

# DRET I CULTURA A CATALUNYA

DRA. ENCARNA ROCA TRIAS,  
[CATEDRÀTICA DE DRET CIVIL A LA UB]

## Introducció

Cap jurista que analitzi la realitat que l'envolta no dubta avui a afirmar que el dret, és a dir, el conjunt de regles que regulen les relacions entre els membres d'una determinada societat, constitueix un fet cultural, una part d'això que hem coincidit en anomenar *cultura*, per bé que les definicions més o menys a l'abast d'aquest mot puguin portar a no incloure les solucions jurídiques en el concepte.

En tenim molts exemples en la història i en el món actual: no és el mateix el matrimoni entre els occidentals que entre els orientals; no és el mateix el concepte de successió, com tampoc no ho és el de propietat. I si això ho projectem històricament, podem arribar a les mateixes conclusions: per quina raó una societat en un moment determinat accepta que l'avortament és un dret de la dona i una altra en el mateix moment, tot i admetre l'avortament, el configura jurídicament d'una altra manera? Això són projeccions d'una forma concreta de pensar les institucions que té una forta arrel cultural. Però no és sobre això exactament que vull reflexionar en aquest moment. Em referiré a les raons per les quals en un moment determinat de la història sorgeix una forma de legislació, anomenada *codi*, que centralitza les solucions que s'ofereixen a aquests conflictes que les relacions humanes provoquen i que han de ser resolts per unes regles acceptades

per la generalitat de les persones que formen la societat on aquestes regles s'han d'aplicar. Els exemples sobre les diferències es multipliquen arreu, i Catalunya no és pas un cas aïllat.

Aquestes afirmacions, però, mereixen una explicació i en primer lloc caldrà que especifiqui què vull dir quan empro l'expressió *cultura jurídica* al llarg d'aquesta intervenció.

André Jean Arnaud (1991, pp. 22-23) ens diu que les expressions cultura, valors i civilització són tres conceptes íntimament lligats entre ells i, al mateix temps, lligats al de pensament jurídic. Per una banda, cultura, per a aquest autor, és el conjunt de coneixements que en un mitjà concret constitueixen el pou on els membres de la comunitat van a obtenir-los i a enriquir el seu sentit crític, el seu gust, el seu criteri. Si aquesta idea la projectem sobre la *cultura jurídica*, Arnaud ens dirà que l'autor de l'expressió l'entendrà, en sentit ampli, com el conjunt de coneixements, valors, principis, ideologies lligades al dret, i que, en un sentit més estricte, entendrà com a *cultura jurídica* les tècniques d'exposició i d'interpretació utilitzades pels operadors jurídics o el conjunt de les opinions i de les apreciacions del públic en general sobre el dret.

Si lliguem aquestes idees, arribarem a la conclusió que, d'antuvi, podem afirmar que la cultura dicta comportaments propis a les societats humanes i el dret és un dels coneixements inclosos en aquests comportaments.

En l'anàlisi del *Robinson Crusoe*, Hattenhauer (1987, p. 18) distingeix les diferents situacions de Robinson: mentre està sol, encara no hi ha societat; solament li cal el coneixement de la Bíblia, que li serveix per a la seva comprensió de Déu i la seva relació amb ell; quan apareix Divendres, el coneixement de l'altre home provoca al mateix temps el descobriment dels drets i els deures entre els homes. Hattenhauer posa de relleu el «contracte» que existeix entre ells, és a dir, la societat civil, i acaba dient que la necessitat

d'assegurar la pau entre els membres de la societat humana fa sorgir el dret, del qual es beneficien tant Robinson com Divendres. En paraules de Hattenhauer, «el orden jurídico se identifica con la paz en la sociedad humana». En definitiva, forma part de la cultura humana.

A partir d'aquí ens haurem de preguntar diverses coses: Quin Dret cal per a obtenir els resultats buscats? Quins elements externs fonamenten el conjunt de regles escollit? D'on ve la legitimació perquè les normes siguin obligatòries i algú pugui exigir-ne el compliment? Totes aquestes preguntes tenen difícil resposta i la història de la filosofia del dret ens ofereix la llarga llista d'escoles jurídiques que s'han encarregat de formular les seves explicacions, sobre unes o altres bases filosòfiques. No és d'això tampoc que penso que m'haig d'ocupar aquí. Em vull referir a una qüestió més modesta. El dret ha estat considerat a Catalunya com un element de la identitat catalana. Si el dret forma part de la cultura d'una determinada societat, si les regles per a la solució dels conflictes són les que més s'adapten a les característiques de la societat, si aquestes regles deriven d'un contracte entre els diferents membres de la societat en qüestió, llavors existeixen raons per a acceptar l'afirmació històrica d'acord amb la qual el dret i la llengua constitueixen els trets diferencials de Catalunya. Ara bé, és aquesta una afirmació neutra? Quins són els elements també *culturals* que han portat a formular aquestes premisses? Aquest serà l'objecte de la meva reflexió a partir d'aquí.

## 1. Els eixos bàsics de la cultura jurídica europea

La racionalització de les regles del dret, la necessitat d'evitar tant la inseguretat jurídica com l'arbitrarietat de qui té el poder, etc., han fet que, de manera cíclica, els poders públics hagin sentit la necessitat d'ordenar en un únic text les regles del dret. L'instrument per a aconseguir-ho serà el codi.

Els dos sistemes que més han influït en les codificacions contemporànies i que han estat utilitzats com a bases per a l'argumentació també en la codificació espanyola són el codi civil francès i el codi civil alemany. Les influències de cada un d'aquests estan ben especificades en qualsevol història de la codificació. M'hi vull referir en quant els seus arguments, a favor i en contra de la codificació, han funcionat com a models a Espanya i a Catalunya.

### *1.1. França i el Codi de Napoleó (1804)*

L'exemple paradigmàtic del que s'ha afirmat en la introducció és el Codi civil francès de 1804, resultat de la confluència de diferents corrents d'opinió, però fonamentalment, del racionalisme jurídic, que venia dels autors holandesos i més concretament de Grotius i que va ser acceptat de forma total pels autors francesos anteriors al Codi civil i molt especialment per Domat, seguit més tard per Pothier, de manera que, com afirma Arnaud (1969, p. 95), a partir de l'inici del segle XVIII es pot constatar clarament la influència del racionalisme en el dret, de manera que tot portava a pensar que es trobaven en un tombant de la història.

El iusnaturalisme racionalista, tal com havia estat plantejat i defensat pels juristes de l'escola i rebut a França, comportava unes característiques molt determinades: era individualista, subjectivista i voluntarista. I d'ell deriva el que després es qualificarà com a *humanisme jurídic*, és a dir, la preocupació dels juristes pel lloc que ocupa la persona en un determinat sistema normatiu. Com afirma Hattenhauer (1987, pp. 16-17), la influència d'aquesta escola filosòfica en la seva projecció jurídica implica decidir que solament els homes són persones i que tots els homes són persones, d'on es derivarà que el dret tindrà com a característica comuna del concepte de persona el gaudi per aquesta, sense distinció, dels drets de la societat civil.

Segons aquesta escola, el dret és una creació de l'home, però reflecteix en les seves formulacions els drets inalterables, la protecció dels quals assegura; en això, és iusnaturalisme, encara que els seguidors d'aquestes escoles siguin protestants.

El resum de les idees que estic exposant de forma molt succinta es pot trobar en el lema de la Revolució Francesa: *liberté, fraternité*, al qual s'adjunta jurídicament el de *propriété*, que a partir de llavors es converteix en un dels elements essencials de la construcció jurídica en el Codi civil francès i, de retruc, en els de l'anomenada família francesa, entre els quals es troba l'espanyol.

Aquests principis es tradueixen en les lleis civils de forma molt clara. Començant pel Codi civil francès: la persona serà el centre de la regulació en el llibre I del Codi; la propietat es definirà com a dret absolut en l'art. 544 i l'autonomia de la voluntat es deduirà de l'art. 1134, que permet de revocar els acords presos per les parts amb el seu consentiment mutu. El Codi civil francès i tots els de la seva família són, per tant, el producte més típic del corrent filosòfic iusnaturalisme racionalista. Hi influeixen, a més, el liberalisme polític, entorn al que s'ha qualificat com a *apaix bourgeoise* (Arnaud, (1973, pp. 147ss) i el liberalisme econòmic (Tomás y Valiente, 1992, p. 480)<sup>1</sup>. És un codi que s'ha qualificat com a burgès, garant d'un ordre social ferm i estable.

També aquestes influències es poden constatar en el Codi espanyol. Així:

- en l'art. 29 es consagra clarament el principi de la igualtat de les persones davant la llei, en afirmar-se que «el nacimiento determina la personalidad». D'aquesta manera, tots els nascuts són persones i totes les persones tenen els mateixos drets.

1. La qüestió de la relació entre dret privat i revolució burgesa està excel·lentment explicat en els diferents treballs del llibre col·lectiu, coordinat per Carlos PETIT, *Derecho privado y Revolución burguesa*. Madrid: Marcial Pons, 1990.

- En l'art. 348 es consagra el principi de la propietat com a dret absolut, en dir-se que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes».
- En l'art. 1255 es consagra el principi de l'autonomia de la voluntat, quan s'afirma que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

Però per sobre d'aquests drets hi havia la unitat de regles jurídiques: no hi pot haver igualtat entre els ciutadans si no es regeixen tots per les mateixes lleis. D'aquesta manera, tant el Codi civil francès, com el Codi civil espanyol pretenen regular *tota* la matèria jurídica i evitar així que existeixin zones excloses del codi, que provoquin diferències entre els ciutadans. Unitat de fonts del dret i unitat de solucions.

Aquestes són dades que val la pena de retenir, perquè, estant el Codi civil espanyol fonamentat en aquest tipus de solucions, significa que la cultura que d'aquí es deriva és totalment oposada a la defensada pels partidaris del manteniment del dret civil català.

## *1.2. Alemanya i els processos paral·lels d'unificació política i codificació civil*

El moviment romàntic té unes característiques molt diferents del Racionalisme. L'exaltació de la llibertat de l'home en totes les seves activitats i el fonament antiracionalista influeixen també en les maneres de plantejar les solucions jurídiques.

Com posa de relleu Hattenhauer (1987, p. 200), Kant fonamenta la seva teoria del dret sobre la llibertat de l'individu que, a parer seu, és l'únic dret originari de l'home. I per això, en preguntar-se què és el dret, dirà que és aquell conjunt de condicions que fan possible de conciliar en una llei gene-

ral de la llibertat el lliure arbitri d'un amb el lliure arbitri de l'altre.

Aquesta llibertat apareix com a oposada al dret injust fins i tot en les novel·les romàntiques, en les quals s'insereixen les idees filosòfiques, com abans s'havien inserit les idees revolucionàries en les òperes del segle XVIII. Un d'aquests textos literaris el trobem en la novel·la de Heinrich von Kleist, *Michael Kohlhaas*<sup>2</sup>. Els fets són simples: el protagonista és un traginer acostumat a utilitzar els camins de la seva regió; un dia es troba que un dels camins està tancat perquè l'hereu del propietari ha exercit els seus drets, impeding així l'ús immemorial del camí. La lluita contra els privilegis irracionals portarà el protagonista a col·locar-se fora de la llei i acabar ajusticiat pels seus crims, però en el darrer moment té la satisfacció que li comuniquin que s'han acceptat les seves demandes: «I ara tu Kohlhaas, el marxant de cavalls, ja que se t'ha fet justícia en tot el que desitjaves, prepara't a donar satisfacció a S.M.I. per haver violat la pau del país.»

No és aquest, però, el passatge de la novel·la que m'interessa ara citar; aquesta és la darrera fase del procés que comença quan el marxant de cavalls es planteja si ha de lluitar o no contra la injustícia que limita, si no elimina, la seva llibertat. Es produeix quan Kohlhaas planteja el problema a la seva dona:

“Si tu creus com jo que el meu comerç no pot pas continuar si no és sota la condició que els meus han de ser protegits, dóna'm la llibertat que em cal per a aconseguir que se'm faci justícia” (p. 200).

Aquí tenim la idea bàsica de la protecció de la llibertat de l'individu en les seves activitats, en aquest cas econòmiques,

2. Cito la traducció d'Ernest Martínez Ferrando, publicada per Edicions 62 en la col·lecció «Les millors obres de la literatura universal», en el volum NOVALIS - VON KLEIST, *Novel·les i narracions romàntiques*, Barcelona. 1981, pp. 183 -261.

juntament amb la necessitat que aquesta llibertat sigui protegida per tal que no s'impedeixi el seu exercici.

L'exercici de la llibertat en el sentit proposat per Kant portarà conseqüències importants en l'àmbit del dret:

- a) La primera, que, en l'exercici d'aquesta llibertat, la voluntat comuna dels individus agrupats en àrees geogràfiques concretes donarà lloc al concepte de nació. La sobirania nacional, segons els autors francesos, consistirà en un contracte per a garantir als associats la seguretat i la protecció gràcies a l'ajut recíproc. Com afirma Iglesia (1996, II, p. 476), «el Estado no es el titular del poder soberano, que radica en la Nación; la Nación cede su ejercicio al gobierno, pero no le cede todo el poder, sino sólo una parte, aquella estrictamente necesaria para mantener el orden. El Estado se limita a ejercer una parte de los poderes de la nación, dentro de los límites establecidos por la nación».
- b) La segona, el concepte de dret privat, que apareix totalment dissociat del públic a partir de la Revolució Francesa i que no pot limitar-se a garantir la possibilitat de realitzar la llibertat, sinó que ha de protegir l'individu enfront de les eventuals accions dels altres. Com afirma Hattenhauer (1987, p. 200), «la fórmula kantiana quedó en manos del Derecho privado, que con el tiempo devendría derecho a la libertad, Derecho civil».

Limitant-nos ara al dret civil, anem a controlar quines són les conseqüències d'aquests plantejaments en la codificació civil alemanya. El primer que s'ha de fer constar és que la necessitat de trobar un únic llibre de lleis que garantis aquests principis és un problema paral·lel a la necessitat d'unificar políticament els diferents Estats alemanys. Molt probablement, la discussió sobre la necessitat de codificar el dret privat es planteja massa aviat a Alemanya, però els plantejaments sobre que la unitat nacional requereix una



codificació que faci que un únic Codi civil regeixi per a tots els individus es reproduïx de forma mimètica a Espanya a mitjan segle XIX. La codificació, com havia ja succeït a França, busca la unitat, perquè altrament és inútil, però la coexistència de nacions individuals provoca tensions: el racionalisme francès era uniformista per naturalesa, però el romanticisme és encara més individualista. Aquestes coordenades van provocar la tensió entre dues escoles, partidària l'una de la immediata codificació i l'altra d'ajornar-la, i això va influir fortament en els plantejaments espanyols i en la construcció d'un dret civil català per la necessitat d'oposar-se al Codi civil.

La polèmica es planteja, doncs, a Alemanya entre Thibaut i Savigny, i encara que en aquest moment em sembla que no és oportú explicar en profunditat les característiques més fonamentals del pensament d'aquests dos autors<sup>3</sup>, sí que penso que resulta oportú de fer-hi una referència, perquè, sobretot Savigny, va tenir una gran influència en els plantejaments doctrinals catalans de finals del segle XIX, és a dir, l'època de la tardana codificació espanyola.

- a) Thibaut publica en 1814, és a dir, deu anys després de l'entrada en vigor del Codi civil francès, un llibre titulat *Sobre la necessitat d'un dret civil general per a Alemanya*. En aquest llibre, Thibaut posava de relleu el «galimaties jurídic» que existia en aquell moment al seu país, la qual cosa lliga clarament amb les idees romàntiques que abans s'han exposat i que, segons l'autor, feia inabastable el dret a Alemanya. La situació era, per tant, insostenible. Però Thibaut era partidari del Codi civil francès i proposava un codi semblant al de Napoleó; per tant, no ens trobem davant un romàntic,

3. Per a una consulta més aprofundida de les línies doctrinals d'aquests dos autors, es pot consultar TOMÁS Y VALIENTE (1992), pp. 40-42, i WIEACKER (1957), pp. 325-459.

sinó davant un racionalista, seguidor de les idees franceses.

b) Savigny publica el mateix any 1814 un llibre de resposta a les propostes de Thibaut: *Sobre la vocació del nostre segle per a la legislació i la ciència del Dret*. En aquest llibre formula el que serà el manifest defensat al llarg de tot el segle XIX. En les seves línies es formulen les següents propostes:

- i) El dret té una arrel popular: és el *Volkgeist*. El llenguatge, els costums i el dret tenen connexió entre ells i procedeixen de la peculiar forma de ser dels pobles, l'esperit popular.
- ii) El dret es manifesta a través dels costums que tenen origen en la història del país. S'hi sobreposen els coneixements jurídics, però aquests s'han d'adaptar a la història. Això portarà a l'*Escola històrica del dret*.
- iii) Per a legislar per al futur s'ha de conèixer la història. Però la història del dret ha de ser considerada no com a història de fets, sinó de la dogmàtica jurídica, «como historia de la técnica jurídica, de la formación de los conceptos jurídicos y aun éstos referidos exclusivamente al ámbito del Derecho civil» (Tomás y Valiente (1992), p. 41). Per tal d'aconseguir aquests resultats, funda l'any 1814, en col·laboració amb Eichhorn, l'anomenada «*Revista històrica per a la ciència del Dret*»<sup>4</sup>.
- iv) El dret romà és un element essencial perquè era el més científic i el més perfecte. Això porta a un clar conservadorisme; Tomás y Valiente (1992, p. 42) cita la crítica que feia Marx del conservadorisme

4. Per a una major comprensió d'aquesta Escola i de la seva transcendència en el dret posterior, vegeu WIAECKER (1957), pp. 348ss.

ideològic de l'Escola. Una de les conclusions serà que no es pot codificar abans d'un llarg període de consolidació d'estudis històrics, i això significava mantenir un *statu quo* poc adequat a la nova economia.

Les idees de Savigny van contribuir fortament al desenvolupament dels nacionalismes i, d'aquí, a considerar el dret de cada poble com a element configurador de la seva idiosincràsia. A més, d'aquí resulta també una forta resistència als moviments codificadors, amb la finalitat d'evitar polítiques uniformistes i, en molts aspectes, artificials. I, finalment, una clara mitificació del passat. Wieacker (1957, pp. 337-338) posa de relleu que l'Escola històrica del Dret és un retorn tardà a la jurisprudència humanista i que, per tant, no és una creació del Romanticisme. Afirmar que «mediante el romanticismo se convirtió el historicismo en sino del siglo XIX. La varita mágica de la 'comprensión' histórica comenzó a descubrir la mina del subconsciente histórico, aunque también hizo posible la gran mentira del siglo XIX de representarse en el arte y en la formación cultural, no en su propio estilo, sino bajo la máscara de la historia».

Aquest moviment és fonamental per a la història recent del dret civil català. Mentre les tendències codificadores en l'àmbit civil eren influenciades pel Codi civil francès i, per tant, propugnaven la unitat com a conseqüència de la racionalitat, els juristes entorn del moviment catalanista accepten els plantejaments de Savigny i l'Escola històrica del Dret com a base doctrinal per a la defensa de la identitat catalana, en els trets identificadors de la qual s'inclourà el dret civil, i d'aquí que el dret civil català es converteixi en un clar element d'aquesta identitat, en el més purestil de Savigny. I amb totes les crítiques, favorables o no, que es puguin fer a aquesta postura, cal dir que solament amb un substrat del tipus de l'acceptat per aquests autors es podia aconseguir el resultat que finalment es va assolir amb la Llei de Bases del

Codi civil de 1888, l'article 5 de la qual establia que «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 por la publicación del Código».

## 2. La influència d'aquests moviments en la codificació espanyola

Com he dit abans, les idees de Savigny són assumides clarament a Catalunya quan, a partir de la Renaixença, es comença a reivindicar el reconeixement de la nació catalana. Enfront d'un Codi civil que es presenta com a racional perquè pretén unificar i racionalitzar el galimaties existent en el nostre país, amb les resistències pròpies dels juristes, normalment conservadors<sup>5</sup>, Catalunya opta per acceptar l'historicisme de Savigny, però en fa una recreació, amb dos corrents fonamentals: Duran i Bas i els que podríem qualificar com a *juristes cultes*, i *els pairalistes*, és a dir, juristes que centren la metodologia de les seves obres en un aflorament de costums populars. En el benentès que això es pot predicar únicament del dret civil, perquè el dret públic havia desaparegut a Catalunya a partir del Decret de la Nova Planta, i que les dues tendències a què m'he referit abans no són contradictòries, sinó més aviat complementàries.

5. Sobre les reticències a l'acceptació del Projecte de Codi civil de 1851, vegeu Salvador CODERCH, «El Proyecto de Código civil de 1851 y el Derecho civil catalán», en *La Compilación y su historia. Estudios sobre la Codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, pp. 7-133, i CLAVERO SALVADOR, «Formación doctrinal contemporánea del Derecho catalán de sucesiones», en *Materials de les III Jornades de Dret català a Tossa. La reforma de la Compilació. El sistema successori*, Tossa 1984, pp. 9-37. Sobre l'acceptació de Savigny a Catalunya, vegeu VALLET DE GOYTISOLO, «Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1979, p. 777.

## 2.1. *La defensa del dret civil català: el dret com a signe d'identitat*

Prat de la Riba insistirà a identificar els elements de la nacionalitat en el dret i la llengua. Prat de la Riba (1930, p. 74), en parlar de l'Escola històrica, afirma que «cada poble té el seu dret, que es l'únic que s'emmotlla a les seves necessitats i respon a la idiosincràsia del seu temperament», de manera que «allà on hi ha sistemes jurídics diferents, hi ha, també, diferents pobles, diferents nacionalitats. La nacionalitat és, doncs, també, *un criteri o sentiment jurídic original*».

Però serà Duran i Bas qui recollirà de manera més directa les idees i plantejaments de Savigny. Expressions com «mientras conserva su autonomía, un pueblo tiene un derecho privado nacional»; «los pueblos de costumbres son más fuertes y más libres que los pueblos de leyes»; «la costumbre jurídica no es la expresión de una tradición, sino de una idea común, de un modo general de concebirse por la conciencia popular la ciencia jurídica»; «la unidad en la legislación civil no puede conseguirse conservándose las nacionalidades»; «o es necesario afirmar que las leyes y sobre todo las políticas y civiles, pueden vivir en divorcio con las ideas o costumbre de un pueblo en vez de ser su expresión en cada época de la historia, ó se debe reconocer que la idea de universalidad, en la cual descansa la de unidad del derecho civil entre todos los pueblos, no debe imperar por ahora, ó sea mientras las condiciones sociales de cada uno no hayan adquirido carácter de universalidad», perquè, «no es posible llevar al derecho civil, en nombre de la unidad, un sistema uniforme de reglas que, destinadas por su naturaleza a regular las relaciones jurídicas, habrían de uniformar el modo de pensar, sentir y obrar de todos los pueblos»<sup>6</sup>.

6. Aquestes referències es prenen de l'obra de DURAN I BAS «*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona: Imprenta de la Casa de la Caridad, 1883, introducción»; numerada

Amb paraules diferents, però emprant en el fons els mateixos arguments, Almirall, en el Memorial de Greuges, defensava que el Codi civil no provoqués la unificació del dret civil, que anava a destruir la vigència del dret català:

“La unificació del dret civil no es indispensable als fins del Estat. Quan existeixen en lo país grupos ó rasses de diferent carácter, qual varietat casualment se demostra en la existencia de lleyes diferents y encara diversas, la unificació, lluny de ser útil, es perjudicial á la misi6n civilitzadora del Estat”<sup>7</sup>.

De manera que diferents formes de comprendre el catalanisme parteixen dels mateixos plantejaments. No vull dir que aquests siguin els autors que primer empen aquestes idees; el que sí és cert és que són els qui les consagren i, a partir d'ells, aquesta és una idea que s'anirà repetint a través de les èpoques. Per exemple, en l'època republicana i quan es tracta de defensar en el parlament la posada en vigor de l'Apèndix de Dret civil català, un diputat de la Lliga, el Sr. Sol, ho defensava perquè «el Dret civil és potser la substància viva de la naturalesa característica d'un poble, perquè és allà on es tradueix la manera d'ésser i concebre la vida de cada país»<sup>8</sup>. I aquestes idees es van reproduir i conservant fins a èpoques molt recents. Així, per exemple, en la discussió parlamentària de la reforma de la Compilació del Dret civil de Catalunya, que es va produir l'any 1984, es fan les mateixes afirmacions, en alguns casos, fins i tot per justificar l'actitud crítica a les propostes del govern. La diputada del PSUC Assumpció Sallés dirà en 1984 que «no

en romans. Aquesta introducció es va publicar també sota el títol «La Codificaci6n» dins *Escritos jurídicos varios de D. Manuel Durán y Bas*.

7. Memorial de Greuges de 1885 dins *Textos Jurídics catalans. Llei i costums VIII*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona 1990, p. 115 (53 del Memorial reproduït).

8. Parlament de Catalunya, *Diari de sessions*, Divendres 24 de febrer de 1933, p. 406.

volem en cap moment posar en dubte el valor que el Dret civil català ha tingut en el nostre poble i no ignorem que, juntament amb la llengua, *el Dret ha estat el gran signe d'identitat del nostre poble*»; igual que el diputat de CiU Sr. Albiol, que afirmarà que «el Dret civil constitueix, al nostre parer, un dels eixos fonamentals a Catalunya: la seva importància es pot equiparar a la de la llengua. Així com aquesta és la principal manifestació de la cultura del nostre poble, *el Dret civil català constitueix la màxima manifestació de la seva civilització*»<sup>9</sup>.

No sé si aquests diputats sabien a qui devien l'origen de les seves paraules, però el cert és que es repeteix el plantejament Savigny, la qual cosa demostra la creació del mite, en el sentit que diu Wiaecker, i que aquesta creació és total i el que es va utilitzar com a eina clara de defensa de les institucions es converteix en un argument ahistòric, identificador d'una idea de Catalunya que a partir de la Constitució ja té altres arguments per a la seva defensa.

Certament, els plantejaments de Savigny acceptats pels catalans comporten una tècnica defensiva que té els següents elements:

1r. *La legitimació del costum com a font de dret* en el sentit que ja s'ha indicat que propugnava Savigny. Això resultava imprescindible en un sistema jurídic com el català, que havia perdut les fonts de producció des de feia més de cent anys, amb el Decret de Nova Planta. La successiva evolució que havia experimentat el sistema civil des d'aquell moment fins a la codificació, és a dir, mitjans del segle XIX, solament es podia justificar per mitjà del recurs a l'existència d'una font de producció de normes jurídiques, el costum, aliena a qualsevol organització estatal i, per tant, *popular*. Mantenir

9. Diari de sessions del Parlament de Catalunya, Sèrie P, núm. 163. I Legislatura, any 1984, Sessions plenàries, Sessió plenària, núm. 82 (de 28 de febrer), pp. 5463 i 5507.

el costum com a font del dret no és gaire coherent amb un sistema basat en l'existència d'un codi; malgrat això, el costum aparegué en l'art. 6 del primer Títol preliminar del Codi civil com una concessió a les «regiones forales», entre elles Catalunya, el dret de les quals requeria mantenir aquest tipus de font per tal com estaven mancades de qualsevol altra. Ara bé, això no vol dir que el costum fos realment *popular*. En realitat, és un costum culte o, si es vol, professional, ja que, com diu Miaille (1980, p. 243), el costum no és mai popular, sinó que està guiat pels experts en dret.

2n. *La justificació de les institucions sobre la base de la vigència del dret romà*. Ningú no podia negar que el dret romà era el més racional dels produïts, com ho demostrava tota la doctrina de les Pandectes. I d'aquesta manera, reivindicant que ja des de 1410 regia oficialment a Catalunya el dret romà, es pot afirmar que el dret català, de retruc, és igualment científic. Això produirà, al seu torn, la «recepció» tardana d'institucions excloses pel dret català medieval, com ara la prohibició de la fiança de la dona casada a favor del marit o la presumpció muciana, però produirà també la depuració de certes opinions doctrinals que s'arrossegaven per una inèrcia històrica.

Però no oblidem que la idea de Savigny no pertanyia en exclusiva als catalans, i això es pot comprovar en alguns passatges de les discussions parlamentàries del projecte de Llei de Bases del Codi civil. Per exemple, Alonso Martínez, en criticar el que en aquell moment s'anomenava «particularisme», és a dir, la no unitat de la legislació civil, deia:

«Asociarse con amor al particularismo, huir de que se constituya una verdadera nacionalidad sobre la base de las creencias, sobre la unidad de la lengua, sobre la unidad de la legislación y del derecho, eso, francamente, me parece desviarse del cauce abierto por la ley histórica del progreso» (Roca, 1978, p. 606).



És a dir, és «progreso» l'existència d'una mateixa llengua i un mateix dret, perquè això defineix «la nació». I les idees serveixen tant per als qui defensen el manteniment del dret civil català com per als qui defensen el Codi civil unitari. La diferència es troba en el fet que la *nació* de què parlen uns i altres no és la mateixa.

## 2.2. La defensa del dret civil català: el *pairalisme*

Una altra línia de defensa, lligada clarament amb el romanticisme del mite, i que no es limita al dret, sinó que parteix de la literatura i es projecta en altres àmbits com els jurídics, és el *pairalisme*.

Les institucions jurídiques, especialment les referides a la família i les successions, que es mantenen a finals del segle XIX, foren aprofitades per a construir un edifici sobre el qual fonamentar les raons per a la conservació del dret civil, enfront dels embats de la codificació i les pretensions de generalitzar determinades solucions. Resulta, per tant, important estudiar els ideòlegs d'aquesta conservació; és a dir, quins són els raonaments que s'empren per a justificar el manteniment d'un sistema, especialment el familiar i successori, que apareix limitat a un espai geogràfic concret i que es pretén generalitzable a tot Catalunya. Segurament un dels textos bàsics per a la comprensió d'aquest joc es troba en Torras i Bages<sup>10</sup>, per a qui regió i família estan units de forma natural, perquè en un sistema basat en el centralisme desapareix la casa, la qual cosa provoca que:

«la família i la casa són institucions naturals: l'home les pot desfer, però no fer: aquest és element essencialíssim de la humana societat».

Tenim, doncs, aquí els elements que serviran als juristes per a discutir sobre la bondat o no de les institucions familiars

10. TORRAS I BAGES, *La tradició catalana [1892]*, Barcelona 1981, p. 67.

pairals, no pas urbanes, que seran considerades com a "acomodades moltes d'elles al nostre temperament i caràcter".

A partir d'aquí, haurem d'afirmar que existeix una utilització de les institucions com a senyal d'identificació d'una nacionalitat, en el sentit que li dóna Prat de la Riba, i es reproduïx en la literatura no jurídica i bàsicament en la novel·la de finals del segle XIX i principis del XX<sup>11</sup> i que arribarà a consolidar-se jurídicament amb la proclamació del principi de llibertat civil com a tret característic del dret que regula les institucions jurídiques familiars.

Quan el pairalisme es reflecteix en el món jurídic, que, segons recents recerques, s'ha de considerar com un dels seus principals usuaris, trobem interpretacions com les de Vicens Vives (1954, p. 41), per a qui la fórmula «fou airejada com a consubstancial amb el temperament català».

Però no ens enganyem: penso que, si bé aquesta qüestió és certa i que la ideologia subjacent va portar com a avantatge principal el manteniment del conjunt del dret civil català, la generalització de les institucions a ultrança no fou tan important com la deducció de llurs principis vertebradors. Per a aconseguir aquest propòsit, s'usarà el pairalisme projectant-lo en les institucions jurídiques, encara que l'emprat pels teòrics del dret català no es concreta en la descripció de situacions més o menys vigents. Va més enllà: en generalitza els trets comuns per a arribar a deduir-ne els principis, que seran els que es defensaran com a característica bàsica del dret. Si això no s'hagués fet així, el dret català corria el perill d'esdevenir una «peculiaritat». S'havia de demostrar, per tant, que el dret català tenia una coherència

11. Sobre el tema de la família pairal en la novel·la del segle XIX, que reproduïx totes les institucions jurídiques de què es parla aquí, vegeu VIOLA, A., «Raó de família, raó d'estat», dins *Dossier: la invenció de la família catalana. L'Avenç*, núm. 132, 1989, pp. 18ss. Vegeu també CAMPS I ARBOIX, *Les cases pairals catalanes*, 4<sup>a</sup> cd. Barcelona 1973, pp. 18ss.

interna, un origen científic i unes fonts pròpies, que el feien digne de ser mantingut. I per aquesta raó es generalitzà la idea segons la qual el pacte en què de forma habitual s'acordaven certes institucions familiars, és a dir, els capítols matrimonials, era possible mercès al principi de llibertat civil. Per tant, crec que no és agosarat afirmar que les institucions van generalitzar-se mercès al pairalisme jurídic, que va utilitzar les sens dubte vigents en un determinat territori, per a crear una autèntica base jurídica, en sentit modern, sobre el principi de llibertat civil.

Partint de la premissa que s'havia de conservar el dret civil català i posats en la necessitat d'establir-ne un signe identificador, aquests juristes van triarel elements pairalístics: els elements descrits tenen el mateix significat en l'àmbit de les institucions jurídiques que va tenir el propi dret i la llengua en la creació, per Prat de la Riba, dels signes d'identificació de la nacionalitat catalana: donada aquesta nacionalitat i aquests signes, el contingut de cadascun d'ells hauria de ser determinat per mitjans basats en la recerca de les institucions jurídiques més arrelades. I aquestes seran les rurals, que són preferides a unes institucions més lligades a un tipus d'economia urbana i, per consegüent, potser menys diferents o més iguals a les que recollia el Codi civil. D'aquí que el mètode que s'usarà per a aconseguir la identificació d'unues característiques pròpies, que feien el dret català diferent del que volia imposar-se amb la codificació, fos la generalització, a tot el territori i a totes les classes socials, d'unues institucions que eren pròpies d'una part del territori i d'una concreta classe social: la de propietaris rurals. Es posen de relleu en aquest sentit unues peculiaritats en matèria d'organització familiar que descriuen una família encapsulada i sense relació amb altres tipus de família fora del territori on té la seva base, primant-les per davant d'aquelles altres que podien justificar la peculiaritat i reforçar la idea de la diferència. Tot això per a legitimar la reclamació de la conservació del dret propi.

Per tant, la doctrina jurídica provoca l'extensió formal a tot Catalunya del règim jurídic d'una família de característiques pairals, que conserva unes estructures i institucions peculiars. I dic que aquesta extensió fou solament formal perquè, com alguns autors s'encarregaran de posar de relleu, bé que de passada, les zones de forta industrialització eren tributàries de sistemes familiars diferents, bé perquè les necessitats econòmiques de la família requerissin una estructura menys complicada i rígida, bé perquè aquestes mateixes condicions econòmiques fessin inviable un règim creat i pensat per a grans propietaris rurals (Maspons i Anglasesell (1935), p. 35). D'aquí que es pugui afirmar que, gràcies al pairalisme, el dret català familiar i successori es fonamentarà en una falsa generalització: la de les institucions rurals.

El mètode de la generalització emprà les seves tècniques per tal d'aconseguir que la legitimitat del sistema fos totalment assumida: la proclamació del principi de llibertat civil fou la tècnica jurídica utilitzada per a demostrar que el sistema jurídic català no era un simple mosaic d'institucions inconnexes, sinó que aquestes mateixes institucions constituïen l'efecte visible de l'existència del principi. La llibertat civil es desdoblava en les llibertats de testar i la llegítima curta i la llibertat de capitular i les institucions familiars, com el dot i l'heretament. El principi i les seves conseqüències enfrontaria partidaris i contraris d'unes institucions que alguns qualificarien com a antigalles i d'altres considerarien arrelades en l'esperit del poble i, per tant, la seva supressió hauria provocat greus conseqüències socials.

Quin és el producte d'aquesta ideologia? La conseqüència de la ideologia pairalista aplicada al camp jurídic és triple:

1r. *Es generalitza a tot el territori un model de família troncal*, formada no solament per la parella i els seus fills, sinó per tres generacions que viuen juntes. Aquest model és propi de determinades zones rurals, però no és generalitzable perquè Barcelona, al llarg dels segles, ha tingut unes característiques especials, que han merescut diverses regulacions pròpies.

2n. *El patrimoni s'identifica amb la família.* Ho diu molt clarament Duran i Bas (1883, p. XLVII), i això es lliga amb un fort sentit de família, que fa que s'hagi de tenir alguna cosa material sobre la qual fonamentar els sentiments familiars. Per tant, els drets individuals no són tan importants com els familiars ni tan sols pel que fa a la propietat.

3r. *El principi d'autoritat és més fort que el principi d'igualtat* i es considera que és necessari per a conservar la mateixa família. Però aquesta autoritat no pot ser arbitrària, ni està pensada per a afavorir els interessos personals: es construirà pensant-la com a mitjà per a conservar el patrimoni.

Diu Vicens Vives (1957, p. 41) que el pairalisme és una fórmula «airejada com a consubstancial amb el temperament català», però afegeix que «no ens enganyéssim de cap manera. El pairalisme fou un sistema decadent de relacions agràries mitjançant el qual el propietari intentà de substituir les seves obligacions envers el pagès convertit ja en masover o parcer, per la pràctica d'una certa bondat personal i una condescendència social».

## Conclusió

És un valor entès que en tot desenvolupament nacional hi ha un mite originari. En la defensa i manteniment del dret civil català hi ha també aquest mite: l'exaltació del que queda, el dret privat i la llengua, per a aconseguir de construir un edifici que ha permès al llarg dels anys la defensa d'una identitat i la reivindicació de la condició de nació.

El dret, per tant, assumeix un paper cultural important en les explicacions sobre els continguts que determinen l'existència de Catalunya com a nació. Forma part, per tant, de la cultura i, en aquest sentit, la conforma, és a dir, que el dret català no resulta aliè o extern. No és una roda boja en la cultura de Catalunya, sinó un element essencial. Com ho ha estat al llarg de la història en la configuració de les societats en general, en quant mètode de resoldre els conflictes entre els membres de la societat.

## Bibliografia

A més de la bibliografia que se cita a peu de pàgina en passatges concrets, la general que s'ha utilitzat per a la redacció d'aquest treball és la que segueix:

- ARNAUD, André Jean (1969). *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris.
- (1973). La paix bourgeoise. *Quaderni Fiorentini*, núm. 2, pp. 147-176.
- (1991) *Pour une pensée juridique européenne*. Paris: PUF.
- HATTENHAUER, Hans (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil. introducción histórico-dogmática*, trad. de Gonzalo Hernández, Barcelona: Ariel.
- IGLESIA, Aquilino (1996). *La creación del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- MASPONS I ANGLASELL (1930). *La llei de la família catalana*, Barcelona: Editorial Barcino.
- MIAILLE, Michel (1980). *Une introduction critique au droit*, Paris: Maspero.
- PRAT DE LA RIBA, Enric (1930). *La nacionalitat catalana*, Barcelona: Les Ales Esteses.
- ROCA, Encarna (1978). La codificación y el derecho foral, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, pp. 596-642.
- (1998). «Família, pairalisme i institucions jurídiques», *Estudis d'història agrària*, 12, Barcelona, pp. 17-42.
- TARELLO, Giovanni (1976). *Storia della Cultura Giuridica moderna. I: Assolutismo e codificazione del Diritto*, Bologna: Il Mulino.
- TOMAS Y VALIENTE, FRANCISCO (1992). *Manual de historia del derecho español*, 4ª ed., Madrid: Tecnos.
- VICENS VIVES, Jaume (1995). *Notícia de Catalunya [1957]*, Barcelona: Edicions 62.
- TORRAS I BAGES, Josep. (1981). *La tradició catalana [1935]*, Barcelona: Edicions 62.
- WIAECKER, Franz (1957). *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. de F. Fernández Jardon, Madrid: Aguilar.



*Dr. Dídac Ramírez, Dra. Encarna Roca.*