

HECTOR L. MACQUEEN, ANTONI VAQUER ALOY  
I SANTIAGO ESPIAU ESPIAU (ED.), *REGIONAL PRIVATE LAWS  
AND CODIFICATION IN EUROPE*, CAMBRIDGE,  
CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2003

L'obra que examinem està dedicada als drets privats regionals i està guiada pel fenomen de l'«europeïtzació» o harmonització dels diversos drets privats europeus. En efecte, a Europa hi ha regions i països, com ara Escòcia o Catalunya, que, tot i que no constitueixen un estat, ostenten, d'acord amb l'organització interna de l'estat al qual pertanyen, competències per a desenvolupar un dret civil propi (art. 149.1.8 de la Constitució espanyola [CE]). És per això que aquestes regions i nacions se senten legitimades per a participar en la configuració del nou dret privat europeu harmonitzat. Amb la mateixa raó o més, es consideren també legitimats per a contribuir a aquest procés aquells nous estats europeus que, com és el cas d'Estònia, han recuperat —amb l'acabament de la Guerra Freda— la seva independència<sup>1</sup> i tot just l'any 2004 s'han convertit en nous estats membres de la Unió Europea.

1. Les tres repúbliques bàltiques van recuperar la seva independència respecte a l'URSS arran de l'intent de cop d'estat soviètic que va patir la federació russa l'agost de 1991. El 20 d'agost de 1991, Estònia es va autoproclamar estat independent.

Ara bé, tot i que l'interès pels drets privats regionals europeus actua com a estímul de l'obra, el contingut d'aquesta ultrapassa les fronteres europees per tal d'establir paral·lelismes, ben il·lustratius, amb altres drets regionals d'arreu del món. El llibre inclou, doncs, aportacions relatives als drets privats especials del Quebec, al Canadà, i de la Louisiana, als Estats Units. Aquest plantejament es revela encertat, ja que, al cap i a la fi, l'harmonització del dret privat europeu haurà de consistir en una aproximació i —si cal— una conciliació entre l'anomenat *civil law* (és a dir, el dret civil continental, que té com a paradigmes els drets privats francès i alemany) i el *common law*,<sup>2</sup> que a Europa està representat pels drets de la Gran Bretanya i Irlanda i, parcialment, també pel dret d'alguns dels països escandinaus.

Doncs bé, partint d'aquesta necessària aproximació entre el *civil law* i el *common law*, és saludable l'interès del llibre per aquests altres drets regionals no europeus. Si més no, això demostra un exemple extret d'algunes de les col·laboracions de l'obra: per a articular el nou dret privat d'Estònia adaptat a l'economia de mercat que en aquest país tot just comença, el legislador estonià ha cridat com a assessor el professor A. N. Yiannoulos, un dels millors especialistes de la Louisiana, que té un sistema mixt o de coexistència entre el *droit civil* i el dret anglosaxó.<sup>3</sup>

Malgrat l'encert d'aquesta aproximació al fenomen dels drets privats regionals, es detecta en el llibre una mancança, per més que aquesta és explicable per raons que fins a un cert punt li són externes: malgrat la data de la publicació (2003), l'obra es va acabar amb una certa anterioritat, atès que es tracta d'un recull de les ponències i comunicacions presentades en el seu dia al I Congrés Internacional sobre els Drets Privats Regionals a Europa, que va tenir lloc a la Universitat de Lleida l'any 2000.<sup>4</sup> Segurament per aquesta raó, ha estat difícil per als coautors i coordinadors de l'obra tenir en compte alguns esdeveniments posteriors, decisius per al futur dels drets regionals europeus i, en definitiva, per a l'harmonització del dret privat europeu. Ens referim, d'una banda, a la modernització del dret de

2. «If there is ever to be a European civil code [...] it will have to be equally accessible to the Common law and the Civil Law traditions; in other words, it will have to be “mixed”.» Vegeu Hector L. MACQUEEN, «Scots Law in Europe: the case of contract», a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws and Codification in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 117.

3. Així ho relaten tant Shael HERMAN, «Epistle to Catalonia», a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 241, com Martin KAËRDI, «Estonia and the new civil law», a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 253.

4. Entre el 27 i el 29 d'abril de 2000.

les obligacions a Alemanya (2001),<sup>5</sup> a la publicació de la tercera part dels Principis de dret contractual europeu (2002-2003)<sup>6</sup> i a la conclusió dels treballs de redacció de la futura Constitució europea. Precisament per la seva influència negativa per al desenvolupament i l'eventual ampliació de l'àmbit dels drets regionals europeus, aquesta última realitat s'ha de seguir de molt a prop: tot ignorant les recomanacions del Consell Europeu de Laeken (14 i 15 de desembre de 2001),<sup>7</sup> l'últim esborrany de la Constitució de la UE (2003)<sup>8</sup> es resisteix a reconèixer cap mena d'estatus o posició singular a aquelles regions europees que, dins del seu estat respectiu, tenen atribuïdes competències legislatives.

En qualsevol cas, tot i que consta de catorze aportacions independents, es podrien assenyalar dintre del llibre quatre seccions o blocs temàtics:

— Harmonització i, si escau, codificació del dret privat europeu. Corresponen a aquesta secció tant la introducció de l'obra, a càrrec d'Hector L. MacQueen,<sup>9</sup> com l'aportació de Reinhard Zimmermann («The civil law in European codes»)<sup>10</sup> i, parcialment també, l'informe de la coautora grega Eugenia Dacoronia («The evolution of the Greek civil law».<sup>11</sup>

— Sistemes mixtos: el d'Escòcia, profusament representada (amb les aportacions núm. 2-5, p. 60-135),<sup>12</sup> i el de la Louisiana (núm. 10, p. 221-250). Aquesta

5. Mitjançant la Schuldrechtsmodernisierungsgesetz de 26 de novembre de 2001.

6. Guiant-nos per la pàgina web de la Comissió per al Dret Contractual Europeu (l'anomenada *Comissió Lando*; vegeu [http://web.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission\\_on\\_ecl/index.html](http://web.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html)), aquesta tercera part dels Principis ha aparegut amb data de 25 de maig 2002 i ha estat publicada el 2003 per l'editorial Kluwer Law International.

7. Vegeu l'«Anexo a las conclusiones de la presidencia», a *Consejo Europeo de Laeken (14 i 15 de desembre de 2001)*, p. 20, 21, 22 i 24.

8. L'esborrany de la Constitució va ser presentat al Consell Europeu de Tessalònica de 19 i 20 de juny de 2003 per Valéry Giscard d'Estaing, president de la Convenció i persona a qui es va encarregar la redacció de la Constitució. Posteriorment, durant les sessions de 18 i 19 de juny de 2004 del Consell Europeu de Brussel·les, els caps d'estat i de govern dels estats membres de la UE van adoptar un acord sobre la Constitució europea, que es preveu que sigui signada oficialment per aquells el 29 d'octubre de 2004. Tot i això, la Constitució només podrà entrar en vigor un cop sigui ratificada per cadascun dels estats membres de la UE, d'acord amb les normes constitucionals respectives.

9. Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 1-17.

10. Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, núm. 1, p. 18-59.

11. Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, núm. 14, p. 288-305.

12. Vegeu en el llibre les aportacions de Niall R. Whitty, sobre la història del dret escocès i la seva legislació («A token of independence: debates on the history and development of Scots

última col·laboració («Epistle to Catalonia: romance and “rentabilidad” in an anglophone mixed jurisdiction»), obra del professor Shael Herman, de la Tulane University, mereix ser destacada. Amb ella, el professor Herman ha fet no només una brillant introducció a l'ordenament de la Louisiana (i, particularment, al seu Code civil, de 1808), sinó, fins i tot, un petit tractat sobre la història, la societat i l'economia louisianeses, i, en darrer terme, sobre què és la pràctica jurídica als Estats Units.

— Nacions sense estat, com és el cas de Catalunya (núm. 6-9)<sup>13</sup> i el Quebec (núm. 12-13).<sup>14</sup>

— Nous estats europeus, representats per Estònia, gràcies a la precisa i alhora enlluernadora anàlisi del senyor Martin Kaerdi, del Ministeri de Justícia estonià (núm. 11, p. 250-259).

Malgrat aquesta diversitat de temes i d'autors, es poden induir del contingut de l'obra tres línies argumentals essencials: en primer lloc, el pas de la diversitat dels drets privats europeus a un futur dret unitari harmonitzat i, eventualment, codificat; en segon lloc, la unitat substancial o, com a mínim, l'harmonia actualment ja existent entre les regles contractuals dels països europeus; i, finalment, l'anàlisi de la funció que, en el procés d'harmonització del dret privat europeu, aconsegueix el dret comparat.

---

Law», p. 60-82); d'Eric Clive, sobre el perfil i el possible contingut d'un futur Codi civil escocès («The Scottish civil code project», p. 83-101); d'Hector L. MacQueen, sobre la similitud entre les regles contractuals escoceses i els Principis Lando o Principis de dret contractual europeu («Scots Law in Europe: the case of contract», p. 102-117), i, finalment, de David L. Carey Miller, sobre el sistema de transmissió de la propietat a Escòcia («Scottish property: a system of civilian principle», p. 118-135).

13. Corresponen a aquest apartat les contribucions de Ferran Badosa Coll, sobre les fonts i la tradició jurídica catalanes, així com a la inaplicació virtual del dret civil català per part dels tribunals i les autoritats espanyoles (vegeu «*Quae ad ius cathalanicum pertinet*, the civil law of Catalonia», núm. 6, p. 136-163); de Núria de Gispert, sobre la necessitat d'un codi civil català («The codification of Catalan civil law», núm. 7, p. 164-171); de Santiago Espiau, sobre la compatibilitat entre els principis del dret civil patrimonial de Catalunya i els principis del dret privat europeu harmonitzat (vegeu «Unification of the European Law of obligations and codification of catalan civil law», núm. 8, p. 172-198), i, finalment, d'Antoni Vaquer, sobre la regulació de l'acció pauliana a Catalunya i en el dret comparat («From revocation to non-opposability: modern developments of the Paulian action», núm. 9, p. 199-220).

14. Com a aportacions sobre el dret civil quebequès s'inclouen la de Claude Masse, que descriu la coexistència entre el *civil law* i el *common law* al Quebec («The positive experience of the civil Code of Quebec in the North American common law environment», núm. 12, p. 260-266), i la d'Esther Arroyo, sobre els orígens del Codi civil quebequès i les conseqüències dels processos codificadors («From the code civil du Bas Canada to the code civil Quebecois», núm. 13, p. 267-283).

## 1. DES DE LA DIVERSITAT DELS DRETS PRIVATS EUROPEUS FINS A UN CODI CIVIL EUROPEU?

Com ja s'ha apuntat més amunt, tot i que l'obra i els seus autors constaten la contraposició entre el *civil law* i el *common law*, la majoria creuen que és possible superar-la. Tal com planerament expressa en el llibre Hector L. MacQueen, el sol fet de l'existència arreu del món dels anomenats *sistemes mixts* —on el *droit civil* i el *common law* necessàriament han de coexistir i, a més, poden fer-ho— constitueix en si mateix una prova suficient que no hi ha incompatibilitat intel·lectual o de principi entre ambdós sistemes.<sup>15</sup> Si més no, com a mínim, dos factors propicien aquesta realitat:

— D'una banda, la necessitat de fer front a uns mateixos imperatius econòmics i sociopolítics, imposats per l'economia de lliure mercat i per l'estat social de dret (*Welfare State*). Partint d'aquestes premisses, és comprensible que en aquesta obra s'arribi a constatar —tal com fa Claude Masse, p. 266—<sup>16</sup> que «[t]he Civil Law of Quebec has not remained closed to Common Law experience. In fact, Quebec has benefited from the example of Common Law to integrate into its law system some institutions or orientations that were foreign to Civil Law».

Crec que hi ha exemples significatius que corroboren la conclusió d'aquest autor: així, per exemple, en qüestió de responsabilitat civil per productes defectuosos, no només les decisions dels tribunals quebequesos,<sup>17</sup> sinó fins i tot les pròpies directives de la Unió Europea, han begut de la font que representa la jurisprudència del *common law* nord-americà.<sup>18</sup> «Amèrica —s'ha dit— és el país

15. «A Scots lawyer might begin a response to Legrand's arguments by asking whether the existence of "mixed" systems of law such as those of Scotland does not at least raise questions about the supposed incompatibility of the Civil Law and the Common Law» (so MacQueen, *Introduction zu Regional Private Laws*, p. 10). Com a opinió contraposada a aquesta de MacQueen, vegeu Pierre LEGRAND, «European legal systems are not converging», *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 45 (1996), p. 52-81, esp. p. 74 i seg., on l'autor s'endinsa en les, segons ell, «irreducible differences» entre el *civil law* i el *common law*.

16. Vegeu la ja citada (*supra* nota 14) col·laboració de Masse, «The positive experience of the Civil Code of Quebec», a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 260-266.

17. En matèria de responsabilitat civil per productes defectuosos, és usual que les decisions judicials quebequeses de *droit civil* es remuntin a la jurisprudència del *common law* com a argument d'autoritat (vegeu com a exemple la decisió de la Cour Supérieure du Québec de 8 de gener de 1995, relativa a l'assumpte Boréal Assurances Inc. vs. A-1 Rent-A-Tool Inc. et Autres, a *Recueil en Responsabilité et Assurance*, 1995, p. 914 i seg.).

18. Vegeu la Directiva 1985/374/CEE, de 25 de juliol de 1985, sobre responsabilitat civil per productes defectuosos. Si més no, la noció de *defecte* de l'article 6 d'aquesta directiva ha estat

clàssic de la *products liability*.»<sup>19</sup> Aquesta funció pionera de la jurisprudència dels Estats Units s'explica perquè, com que es van recuperar abans que Europa de la Segona Guerra Mundial, els Estats Units d'Amèrica estaven en millor situació que els estats europeus per a impulsar el *Welfare State* i, juntament amb aquest, les idees d'aquells teòrics de la responsabilitat empresarial<sup>20</sup> que propugnaven que la responsabilitat del fabricant pels seus productes havia de ser objectiva o desvinculada de la seva culpa o negligència.

— D'altra banda, tal com Reinhard Zimmermann recorda de nou en aquesta obra (p. 24),<sup>21</sup> hi ha una tradició jurídica comuna als pobles europeus. Aquest substrat jurídic comú que suporta els diversos drets privats europeus és el *ius commune*, és a dir, el dret romà canònic, tal com el van conformar i explicar, inicialment, els juristes medievals (glossadors i postglossadors),<sup>22</sup> posteriorment els autors de l'iusracionalisme<sup>23</sup> i, finalment, al segle XIX, els pandectistes germànics. En aquesta tradició jurídica europea, hi participa fins i tot el *common law* anglosaxó,<sup>24</sup> no només perquè adopta el mètode casuístic característic del dret romà compilat per Justinià, sinó perquè fins i tot resol qüestions neuràlgiques a partir de regles romanes clàssiques. És el cas de la regla «*omnis condemnatio pe-*

---

inspirada pel § 402.A de la *U. S. Restatement of the Law, Second, On Torts (American Law Institute, St. Paul, 1964)*, síntesi de les decisions dels tribunals nord-americans sobre la matèria que preten actuar com a guia de futures decisions judicials.

19. Vegeu Werner LORENZ, «Länderbericht und rechtsvergleichende Betrachtung zur Haftung des Warenherstellers», *Arbeiten zur Rechtsvergleichung*, Frankfurt am Main und Berlin, 1966, p. 5 i seg., esp. p. 33.

20. Cal considerar els principals investigadors sobre aquesta matèria: Fleming James («Products Liability», *Texas Law Review*, núm. 34 [1955-56], p. 44 i seg.) i Friedrich Kessler («Products Liability», *The Yale Law Journal*, núm. 76 [1967], p. 887 i seg.).

21. En realitat, l'existència d'aquest substrat jurídic europeu comú ja ha estat posada en relleu per treballs anteriors de Zimmermann (veg. p. ex. «Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit», *Juristen Zeitung*, 1992, p. 8 i seg.).

22. La designació *postglossadors* és criticada per alguns historiadors del dret, que opten per designar aquests juristes amb el terme *comentadors (Kommentatoren)*; cfr. Hans SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg, C. F. Müller, 2001, p. 41).

23. Substancialment, Hugo Grotius. Tal com repetidament fa veure Zimmermann en aquesta obra (Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 38, 42, 45, 47 i 49), a Grotius es deu la formulació de regles clau del dret civil continental (com ara el sistema consensual de transmissió de la propietat, la clàusula general de responsabilitat per fet il·lícit i les regles per a la correcció de l'enriquiment injust), tot i que, sovint, aquest autor va inspirar-se en idees prèvies de la segona escolàstica espanyola del segle XVI.

24. Sobre la influència romanocanònica en el dret civil anglosaxó, vegeu el ja citat treball de Shael HERMAN, «Epistle to Catalonia», a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 224, així com la bibliografia citada per aquest mateix autor.

cuniaria»,<sup>25</sup> l'assumpció de la qual determina que tant el dret romà com el dret anglès no admetin la pretensió de compliment específic o *in natura*.

És cert que, malgrat aquest substrat o aquesta tradició comuna, van arribar a suscitar-se diferències essencials entre els diversos drets nacionals i regionals europeus, fins i tot dintre de l'àmbit del *civil law* o dret civil continental. Ara bé, aquestes diferències poden explicar-se tant en funció d'una interpretació divergent de les fonts romanes com, sobretot, per l'efecte del moviment codificador dels segles XVIII i XIX. En la mesura que les codificacions són obra de la «sobirania nacional»<sup>26</sup> i queden implicades en la construcció dels «estats nacionals» moderns, l'associació entre nacionalisme i codi civil sembla inevitable.

Tot i això, aquestes diferències nacionals són reconduïbles de nou a un denominador comú. Així ho demostra la *fundamental intellectual unity*<sup>27</sup> que —tal com posa en relleu R. Zimmermann— existeix entre les regles contractuals de la majoria dels països d'Europa. D'altra banda, la mateixa pràctica jurídica propicia l'aproximació, ja que cap sistema nacional és portat fins a l'extrem. Si més no, així es pot comprovar en l'àmbit de la responsabilitat extracontractual: ni els tribunals alemanys es deixen lligar les mans per l'enumeració taxativa dels béns jurídics protegits del § 823 BGB, ni, inversament, els jutges francesos permeten que la clàusula general de responsabilitat per danys de l'article 1382 del Code civil obri la porta a les reclamacions per la lesió de qualsevol mena d'interessos.<sup>28</sup>

Doncs bé, pensant en aquesta contribució activa dels tribunals a la flexibilització de les regles pròpies i, consegüentment, a l'aproximació dels diferents ordenaments nacionals i regionals, es troba a faltar en el llibre una major atenció dels coautors a la jurisprudència del propi país de procedència i, si escau, a la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea.

En qualsevol cas, partint —com fan els autors d'aquesta obra— de la tra-

25. En canvi, sobre la flexibilització o, fins i tot, supressió d'aquesta regla en el dret civil continental, vegeu R. ZIMMERMANN, a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 47-48, que remet al tractat del mateix Zimmermann *Law of Obligations*, Capetown, Juta & Co, Ltd., 1990, p. 770 i seg.

26. Així ho assenyala Franz Wieacker respecte a la codificació francesa: Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1952, p. 210.

27. Vegeu R. ZIMMERMANN, a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 56.

28. «Courts and legal writers in the one country have had to restrict the range of application of an all too liberal provision, while in the other country they are devising strategies of extending the scope of an all too narrowly conceived liability regime.» Vegeu R. ZIMMERMANN, a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 44.

dició compartida que representa el *ius commune* i de la convicció sobre la possible superació de les divergències nacionals, s'arriba a plantejar la possibilitat d'un codi civil únic per a tota Europa. Quant a la qüestió de com seria, doncs, aquest codi civil unitari, alguns coautors assenyalen que necessàriament hauria de contenir un feix de regles i principis bàsics formulats de mode abstracte. Això equival a mantenir que el futur codi civil europeu seguirà el model dels codis civils continentals,<sup>29</sup> cosa que s'explica perquè el mètode casuístic del *common law* no sembla adient per a la unificació o l'harmonització jurídica europea: hem de pensar com seria de difícil per als juristes de diverses procedències i formació heterogènia veure's obligats en cada moment a trobar per la via empírica o inductiva la regla aplicable a cada cas concret o cada nova situació que se'ls presentés. En canvi, un conjunt preexistent de principis abstractes i formulats per escrit és susceptible de ser indefinidament aplicable, per via de l'analogia, a noves situacions i problemes.<sup>30</sup>

Això no vol dir que el sistema del *common law* no pugui aportar res a un futur codi civil europeu comú. Doncs bé, la realitat demostra més aviat el contrari: les codificacions parcials ja existents en matèria de contractes, com és el cas dels anomenats *Principis Lando* (PECL) i dels Principis Unidroit (Unidroit Principles of International Commercial Contracts),<sup>31</sup> han adoptat la tècnica americana del *Restatement*, de manera que, en les esmentades codificacions europees de regles contractuals, cada precepte va acompanyat d'un recull detallat de comentaris i aclariments.

En definitiva, aquesta realitat pot portar-nos a sostenir que, si mai arriba a existir un codi civil europeu unitari, aquest cos legal deurà al *droit civil* el seu contingut o substància, però, en canvi, la seva forma serà tributària del *common law*.

Ara bé, tot i que d'aquesta manera pugui aconseguir-se un codi civil per a Europa, una qüestió diferent és fins a quin punt les autoritats i els grups de pressió europeus estan interessats a fer-lo realitat. Guiant-nos en aquest punt per l'últim pronunciament del legislador europeu, la qüestió sembla força ober-

29. «Yet if European private law is ever to become positive law within the European Union, it seems inevitable that it will do so in legislative, and therefore in codal form [...]» Vegeu Hector L. MACQUEEN en la introducció a *Regional Private Laws*, p. 16.

30. «For Civil Code readers, "generalization is the soul of codification". The Civil Code's susceptibility to analogical reasoning makes it a reservoir of solutions to unanticipated problems.» Vegeu Shael HERMAN, «Epistle to Catalonia», a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 229.

31. Recentment (19-21 d'abril de 2004), ha estat publicada una nova versió dels Principis Unidroit (vegeu [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)).



ta, ja que una «comunicació» de la Comissió Europea de l'any 2003, adreçada al Parlament Europeu i la qual conté un «pla d'acció» per a un «dret contractual europeu més coherent», es limita a afirmar que, ara per ara, s'està reflexionant sobre les bases que han de permetre establir un «instrument jurídic opcional» relatiu al dret contractual europeu, i aquest instrument ni tan sols s'anomena o es designa com a «codi».<sup>32</sup>

## 2. L'HARMONIA SUBSTANCIAL EN MATÈRIA DE DRET CONTRACTUAL

Amb independència de l'existència possible o hipotètica d'aquest futur codi civil europeu, hi ha un sector del dret privat en el qual des de fa més temps és perseguida l'harmonia i en el qual, a més a més, aquesta sembla assolible. Ens referim a les regles contractuals dels països europeus, l'aproximació de les quals resulta imprescindible per a aconseguir un mercat interior europeu unitari on estigui garantida la lliure circulació de béns i serveis i de persones i capitals.<sup>33</sup>

Si ens guiem per l'aportació de Zimmermann a aquesta obra (p. 57), les normes sobre obligacions i contractes dels països europeus presenten un cúmul de trets comuns que permeten afirmar que, ja en aquest moment, existeix un dret contractual europeu harmònic o homogeni. Seguint també Zimmermann (p. 57), aquests trets comuns són: uns mateixos límits de l'autonomia de la voluntat (la llei i la moral), unes fonts o fets creadors d'obligacions que són coincidents (el contracte, els fets il·lícits i alguns quasicontractes, com són l'enriquiment sense causa i la gestió d'affers aliens sense mandat) i uns fonaments d'impugnació dels negocis jurídics que també són coincidents, així com la llibertat de forma o l'exigència d'equilibri de les prestacions (que no cal, però, que

32. Vegeu «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Un derecho contractual europeo más coherente: Plan de acción», Brusel·les, 12 de febrer de 2003, COM (2003), p. 68 *in fine*; vegeu especialment la pàgina 2 d'aquest document, que al·ludeix a «una futura reflexión sobre un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo».

33. Sobre la necessitat d'assolir aquest objectiu, vegeu el preàmbul de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de maig de 1999, sobre determinats aspectes de la compravenda de béns de consum i de les garanties: «Considerando [...] que la libre circulación de mercancías no se refiere solamente al comercio profesional, sino también a transacciones efectuadas por los particulares; que la libre circulación implica que los consumidores residentes en un Estado miembro deben poder adquirir bienes en el territorio de otro Estado miembro con arreglo a un conjunto mínimo uniforme de normas equitativas que regulen la compravenda de bienes de consumo.» Vegeu el considerant segon de la directiva esmentada i el *Diari Oficial de la CE*, núm. L-171, de 7 de juliol de 1999, p. 12.

sigui econòmic o quantitatiu),<sup>34</sup> i, finalment (encara que sense ànim exhaustiu), l'admissió generalitzada de la pretensió de compliment específic o *in natura*.

Doncs bé, és sobre aquesta base comuna que tant el legislador comunitari europeu com una rastellera de grups de juristes<sup>35</sup> dedicats als estudis de dret comparat es proposen articular un «ideal system of contract law» (p. 104).

### 3. LA FUNCIO DEL DRET COMPARAT

Ni les directives comunitàries en matèria de protecció del consumidor ni tampoc els Principis Lando i els Principis Unidroit, no serien concebibles sense els esforços anteriors de recerca del dret comparat, específicament sense la ingent aportació feta entre els anys trenta i cinquanta del segle XX pel jurista alemany Ernst Rabel (1874-1954).<sup>36</sup> Només gràcies a la tasca de Rabel va poder arribar a existir l'anomenada *Convenció de Viena* (Convenció de les Nacions Unides sobre la compravenda internacional de mercaderies, feta a Viena l'11

34. En contraposició amb la majoria dels drets civils continentals (com és el cas dels codis civils francès i espanyol) i amb les directives comunitàries (vegeu, per totes, l'art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 d'abril, sobre les clàusules abusives en els contractes de consum, precepte que, en favor de la lliure formació de preus en el mercat, renuncia a controlar o avaluar l'adequació o equivalència quantitativa entre les prestacions objecte del contracte), el dret civil català exigeix, en canvi, que l'equilibri de les prestacions sigui no només formal, sinó també econòmic. Així ho demostra la curosa regulació de la figura de la rescissió per lesió *ultra dimidium* dels articles 321 i següents del CDCC. Tot i això, es pot argumentar —tal com fa en aquesta obra Santiago Espiau (Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 197-198)— la compatibilitat entre la institució catalana indicada i el futur dret europeu harmonitzat: una facultat d'impugnació del contracte lesiu reconeguda a qualsevol dels contractants (i no, com fa ara el dret català, només al venedor) i basada no només en el desequilibri quantitatiu objectiu de les prestacions, sinó en la situació d'inferioritat en què un dels contractants es va veure induït a contractar, és compatible amb els postulats del dret patrimonial europeu unificat (i, concretament, amb la figura de la *Gross Disparity*, codificada per l'art. 4:109 dels Principis Lando).

35. Per a una relació dels diversos grups europeus d'estudi del dret comparat, vegeu la introducció d'Hector L. MACQUEEN a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 5-9.

36. L'any 1929, Vittorio Scialoja, que llavors era director de l'institut internacional UNIDROIT, va encarregar a Rabel un «informe» sobre la possibilitat d'unificar les regles relatives a les compravendes de mercaderies transfrontereres. L'any 1935 es va presentar a la Societat de Nacions un esborrany d'un conveni sobre aquesta matèria elaborat per Rabel (1935 *U.D.P. Proj. I*). Tot i que aquesta tasca d'unificació internacional es va veure interrompuda pel forçat exili de Rabel als Estats Units, es va poder reprendre poc després de l'acabament de la Segona Guerra Mundial, i el 1951 Rabel va poder presentar a l'ONU un nou projecte, que va constituir la base sobre la qual es van elaborar les dues lleis uniformes de la Haia (d'1 de juliol de 1964) sobre la venda internacional de béns mobles corporals i, més endavant, el mateix Conveni de Viena sobre la compravenda internacional de mercaderies.

d'abril de 1980), i ha estat precisament aquest tractat internacional l'instrument jurídic que ha servit, tant al legislador europeu com als grups de treball en matèria de dret comparat, com a model per a la possible aproximació entre el *civil law* i el *common law*.<sup>37</sup>

A diferència de molts altres iuscomparatistes, que no aconsegueixen anar més enllà de la mera descripció dels diversos sistemes jurídics, Rabel es va esforçar, en canvi, per descobrir i reconstruir el possible lligam o vincle intel·lectual entre figures jurídiques procedents de diversos sistemes, i, subsegüentment, a partir d'aquest va formular normes uniformes que poden ser assumides com a pròpies per tots els sistemes comparats. L'article 35 de l'esmentada Convenció de Viena representa un bon exemple d'aquest mètode: aquest precepte, inspirat en l'article 37 del primer projecte de Convenció elaborat per Rabel,<sup>38</sup> resulta de la minuciosa comparació establerta per aquest jurista entre el concepte de *vici o defecte occulte de la cosa venuda* propi del *droit civil*, que és de caire objectiu, i el concepte paral·lel, preponderantment subjectiu, del *common law*.<sup>39</sup> Si més no, la vigència i la idoneïtat de la noció uniforme encunyada per Rabel es veu reblada pel fet que aquesta mateixa ha servit de model tant a l'article 2 de la recent directiva comunitària sobre garanties de la cosa venuda en la compravenda de béns de consum (Directiva 1999/44/CE, de 25 de maig de 1999),<sup>40</sup> com a l'inspirat per ell § 434 del Codi civil alemany (BGB) reformat.<sup>41</sup>

Aquest mètode propi de Rabel sembla l'únic mètode o sistema de treball possible en matèria de dret comparat. La mera descripció i recopilació de fonts relatives als diversos sistemes jurídics és, en canvi, poc constructiva, i, cosa que

37. Hi ha coincidència entre diversos coautors de *Regional Private Laws* sobre la decisiva influència de la Convenció de Viena en els treballs per a la unificació internacional del dret privat (en aquest sentit, vegeu, en l'obra esmentada, R. Zimmermann, p. 21; Clive, p. 91; MacQueen, p. 104; Herman, p. 228, i, de manera especial, Kaërdi, p. 257).

38. Vegeu *supra* nota 36.

39. Per tal d'aconseguir l'aproximació entre aquests conceptes divergents de *vici o defecte occulte de la cosa venuda*, Rabel es va guiar per l'anterior § 459 del Codi civil alemany, precepte que representa una síntesi entre el concepte rigorosament objectiu de *vici occulte* del Codi civil francès (art. 1643) i el més aviat subjectiu del dret anglosaxó (vegeu, per tots, l'art. 14 de l'anterior Sale of Goods Act britànica, de 1893, que és el text amb el qual va treballar Rabel).

Sobre els orígens de l'article 35 de la Convenció de Viena i la seva influència en l'article 2 de la Directiva 1999/44/CE, i sobre les garanties en la compravenda de béns de consum, vegeu Juana MARCO MOLINA, «La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE», *Revisita Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674 (2002) p. 2275 i seg., esp. p. 2304.

40. La Directiva 1999/44/CE ha quedat incorporada al dret espanyol mitjançant la Llei 23/2003, de 10 de juliol, de garanties en la venda de béns de Consum.

41. Aquest nou precepte del Codi civil alemany ha estat redactat per la Llei de modernització del dret d'obligacions (vegeu *supra* nota 5), que ha reformat el Codi en aquesta matèria.

és més preocupant, d'un recull de fonts incompletes i poc elaborades poden resultar errors palmaris. Diria que és un exemple significatiu d'aquest fet l'article 2:105 (clàusula d'integritat [*merger clause*]) dels Principis Lando, el comentari del qual no esmenta cap precepte francès sobre la figura i fins i tot arriba a afirmar que a França no hi ha bibliografia sobre aquesta. Aquesta afirmació és sorprenent, atès que la *clause d'integralité* o *merger clause* va ser pensada precisament per a combatre l'anomenada *parole evidence rule*, que autoritzava per a contradir la versió escrita d'un contracte mitjançant una prova testifical. Doncs bé, el dret francès va ser precisament un dels primers ordenaments jurídics, si no el primer, a contrarestar aquesta pràctica atemptatòria contra la seguretat jurídica, ja que, des del segle XVII, no es permet a França aportar una prova testifical contra un contracte que hagi quedat documentat per escrit.<sup>42</sup>

Tal com resulta d'aquesta exposició prèvia, per la seva incidència en el fenomen de l'harmonització del dret privat europeu, el contingut del llibre va forçar més enllà del seu títol. Tot i això, caldria no perdre de vista que l'estímul i el motiu de la seva publicació han estat esbrinar el paper que en l'al·ludida tasca hauria de correspondre als drets regionals europeus. De la mateixa manera que ho faran els drets privats dels diversos estats membres de la UE, també els drets regionals hauran de renunciar en interès de l'harmonització a alguns principis i figures jurídiques que els són propis. Ara bé, tot procés d'harmonització o d'aproximació entre sistemes diversos hauria d'endegar-se des del reconeixement i el respecte de tots ells. Doncs bé, tal com testimonien alguns dels coautors d'aquesta obra, els drets regionals no només no han estat sempre respectats, sinó que fins i tot molt sovint són ignorats.<sup>43</sup> Segurament, només a partir del moment en què ja no se'ls discuteixi el dret a existir, els respectius legisladors regionals europeus començaran a mostrar-se disposats a l'uropeïtzació.

**Juana Marco Molina**  
*Professora titular de dret civil*  
*Universitat de Barcelona*

42. Així ho va decretar, efectivament, una «Ordonnance de Louis XIV, Roi de France et de Navarre, pour les Matières civiles, donnée à Saint Germain en Laye au mois d'Avril 1667».

43. En aquest sentit, vegeu Hector L. MACQUEEN, «Scots law in Europe», a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), p. 107, i Ferran BADOSA, «Quae ad Ius Cathalicum», a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 161, amb exemples significatius de decisions judicials que eviten l'aplicació tant del dret escocès com, respectivament, del dret civil català. Com a testimoni d'una situació similar a la Louisiana, vegeu Shael HERMAN, «Epistle to Catalonia», a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER i Santiago ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws*, p. 238-239.