'herència pendent no té un titular, sinó perquè el testador, per raons que ell sap i que només depenen de la seva voluntat, *ha volgut que l'herència quedés en una situació d'espera*.

D'això ve que no sigui acceptable per a caracteritzar la situació de l'herència en aquesta primera etapa, la denominació, que, en un sentit extensiu, hi ha estat sovint aplicada, d'*herència jacent*.

L'ús d'aquest terme denotaria una confusió evident entre dues situacions possibles, amb indubtables punts de contacte, però diferents en llur fonament jurídic. L'herència és *jaçant* quan la inexistència o la incertitud sobre l'existència de l'hereu s'ha produït com a resultat de fets imprevistos i originats al marge de la regulació testamentària. No ho és en el cas estudiat, perquè la incertitud hi deriva precisament d'aquella regulació, és a dir, de la voluntat del testador, i n'és una conseqüència prevista i volguda. Per això hi hem de parlar d'*herència pendent*.

Entenem per *herència jacent* la que "*ha estat deferida, però no ha estat acceptada ni repudiada*",⁸ o bé: "*la successió oberta mentre no és adquirida per ningú*",⁹ o encara, dit en altres termes: "*Per tot el temps que un hereu voluntari s'està sense declarar ni expressament ni tàcita que accepta l'herèn-*

7. Digest, 28, 5, 59, 6.

8. BORRELL, V, p. 487. SERAFINI, I, I, II.

9. MAINZ, ll. IV, 411.

cia o la renúncia, l'herència és anomenada *jacent*".¹⁰ Queda ben clar, doncs, que l'herència només pot ésser *jacent* quan ha estat deferida, i això perquè el fet que determina l'estat de *jacència* és la manca d'acceptació, i l'acceptació només és possible en l'herència ja deferida. I no tindria sentit equiparar aquest cas amb el que examinem, en el qual la incertitud sobre l'existència de l'hereu no prové de la manca d'acceptació, sinó del fet de no ésser possible cap mena d'acceptació precisament perquè l'herència, per disposició expressa del testador —és a dir, per raó de la condició que ell imposa—, no ha estat encara deferida.

Dit en altres termes, l'herència passa a ésser *jacent* quan queda accidentalment vacant perquè les coses no han anat com les havia previstes el testament —almenys en teoria— i quan podria sortir de la situació de *jacència* pel fet d'un acte lliure d'acceptació d'aquell qui hi té dret, o per l'aclariment d'alguna situació de la qual aquell acte depenia, fets que només han deixat de produir-se per causes —incapacitat, indecisió, litigi, absència, ignorància de la sort del cridat— que fan referència, directa o indirecta, a l'actuació del mateix cridat, i que, per tant, no resulten de la norma creada per les disposicions del testament. Resoltes aquestes causes eventuais, n'hi ha prou amb que es produeixi l'addició —és a dir, amb un acte lliure i possible d'acceptació realitzat per aquell qui hi té dret segons la llei del testament— perquè cessi la situació de *jacència*.

En canvi, en el cas de l'hereu amb condició suspensiva, és la llei mateixa del testament la que fa impossible l'acceptació, en tant que ordena i imposa que la successió no es defereixi i la que assenyalava una causa o un moment incert però determinat —és a dir, la condició— que quan arribarà farà que es defereixi. En aquest cas no es produeix cap mena d'indeterminació en el curs previst per a la successió, i no hi ha la possibilitat de canviar la situació per virtut d'un acte lliure de ningú. Si no es produeix l'acceptació no és pas com a conseqüència de cap abstenció voluntària del cridat ni de cap motiu eventual i imprevist: tot depèn de les disposicions que el testador ha establert voluntàriament per a la destinació de l'herència. És a dir: si no hi ha acceptació és perquè el testador no ha volgut que fos possible fins que s'hagi complert —o quedi incompleta— la condició determinant que ell ha imposat. Així, l'herència continua el camí que li fou assenyalat pel testament, i està *pendent* del compliment normal d'allò que en el testament fou disposat.

10. MACKELDEY, ll. IV, 685. A. C.

La situació d'aquesta primera etapa es caracteritza, doncs, pel fet que la incertitud sobre l'existència de l'hereu, el *no saber si hi ha hereu*, no depèn de causes eventuals o imprevisibles, ni de cap acte humà voluntari i possible, sinó de la llei creada pel testament; del fet que el testador ha volgut expressament que es produís una situació d'incertitud, i de la manera com l'ha originada i ordenada amb la mateixa condició suspensiva que ell ha establert. I, per tant, la situació jurídica que determina aquesta primera etapa — *pendente conditione* — durarà necessàriament mentre la condició restarà pendent de compliment i només podrà cessar, amb exclusió de qualsevol altra causa o motiu, pel fet del compliment — o de l'incompliment — de la condició establerta. Per això seria inexacte de parlar d'*herència jacent*, i cal usar el terme exacte d'*herència pendent*.

7. Aquesta primera etapa tindrà una durada que res no pot escurçar fora del compliment — o l'incompliment — de la condició.

Però, mentrestant, l'herència subsistirà. I una herència no és una entitat abstracta, sinó un conjunt de béns concrets que no poden quedar sense algú que en tingui cura, que els conservi i que, si cal, els defensi. Caldrà, doncs, que d'alguna manera en sigui regulada la subsistència. En això hi ha, és cert, una semblança amb el cas de l'*herència jacent*. Però, així i tot, de seguida es torna a fer perceptible la diferència.

Quan l'herència queda *jaçant*, i precisament perquè la situació no resulta ni depèn directament de les disposicions testamentàries, no es pot comptar amb el fet que el règim de l'herència mentre dura la *jaçència* hagi estat previst en aquelles disposicions, o en tot cas, només a través d'una interpretació indirecta i *a posteriori*. Caldrà que sigui la llei, directament, la que reguli l'etapa provisional de *jaçència*, i la situació passiva o incerta de l'hereu exigirà en la major part dels casos que hom en prescindeixi i hom vagi a la intervenció i a l'administració judicials.

En canvi, el cas de l'herència *pendent*, en tant que previst i volgut pel testador, és possible i fins és normal que hagi estat regulat per ell mateix. A més, i, tot i que no té drets adquirits, el *possible hereu* existeix i s'hi podria comptar. De fet, sovint trobem — encara que no sempre — en el testament unes normes o altres, sia expressament dictades pel testador, sia resultat del que disposa, que resulten aplicables al règim de l'herència en la primera etapa, és a dir, mentre *no se sap* ni es pot saber si hi ha hereu.

Es difícil de donar una guia genèrica sobre la mena de normes expressives que pot contenir el testament, i això precisament perquè dintre els límits — ací purament negatius — de la llei, només depenen de la voluntat del

testador. En els casos que he pogut conèixer he trobat solucions força diferents i fins casos en els quals no existia cap mena de regulació expressa. De tota manera pot ésser dit en termes generals que la situació jurídica i la subsistència pràctica de l'herència dintre aquesta primera etapa solen ésser resoltes, o bé per mitjà d'uns "marmessors" o bé amb el nomenament d'uns administradors. Això no exclou que ho poguessin ésser d'altres maneres, i fins, en darrer terme, per la intervenció directa de la llei.

Aquestes diverses modalitats no són per elles mateixes característiques de la *institució d'hereu amb condició suspensiva*, sinó només utilitzables com a recursos més o menys útils. I això és el que a vegades produeix una aparença de confusió amb altres menes d'institucions que enclouen alguna forma de substitució i principalment amb la del fideïcomís condicional.

8. Així, en l'examen de les formes que pot prendre la institució amb condició suspensiva, i de les modalitats que poden contribuir a fer-hi viable en cada cas el propòsit del testador, hem de tenir present que, en general, no formen part per elles mateixes del contingut de la institució ni de la figura de dret que en resulta, i que sovint ni tan sols no hi vénen lligades per cap nexa jurídic ni imposades per cap text legal: depenen de la voluntat del testador, i de res més, i no hi ha res que les faci obligatòries.

D'això resulta que tampoc no hi ha gran cosa que les substitueixi si per qualsevol raó — per la imperfecció mateixa de les disposicions, per la renúncia o la mort d'uns titulars o per altres causes — deixen de funcionar.

Abans de precisar, doncs, aquestes possibles disposicions reguladores o complementàries, convé d'examinar per quins camins s'ha de complir, segons les normes de la institució mateixa, la voluntat del testador.

El mecanisme de la *condició suspensiva* funciona sol, i en virtut dels termes amb què ve imposat en el testament. Però perquè quan arribi el dia es pugui fer efectiu el resultat previst, cal que s'hagin complert mentrestant dos requisits: el primer, que l'herència *pendent* — o la part d'herència — *hagi pres una figura concreta* i estigui, per tant, constituïda per uns béns determinats: el segon, que aquests béns *hagin estat conservats, administrats i defensats* perquè puguin arribar en bon estat, sia a l'hereu condicional, sia als qui, incompleta la condició, quedin posats en el seu lloc.

El primer aspecte se simplifica molt quan l'hereu condicional ho és de tota l'herència, quan és un hereu únic: per aquest sol fet l'herència ja té la figura concreta que li fa falta, en tant que queda constituïda per la totalitat dels béns que la formen.

No passa el mateix quan l'hereu condicional no és hereu únic. Si hi ha

d'altres hereus condicionals, no podem oblidar la possibilitat que les condicions siguin diferents, i que, fins essent iguals, es compleixin per als uns i no es compleixin per als altres. Això exigeix que cadascuna de les porcions hereditàries que han de quedar *pendents* prengui *ab initio* la seva personalitat concreta, és a dir, quedi formada per uns béns determinats.

No cal dir com això esdevé indispensable quan, al costat d'un hereu condicional —o més d'un— hi ha un o diversos hereus purs i lliures als quals, com a tals, ha d'ésser immediatament adjudicada la porció d'herència que els correspon, i que en poden prendre possessió immediatament.

També en el cas d'un hereu únic es pot plantejar una necessitat anàloga, quan hi ha llegítimes que han d'ésser pagades de seguida, o bé llegats que no siguin de cosa específica o que suposin un dret —per exemple un usdefruit— sobre una part determinada de l'herència.

En tots aquests casos cal que sigui practicada una divisió, amb l'abast exigít per cada cas determinat, però sempre a base de triar béns concrets. I aleshores és indispensable, per una banda, que algú ho faci, i, per una altra, que algú vetlli, al moment en què es realitza, pels interessos de l'hereu condicional. Perquè, com que *no se sap si és hereu*, i com que no ha adquirit cap dret, no hi ha pas dubte que com a tal hereu *pendente conditione* i en virtut dels drets estrictes que li dóna la seva situació expectant, no està en situació d'intervenir en la partició i en l'adjudicació dels béns, ni, per tant, en la formació de la porció concreta d'herència que haurà de quedar *pendent* de la condició i de la qual pot ésser que resulti ésser hereu.

Però, alhora, també és evident que la voluntat del testador, encara que deixa pendent el possible dret de l'hereu i no li dóna així la possibilitat d'intervenir, no pot ésser interpretada en el sentit d'una indiferència en assegurar que, complerta la condició, l'herència arribarà íntegra i en bon estat al destinatari.

Seria normal que el testador completés les seves disposicions amb d'altres que asseguressin la *divisió* i la *conservació* dels béns. I, posat a fer-ho, al primer cop d'ull sembla que la solució més pràctica ha d'ésser la de donar a algú, mentre l'hereu segueix pendent de la condició, els drets a intervenir en la divisió i la conservació que a ell li manquen. Però és ací on cal posar més atenció per a evitar errors en la qualificació exacta de la institució. Així que les facultats d'aquell qui seria nomenat passessin de la simple cura de l'herència *pendent* a qualsevol forma de titularitat, sortiríem del quadre

que examinen, caracteritzat precisament per l'absència de titularitat mentre subsisteix la situació d'*erit in pendenti*.

Així, esdevé jurídicament impossible el nomenament d'un *marmessor universal*, certament curador de l'herència, però també encarregat de fer-la arribar a la seva destinació, cas que — fins prescindint de la possible multiplicitat d'instituïts — no és el que es planteja, perquè, ni que sigui *pendente conditione*, hi ha un hereu individualment cridat, la incertitud del qual és, com dèiem abans, *de present*, i, per tant, en no poder ésser dit que no hi ha hereu, queda exclòs el caràcter universal en el marmessor.¹¹ Per una altra banda, la destinació de l'herència és l'aspecte que queda més clar en tots els plantejaments possibles del cas i el que menys exigeix que algú l'hagi de conduir.

A més, l'aparició en el testament d'un *marmessor* d'aquesta mena, per poc que quedin imprecisos els termes de la designació, podria donar lloc a confusió sobre la institució mateixa. És prou sabuda la considerable semblança que hi ha en la pràctica — encara que no hi sigui en el fonament jurídic — entre un *marmessor* universal i el *fiduciari* en un *fideïcomís pur*. Per tant, si, paral·lelament a una institució d'hereu amb condició suspensiva, apareix en un testament el nomenament d'algú que, amb la denominació que sigui, rep facultats de caràcter universal, la primera cosa que caldrà fer es examinar el text amb molta cura per assegurar-se de si, com a resultat d'una voluntat més o menys clara del testador, no hi ha resultat establerta, ni que sigui en forma tàcita o implícita, alguna mena de substitució fideïcomissària.

Pot ésser un bon camí per a resoldre el problema creat per l'herència mentre està *pendente conditione* el nomenament d'uns *marmessors particulars*. Es evident que, com a *mandataris post mortem* del testador, en poden rebre tota mena d'encàrrecs — mentre no siguin contraris a la llei —, i, per tant, el testament els pot conferir facultats per a administrar els béns de l'herència pendent, i també per a prendre'n possessió, si cal, i defensar-los contra tercers. És, però, indispensable que aquestes facultats — que normalment correspondrien a l'hereu — els siguin conferides en tot cas d'una manera expressa i que no doni lloc a dubtes ni a interpretacions equívokes. D'altra manera, pel que aquestes facultats

11. Cod. Lib. I, tit. 3, llei 49 — 3-4. Digest, l. 34, 1, 9: *Quamvis distrahere bona gaius seius, alio scripto herede non possit*. — V. BROCA I AMELL, II, 732, i BORRELL, V, p. 216.

tenen de mandat, ni que sigui *post mortem* — i també perquè gaire amples no son freqüents —, hi haurà el perill de que els fossin discutides, si més no en la pràctica — Registres, bancs, etc. — i fins que algun jutge les pogués interpretar restrictivament. En el cas que ens interessa no cal dir com, a més, hauria de quedar precisada la durada de llur missió; és a dir, que les facultats els són donades mentre l'herència segueixi *pendente conditione*, però que cessaran del tot quan el compliment — o l'incompliment — de la condició portará l'herència a una situació definitiva.

Això vol dir que, en cap cas l'actuació d'uns marmessors en una herència *pendente conditione* no será presumible, i no es produirà si el testador no l'ha volguda expressament, és a dir, si no resulta de disposicions expresses i taxatives del testament.

Totes aquestes observacions valen també per a un altre aspecte en el qual la intervenció dels *marmessors particulars* en l'herència *pendente conditione* pot resultar especialment important, i es quan el testador els faculta com a *comptadors-partidors* per a formar l'inventari i, sobretot, per a efectuar, si cal, la divisió i l'adjudicació dels béns de l'herència. Aquest és un aspecte molt delicat de la qüestió, que pot convertir-se gairebé en fonamental quan, al costat de l'hereu instituït amb condició suspensiva, hi ha cohereus instituïts purament i amb la lliure disposició de la part de béns que els toqui.

És evident que en aquest cas la determinació concreta dels béns de l'herència que hauran de formar la part que quedi *pendente conditione* esdevé absolutament necessària, perquè en depèn l'existència mateixa de la porció condicionada. Però alhora, en el moment de practicar aquesta determinació, i la corresponent divisió i l'adjudicació dels béns, *no se sap* encara si l'hereu sota condició suspensiva és o no és hereu, cosa que el priva d'intervenir *com a tal hereu* en les operacions divisòries. Això crea una situació per a la qual pot ésser una solució poc menys que decisiva el nomenament de *comptadors-partidors* amb facultats suficients.

Deixant ara de banda aquest aspecte, hi ha també una solució normalment possible per al període de la "pendència", i és el nomenament, pel testador mateix, d'uns *administradors* que tinguin cura de l'herència mentre segueix *pendente conditione*. Certament, en molts aspectes aquesta solució coincideix amb les anteriors, i moltes vegades será difícil de distingir la figura jurídica d'aquests *administradors* de la d'uns *marmessors particulars*. Però convé, així i tot, d'insistir sobre totes dues denominacions, encara que només sigui per a poder establir l'evident diferència entre

aquests *administradors* i els que, quan és el cas, tenen a llur càrrec l'administració de l'herència *jacent*. Aquests darrers apareixen com a conseqüència d'una situació imprevisible, que, com a tal, no es pot esperar que trobi cap regulació en el testament, i així, tan llur designació com les facultats que els corresponen hauran de tenir l'origen en les disposicions concretes de la llei fins en el cas en què, per circumstàncies especials, recaiguin en persones designades en alguna forma pel testador.¹² En canvi, com que és normal i previsible que el testador designi administradors per a una herència que queda *pendent*, per voluntat expressa d'ell, aleshores la missió i les facultats dels administradors dependran del que ell disposi i dels termes com els nomeni, i la llei només hi podrà intervenir en tant que limitadora o per a suplir-ne els defectes.

Hi hauria encara una altra manera de resoldre la situació de l'herència *pendent* que, si bé no l'he trobada mai en la pràctica, em sembla interessant, i seria que el testador establís sobre els béns que formen la porció que quedarà pendent, un llegat d'*usdefruit* a favor d'algú —en rigor fins pot ésser el mateix hereu condicional— sia com a vitalici o, millor, fins que arribi el dia de la condició. Així, el titular de l'*usdefruit*, com a tal, podria tenir cura dels béns i els defensaria, si calia, pel mateix interès que hi té. Aquest interès, diguem-ne egoista, que no existeix en el simple mandatari, pot produir, en tant que coincideix amb el de l'hereu sota condició, certs avantatges sobre les altres solucions pel que fa a la conservació dels béns i fins a cert punt, i quan el testador ho consideri necessari, en la mateixa determinació dels béns concrets que han de formar la porció d'herència destinada a quedar *pendent*.

Només cal afegir a l'examen d'aquestes possibles solucions —i molt especialment al d'aquesta darrera—, que convé d'estudiar amb compte en cada cas els termes en els quals hom redacta el testament per evitar que puguin desnaturalitzar el sentit de la institució. No hem d'oblidar que les interpretacions a què pot donar lloc la intervenció de tercers amb facultats sobre l'herència exigeixen una gran claredat en la redacció. Ni tampoc que l'ús en el text de paraules com "hereu usufructuari" o "vitalici" podria fer suposar que hi és ordenat tàcitament un fideicomís.

9. L'examen de les possibles disposicions complementàries del testador encaminades a assegurar la viabilitat i l'eficàcia de la institució d'hereu

12. V., per exemple, la sentència del T. S. de J. de 6 d'octubre de 1897, de Barcelona.

amb condició suspensiva no ens ha de fer oblidar que, amb una relativa freqüència, trobem la institució ordenada sense cap disposició que la complementi i que organitzi la vida de l'herència mentre segueix *pendent*, i també sense cap previsió per a impedir que, donat el cas, la divisió pugui resultar feta de manera que perjudiqui l'hereu condicional.

Convé tenir present que la institució no sol ésser feta sota condició suspensiva si no hi ha alguna raó que inclini el testador a allunyar l'hereu designat — si més no temporalment — del tracte immediat amb els béns de l'herència, o bé a impedir que per algun motiu — com ara un usdefruit legal o una influència directa sobre la persona de l'hereu — resulti ésser algú altre que el qui tingui aquell tracte amb els béns. Llavors, no ens ha de venir de nou que sovint el testador s'hagi preocupat més d'evitar la intervenció o el tracte amb els béns que no pas d'assegurar que, complerta la condició, l'hereu percebrà íntegrament i amb plena garantia tot allò que — per la mateixa voluntat del testador — li correspondrà si és hereu.

Així i tot, no pot ésser aquest el sentit que serveixi per a formar criteri sobre la institució que examinem. Una vegada formulades la institució i la condició suspensiva en el testament i com a *llei de l'herència*, els termes en els quals són formulades han de quedar per sobre de les consideracions particulars que les podrien haver originades. No han d'entrar en joc, quan ve l'hora de l'aplicació, els motius — justos o injustos — que van portar el testador a establir-la. La insuficiència de les disposicions complementàries no ha d'ésser considerada com a resultat d'una voluntat deliberada de perjudicar la situació de l'hereu condicional. Ben al contrari, tot hi ha d'ésser vist en els aspectes en els quals pot contribuir al compliment i a l'efectivitat de la institució, dintre la forma condicionada en què ha estat ordenada.

No és possible acceptar, per exemple, una interpretació que en el nomenament de comptadors-partidors suposi principalment un mitjà d'impedir a l'hereu condicional la garantia de la justa formació de la seva porció hereditària. Ni tampoc no seria admissible que el nomenament d'administradors per a l'herència *pendent* només s'interpretés com un mitjà per accentuar la separació entre l'hereu i els béns més enllà del que de la institució condicional resulta: ben al contrari, caldrà aplicar a les facultats excessives que els fossin atorgades un criteri restrictiu — com el que la novel·la CXVIII els aplica per respecte a la pàtria potestat —

i impedir així que amb el nom d'administrador restringissin els drets normals d'un l'hereu, quan ho arriba a ésser.

També en aquests casos, i en virtut del principi de Dret que inclina la interpretació del testament en el sentit de la protecció de l'hereu enfront d'altres interessats en l'herència i a la interpretació restrictiva de les condicions que li són imposades en perjudici de la llibertat, hem d'entendre que, si bé la condició suspensiva ha d'actuar segons la seva naturalesa i en la forma en la qual ha estat disposada pel testador, no seria just que l'hereu cridat, quan, complerta la condició, resulti que *és hereu*, es trobi perjudicat per deficiències que s'han produït en la regulació del període en el qual l'herència ha estat *pendent* i que, ni que puguin ésser una conseqüència indirecta de la imprevisió del testador, no podem suposar que formin part de la seva voluntat, almenys en tant que no resultaven expressament dels termes en els quals és feta la institució.¹³

L'aspecte inicial, i potser el més important de la protecció dels drets de l'hereu, és el que fa referència a la determinació dels béns que constitueixen l'herència que sota condició, li és atribuïda. Important sempre, aquest aspecte passa a ésser decisiu quan hi ha cohereus cridats sota una altra situació jurídica, és a dir, com a hereus lliures, o almenys com a subjectes a una condició diferent.

En aquests casos cal establir *ab initio* la porció d'herència que correspon a l'hereu sota condició suspensiva: és a dir, cal la determinació concreta dels béns que la formen. Són precisament aquest béns determinats i no pas cap entitat abstracta el que ha de quedar *pendent* d'atribució. Però com que *no se sap* si hereu cridat *és hereu*, no pot com a tal intervenir en la determinació dels béns concrets que eventualment li hauran de correspondre *si és hereu*.

Ahora, aquesta situació no pot resultar en perjudici dels cohereus que —sobretot si són lliures— tenen perfecte dret a la determinació i a l'adjudicació immediates de les porcions d'herència que els corresponen. Llavors, en termes generals, caldria un excessiu optimisme per a creure que, en una partició immediata feta d'aquesta manera, i sense ningú per a defensar-la, podria sortir determinada d'una manera justa la porció hereditària de l'hereu *pendente conditione*.

Cal tenir present, a més, que en molts casos la condició suspensiva

13. Vegeu Digest, XXVIII, 5, 27 i 67, i 17, 10, "Les comoditats d'alguna cosa les ha de tenir el qui en tingui les incomoditats", 12-17 i 20. També el pr. 74: "Ningú no ha d'empitjorar la condició d'un altre".

ordenada és “*si arriba a la major edat*”, i que això presuposa que l'hereu subjecte a la condició és *menor d'edat*. I no cal dir com seria d'il·lusòria la protecció dels drets del menor. Si ell no els pot exercir fins que la condició es compleixi, tampoc no els pot exercir el tutor —que només pot representar els que el menor tingui—, i, per tant, també en aquest cas fan falta altres solucions d'una major eficàcia.

La llei romana va establir, per resoldre aquest problema, solucions d'ordre més aviat pragmàtic, les quals, alhora que mantienien el criteri institucional teòric d'una ignorància de present sobre si és hereu el qui està encara *pendente conditione*, feien possible la protecció de la porció hereditària que en el seu cas li hauria de correspondre. La inexistència —característica de la institució— d'uns *dret-havents* intermediaris, i el supòsit previ d'una retroacció dels efectes de l'adició al dia de la mort del causant donen lloc a la possibilitat que, a petició de l'*hereu pendent*, el jutge li pugui donar la possessió de l'herència —o, quan hi ha cohereus, la de la porció que li correspondria—, sempre que doni fiança per a respondre de la restitució de la porció i dels fruits a favor dels possibles substituïts i dels cohereus que podrien adquirir drets si no es complia la condició.¹⁴ La plena eficàcia d'aquesta possibilitat —com també que l'*hereu pendent* no la té com a tal sinó per ministeri de la llei— ha estat admesa pels tratadistes,¹⁵ i en la pràctica no sol ésser negada.

Aquestes disposicions poden resoldre alhora la possibilitat per la banda de l'*hereu pendent*, de demanar la divisió de l'herència quan no hagi estat efectuada. Sense una divisió prèvia que individualitzi la porció d'herència que ha de quedar pendent, no seria possible d'adjudicar-ne la possessió, i des d'aquest punt de vista sembla clar que el cas va lligat, i quedaria resolt, amb la protecció esmentada que la llei dóna a la situació de pendència.

El que no queda tan clar és si l'*hereu subjecte a condició* pot intervenir en la partició mateixa i si ha d'ésser citat pels que l'efectuen. I això molt més encara en el cas en què sigui efectuada per un cohereus no condicionats, ells sols o bé amb la intervenció de persones designades pel testador per a fer-ho. Tornaríem a trobar-nos en el cas al qual abans ens referíem, i novament hem de concloure que, siguin les que siguin les intencions del testador, i el mecanisme que de les seves disposicions resulti

14. Digest, XXVIII, 5, 23 pròl., i XXVII, 4, 3-12 i 13, etc.

15. V. BORRELL, V. p. 87 — PELLA, III, p. 249 —, i també MAINZ, V. 387, molt explícit.

per a la divisió i l'adjudicació dels béns, no seria lícit d'admetre que l'organització ordenada pel testament pugui servir per a fer ineficaç allò que en ell mateix ha estat disposat en favor de l'hereu condicional.

Hi ha, de tota manera, disposicions de Dret romà que permeten d'encaminar el problema cap a una solució justa. En el cas de la intervenció judicial en l'herència *pendente conditione* per a pagament de deutes —prevista en la forma que seria aplicable a un menor que no tingués tutor— va ésser disposat que fos feta “amb previ coneixement de causa i quan consti que [els hereus] no poden comparèixer aviat en judici per defensar-se perquè els en priva l'absència o la malaltia”.¹⁶ Queda ben clar en el text que el criteri del Dret romà sobre aquesta situació porta a considerar indispensable el coneixement per banda de l'hereu —ni que ho sigui *pendente conditione*— per a qualsevol intervenció en la seva porció hereditària. Si és així, cal deduir que el mateix criteri ha d'ésser aplicat, *a fortiori*, al cas de la divisió, molt més important que qualsevol intervenció en els béns, en tant que en depenen la consistència i la seguretat de la porció d'herència pendent. I se n'ha de treure la conseqüència que, si bé no resulta del dret originat en la crida com a hereu condicional —que *erit in pendenti*—, resulta jurídicament establert i fins aclarit en disposicions precises dictades per ministeri de la llei, el criteri que els hereus sotmesos a condició suspensiva han d'ésser citats per efectuar la divisió de la qual ha de resultar l'efectivitat i la personalitat de la porció d'herència que ha de quedar *pendente conditione*.

10. Tornem a recordar que els casos d'institució d'hereu sotmès a condició suspensiva pura, és a dir, que no vagi lligada a cap mena de substitució, no són gaire freqüents en la pràctica. Però això no és una raó per a deixar d'examinar-ne la possible utilitat i les modalitats que la poden fer més eficaç. Un estudi i un coneixement més profunds d'aquesta forma d'institució, tindrà, almenys, un avantatge: que, sempre que en un cas concret hagi d'ésser ordenada en un testament, aquell qui hagi de redactar la clàusula trobarà més fàcilment la manera de completar-la amb disposicions que l'ajustin amb plena eficàcia a l'autèntica voluntat del testador i al sentit de la institució mateixa.

POSTDATA. — Gairebé no cal fer l'aclariment que la nota anterior va ésser redactada, no sols abans de la publicació de la Compilació del Dret

16. *Digest*, XXVIII, 5, 23, 4. Veure, també, XXXVIII, 5, 3, 1 i XLII, 1, 60.

Civil de Catalunya, avui vigent, sinó també abans que fos publicada a la "Revista Jurídica de Catalunya", en el número de setembre-desembre de 1956, el projecte elaborat per la Comissió. Tenir ara present el que sobre la institució estudiada fou dit en aquell projecte i el que ha passat a ésser Dret positiu en la Compilació exigiria refer l'estudi, les galerades del qual tinc a la vista, i encara més si preteníem fer-hi entrar l'anàlisi de com ha quedat regulada en la Compilació la crida d'hereu amb condició suspensiva. Em limito a indicar que, en el projecte (arts. 221, 246, 262, 264, etc.), la regulació de la institució coincidí en línies generals amb la que exposa la nota anterior, potser amb l'excepció del que ha estat dit en l'apartat 9, que en part al menys no hi quedava regulat. En canvi, en el text definitiu, avui vigent, aquesta institució sembla que ha quedat regulada d'una manera molt insuficient. En les lliçons del Curs sobre la Compilació que el Col·legi d'Advocats organitzà l'hivern 1960-61 vaig estudiar aquest tema; parlar-ne ara exigiria massa espai i una autoritat superior a la meua, donat que el que cal establir és fins on la institució que he estudiat queda regulada en el text de la Compilació vigent.

**LES RAPPORTS CONTEMPORAINS DU DROIT PRIVÉ
ET DU DROIT PUBLIC EN FRANCE**

per

JACQUES TREILLARD

1. — La coexistence nécessaire du Droit privé et du Droit public a toujours posé de délicats problèmes de voisinage, en Droit français. Il serait bien téméraire de prétendre, en quelques lignes, percer définitivement le rideau de brouillard, parfois épais, qui obscurcit la question des rapports de ces deux branches du Droit. La faculté d'adaptation, que l'existence de toute institution postule, contraint ces deux disciplines à une évolution constante, encore accentués par les bouleversements profonds des conditions de la vie juridique moderne. Pourtant parfois les brumes se dissipent et laissent apercevoir une silhouette d'ensemble. Aussi ne paraît-il pas absolument impossible d'esquisser, à l'aide de quelques idées très générales, le canevas des rapports actuels du Droit privé et du Droit public français.

Il faut partir d'une définition simple, traditionnelle, en posant que le Droit privé est la branche du Droit que régit les rapports des particuliers entre eux, alors que le Droit public envisage plus particulièrement les rapports de l'Etat et des administrés. L'idée qui consiste à distinguer un Droit privé et un Droit public est ancienne. Les Romains connaissaient déjà le *jus privatum* et le *jus publicum*. Notre ancien Droit également. Il faut cependant bien remarquer que l'existence parallèle de ces deux disciplines ne risquait à l'époque de susciter aucune difficulté véritable. Les Juristes anciens se préoccupaient surtout du Droit privé qui avait atteint à Rome un degré de perfection rare. Cette avance du Droit privé par rapport au Droit public excluait toute dispute, les auteurs se rangeant sous la même bannière. La prééminence technique du Droit privé explique

fort bien l'influence que cette discipline a pu exercer sur le développement du Droit administratif qui s'élabora au cours de dix-neuvième siècle pour devenir une branche autonome du Droit français. Le Droit administratif fut édifié par les juges. Or ceux-ci, de culture romaniste, firent tout naturellement appel au Droit civil et à ses théories qu'ils connaissaient bien pour trancher certaines des difficultés auxquelles se heurtait le Droit administratif en pleine croissance. Il ne faut donc pas s'étonner d'assister souvent à une transpositions de règles de Droit privé en Droit public. Ainsi la théorie des délégations, la notion de fonctions, la théorie du domaine public et des quasi-contrats administratifs doivent beaucoup au Droit civil. Cette influence originaire du Droit civil, aujourd'hui bien assimilée par le Droit public, n'est pas un phénomène contemporain. Le Droit administratif, sous l'impulsion de la jurisprudence du Conseil d'Etat, a grandi et pris une physionomie originale, parfois envahissante, qui invite les interprètes à faire le point des relations actuelles des deux disciplines.

La question de la distinction du Droit public et du Droit privé a été placée au premier plan de la scène juridique à la suite de la publication, en 1945, d'une plaquette due à la plume d'un auteur de Droit privé. Ce petit livre déclancha une véritable querelle littéraire. Publicistes et privatistes constituèrent deux champs, chacun cherchant à monter la prédominance de l'une ou l'autre discipline dans le système juridique actuel, selon l'Ecole à laquelle il appartenait. Il est typique que ces différents auteurs aient choisi pour souligner leur pensée un vocabulaire de combat. Les termes d'encerclement, d'invasion, d'annexion, reviennent sans cesse dans cette polémique. Une idée moyenne se dégage de cette littérature: le Droit public aurait à l'heure actuelle tendance à prendre la première place en influençant les autres branches du Droit. Ce point de vue est-il exact? à étudier de près et objectivement les phénomènes engendrés par la coexistence du Droit public et du Droit privé, il ne le semble pas. Pour tenter de saisir les rapports de ces deux disciplines, il importe d'aborder la question avec quelque recul, en tenant le plus grand compte de l'évolution effectuée depuis le dix-neuvième siècle par les conceptions économiques et sociales qui dominent le Droit public et le Droit privé. A une époque d'économie libérale a succédé une époque d'économie dirigée. Dans le même temps, l'individualisme juridique du dix-neuvième siècle s'effaçait devant une socialisation de plus en plus marquée du système juridique français tout entier. Cette évolution a brouillé les différences

traditionnelles qui séparaient les deux Droits. Les valeurs se sont déplacées.

A dire le vrai, les rapports contemporains du Droit public et du Droit privé offrent un aspect négatif et un aspect positif. L'aspect négatif, c'est l'interpénétration des deux Droits, leur brassage par l'évolution du contexte économique et social et la confusion qui en résulte. L'aspect positif, c'est la synthèse sur certains points des deux disciplines, leur réunion, leur collaboration à une œuvre commune qui donne naissance à des institutions hors catégorie, sur le plan économique et sur le plan social.

Ce sont ces deux mouvements contemporains qu'il convient de dégager en observant d'abord les influences réciproques du Droit privé et du Droit public, puis les créations communes de ces deux branches du Droit.

I. — LES INFLUENCES RÉCIPROQUES DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVÉ

2. — Il est d'usage d'enseigner qu'il existe une antinomie traditionnelle entre le Droit public et le Droit privé. Alors que le Droit privé met l'accent sur l'Individu, sur sa liberté, le Droit public apparaît comme un Droit exorbitant, comme un Droit d'autorité qui, dans les rapports de l'Etat et des administrés, donne la préséance à l'Etat, à l'intérêt général. Mais l'éclairage politique et économique dans lequel se trouvent pris les deux Droits a déplacé ses faisceaux. L'esprit de ces deux disciplines a évolué. La distinction tranchée entre le Droit privé et le Droit public s'est estompée à la suite d'un mouvement à double sens. Le Droit privé assimile de plus en plus l'idée d'intérêt général et par là se rapproche du Droit public. Le Droit public dans le même temps est de moins en moins exorbitant; dans ses principes, il protège l'Individu de façon croissante et par là rejoint le Droit privé.

A) LE DROIT PRIVÉ ASSIMILE DE PLUS EN PLUS L'IDÉE D'INTERET GENERAL

3. — La *lex privata* des parties, l'autonomie de la volonté, le primat du droit subjectif et de la liberté, tout cela s'efface à l'époque contemporaine. A la période libérale qui caractérisait le climat politique du dix-neuvième siècle a succédé l'époque actuelle qui est une période démocratique où l'économie dirigée est au premier rang des préoccupations. Ce contexte nouveau a influencé le Droit privé. Son esprit s'est empreint d'une finalité collective de plus en plus marquée qui s'est traduite de deux

façons: par une démocratisation et par une socialisation de cette branche du Droit.

a) *Démocratisation du Droit privé*

4. — Le Droit, depuis la fin du dix-neuvième siècle, s'est efforcé de procurer des garanties à ceux qui ne possédaient pour toute richesse que leur travail. Cette classe des non-possédants (salariés de tous ordres, ouvriers d'usine, travailleurs ruraux) est l'objet de la sollicitude du législateur contemporain. Ne parle-t-on pas couramment de propriété commerciale, de propriété culturale, du droit de propriété de représentant de commerce sur sa clientèle, n'est-il pas question de donner au personnel ouvrier un droit de propriété sur l'entreprise? dans tous ces cas, on juxtapose des droits concurrents au droit du véritable propriétaire. Cette nouvelle orientation du Droit tend plutôt à assurer la sécurité de ses sujets que leur liberté. Les masses de travailleurs s'intéressent moins en effet à une liberté individuelle dont elles n'ont que faire qu'à une sécurité qui les affranchit sur la plan social. Il y a là un mouvement tout à fait analogue à celui de l'époque féodale où les serfs ne suffraient pas d'aliéner leur liberté et leur travail au profit du seigneur, à charge pour celui-ci de les protéger. Ce souci de défendre les classes non privilégiées permet de comprendre comment la démocratisation du Droit appelle nécessairement sa socialisation.

b) *Socialisation du Droit privé*

5. — Cette socialisation se présente sous deux formes. Il y a parfois une socialisation atténuée qui n'intéresse encore que les rapports des particuliers entre eux. On est toujours dans le domaine d'application classique du Droit privé. Mais, bien souvent, il y a une socialisation plus poussée qui se traduit par une intervention directe de l'Etat à des fins d'intérêt général, à des fins économiques.

6. — Une socialisation atténuée existe par exemple dans le droit de la propriété. Il en va ainsi lorsque l'Etat impose un prix minimum au propriétaire pour le loyer, lui défend de laisser un immeuble vacant, interdit au propriétaire rural d'aliéner librement. Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de rappeler que certains auteurs, pour fonder la théorie de l'abus des droits, aient invoqué le critère d'une utilisation sociale des droits. Dans

le domaine des contrats, la loi intervient fréquemment pour modifier les obligations qui découlent de la convention des parties, les effets du contrat. On peut citer à cet égard le régime des moratoires qui déforma la physionomie traditionnelle du contrat de bail. Dans le droit de la responsabilité, le système de la faute individuelle, seul connu en 1804, a été progressivement abandonné avec les progrès du machinisme. L'idée de sécurité a acquis droit de cité dans le droit de la responsabilité. C'est ainsi que l'assurance s'est développée. Qu'est-ce que l'assurance, sinon la socialisation d'un risque? Le Droit a du ménager, à côté de la faute, une place importante au risque comme source de la responsabilité. Cette socialisation de la responsabilité a abouti tout naturellement à l'assurance obligatoire dont le fonds de garantie automobile prévu par la loi du 31 décembre 1951 n'est qu'une étape. Ce mouvement de socialisation a trouvé son épanouissement normal dans la nationalisation des grandes Compagnies d'assurances.

7. — Mais ici, avec la nationalisation, nous arrivons à l'intervention directe de l'Etat, c'est-à-dire à une forme de socialisation plus poussée que la précédente.

L'Etat intervient directement pour peser sur la liberté de l'Individu. Il intervient en invoquant la notion d'utilité générale, la notion d'ordre public. En 1804, l'ordre public auquel l'article 6 du Code civil fait allusion, était une notion qui devait freiner, limiter l'activité des individus: les conventions ne doivent pas porter atteinte à l'ordre public. Aujourd'hui l'ordre public est une notion dynamique qui est invoquée pour stimuler l'activité des individus, pour les faire collaborer à une oeuvre d'ensemble dont l'ordre public sert précisément à définir les limites. Dans le domaine de la propriété, on restreint la liberté de l'Individu dans l'intérêt de la Défense nationale, de la Santé publique, de la Circulation routière et aérienne, de l'Energie électrique, de l'Urbanisme. On va même (c'est la pointe avancée de la tendance) à éliminer le propriétaire par la voie des réquisitions ou des nationalisations. Dans le domaine des contrats, on enregistre le même recul de la liberté de l'Individu devant l'Intérêt général. Le contrat est dirigé voire forcé. Parfois certes il s'agira simplement d'assurer une protection meilleure des contractants mais en général, et de plus en plus, l'Etat intervient dans son propre intérêt, ou dans l'intérêt de l'Economie (ce qui revient au même).. Il y a ainsi un contrôle des prix, des changes, des importations, une intervention du service de la main d'oeuvre

dans le travail. Les agents de l'intervention de l'État, ses collaborateurs habituels pour cette oeuvre d'ensemble, ce sont les groupes, les organismes du Droit privé qui, à raison de la puissance qu'ils détiennent, sont les instruments tout naturels de la "stratégie économique". Les sociétés, les associations, les syndicats, qui recèlent déjà par essence un droit public latent révélé par une organisation précise, un droit disciplinaire, l'existence d'une loi de la majorité, se trouvèrent ainsi investis de fonctions publiques: assistance, prévoyance sociale, exercice des cultes, habitat, reconstruction, organisation de la vie industrielle, commerciale et professionnelle.

8. — De cette socialisation progressive du Droit civil, certains ont conclu à sa publicisation. Cette conclusion est contredite par les faits. Le Droit civil continue à régir largement les institutions ou les parties du Droit privé sur lesquelles la socialisation a marqué son emprise. Faut-il rappeler que les entreprises nationalisées demeurent soumises à une application très générale du Droit commercial?

**B) LE DROIT PUBLIC EST UN DROIT DE MOINS EN MOINS EXORBITANT
DU DROIT COMMUN**

9. — Le Droit public contemporain perd son caractère de Droit exorbitant du Droit commun. Ce n'est plus un droit de prérogatives. Cette transformation se traduit par une soumission aux principes et aux techniques du Droit privé.

a) Soumission du Droit public aux principes du Droit privé

10. — Alors que l'idée d'utilité publique s'est introduite dans le Droit privé, à l'inverse, le Droit public est de façon croissante pénétré de l'idée de protection des droits individuels, des droits des particuliers. Citons quelques exemples.

Depuis longtemps l'organisation du recours pour excès de pouvoir a efficacement protégé l'Individu contre l'arbitraire de l'Administration. Récemment, la jurisprudence, en matière de réquisitions abusives, a forgé de toutes pièces une théorie de la voie de fait administrative; ainsi les Droits fondamentaux de la personne sont bien protégés par le Droit administratif, qu'il s'agisse d'une coercition sur la personne ou d'une main-mise sur la propriété privée. Dans le même temps où l'idée de liberté perdait du terrain en Droit privé, il est curieux de noter que le Conseil d'État se

faisait le champion de la liberté du commerce et des transactions, de la liberté de l'industrie. L'Individu est un des pôles importants du Droit administratif. La théorie de la responsabilité en Droit administratif en témoigne. Alors que le Droit privé a objectivé la responsabilité, on ne peut que s'étonner de la tendance récente du Droit administratif à restaurer l'idée de faute personnelle du fonctionnaire. En ce qui concerne en effet la responsabilité du fonctionnaire, envers l'Administration, un arrêt récent (Laruelle, 28 juillet 1951) a apporté une évolution radicale. Abandonnant l'ancien système de l'irresponsabilité du fonctionnaire, le Conseil d'Etat posa dans cette décision le principe de la responsabilité pécuniaire de l'agent d'une collectivité publique lorsque sa faute personnelle a causé un préjudice à cette collectivité. Au reste des études récentes ont montré qu'il y avait bien des points de rapprochement entre la responsabilité extra-contractuelle du Droit civil et celle du Droit public. Dans une série d'arrêts rendus en 1949 (Demoiselle Mimeur, Defaux, Bestehlsemer) le Conseil d'Etat aligna la jurisprudence administrative sur celle de la Cour de cassation pour le cas d'abus de fonctions du préposé. Certes la fonction de sanction que remplit la responsabilité civile ne se retrouve pas en Droit public. Mais, dans les deux branches du Droit, la responsabilité remplit parfois la fonction d'assurance (l'obligation de réparer est une obligation d'assurance imposée à certaines personnes telles que les commettants pour les fautes des préposés), parfois aussi la fonction de prix à payer par l'agent d'une activité licite mais génératrice de dommage. Sans doute, en ce qui concerne le fondement de la responsabilité, le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques qui entre en jeu lorsqu'une opération régulière de travaux publics est exécutée ne se retrouve-t-il pas en Droit privé. Mais s'agit-il d'un fait accidentel? on trouve dans les deux droits une responsabilité fondée sur la corrélation entre les avantages et les charges, que les agents du dommage soient des préposés ou bien des choses. La protection de l'Individu apparaît en outre dans la répression disciplinaire du fonctionnaire; la procédure tend à se juridictionnaliser, les droits fondamentaux de la défense sont respectés, ce respect se traduisant notamment par la communication obligatoire du dossier.

b) *Soumission du Droit public aux techniques du Droit privé*

11. — Ici, c'est une raison d'utilité pratique qui a provoqué le recours au Droit privé. La nouvelle orientation de l'économie, l'économie dirigée, a rendu l'Etat incapable d'assumer les tâches d'intérêt général avec la seule

aide des anciennes techniques du Droit public. On a fait appel à des institutions privées, à des techniques de Droit privé, soit que l'objet du service public conduisît à le faire relever du Droit privé, soit à raison de la similitude qui existait entre telle personne administrative et telle personne privée, soit enfin à raison de la qualité privée du gérant de service public. La compétence judiciaire s'étend à ces nouveaux domaines.

Ainsi le mode de gestion des services publics s'est transformé dans le sens d'un recours accentué aux techniques privatistes. Ce fut l'apparition des services publics industriels ou commerciaux, l'utilisation fréquente de la société d'économie mixte, les entreprises nationalisées où l'Etat se fait commerçant en se soumettant au Droit commercial privé. Le Droit privé s'applique largement dans les services publics à caractère corporatif, dans les organismes de l'économie dirigée (comités d'organisation), ou dans les organismes de discipline professionnelle. Une association, une fondation privée peuvent gérer un service public. Récemment, dans l'affaire Naliato, le Tribunal des conflits, le 17 juillet 1955 estime qu'une colonie de vacances, organisée par le service social d'un ministère, constitue un service public, mais que celui-ci étant géré dans les mêmes conditions que les institutions similaires du Droit privé, la compétence reste judiciaire.

12. — Ces influences réciproques du Droit public et du Droit privé montrent bien le sens des rapports contemporains de ces deux branches du Droit. Il y a une interaction, un échange beaucoup plus qu'une absorption d'une branche par l'autre.

La conclusion à tirer à ce stade de la recherche, c'est qu'il est difficile de soutenir qu'à l'heure actuelle le Droit public et le Droit privé soient parfaitement autonomes. Les deux droits se sont rapprochés. Constatation négative des rapports du Droit public et du Droit privé! mais ce n'est pas là l'unique résultat de la confrontation. Les rapports du Droit privé et du Droit public sont parfois nettement positifs.

II. — LES CRÉATIONS COMMUNES DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVÉ

13. — L'évolution juridique contemporaine fait apparaître un Droit des rapports collectifs à contexte institutionnel. Droit public et Droit privé font des apports, construisent à frais communs. On peut montrer des exem-

ples de cette oeuvre commune sur le plan économique et sur le plan social.

A) LA CRÉATION D'UN DROIT ÉCONOMIQUE

14. — Disons tout de suite qu'il s'agit du résultat des nationalisations. Avec la nationalisation son apparues de nouvelles conceptions juridiques qui se situent bien au delà de la préoccupation partisane de savoir si la nationalisation a agrandi le domaine du Droit public ou bien celui du Droit privé. En réalité la nationalisation a créé du neuf selon le processus suivant. Le Droit public a intégré une notion du Droit privé. Celle-ci a réagi dans ce nouveau milieu. Par une sorte de choc en retour, le résultat est une institution qui échappe à la fois au Droit public et au Droit privé traditionnels, qui ne s'intègre plus ni dans l'un ni dans l'autre système. Les deux créations effectuées sur le plan économique sont, d'abord la notion d'entreprise, ensuite une nouvelle conception du Droit commercial.

a) *L'avènement de la notion d'entreprise*

15. — L'origine des entreprises nationalisées permet de distinguer deux catégories. D'une part il y a les entreprises de provenance étatique; ce sont d'anciens établissements publics qui gèrent un service public, ainsi l'Electricité de France, le Gaz de France. D'autres entreprises proviennent d'anciennes sociétés anonymes privées expropriées, telles les sociétés d'assurances et les banques nationalisées. La Jurisprudence a fait passer sous les mêmes règles ces deux catégories d'entreprises nationalisées. Il s'est opéré une fusion qui donna naissance à une notion unique, l'entreprise tout court, dont il est parfaitement possible de préciser la nature juridique.

Les économistes ont depuis longtemps une notion personnelle de l'entreprise; l'entreprise, c'est l'unité économique de production. Le Droit du Travail se réfère fréquemment à l'idée d'entreprise. Le Code civil (articles 1779 et 1787), le Code de commerce (article 632) utilisent le terme. Mais, jusqu'à l'époque où intervinrent les nationalisations, l'entreprise était un concept, fort vague d'ailleurs. L'expérience des nationalisations a fait un apport considérable à la notion d'entreprise, à trois points de vue. En premier lieu, la nationalisation fait pénétrer le travail dans l'entreprise. Le personnel participe à la gestion de l'entreprise; il existe une collaboration véritable du personnel, de l'Etat, des usagers ou consommateurs. Ce

mouvement est du reste international: il n'est que de rappeler l'introduction de la *Mitbestimmung* en Allemagne, l'importance considérable que le Droit anglo-saxon contemporain accorde aux *labour* ou *human relations*. Le personnel participe en outre aux bénéfices (certaines lois de nationalisation le précisent). Récemment un décret du 20 mai 1955 a pu intéresser le personnel des entreprises à la productivité. L'efficacité de cette mesure est sans doute modeste sur le plan de l'immédiat, le résultat étant surtout un dégrèvement fiscal. Mais il faut retenir de cette intervention la tendance qu'elle trahit à introduire de plus en plus l'élément humain dans l'entreprise. En second lieu, le travail est organisé: la stabilité de l'emploi est assurée par la présence d'un statut ou, à défaut, par la convention collective. Enfin la continuité de l'activité envisagée présente un intérêt pour le pays et il en résulte pour l'entreprise une permanence qui constitue le troisième élément qu'a apporté l'expérience des nationalisations à la notion d'entreprise; pour assurer la continuité d'une activité jugée essentielle pour le pays, le Gouvernement a pu en 1950 valablement enrayer une grève qui menaçait le fonctionnement du Gaz et de l'Électricité en réquisitionnant collectivement le personnel de l'entreprise.

La nature juridique de l'entreprise? la théorie de l'institution, que connaissent depuis longtemps le Droit public et le Droit privé, va tout naturellement servir de cadre, de substrat, à la nouvelle notion d'entreprise. Les éléments de toute institution, qui sont au nombre de trois (l'idée d'oeuvre à réaliser dans un groupe social; le pouvoir organisé mis au service de cette idée pour sa réalisation; les manifestations de communion qui se produisent dans le groupe au sujet de l'idée et de sa réalisation) se retrouvent bien dans l'entreprise nationalisée. Sans insister, bornons-nous, en ce qui concerne le dernier point, à noter que l'idéologie communautaire, qui a présidé aux nationalisations, a fait reculer la notion de contrat pour expliquer l'attachement de l'employé à l'entreprise et a fait apparaître l'idée d'une relation de travail qui correspond bien à l'évolution générale du Droit du travail. Dans la mesure où l'entreprise refuse d'invoquer les notions traditionnelles de contrat ou de propriété, on peut conclure à une création originale et absolument nouvelle.

b) *La nouvelle conception du droit commercial*

16. — L'apparition d'une nouvelle conception du droit commercial constitue la deuxième pièce de ce nouveau droit économique. Avec l'application généralisée du droit commercial classique aux nouvelles entreprises

nationalisées, on ne peut plus enseigner que le régime du commerce s'applique exclusivement aux activités qui recherchent le profit. L'extension récente prise par le Droit commercial est sans nul doute la préface de profondes transformations de cette branche du Droit privé: la vocation désormais très générale de cette discipline la fait échapper aux cadres étroits où elle était jusqu'à présent enfermée. Sur le plan technique, la nationalisation a apporté au Droit commercial une institution qui lui faisait défaut: la société d'un seul homme qui consiste à affecter un patrimoine à une activité économique. La société nationale s'identifie en effet à l'Etat.

B) LA CRÉATION D'UN DROIT SOCIAL

17. — Le Droit social peut-il être isolé du Droit privé et du Droit public? est-il autonome? la discussion est toujours ouverte sur ce point très controversé. Une analyse serrée du contenu du Droit social doit cependant conduire à la conclusion qu'il n'y a pas plus de liens entre le Droit social et le Droit public ou privé qu'entre le Droit privé et le Droit public.

18. — Le Droit social est différent du Droit privé. Il ressemble au Droit public en ce qu'il apparaît comme un droit d'inégalité. Le contrat de louage de services que réglemente le Code civil de 1804 est incapable de rendre compte des rapports contemporains de l'employeur et des salariés. Le développement des conditions du travail a déséquilibré l'égalité des forces en présence. L'application du système des conventions collectives, leur technique, leur interprétation, empruntent davantage aux règlements administratifs qu'aux contrats du Droit privé.

19. — Malgré ce rapprochement du Droit social et du Droit public, certaines différences fondamentales n'en subsistent pas moins pour éloigner le Droit social du Droit public, au moins autant que du Droit privé. Si le Droit public repose par essence sur une inégalité nécessaire entre les intérêts généraux et les intérêts particuliers, cette inégalité, lorsqu'elle existe dans le Droit du travail est purement fortuite et tout l'effort du législateur consistera précisément à combattre l'inégalité de fait que l'évolution économique a entraînée dans les rapports des patrons et des ouvriers. Il n'est guère contestable à cet égard que les conventions collectives ont joué un grand rôle pour garantir au travailleur la sécurité dont il a besoin.

Mais le Droit social n'a pas encore terminé sa croissance. Si les solu-

tions qui le concernent se dégagent avec tant de peine, c'est à raison même de notre organisation juridictionnelle actuelle qui, reposant sur la dualité administrative et judiciaire, conduit naturellement le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation à s'efforcer d'intégrer le Droit social dans les cadres habituels, c'est-à-dire dans le Droit public ou dans le Droit privé. La condition essentielle de la réalisation définitive du Droit social serait l'existence d'une juridiction sociale autonome qui trancherait l'ensemble du contentieux social et non seulement au regard des seuls différends collectifs du travail.

CONCLUSION

20. — De ce survol rapide des grands problèmes que notre époque pose aux spécialistes du Droit public et du Droit privé, et dont on voudra bien excuser le caractère superficiel, une conclusion se dégage, qui peut tenir en quelques remarques.

Les rapports contemporains du Droit privé et du Droit public ne sont pas des rapports de combat. Il y a bien davantage une interpénétration, des emprunts réciproques, qu'une invasion d'un Droit par l'autre. Les tâtonnements, les incertitudes des auteurs des deux disciplines sont les mêmes. Le Droit public et le Droit privé sont entraînés par le même courant. L'époque actuelle est une époque de transition. Divers indices autorisent à voir dans la période contemporaine la préface d'un Droit futur où l'on mettra l'accent sur l'Economie, le Social.

On comprend dès lors aisément que la distinction académique du Droit public et du Droit privé se fissure au contact des réalités. Il existe entre le Droit public et le Droit privé contemporains des différences de degrés, mais pas de nature. Les échanges, la collaboration que ces deux branches du Droit opèrent sur certains points montrent bien que la distance qui les sépare n'est pas irréductible.

BRETHER DE LA GRESSAYE, *Droit administratif et Droit privé*, (Etudes offertes à Georges Ripert, t. I, p. 304).

DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 2 éd., 1957, nûms. 34, 48 à 51.
DURAND, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, (*Revue trimestrielle de Droit civil*, 1944, p. 73).

— *Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat* (*Rev. trim. droit civ.* 1948, p. 155).

- *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de Droit privé (Etudes offertes à Georges Ripert, t. I., p. 138).*
- EISSENMANN, *Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques. — La soumission de cette responsabilité à un droit "autonome" est-elle le principe?* (J. C. P. 1949-I-742.)
- *Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques. Le droit public et le droit privé de la responsabilité extracontractuelle diffèrent-ils foncièrement?* (J. C. P. 1949-I-751.)
- *Droit public et droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXè au XXè)* (Revue de droit public 1952. 903).
- FLOUR, *L'influence du droit public sur le droit privé, rapport à l'association Henri Capitant* (Travaux, II, 1946).
- GAL, *La juridiction compétente pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux de la personne, qu'il y ait ou non voie de fait administrative* (J. C. P. 1951-I-927).
- HAURIU, *L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé* (Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény, t. III, p. 92).
- HOUTTE, *Répercussions de l'économie dirigée sur les institutions de droit privé* (Rev. éc. intern. 1936, pp. 561 et 580).
- JOSSEBRAND, *La publicisation du contrat* (Recueil d'études offertes à Edouard Lambert, t. III, p. 143).
- *Un ordre juridique nouveau* (ronique D., 1937. 41).
- MAZEAUD (H), *Défense du Droit privé* (D. 1946 chr. V, p. 18).
- MORANGE, *Réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie* (D. 1956-I-117).
- RENARD, *L'aide du droit administratif pour l'élaboration du droit privé* (Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény t. III, p. 77).
- RIEZLER, *Oblitération des frontières entre le droit public et le droit privé* (Etudes Lambert, t. III, p. 117).
- RIVERO, *Droit public et droit privé, conquête ou statu quo?* (D. 1947, chr. XVIII, p. 69).
- SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, 1945.
- *Droit privé et droit public* (D. 1946, chr. VII, p. 25).
- VIZIOZ, *Les tendances actuelles du droit privé* (Gazette des Tribunaux du Maroc, 25 juin 1946).
- WALINE, *Juriste de droit administratif*, 1952, préface.

**CONTRIBUCIÓ A LA HISTÒRIA
DEL DRET INTERNACIONAL PRIVAT ESPANYOL:
DE L'ANTIGUITAT A L'EDAT MITJANA**

per

JOSEP M.^a TRIAS DE BES

Molts autors, en exposar el desenvolupament històric de les normes reguladores dels conflictes de lleis, parteixen de les doctrines dels postglossadors (segles XIII i XV) o, potser amb més precisió, de les dels glossadors (segle XII), bé que anteriorment a les èpoques esmentades fossin plantejats problemes d'una tal índole, a causa de la presència d'elements estrangers en les situacions de fet o vitals, conseqüència d'un fenomen tan vell com la Humanitat: la coexistència de diverses comunitats racials regides cadascuna per un ordenament legal propi, i l'establiment de relacions jurídiques privades entre els membres components de les distintes comunitats.

Aquesta manera de considerar la història del conflicte de lleis s'explica per la raó que les referides situacions eren resoltes en el món antic, a l'època visigòtica i a l'alta Edat mitjana, d'una manera diversa a les solucions que oferiren, a la pràctica, els glossadors i, especialment, els postglossadors, que per llur similitud a les actuals podem estimar com un precedent, directe i immediat, dels sistemes d'ara.

Amb tot, no podem fer afirmacions massa absolutes en aquest respecte, puix que després de la publicació dels treballs fonamentals en la història del Dret internacional privat, com el clàssic de Mitteis *Reichrecht und Volksrecht*, aparegut el 1891, han estat descobertes inscripcions i papirus que revelen dades amb les quals Lewald ha pogut reconstruir un procediment de solució de conflictes emprat en l'antiguitat, que presenta una certa analogia amb el que idearen els postglossadors i és seguit en les diverses ordenacions actuals. Per tant, no és improbable que a causa de l'esforç de l'esmentat investigador, que exposà els resultats de les seves recerques en un curs professat, el 1946, a la Universitat de Lausana, i en el llibre editat amb el títol *Conflicts de lois dans le monde grec et*

romain (Atenes, Zacharopoulos, 1946), i que continua aprofundint la matèria, haguéssim de rectificar algunes idees i alguns conceptes tinguts com a definitius fins al moment. Abstenint-nos, però, d'especular sobre el resultat d'unes investigacions que demostrarien la relativa modernitat dels sistemes de solució de conflictes aplicats a l'època clàssica, examinarem, pel que tenen de precedent de la legislació actual, els diversos ordenaments que s'han succeït a la Península ibèrica abans de la dominació romana, en el curs d'aquella i en l'alta Edat mitjana.

Començarem per referir-nos a la història de l'Espanya pre-romana dins la qual haurem de distingir, d'una banda, la història dels primitius habitants com els ibers, els tartessis, els celtes, els celtibers i d'altres poblacions mixtes, i els descendents dels pobles franco-cantàbrico-pirinencs, i de l'altra, la de les colònies fenícies, gregues i cartagineses.

Segons l'opinió unànimement acceptada, el Dret de la primitiva població hispànica era consuetudinari i, generalment no es manifestava per escrit, però podem admetre que en algunes tribus o ciutats el cos legal podia haver estat reduït a l'escriptura, o àdhuc podrien haver existit, al marge del Dret consuetudinari, uns principis jurídics emanant dal poder públic (TORRES, *Lecciones de historia del Derecho español*, 1935, vol. I, pàgina 159), bé que tots els sistemes primitius presentessin dues característiques comunes que ens interessa de remarcar als efectes del nostre estudi: la *diversitat jurídica* de les distintes poblacions i els distintes clans i la *personalitat* del Dret, és a dir, el fet que a cada grup hagués d'aplicar-se un sistema exclusiu (RIAZA-GARCÍA GALLO, *Manual de historia del Derecho español*, 1935, pàg. 34), circumstància considerada com un veritable privilegi de la ciutadania fins al punt que no podia invocar una protecció jurídica qui no era ciutadà, llevat del cas d'acolliment a l'*hospitalitat*, únic mitjà per a assolir la defensa dins un grup distint del natural i que era dispensada al *hospes* d'una comunitat com si en fos membre de dret (TORRES, *op. cit.*, pàg. 160).

Les colònies fenícies, gregues i cartagineses es regien per un sistema propi, i les relacions que llurs components sostenien amb els individus d'altres pobles — tractes comercials, principalment — s'acordaven a un dret que, si bé no era el colonial pròpiament dit, en contenia molts elements.

Malgrat tot, en referir-nos a la Península hom no pot concebre l'existència d'un conjunt de normes aptes per a resoldre els conflictes de lleis abans de la dominació romana, període històric que comprèn els sis segles

(del 218 a. C. al 409 d. C.) en què s'opera la transformació cultural, econòmica, social i político-administrativa del país i del qual procés són fites transcendents la concessió del *ius latii* a les *civitates* hispàniques per Vespasià (73 d.C.), la promulgació de la Constitució Antoniana de Caracal·la (212 d. C.), que atorgà la ciutadania romana a tots els súbdits de l'Imperi, llevat dels *deditii*, i la invasió i el subsegüent repartiment territorial de la Península pels pobles bàrbars (segle v).

El Dret indígena, no solament no desapareix amb la dominació romana, sinó que encara és reconegut en tota la seva eficàcia, a causa, en primer lloc, del caràcter respectuós que tingué l'expansió política de Roma envers totes les institucions i, perquè el Dret civil romà fou considerat sempre com un privilegi que no havia d'ésser imposat als sotmesos, sinó que calia concedir-lo, gradualment, a títol de gràcia. La subsistència del Dret indígena resulta, per tant, un fet indubtable fins després d'entrar en vigor la mesura adoptada per Vespasià, puix que l'extensió del *ius latii* als naturals de la península no comportà la derogació dels principis jurídics que regien llur vida. Adhuc l'atorgament, per Caracal·la, de la ciutadania romana a tots els habitants de l'Imperi que, en teoria, significava l'extinció dels diversos sistemes locals, no els bandejà íntegrament, ja que en restaren vestigis en forma de normes consuetudinàries (TORRES, *op. cit.*, pàgs. 223 i 230).

La pràctica romana s'inspirava en allò que ha estat anomenat, amb no massa precisió, el principi de la *personalitat del Dret*, en virtut del qual els tractes jurídics entre els indígenes s'acordaven al Dret primitiu, i els que sostenien els ciutadans romans, al *ius civile*; però com que no posseïm dades sobre els conflictes de lleis sorgits de les relacions mixtes, hem de recórrer, per a explicar-nos llur solució, a l'habitual referència al *ius gentium*, que constituí una de les manifestacions més paleses del caràcter absorbent i comprensiu que el geni romà infongué a la política imperialista del seu poble.

Pacchioni diu que els romans permeteren, des d'un principi, als estrangers, l'accés als tribunals de justícia, i per tal de garantir-los un procediment just establiren, l'any 242 a. C., la *pretura peregrina* i els *recuperatores* (*Breve historia del Imperio romano*, trad. esp., 1944, pàg. 115) que tenien competència per a *ius dicere inter peregrinos et inter cives et peregrinos* i plenes facultats per a aplicar, substancialment, el Dret que consideressin més apropiat per a l'obtenció d'una justa sentència. D'ací nasqué el *ius gentium*, considerat com un dret *quod apud omnes populos*

peraeque custoditur, que inicialment fou invocat tan sols per la jurisdicció peregrina, pel fet d'ésser un dret netament pretorià, però que en el curs del temps quedà incorporat, en alguns dels seus elements, en el *ius civile*. Més tard, els juriconsults clàssics l'identificaren amb el *ius naturale*.

Hem dit que la recepció del Dret romà a la Península no significà la desaparició del Dret indígena, i podríem afegir, en aquest respecte, que aquell influí en el *ius civile*, el Dret oficial al País, després de l'edicte de Caracalla, que no fou aplicat en tota la seva puresa, sinó en la forma adulterada que trobem en algunes fonts de l'època visigòtica i que constitueix el que s'ha anomenat "Dret romà vulgar hispànic".

Després de l'ocupació visigòtica conviuen en el territori peninsular diverses categories d'habitants o, més ben dit, de grups de pobladors: l'indígena (heterogeni i amb nivells culturals distints), el romano-llatí, el romano-bizantí, l'invasor (constituït pels pobles bàrbars, majorment els visigots) i el jueu. Cadascun d'aquests nuclis comptava amb una llei pròpia, puix que es mantenia el que generalment ha estat anomenat, i amb no massa exactitud, el principi de la "personalitat del Dret"¹ i al qual hem al·ludit repetidament. Això no obstant, hem de precisar que als jueus no els fou reconegut el Dret nacional. Primerament quedaren sotmesos al Dret romà, i després, a les lleis noves de caràcter general. Els estrangers tampoc no podien invocar llur Dret nacional, però en virtut de la institució de l'hospitalitat gaudien de la protecció jurídica. A més, els comerciants *transmarini* els fou reconeguda, per a solucionar els conflictes entre ells, la vigència del Dret propi i el privilegi de la jurisdicció especial dels *telonarii*.

En les relacions dels visigots amb els hispano-romans hom aplicava el Dret germànic o el romà, segons els casos.

1. En realitat, el principi de la "personalitat del dret" suposa que en les relacions entre individus de distints grups nacionals i, per tant, sotmesos a règims jurídics diferents, sigui aplicat el dret propi a cadascuna de les parts, malgrat el fet de trobar-se fora del territori respectiu, principi que fou completat i perfeccionat amb la pràctica de la *professio iuris*, adoptada, principalment, a Itàlia, Borgonya i Septimània, que consistia en una declaració dels interessats, feta documentalment, àdhuc en els autes judicials, respecte a la llei que havia de regular el negoci jurídic en qüestió. El principi de la *personalitat del dret*, entès en un tal sentit i d'origen franc, no és pas el que s'aplicà a la Península. Quan hom parla de *personalitat del dret* amb referència a l'Espanya visigòtica, vol significar senzillament el fenomen de la co-vigència de lleis. Un dret per a cada grup de població però sense efectes extraterritorials. Com observa assenyadament TORRES, una cosa és que els hispano-romans es regissin per llur dret, i una altra, que en llurs relacions amb els visigòtics fos aplicat el principi de la personalitat.

Per a resoldre un estat tan confusionari com el que hem intentat de descriure, el poder públic es proposà d'establir un cert ordre recopilant en el denominat Codi d'Euric (466 a 481) o cos de lleis del palimpsest de Corbie, que avui es conserva a la Biblioteca Nacional de París, les normes aplicables als visigots (per bé que conté algunes disposicions que afectaven igualment els hispano-romans i els gal·lo-romans) i en la *Lex Romana Visigothorum*, altrament anomenada *Breviarium Alarici* o *Breviarium Aniani* (promulgada per Alaric II el 506), les lleis que podien invocar els "romans" de les Gàl·lies i d'Espanya.²

A mesura que hom procedia a la fusió dels vençuts i vencedors s'anà operant una revifalla del Dret indígena i, a la vegada, una infiltració del Dret romà en el cos de les lleis visigòtiques, i d'un règim de dret personal hom passà lentament a un altre de tipus territorial del qual són exponents el *Codex Revisus* de Leovigild, les disposicions dictades per Xindasvint i les que promulgà Recesvint amb caràcter essencialment territorial, recolli-

2. Dahn, Brunner, Zeumer i molts altres historiadors del Dret visigòtic havien admès sense discussió la vigència, en el Regne visigòtic de les Gàl·lies i d'Espanya fins a la promulgació del *Liber Iudithorum* per Recesvint, a mitjan segle VII; d'un règim de "personalitat del dret" anàleg a l'existent entre els francs i els borgonyons, però darrerament García Gallo ha negat que durant la monarquia visigòtica s'apliqués un tal sistema, i després de procedir a un examen crític de les fonts, ha intentat de demostrar que les compilacions anteriorment esmentades tenien un caràcter territorial i que foren promulgades tant per als germànics com per als hispano-romans [*Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda a l'Anuario de Historia del Derecho Español*, XIII (1936-41), pp. 168-264 i *La territorialidad de la legislación visigoda*, a *ibidem* XIV (1942-1943), pp. 593-608].

Interessats per aquestes investigacions, que combatien una tesi admesa universalment, recorreguérem al professor García de Valdeavellano, que amb la seva sollicitud proverbial ens forní les dades que més tard ha aplegat en la seva *Historia de España*, 1952, tom I. p. 263. A favor dels arguments de García Gallo s'han pronunciat els professors espanyols Ors (*Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca, 1943 p. 123) i López Amo (*Arbor*, 1944, núm. 2), i en contra, el professor portuguès Merea i els alemanys Heymann i Schultze [*Vid. Merea, Uma tese revolucionaria (A proposito do artigo de Garcia Gallo publicado en el tomo XIII do A.H.D.E.) Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XVIII, 1942, pp. 417-426, i *Ainda sobre a tese de Garcia Gallo*, *ibidem* XX, pp. 259-267].

Alguns dels testimonis adduits per García Gallo eren impressionants, i així ho admeté Merea, però aquest ha demostrat, per altra part, que les argumentacions del professor espanyol que més aparença tenien de solidesa són infundades [*Questoes de Direito visigotico (Para una critica de conjunto da tese de Garcia Gallo) Boletim XXII*, 1946; *Sobre os casamentos mistos na legislação visigotica (Nova contribuição para una critica de conjunto da tese de Garcia Gallo, ibidem XXIII*, p. 56]. Per tant, encara hem d'admetre, pel que fa referència a l'Espanya visigòtica, la certesa del règim de personalitat de les lleis que tanta influència exercí en el desenvolupament del dret privat medieval.

des en el *Liber Iuditorum* (654?) que després s'anomenà *Liber iudicum* i *Forum Iudicum*, i que s'adaptà a la llengua vulgar el 1241, amb diverses addicions, supressions i substitucions de terminologia: el *Fuero de los Jueces* o *Fuero Juzgo*.

Ha estat un problema molt controvertit entre els autors la determinació del Dret aplicable a les qüestions mixtes, és a dir: les sorgides entre els visigots i els hispano-romans. Els uns opinen que la llei vigent era la visigòtica (Brunner); els altres, la romana (Gaupp). Dahn creu que el Dret romà o el germànic eren invocats segons els casos, opinió que confirma Halban en el sentit que la llei aplicable era la del mandat. Però és inqüestionable que el Codi d'Euric conté disposicions que regien per als conflictes entre els gots i els hispano-romans (*Vid.* GALO SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho*, pàg. 40, i TORRES, *op. cit.*, pàg. 93).

**TRANSCENDÈNCIA DE L'OBRA
D'ANTONI M.^a BORRELL I SOLER**

per

JOAN VENTOSA i CALVELL †

En el món modern estan en voga les improvisacions. En tots els ordres. En l'ordre econòmic sorgeixen fórmules per a resoldre fàcilment els problemes d'una major dificultat sense examinar les dades adequades per a arribar a solucions raonables, i sense tenir en compte les dificultats que necessàriament han de sorgir ni les repercussions inevitables de les solucions que es proposen. En l'ordre de la justícia social es llancen *slogans* i es defensen solucions primàries sense preveure que, en intentar de portar-les a la pràctica, resultaran d'una absoluta ineficàcia i en molts casos provocaran una repercussió contrària a la finalitat que hom persegueix. En l'ordre del Dret són molts els qui es permeten la crítica d'institucions jurídiques seculares, de les quals —en el cas més favorable— els censors tenen un coneixement incomplet i sumari, criticant-les acerbament i prenent de modificar-les o de substituir-les per una elaboració de llur pensament individual.

En el Dret aquesta actuació iconoclasta pot tenir una major transcendència que en altres ordres, perquè l'opinió individual aspira sovint a tenir categoria i transcendència legislatives. D'això sorgeix un afany reformador de les institucions jurídiques vigents en coses tan transcendents com les relacions entre marit i muller, el règim familiar en general, el respecte de la propietat, l'eficàcia dels contractes, les limitacions de la llibertat individual, el règim successori, etc.

S'obren aquestes a la Premsa, es pronuncien conferències, hom crea un semblant d'opinió, i sorgeix el projecte legislatiu o la disposició administrativa que trasbalsa en punts essencials l'estat de dret existent, vulnera

a vegades institucions jurídiques fonamentals per a la vida del país, i desconeix o deixa sense efectivitat pràctica drets essencials dels ciutadans.

Podria citar molts exemples que posarien de manifest els desastrosos efectes de la improvisació en matèria de Dret, especialment quan es tracta de legislar, ja que aleshores tota equivocació té una transcendència pertorbadora que moltes vegades causa danys irreparables, no pas solament en els interessos individuals, sinó àdhuc en l'ordre general i en l'interés superior de la col·lectivitat. No vull, però, referir-me a casos concrets i a un moment determinat, perquè el meu propòsit no és pas de formular censures contra ningú d'una manera especial, sinó de parlar amb caràcter general sobre aquesta característica de la vida moderna, que no és exclusiva d'uns països determinats, sino que en major o menor grau es manifesta en tots, tot provocant arreu les mateixes desastroses conseqüències.

Per això sembla oportú de presentar com a exemple contrari d'aquella tendència, a judici meu funesta, l'obra de Borrell i Soler, que, amb estudi pregon, amb paciència de benedictí i amb un gran coneixement del Dret, ha realitzat la compilació i la selecció del Dret vigent a Catalunya. És un tractadista que examina les fonts del nostre Dret, començant pel Dret romà, monument únic en la Història, l'elaboració del qual va durar molts segles, des de la Llei de les XII Taules fins a la mort de Justinià al segle vi de la nostra Era: lenta evolució que li va donar una suprema, sòlida i eficient grandesa. Avui, encara, després de passats molts segles durant els quals han tingut lloc les transformacions més profundes en la història del món, el Dret romà segueix com a base principal de les legislacions modernes, i a molts països —concretament a Catalunya— té vigència legal com a supletori, després del canònic, en aquelles matèries en què, després de la publicació del Codi civil, segueixen en vigor les institucions del Dret civil especial de Catalunya.

L'obra de Borrell i Soler té, no solament un mèrit científic i una gran importància jurídica, sinó també una transcendència psicològica i cultural. Enfront de la improvisació, representa l'estudi seriós i la competència; enfront de l'afany reformador que pretén de modificar les lleis i les institucions seguint la voga del moment i l'impuls canviant i vari del pensament o, el que és pitjor, del caprici individual, representa el respecte a les institucions, que no significa pas una immobilitat, sinó una evolució paulatina adaptada a l'evolució del cos social, que va emmotllant les normes legals a les circumstàncies mudables de lloc i de temps.

El Dret romà, en la seva majestuosa evolució des de les XII Taules

fins a Justinian, n'ofereix un exemple insuperable. I el Dret català, amb la seva unió secular amb el Dret canònic i el romà, completat pel dret consuetudinari, d'un tan gran predicament a Catalunya, ha format amb ells un sol cos que ha regit durant segles la vida del nostre poble.

Aquesta és la utilitat que per als juristes presenta l'obra de Borrell i Soler. En primer terme, com ell mateix expressa en el pròleg del seu tractat *Dret civil vigent a Catalunya*, el seu propòsit ha estat de "posar en relleu les relacions que existeixen entre unes i altres institucions... perquè aparegui com el Dret no està format de regles isolades i convencionals, sinó que constitueix un tot orgànic, un sistema articulat que està inspirat en criteris generals que s'emmotllen a cada institució segons les seves respectives modalitat".

Ensenyament fonamental del qual es dedueix que no és possible de modificar ni d'alterar una institució jurídica sense que la modificació tingui una repercussió no solament en l'esfera de la institució modificada, sino també en totes aquelles altres institucions que hi tenen una relació o una connexió més o menys íntima.

I el corollari que d'això es desprèn és que, abans de procedir a una reforma de la legislació vigent, cal examinar amb la major cura les raons que ho aconsellen i les conseqüències i les repercussions de la reforma; i, un cop decidida en principi la seva conveniència, cal que la nova regla estigui redactada amb la major claredat i precisió per a evitar confusions i dubtes sobre el nou estat de dret que facin necessàries noves disposicions aclaridores, que molt sovint tenen com a resultat d'augmentar la confusió amb dany de la justícia.

Però no és pas solament en aquest aspecte, que podríem anomenar pràctic, de procediment i de bon ordre legislatiu, que tenen importància aquests principis en els quals s'ha inspirat l'obra de Borrell i Soler. L'estudi del Dret romà i de les institucions jurídiques del Dret canònic i del Dret especial de Catalunya que ensems amb elles han format un cos, té una importància capital per a la formació dels juristes. Personalment, per la llarga experiència adquirida en l'exercici de la professió d'advocat, goso afirmar que no hi ha escola més eficaç per a l'entrenament intel·lectual d'un advocat que l'estudi dels textos de Dret romà. Especialment els fragments del Digest, on es plantegen casos de dificultat i de controvèrsia, amb la resposta del Pretor resolent-los i exposant les raons que en justifiquen la decisió, són un model insuperable de dialèctica jurídica que prepara i forma l'esperit i el pensament amb una eficàcia que mai no

podrà adquirir-se amb l'estudi i el coneixement dels articles d'una llei deslligada dels seus antecedents i desproveïda d'explicació sobre les raons que l'han determinada.

Aquesta perfecció intrínseca explica la supervivència secular del Dret romà, no solament en l'esfera legislativa, com a norma de dret directa o supletòria, sinó també en l'esfera científica, en què sempre ha estat objecte d'estudi sense cap interrupció completa, des dels juriconsults romans fins als nostres dies. En aquesta llarga i il·lustre successió de juriconsults i tractadistes ocupa un lloc d'honor el nostre Antoni M.^a Borrell i Soler, a qui tributem un merescudíssim homenatge en el 90è. aniversari de la seva vida honesta i fecunda.

**NOTAS SOBRE LA TÉCNICA
EN LA NUEVA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL**

por

FRANCISCO F. VILLAVICENCIO

1. — La ley de 23 de julio de 1960 constituye una nueva y total ordenación de la llamada propiedad horizontal. “La ley representa — dice su preámbulo — más que una reforma, la legalidad de la vigente, la ordenación *ex novo*, de manera completa, de la propiedad por pisos.”

No entiendo criticable, en general, esta técnica legislativa absolutamente novatoria de las disposiciones anteriores. Es, sin duda, aconsejable en ocasiones, si bien, cuando el procedimiento se prodiga, no podemos sustraernos a la idea de que el legislador busca un procedimiento cómodo de resolución de las cuestiones planteadas.

Aparte de ello, dicha técnica es también delicada en un triple aspecto:

a) En la mayor parte de los casos, supone la *introducción de un cuerpo extraño en el sistema jurídico vigente*, cuyo encaje es difícil cuando se trata de llenar lagunas o simplemente de interpretar las nuevas disposiciones. Esta faceta de la cuestión parece muy descuidada por el legislador en los tiempos modernos; a mi entender, no se da perfecta cuenta de que, al emplear tal técnica, repara parcialmente el sistema jurídico sin tener en cuenta su conjunto.

b) La legislación parcial de carácter novatorio *lleva psicológicamente la legislación a un absolutismo técnico*. La legislación general y orgánica se ha caracterizado siempre por el empleo, incluso pródigo, de las llamadas válvulas de seguridad, órganos de ventilación, etc. Han sido estos órganos de acomodación los que han permitido *que la unidad del sistema sea elástica*.

Por el contrario, cuando el legislador desea *sustituir* una parte del ordenamiento jurídico, en muchos casos parece no sólo que desee sustituir enteramente la materia de que se trate, sino también que le estorban *otra*

serie de principios del sistema que necesariamente siguen vigentes. No se trata aquí simplemente del problema de la relación entre la ley especial y la ley común, pues en una técnica legislativa que pudiéramos denominar conservadora, aquella tiene su causa y su razón de ser precisamente en ésta, *a la que no contradice, sino que especifica.*

Sin embargo, este fenómeno moderno de las leyes parciales totalmente novatorias, supone en la mayor parte de los casos una lucha contra los principios comunes, o al menos de algunos de ellos. Y para el éxito de esta lucha, el legislador suele utilizar un procedimiento que ya viene a parecernos habitual, o sea, el de conceder a la ley nueva un valor de imperio absoluto y carácter inderogable. Con esta técnica resulta más fácil legislar; pero también se coloca en entredicho a los tribunales de justicia y a la misma libertad contractual.

c) En tercer término, este tipo de legislación presenta delicados *problemas de orden transitorio.* Pero todos ellos pretenden ser obviados por el legislador mediante una técnica semejante.

En efecto, el legislador es hasta cierto punto consecuente cuando, después de pensar que ha de resolver o regular una materia *contra* el sistema, y que ha de regularla mediante normas de carácter inderogable, concede a estas normas valor retroactivo. De ahí que sea frecuente en nuestros tiempos la ley que opera sobre el pasado, con lo que viene a convertirse prácticamente en *regla general* lo que sólo como *excepción* admite el art. 3.º del Código civil.

Con estas observaciones he querido poner de relieve que los caracteres novatorio, inderogable y retroactivo de las modernas leyes especiales tienen una relación interna y absolutamente lógica. Si bien estimo que no es necesario llegar a dichos extremos, porque con ello se llega a crear cuerpos extraños dentro del sistema que algún día habrá de expulsarlos.

No quiero con ello decir, que en determinadas circunstancias, esta técnica legislativa no sea aconsejable. Pero sí que un país no puede vivir permanentemente, desde el punto de vista jurídico, bajo leyes de tal naturaleza, y que es preciso, en todo caso, estimar que nos hallamos ante *productos legislativos de carácter provisional, cuya abundancia exige, ahora más que nunca, llevar a término la empresa de la nueva codificación.*

2. — De su redacción y de ciertas declaraciones de su preámbulo, se deduce que la nueva ley es, en casi su totalidad, de *orden público* y, por lo tanto, que *sus disposiciones deben estimarse, en principio, inderogables.*

Causa de ello puede ser, en primer término, el problema social al que

la ley atiende: necesidad de edificaciones para fines familiares, comerciales y profesionales, y su vinculación estrecha con las normas especiales de arrendamientos urbanos, a las que, como remedio ocasional que son, *intenta sustituir* (del preámbulo).

También pone de relieve el preámbulo de la ley, aún cuando a ello sólo le da una justificación histórica, que la materia ha estado regida hasta ahora, casi totalmente, por unos estatutos que con frecuencia eran dictados por el promotor de la construcción. Parece por ello, que la ley no pretenda conceder mayor autonomía a los propietarios de los pisos, sino sustituir la voluntad a la que han de adherirse: antes, la del constructor, y hoy la del propio legislador.

Además, la ley comienza con una declaración de método verdaderamente inusitada, que ratifica nuestro punto de vista. Dice, en efecto, el preámbulo, que no se ha limitado a seguir la realidad de los hechos, sino que, en previsión de futuro, su finalidad última, como la de cualquier norma, es lograr un orden de convivencia presidido por la idea de la justicia, que como virtud moral se sobrepone tanto a la realidad de los hechos como a las de las determinaciones del legislador.

Y desde el punto de vista de la técnica, la ley trata con un cierto desprecio a los Estatutos, a los cuales se refiere en breves ocasiones, concediéndoles sólo la función de *especificar, concretar y hasta modificar ciertos derechos y deberes*, pero con la simple misión de *desarrollar la ordenación legal y adecuarla a las concretas circunstancias de los diversos casos y situaciones* (preámbulo). Estima que la regulación legal *es suficiente por sí para constituir, en lo esencial, el sistema jurídico, "con las salvedades dejadas a la iniciativa privada"*. El único punto que arroja alguna duda es la expresión del preámbulo, que al aludir a estas formulaciones voluntarias exige sólo que "no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la ley". Entiendo, sin embargo, que esta observación no equivale a afirmar que estamos en presencia de una ley "liberal", cuyas normas serán *excepcionalmente* inderogables; sino, por el contrario, de una *ley cuyo contenido es, en general, inderogable, y excepcionalmente disponible en el caso de que así se deduzca de los términos de una norma concreta*.

3. — Como hemos visto, la Ley de Propiedad horizontal no es una simple ley de reforma ni tampoco una ley excepcional. Por el contrario, su intención es sustituir íntegramente la legislación anterior (véase su dispo-

sición transitoria primera) y crear un cuerpo orgánico, suficiente por sí mismo para regular la materia ahora y en lo sucesivo.

Es curioso observar que ello conduce a la ley, como acabamos de afirmar, a desprestigiar en cierto modo los estatutos de las comunidades, pero también, por ello mismo, a hacer suya la función reglamentaria de aquéllos.

En efecto, el preámbulo declara que la ley brinda una regulación “suficiente por sí... para constituir, en lo esencial, el sistema jurídico que persiga y gobierne esta clase de relaciones”, por lo que “*la formulación de los Estatutos no resultará indispensable*”.

Esta ufana declaración de suficiencia, no es sólo anécdota. Con ella, el legislador pone de relieve el carácter orgánico que ya resulta del contexto de la ley. Consecuencia importante de ello es, que en caso de lagunas, se deberá aplicar para colmarlas la analogía con preferencia al Código Civil, y aún también con preferencia a los estatutos en su caso, cuando por aplicación del procedimiento analógico, se obtengan normas que deban considerarse inderogables.

La consecuencia de esta relegación de los estatutos es que la ley se convierte hasta cierto punto en norma reglamentaria.

Contiene ésta, en efecto, un capítulo primero, bajo la rúbrica “Disposiciones generales”, con dos artículos, exclusivamente dedicados a la reforma de preceptos hasta entonces vigentes (art. 396 del C. Civil, y 8.º y 107 de la Ley hipotecaria). Y el capítulo segundo es, propiamente, la Ley de Propiedad horizontal, seguida de sus disposiciones transitorias y finales. Del preámbulo parece deducirse, como justificación de esta técnica, que se haya querido llevar al artículo 396 del Código civil las notas esenciales del régimen de la Propiedad horizontal, reduciéndolo así a una norma de remisión, y llevando a la ley especial propiamente dicha (cap. 2.º) las disposiciones que “*sin descender a lo reglamentario* (?), son a veces de una circunstanciada concreción que excede de la tónica propia de un Código civil”.

4. — La disposición final deroga cuantas normas se opongan a lo establecido en la ley. Esta declaración, completamente usual, corresponde al carácter novatorio de la Ley de propiedad horizontal.

Pero aquel carácter novatorio, unido al de la inderogabilidad de las nuevas normas, ha llevado a la redacción terminante de la disposición transitoria primera, cuyo primer párrafo dice: “La presente ley regirá todas las comunidades de propietarios, cualquiera que sea el momento en que

fueron creadas y el contenido de sus estatutos, que no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la misma". Se emplea aquí la misma técnica de "sustitución" que, por ejemplo, en la disposición transitoria primera de la ley de 17 de junio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas: "La presente ley se aplicará a todas las sociedades anónimas, cualquiera que sea en momento en que fueron creadas y el contenido de sus estatutos, que no podrán ser aplicados en contradicción con esta ley, cuando se trate de regular los actos o contratos que se produzcan a partir de su publicación o que, originados con anterioridad, no se hubieren totalmente ejecutado bajo el imperio de la legislación que se deroga".

Cuando se trata de leyes continuadoras (compilaciones, textos refundidos, reglamentos de leyes anteriores, etc.) la declaración de "sustitución" de las disposiciones y actos anteriores no tiene trascendencia retroactiva propiamente dicha: el texto promulgado rige el pasado porque no lo altera, ya que solamente interpreta o desenvuelve las disposiciones vigentes.

Sin embargo, cuando la técnica de "sustitución" es empleada por una ley realmente novatoria, inmediatamente caemos en el campo de la retroacción propia, y generalmente en un alto grado.

La disposición transitoria primera de la Ley de Propiedad horizontal obedece, no sólo a un deseo de *seguridad y uniformidad*, sino especialmente al acusadísimo carácter inderogable de la ley, que le hace proyectar su imperio sobre determinadas situaciones adquiridas.

A pesar de todo, no puede decirse, sin más, que la Ley de Propiedad horizontal tenga efectos retroactivos en cualquier caso. La Ley deroga todo el derecho anterior para el futuro (disposición final); además, le priva de eficacia, también para el futuro, en cuanto a ciertas situaciones creadas con anterioridad que normalmente exigirían la aplicación del derecho derogado, y a las cuales, *excepcionalmente*, les será aplicada la nueva norma. Para ello, no autoriza a afirmar que la ley haya optado por una retroactividad en grado máximo, porque no se trata de una declaración general, sino sólo parcial, de retroactividad. Y en lo demás, evidentemente rige la presunción de irretroactividad del artículo tercero del Código civil.

Creo que, en realidad, se trata de la eficacia que puedan tener los actos en proceso, cuyo proceso puede quedar paralizado o alterado por la nueva legislación *en una forma indirecta*, por cuanto la Ley declara inaplicables las normas estatutarias contrarias a ella. Si bien se mira, la disposición

transitoria primera de la Ley de Propiedad horizontal, tiene menor contenido retroactivo que la disposición transitoria primera de la Ley de Sociedades Anónimas. La que parece, efectivamente, en ésta, un inciso restrictivo (“*actos o contratos... que, originados con anterioridad, no se hubieren totalmente ejecutado*”), es en realidad *un refuerzo de la retroactividad que no se contiene en la Ley de Propiedad horizontal*.

5.— Una de las cuestiones más importantes que ofrece la Ley es la de la *prelación de fuentes*.

Como es sabido, la acostumbrada asimilación de la propiedad horizontal a la comunidad de bienes, llevaba a la aplicación del artículo 392, párrafo 2.^a del Código civil, según el cual “*a falta de contrato o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad con las prescripciones de este título*”.

Este sistema de prelación de fuentes ha cambiado con la nueva técnica. De una parte, porque la concepción de la propiedad horizontal en la Ley que comentamos supone un alejamiento consciente de la comunidad de bienes, por lo que las normas referentes a ésta sólo podrán aplicarse con sumo cuidado y cuando realmente no haya otra solución; y de otra parte, debido al carácter inderogable de la nueva regulación. Todo ello parece tener su reflejo en el nuevo artículo 396 del Código civil, según el cual, la propiedad horizontal, “*se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados*”.

Todo ello permite esbozar el siguiente sistema de prelación de fuentes:

a) Disposiciones inderogables de la Ley de Propiedad horizontal. Deberá entenderse que, en principio, todas las normas de esta ley son inderogables, salvo que de las mismas se deduzca lo contrario.

b) Disposiciones inderogables del Código civil sobre la propiedad en general, cuando se trate de la propiedad sobre cada piso o local; y disposiciones inderogables del Código civil sobre la comunidad de bienes, cuando se trate de los derechos de los comuneros sobre las cosas comunes.

c) Disposiciones de los estatutos, y acuerdo de la Junta de propietarios adoptadas por unanimidad.

d) Disposiciones derogables de la nueva ley.

e) Disposiciones derogables del Código civil sobre la propiedad en general, en cuanto se trate de cuestiones relativas a la propiedad individual sobre el piso o local; y disposiciones derogables del Código civil sobre comunidad de bienes, cuando se trate de las relaciones procedentes de los derechos sobre las cosas comunes.

6. — Un último problema, de sencilla solución, es el de si la Ley de Propiedad horizontal es de aplicación a todo el territorio nacional y, por lo tanto, ley general. Lo afirma, en efecto, el preámbulo de la ley, y lo justifica, ante todo, por la razón de política legislativa de que la necesidad a la cual sirve se manifiesta por igual en todo el territorio. Sea o no justificación suficiente, es evidente que ante la clara expresión del preámbulo no caben en este caso las dudas que se presentaron sobre la aplicabilidad a todo el territorio nacional de las leyes posteriores al Código civil cuyo contenido quedó incorporado al articulado del mismo (Ley de Ausencia, ley de abril de 1958, etc.).

LLISTA DE SUBSCRIPTORS

Exma. Diputació Provincial de Barcelona
Exma. Diputació Provincial de Girona
Exma. Diputació Provincial de Lleida
Exma. Diputació Provincial de Tarragona
Exm. Ajuntament de Barcelona
Il·lustre Col·legi Notarial de Barcelona
Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona
Il·lustre Col·legi d'Advocats de Balears
Il·lustre Col·legi d'Advocats de Mataró
Il·lustre Col·legi d'Advocats de Sant Feliu de
Llobregat
Il·lustre Col·legi d'Advocats de Tarragona
Abadal i Vinyals (Ramon d')
Adroer i Calafell (Josep O.)
Ainaud de Lasarte (Josep M.^a)
Arqués i Campillo (Daniel)
Arqué i Cantillo (Josep M.^a)
Artigas i Castelltort (Francesc)
Ballbé i Prunés (Manuel)
Bergós i Massó (Antoni)
Borrell i Soler (família)
Borrell i Macià (Antoni)
Bosacoma i Pou (Jaume)
Bosch i Potensà (Joan Bta.)
Cabré i Oliva (Josep)
Camps i Arboix (Joaquim de)
Carreras i Artau (Joaquim)
Carreras i Guiteras (Narcís de)
Cardona i Romeu (Eduard)
Casals i Coldecarrera (Miquel)
Clavell i Borràs (Ramon)
Comas i Valls (Joan)
Condomines i Valls (Francesc d'A.)
Culí i Verdager (Frederic)
Durà i Bellido (Jordi)
Elias i Brusi (Joan Antoni)
Escofet i Soler (Joan)
Fabregat i Planas (Josep M.^a)
Faus i Esteve (Ramon)
Garcia Tornel i Florensa (Llorenç)
Gay de Montellà (Rafael)
Gubern i Fàbregas (Santiago)
Iglesias i d'Abadal (Marià)
Isern i Dalmau (Eusebi)
Jardí i Casany (Enric)
Joaniquet Extremo (Aurelio)
Maluquer i Rosés (Joan)
Maspons i Anglesell (Francesc de P.)
Massot i Balaguer (Lluís)
Montagud i Borja (Josep M.^a)
Navarro Azpeitia (Fausto)
Noguer i Comet (Ramon)
Noguera i Guzmán (Ramon de P.)
Obiols i Taberner (Carles)
Panadés i Casanovas (Enric)
Pi i Suñer (Josep M.^a)
Porcioles i Colomer (Josep M.^a)
Puig de la Bellacasa i Deu (Lluís)
Ripoll i Fortuño (Francesc d'A.)
Roca i Sastre (Ramon M.^a)
Roda i Ventura (Frederic)
Rodon i Queralt (Francesc)
Rubió i Tudurí (Marià)
Sagarra i Zaccarini (Josep Lluís)
Semir i Rovira (Agustí de)
Serrahima i Bofill (Maurici)
Tintoré i Oller (Jordi M.^a)
Tries i Bertran (Carles)
Tries de Bes (Josep M.^a)
Ventosa i Calvell (Joan)
Verdaguer (Nicolau)
Verdaguer i Cortés (Gregori)

**Acabat d'imprimir als Tallers Tipogràfics
d'Ariel, S. A. de Barcelona,
el 23 d'abril de 1962,
diada de Sant Jordi**

