

# UNA APROXIMACIÓ A LA FORMACIÓ DEL DRET CIVIL ESCOCÈS<sup>1</sup>

Esteve Bosch Capdevila  
*Universitat Rovira i Virgili*

La visió que des de Catalunya es té d'Escòcia se sol centrar en la idea d'una nació que també lluita per conservar la seva identitat i per fer valer els seus drets davant la situació hegemònica dels seus veïns anglesos. Possiblement per aquesta raó, la solem contemplar amb simpatia i comprensió, i també, reconeguem-ho, amb certa enveja quan veiem les seves seleccions esportives competir internacionalment de manera oficial.

Aquestes similituds, de caràcter polític, semblen aparentment més difícils de trobar en l'àmbit jurídic, atesa la intuïtiva ubicació del dret escocès dins dels anomenats sistemes del *common law*. Però no és aquesta la realitat, ja que el dret civil escocès és un dels anomenats sistemes *mixtos*,<sup>2</sup> integrat per elements tant del *common law* com també del *civil law*, i per tant amb un component romanista que no pot resultar estrany, doncs, a Catalunya.

En aquest treball s'intentarà exposar, d'una manera breu i sistemàtica, quins han estat els esdeveniments històrics decisius que han portat al fet que el dret civil escocès sigui un sistema mixt, i quins són els principis bàsics que, com a conseqüència d'aquest procés històric, regeixen aquest sistema; així mateix, es farà referència al debat que actualment té lloc en el món jurídic escocès en relació amb la conveniència o no de codificar el seu dret civil. Tot i que no es farà una comparació amb la història i l'estat actual del dret civil català, el lector podrà apreciar evidents semblances, però també alguns contrastos.

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

2. Com també ho són, entre d'altres, Sud-àfrica, Israel, Sri Lanka, Lousiana, Filipines, Puerto Rico o el Quebec.

Entre els paral·lelismes que més ens han cridat l'atenció, s'hi troben els següents:

1. El llarg temps que Catalunya i Escòcia foren privades dels seus òrgans legislatius propis, i el fet que el restabliment d'aquestes institucions no es va produir fins al final del segle XX. Efectivament, a Escòcia la unió de parlaments va tenir lloc el 1707, i la *devolution* el 1998; a Catalunya, les Corts catalanes s'aboliren el 1714, i el seu restabliment va ser el 1979. En tots dos casos, doncs, passaren quasi tres-cents anys sense que ni Escòcia ni Catalunya poguessin dictar les seves pròpies lleis civils, període en què l'aplicació del dret propi va anar disminuint a favor del dret anglès i el dret de Castella, respectivament.

2. La intervenció pertorbadora d'instàncies judicials angleses i espanyoles. Molts dels plets que tractaven sobre dret escocès o sobre dret català foren decidits per tribunals *aliens*, la House of Lords i el Tribunal Suprem espanyol, respectivament, el que es va traduir, en ocasions, en una incorrecta aplicació del dret.<sup>3</sup>

3. El destacat paper que com a fonts del dret han tingut —i a Escòcia encara tenen—, el dret romà,<sup>4</sup> el canònic, la doctrina dels autors,<sup>5</sup> i les decisions dels tribunals.

Però també hi ha contrastos. A part dels que deriven de les diferències entre tots dos sistemes jurídics —tant en relació al vigent sistema de fonts, com respecte als principis que inspiren algunes institucions—, n'hi ha d'altres que ens resulten xocants. Per un costat, l'abast de les competències legislatives escoceses en matèria civil és pràcticament il·limitat, mentre que sobre Catalunya pesa l'espasa de Damocles de l'article 149.1.8 CE, agreujat per les interpretacions que d'aquest precepte ha fet la doctrina més centralista. Però, per altra banda, resulta paradoxal que mentre a casa nostra existeix una certa unanimitat dins del món jurídic català en esgotar al màxim aquestes facultats amb l'elaboració d'un Codi civil el més complet possible, a Escòcia els entrebancs no venen del poder central, sinó dels propis juristes escocesos, que no estan tots d'acord en dur a terme la tasca codificadora.

Passem, doncs, a tractar d'apropar-nos, d'una manera molt esquemàtica, a la història i els principis bàsics del dret civil escocès, per tal d'intentar oferir al

3. A més, a Catalunya, atès que molts dels jutges no eren catalans, en moltes ocasions simplement es deixava d'aplicar el dret català.

4. Així queda palès a l'apartat II d'aquest treball.

5. El paper que Càncer o Fontanella, per exemple, han desenvolupat a Catalunya, l'han interpretat també a Escòcia autors com Stair, amb la seva obra. Cal precisar que la influència dels juristes clàssics a Escòcia s'ha vist facilitada per la traducció a l'anglès de les seves obres, fet que no s'ha donat a Catalunya, on encara hem de llegir en llatí moltes de les obres dels autors que formen part de la «tradició jurídica catalana».

lector una visió sintètica d'un dret que no ens és tan estrany com en principi podria semblar.

## I. UNA BREU DESCRIPCIÓ DELS PERÍODES EN QUÈ SE SOL DIVIDIR LA HISTÒRIA DEL DRET CIVIL ESCOCÈS

La història del dret civil escocès durant el passat mil·lenni es pot dividir en quatre períodes:<sup>6</sup> el feudal, el *fosc*, el romà i el modern. Caldria afegir-hi un cinquè, que començaria amb la Devolution Act de 1998, i en el que més que de fets parlarem d'expectatives.

### 1. L'ÈPOCA FEUDAL

El primer període va des de l'any 1018 —quan, amb la batalla de Carham, es fixaren els límits territorials d'Escòcia que avui segueixen vigents— fins a finals del segle XIII, amb la mort d'Alexandre III (1286) i el començament de les guerres d'independència entre Escòcia i Anglaterra. Amb paraules de David Sellar, en aquesta etapa tingué lloc la consolidació del regne d'Escòcia i es creà ja un sentiment d'identitat nacional escocesa, el que es traduí, des d'un punt de vista jurídic, en la formació d'un *Scottish common law*,<sup>7</sup> dret amb una base celta,<sup>8</sup> però amb fortes influències del dret canònic i, sobretot, del dret anglès.

a) La influència més rellevant en el desenvolupament de l'*Scottish common law* va ser el dret anglès que, més que imposat, va ser acceptat voluntàriament pels monarques escocesos, i que influí tant en l'àmbit substantiu com en el de

6. Seguim la classificació que fa Enid A. MARSHALL, *General Principles of Scots Law*, 6a edició, W. Green/Sweet & Maxwell, Edimburg, 1995, p. 1 i s.

7. W. David H. SELLAR, «A Historical Perspective», a M. C. MESTON, W. D. H. SELLAR i Lord COOPER, *The Scottish Legal Tradition*, The Saltire Society and The Stair Society, Edimburg, 1991, p. 33. Del mateix autor vegeu també «The Resilience of the Scottish Common Law», a David L. CAREY MILLER, Reinhard ZIMMERMANN, *The Civilian Tradition and Scots Law*, p. 149-164, i «The Common Law of Scotland and the Common Law of England», a *The British Isles 1100-1500: Comparisons, Contrasts and Connections*, R. R. Davies, Edimburg, 1988, p. 82-99.

8. Afirmar SELLAR, «A Historical Perspective...», p. 35, que, en aquesta època, el dret celta no va ser absolutament absorbit pel dret anglès i el canònic, i que fins i tot alguns costums d'origen celta —com per exemple el pagament d'una renda (*cain*) a un *lord* com a reconeixement de la seva autoritat— s'han seguit observant a les Highlands fins fa relativament poc temps.

l'administració de justícia. En aquest darrer camp s'importaren d'Anglaterra les figures del *sheriff* —que era com un delegat del rei per a l'administració de justícia a nivell local—, i la del *justiciar*, que venia a ser com un *alter ego* del rei en els assumptes judicials.<sup>9</sup> Però el que resulta curiós és que mentre a Anglaterra aquestes institucions varen anar perdent importància, a Escòcia la figura del *sheriff* continua sent la base del seu sistema judicial, i el *justiciar* ha donat pas al *lord justice general*, que presideix la High Court of Justiciary.

Pel que fa al dret substantiu, la influència anglesa es mostrà en dues institucions fonamentals del dret patrimonial: la propietat de la terra —en què s'imposà el règim feudal d'acord amb el qual el rei era el *dominus* de tot el territori i era en conseqüència qui conferia o privava de les terres als seus vassalls—,<sup>10</sup> i l'herència, en què se seguïen els principis de masculinitat i primogenitura, que regiren fins l'any 1964.<sup>11</sup>

b) Tot i que les opinions dels autors discrepin quant a la seva importància,<sup>12</sup> no es pot minimitzar la influència del dret canònic en el dret escocès de l'època, influència que va continuar posteriorment fins i tot quan l'autoritat del papa fou refusada arran de la Reforma.

En relació al dret substantiu, la influència del dret canònic es manifestà especialment en tres àmbits:

1. Primerament, en l'àmbit matrimonial, en admetre's els matrimonis concrets *per verba de presenti* —és a dir, per la simple prestació del consentiment sense necessitat de cap altre requisit de caràcter formal—, i *per verba de futuro subsequente copula*, és a dir, per la unió carnal posterior a una promesa de matrimoni.<sup>13</sup>

9. En relació amb el *justiciar*, vegeu G. W. S. BARROW, «The Scottish Justiciar in the 12<sup>th</sup> and 13<sup>th</sup> Centuries», *Judicial Review* (1971), p. 97-148.

10. Vegeu SELLAR, «A Historical Perspective...», p. 37.

11. Una institució successòria que cal remarcar, i que també va estar vigent fins l'any 1964, va ser l'anomenada *law of courtesy*, d'acord amb la qual el vidu tenia dret a una renda vitalícia sobre els béns de la seva difunta esposa sempre que el matrimoni tingués descendència i «that child had been heard to cry»; en relació amb aquesta institució és ben conegut el litigi judicial que l'any 1368 varen tenir Sir Thomas Erskine i Sir James Douglas of Dalkeith per tal de determinar si una criatura havia nascut morta, o si ho havia fet amb vida i «se la va sentir plorar» (SELLAR, «A Historical Perspective...», p. 38; vegeu, sobre aquesta mateixa qüestió, SELLAR, «Courtesy, Battle and the Brieve of Right, 1368», a *Miscellany II*, Stair Society, Sellar, 1984, p. 1-12.

12. Vegeu SELLAR, «A Historical Perspective...», p. 40.

13. Aquests matrimonis subsistiren en el dret escocès fins al 1939; en canvi, paradoxalment, l'Església catòlica els va deixar de reconèixer com a vàlids l'any 1563 (SELLAR, «A Historical Perspective...», p. 41).

2. En segon lloc, en relació a la filiació, en admetre's que un fill nascut il·legítim podia ser legitimat pel subsegüent matrimoni dels seus pares.<sup>14</sup>

3. I, finalment, en el dret contractual, especialment amb la doctrina que el simple pacte produïa una acció.<sup>15</sup>

Però la influència del dret canònic no es limità a l'àmbit substantiu, sinó que també es manifestà en el processal. L'Església tenia els seus propis tribunals i procediments que, a Escòcia —com a d'altres llocs—, coexistien amb els laics, i tenien una àmplia jurisdicció; aquest sistema influí notablement a partir del segle XV en l'organització dels tribunals laics escocesos.

c) Finalment, cal assenyalar que, tot i que darrerament s'hagi fixat la seva data de realització als voltants de l'any 1318, se sol ubicar en aquesta primera etapa el que ha estat probablement el tractat jurídic més important en la fase de formació del dret escocès, l'anomenat *Regiam Majestatem*,<sup>16</sup> d'autor desconegut. Amb tot, s'ha discutit la consideració d'aquesta obra com a font del dret escocès,<sup>17</sup> atès que, si bé conté alguns elements de dret canònic i de dret *indígena* escocès, la major part del seu contingut està copiat d'una obra d'un jurista anglès del segle XII,<sup>18</sup> fet que, per altra banda, posa en relleu la naturalesa conservadora del dret escocès.

14. En canvi, el dret anglès no va admetre la legitimació pel subsegüent matrimoni dels pares fins al segle passat.

15. El més destacat dels *institutional writers*, Stair, afirmava que el dret escocès no exigia cap forma específica per constituir una obligació contractual, perquè «following rather the canon law [...] every paction produceth action» (STAIR, *Institutions of the Law of Scotland*, D. M. Walker, Edimburg, Glasgow, 1981, § I.10.7). Això no obstant, SELLAR, «A Historical Perspective...», p. 61, nota 30, assenyala que el dret escocès reconeix la categoria de les anomenades *Obligations literis*, en què sí s'exigeixen uns certs requisits formals.

16. Respecte a aquesta obra, vegeu A. A. M. DUNCAN, «Regiam Majestatem: A Reconsideration», *Juridical Review* (1961), p. 199-217; Peter STEIN, «The Romano-Canonical Part of Regiam Majestatem», *Scottish Historical Review* (1969), p. 107-123; Alan HARDING, «Regiam Majestatem amongst Medieval Law-books», *Juridical Review* (1984), p. 97-111.

17. Si bé SELLAR, «A historical Perspective...», p. 39, assenyala que, a la pràctica, aquesta obra ha estat considerada com una font vàlida del dret escocès durant més de cinc-cents anys, i fins i tot posa en relleu que fou citada en el cas *Ld Advocate v University of Aberdeen and Budge (The St. Ninian's Isle Treasure Case) 1963 Session Cases*, p. 533.

18. Concretament, de l'obra de l'autor anglès Glanvill anomenada *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Angliae*, elaborada a finals del segle XII i que era una descripció del dret anglès basada en els decrets aleshores vigents.

## 2. L'ANOMENADA ÈPOCA FOSCA (SEGLES XIV A XVI)

La segona etapa en l'evolució del dret escocès, que va dels segles XIV al XVI, es coneix com a *època fosca*, i es caracteritza per una situació d'instabilitat social i política que condiciona i influeix en el món de la justícia. Més que davant d'un relat de fets jurídics, estem davant d'una crònica d'històries bèl·liques i d'intrigues polítiques.<sup>19</sup> L'intent del monarca anglès Edward I de tenir sota el seu control el territori escocès originà les anomenades Guerres d'Independència, i si bé és cert que aquestes formalment acabaren amb el Tractat d'Edimburg, signat el dia 17 de març de 1328 i que garantia la independència escocesa, les relacions entre tots dos països no milloraren, sinó que es van anar deteriorant cada vegada més a conseqüència de la posterior aliança entre Escòcia i França, enemiga tradicional dels anglesos.

Per tant, dos són els fets que caracteritzen aquesta etapa: la instabilitat política i el deteriorament de les relacions entre Escòcia i Anglaterra, circumstàncies que, lògicament, varen influir en l'esfera jurídica. Efectivament, el sistema jurídic que s'havia anat formant durant el segle anterior —basat en bona part en el dret anglès— no es va arribar a consolidar, i la influència del dret anglès va anar disminuint progressivament, i va ser substituïda per la del dret francès, de tradició romanista. Possiblement aquests fets expliquen que l'anomenat *Scottish common law* no seguís l'evolució a què semblava estar cridat i que segurament hagués desembocat en un sistema de l'escola angloamericana, sinó que comencés a recollir influències continentals que l'acabarien convertint en un sistema mixt.

Un dels aspectes positius que cal destacar d'aquest període és el naixement i consolidació del parlament, que exercí tant funcions legislatives,<sup>20</sup> com judi-

19. L'accidentada mort del rei escocès Alexandre III —i un any després la mort també de la seva hereva, la seva neta Margaret, quan només tenia tres anys—, va desencadenar una batalla successòria davant l'ambició del rei Eduard I d'Anglaterra de dominar Escòcia, batalla que va acabar amb la més o menys amigable relació que fins aquell moment hi havia entre Escòcia i Anglaterra, i que encetà un període d'hostilitats entre ambdós països. En un primer moment hi havia fins a tretze membres de la noblesa escocesa amb aspiracions successòries; una vegada van quedar només dos candidats, s'invità al rei anglès Eduard I a fer l'elecció, com una concessió amb la finalitat de disminuir l'amenaça d'una possible invasió anglesa. Però Eduard I no elegí el més idoni, sinó John Balliol, el menys apte, i preparà d'aquesta manera el terreny per a una futura invasió d'Escòcia. Per tal d'obtenir una visió ràpida sobre tot aquest procés, vegeu Nicole BUSBY *et al.*, *Scots Law*, T & T Clark, Edimburg, 2000, p. 6 i s.

20. Nombroses lleis s'aprovaren en aquesta època, entre les quals cal destacar una de l'any 1449, reguladora dels arrendaments, que avui encara en constitueix la base de la regulació.

cials. Per la seva part, els tribunals eclesiàstics continuaven exercint les seves funcions, i aplicaven el dret canònic en un ampli ventall de matèries.

### 3. EL PERÍODE ROMÀ

L'anomenat període romà s'acostuma a situar des de l'any 1522 —any en què es fundà la Court of Session—,<sup>21</sup> fins al final de les guerres napoleòniques, a començaments del segle XIX.

#### 3.1. *Tres esdeveniment molt importants*

En aquesta època varen tenir lloc una sèrie d'importants esdeveniments sociopolítics que influïren en l'esfera jurídica, entre els quals cal destacar la reforma religiosa, la unió de corones, i la unió de parlaments.

1. La reforma religiosa va suposar el final tant dels tribunals canònics,<sup>22</sup> com del dret canònic que s'oposava a la religió protestant. Només varen subsistir aquelles parts del dret canònic que foren assimilades per l'*Scottish common law*, com alguns aspectes del dret matrimonial. I, per altra banda, el dret canònic es va deixar d'estudiar a Escòcia.<sup>23</sup>

2. L'any 1603, després de la mort de la Reina Elisabeth, les corones d'Escòcia i Anglaterra s'uniren en la persona de James VI d'Escòcia i I d'Anglaterra. Aquesta unió de corones significà simplement que totes dues nacions les governava el mateix monarca, però res més, ja que el projecte inicial d'ampliar i completar les conseqüències de la unió va rebre una molt freda resposta per part de tots dos parlaments, i va quedar arxivada.

3. La unió de parlaments va tenir lloc l'any 1707. El desig d'evitar noves disputes entre Escòcia i Anglaterra davant del problema de la successió a la corona —la reina Anne, última monarca de la dinastia Stuart, va sobreviure els seus disset fills— va originar que es plantegés el tema de la unió de parlaments. Va haver-hi disturbis i manifestacions en moltes ciutats escoceses davant del que

21. La Court of Session no va néixer a iniciativa dels comitès judicials del Parlament, sinó que la va crear l'Església, i va dotar Escòcia d'un cos de jutges professionals i d'experts en dret romà i en dret canònic.

22. A partir d'aquest moment varen ser les Comissari Courts els òrgans que s'encarregaren de la jurisdicció en matèria de dret de família.

23. En relació amb la reforma religiosa, i les seves repercussions en el dret escocès, vegeu SELLAR, «A Historical Perspective...», p. 45.

s'anomenà *the murder of Scotland*, però raons de pragmatisme econòmic s'imposaren als aspectes sentimentals. Cap dels dos països es podia permetre una nova guerra; Escòcia era pobra, i Anglaterra ja estava en guerra amb França. Davant d'això, els anglesos transigiren a acceptar la llibertat de comerç, i els escocesos a admetre Sophia d'Hannover i el seus hereus protestants com els successors de la reina Anne.

### 3.2. *Les seves repercussions jurídiques*

La unió de parlaments no privà Escòcia del seu propi sistema jurídic de dret privat, que únicament podia ser alterat pel nou parlament britànic en cas d'«evident utility of the subjects of Scotland». Així mateix, quedà garantit el manteniment de la jurisdicció dels tribunals escocesos; això no obstant, la House of Lords passà a ser la darrera instància en les apel·lacions de les sentències escoceses, fet que va ésser molt discutit a Escòcia.

La relativa estabilitat política d'aquest període —sobretot si la comparem amb l'època anterior— va tenir repercussions en l'esfera jurídica, en el sentit que aparegueren una sèrie d'importants obres que encara avui són font del dret civil escocès.

Primerament, cal assenyalar que l'existència d'un tribunal permanent de justícia com era la Court of Session va originar l'aparició, durant els segles XVI i XVII, dels anomenats *practicks*, que eren una recopilació de les notes que els propis jutges prenién en relació a casos ja decidits. Aquests *practicks*, com diem, tenien el seu origen en les anotacions que feien els jutges per al seu propi ús, i s'hi incorporaven lleis, materials històrics i de dret estranger relatiu al cas concret, un comentari pràctic a la sentència i referències a les decisions judicials anteriors.<sup>24</sup>

Però la producció jurídica més important de l'època, i possiblement de tota la història del dret escocès, va ser l'obra dels anomenats *institutional writers*; es tracta d'uns llibres elaborats per juristes de reconegut prestigi que, seguint la sistemàtica de les *Institucions* de Justinià —d'aquí els ve el nom d'*institutional*— recollien el dret escocès vigent. Entre ells va destacar Stair, amb la seva obra *The*

24. A mesura que el nombre de casos recopilats va anar augmentant, els *practicks* —que portaven el nom del seu recopilador— passaren a ser de dos tipus: els que només contenien sentències, i aquells als quals s'incorporaven també lleis importants, extractes del *Regiam Majestatem*, i comentaris pràctics. Mentre els primers varen donar lloc, a partir del segle XVII, als *law reports* moderns, els segons es pot dir que constitueixen el precedent de l'obra dels *institutional writers*.



*Institutions of the Law of Scotland*, que avui en dia encara és citada com a font del dret escocès.

L'obra dels *institutional writers* estava basada, en una bona part, en el dret romà, que era, en gran mesura, el que s'aplicava a Escòcia a partir del segle XVI. La recepció del dret romà a Escòcia s'explica en la tradició d'anar a estudiar dret a l'Europa continental. Tot i que a les primeres universitats escoceses també s'impartien els estudis de dret, el cert és que els escocesos preferien estudiar en un primer moment a França —abans de la Reforma, especialment a París i a Orleans—, i després als Països Baixos —principalment a Leyden i a Utrech. Si bé inicialment el dret romà s'estudiava a les universitats però no s'aplicava als tribunals —al contrari del que succeïa amb el dret *indígena*—, progressivament, la situació es va anar capgirant, fet que Evans Jones explica pels següents factors:<sup>25</sup>

1. El dret romà estava sistematitzat en el *Corpus Iuris*, mentre que el dret *indígena* al qual podem dir que s'enfrontava era en gran part consuetudinari i no escrit, i en els casos en què sí estava escrit no estava organitzat d'una manera sistemàtica. En conseqüència, el dret romà era molt més accessible.

2. El dret romà era el més estudiat pels juristes, el que millor coneixien i, en conseqüència, el que millor podien al·legar davant dels tribunals.

3. Era el dret que gaudia del suport de les més poderoses classes socials, incloent-hi els juristes d'elit.

Però la unió de parlaments de l'any 1707 va donar peu a un gir en la situació anterior. El dret escocès es va anar desenvolupant, en part gràcies als *institutional writers*, ja que si bé a la seva obra hi havia un gran contingut romanista, també es recollia el dret indígena escocès aleshores vigent, que d'aquesta manera quedava escrit; això suposà que l'aplicació del dret romà disminuís. Si bé s'ha fet notar que l'obra de John Erskine —un dels *institutional writers*— *An Institute of the Law of Scotland*, de l'any 1773, encara estava basada en la seva major part en el dret romà, també és cert que la magistratura l'aplicava cada vegada menys. Una dada molt clara és que si bé fins a meitats del segle XVIII era necessari superar un examen de *civil law* per poder entrar a l'advocacia, a partir del 1750 també calia fer un examen de dret escocès.<sup>26</sup>

Com a factors que expliquen el declivi del dret romà a Escòcia s'han apuntat els següents:<sup>27</sup>

25. Robin EVANS-JONES, «Civil Law in the Scottish Legal Tradition», a Robin EVANS-JONES (ed.), *The Civil Law Tradition in Scotland*, The Stair Society, Edimburg, 1999, p. 3 i s.

26. Robin EVANS-JONES, «Civil Law...».

27. Robin EVANS-JONES, «Civil Law...».

1. La tradició d'estudiar a l'Europa continental es va interrompre arran de les guerres napoleòniques. A més, França i Holanda varen codificar el seu dret, amb la qual cosa tenia molt poc sentit que els escocesos estudiessin un dret que mai aplicarien al seu país.<sup>28</sup>

2. Des de l'establiment de la Court of Session l'any 1532, el dret escocès va adquirir, de manera gradual, una maduresa que el feia menys receptiu a les influències estrangeres.

3. En el cas *Greenshields v. Magistrates of Edinburgh* (1711), s'establí que les decisions de la Court of Session eren susceptibles d'apel·lació davant la House of Lords. Això va suposar la introducció en el dret escocès de doctrines estranyes al dret romà, com la teoria del *judicial precedent*, segons la qual les decisions d'un tribunal superior vinculaven al tribunal inferior que havia de decidir sobre la mateixa qüestió; el desenvolupament de la doctrina del *judicial precedent* va motivar que els juristes escocesos centressin més la seva atenció en la jurisprudència que no pas en el dret romà.

#### 4. L'ÈPOCA MODERNA

La quarta etapa, els inicis de la qual s'han situat al voltant de l'any 1800, es caracteritza per dos trets bàsics: la influència del dret anglès i l'augment del dret legislatiu.

a) El buit que va anar deixant el dret romà el va anar ocupant progressivament el dret anglès. Afirmava Evans-Jones,<sup>29</sup> que els mateixos factors bàsics que explicaven la recepció del dret romà a Escòcia expliquen també la recepció del dret anglès: quan dos sistemes jurídics entren en contacte, el més fort s'imposa sobre el feble. Per la seva banda, Alan Rodger (Lord Rodger), un dels més aferrissats defensors del dret anglès, suggereix —amb uns arguments força discutibles— que va haver-hi una sèrie de factors que van fer que el dret anglès fos més atractiu per als juristes escocesos: era més accessible, tenia una sòlida tradició jurídica i estava basat en principis de justícia i de llibertat, contràriament al *civil law*, que associava amb la dictadura.<sup>30</sup>

Aquesta influència anglesa s'ha produït bàsicament a través de dues vies. Primerament, la legislativa; si bé el parlament britànic podia aprovar lleis espe-

28. I si hi havia algun escocès que volia estudiar dret a l'estranger, ho feia a Alemanya, que a començaments del segle XIX encara no havia codificat el seu dret.

29. Robin EVANS-JONES, «Civil Law...».

30. Alan RODGER, «Thinking about Scots Law», *Edinburgh Law Review*, vol. 1 (1996), p. 3 i s.

cífiques per a Escòcia, el que ha acostumat a fer ha estat estendre a Escòcia les normes fetes per atendre les necessitats angleses. I la segona ha estat, com ja hem dit, la consideració de la House of Lords com la darrera instància d'apel·lació de les sentències escoceses.

b) I en aquesta època es produeix també un considerable increment de l'activitat legislativa. Si bé els àmbits més prolífics han estat el mercantil, el tributari o l'urbanístic, també s'han aprovat moltes lleis en l'esfera civil. La creació de la Scottish Law Commission s'emmarca dins d'aquesta finalitat de promoure el desenvolupament i la reforma del dret escocès.

## II. EL DRET CIVIL ESCOCÈS VIGENT COM A RESULTAT D'AQUEST PROCÉS HISTÒRIC

Fins ara hem fet esment de les diverses influències que, al llarg de la història, ha experimentat el dret civil escocès. Tot seguit cal veure, de manera molt breu, quin ha estat el resultat d'aquelles influències: la formació d'un dels anomenats *sistemes mixtos*.

a) En matèria de dret de la persona, l'*Scots common law* seguia la regla romana de la distinció entre púbers i impúbers, de tal manera que les dones a partir dels 12 anys, i els homes a partir dels 14, tenien una certa capacitat d'obrar.<sup>31</sup> Però aquest règim es va modificar per l'Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991, que va fixar l'edat de 16 anys per poder contractar i contreure matrimoni, i la de 12 anys per atorgar testament. Pel que fa a la majoria d'edat, l'Age of Majority (Scotland) Act 1969 la va reduir dels 21 als 18 anys.

b) Pel que fa al dret de família, moltes de les regles del *common law* escocès s'han modificat per una sèrie de lleis relativament recents sobre la matèria,<sup>32</sup>

31. Així, per exemple, podien disposar dels seus béns mobles per testament, contreure matrimoni sense el consentiment patern, o elegir el seu domicili.

32. A més de les que se citen en les notes que venen a continuació, podem citar les següents lleis en matèria de dret de família: 1. La Marriage (Scotland) Act 1977, que juntament amb els matrimonis en forma civil i en forma religiosa, admet excepcionalment l'anomenat matrimoni *judicial*, en virtut del qual un tribunal declara que dues persones —sempre de diferent sexe— cohabiten amb una espècie de possessió d'estat matrimonial, de tal manera que es presumeix *iuris tantum* que hi ha hagut un consentiment matrimonial prestat de manera tàcita. 2. La Family Law (Scotland) Act 1985, que, en relació amb el divorci, estableix les seves conseqüències econòmiques (vegeu William Murray GLOAG i Robert Candlish HENDERSON, *The Law of Scotland*, 11a ed., W. Green/Sweet i Maxwell, Edimburg, 2001, p. 823 i s.). 3. La Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986, que equiparà els fills matrimonials i els no matrimonials. 4. L'Adoption (Scotland) Act 1986 —modificada per la Children (Scotland) Act 1995—, que va fixar l'edat de 21 anys per poder adoptar.

amb una regulació en què es persegueix la protecció del menor,<sup>33</sup> i de la família, i es deroguen les normes que discriminaven l'esposa envers el marit.<sup>34</sup>

c) En el dret d'obligacions i contractes és on el dret romà més ha influït en el *common law* escocès. Sense que es pugui desconèixer tampoc la influència del dret anglès,<sup>35</sup> el fet que en aquesta matèria l'*statutory law* no hagi tingut el mateix desenvolupament que en altres branques del dret civil ha ocasionat que les empremtes del *civil law* es trobin encara presents en moltes institucions.<sup>36</sup>

33. Les relacions paternofilials, que en el *common law* escocès es regien bàsicament per regles de dret romà (vegeu Peter STEIN, «The Influence of Roman Law on the Law of Scotland», *Juridical Review* (1963), p. 224), ara es troben regulades per la Child Support Act 1991, que va enfortir el deure dels pares d'alimentar els fills, i la Children (Scotland) Act 1995, que va reforçar els drets del menor d'acord amb la Convenció de les Nacions Unides sobre drets de l'infant, en establir el dret del menor que la seva opinió fos tinguda en compte a l'hora de prendre decisions que l'afectin, i en accentuar el caràcter de deure de la pàtria potestat.

34. La Matrimonial Homes (Family Protection) (Scotland) Act 1981, la Law Reform (Husband and Wife) (Scotland) Act 1984, i la Family Law (Scotland) Act 1985 han equiparat jurídicament els cònjuges, i han establert, entre d'altres, les següents normes: 1. El dret d'aliments té caràcter recíproc entre marit i muller, de tal manera que s'ha suprimit la naturalesa unilateral que aquest dret tenia en el *common law*, en què era el marit qui estava obligat a alimentar la muller. 2. S'ha suprimit la regla del *common law* d'acord amb la qual el cònjuge propietari o titular de l'habitatge familiar tenia el dret d'expulsar el seu consort. 3. Es presumeix que el parament domèstic que no hagi estat adquirit a títol lucratiu pertany per meitat a tots dos esposos.

35. H. L. MCQUEEN, «Scots Law in Europe: The Case of Contract», a Hector L. MACQUEEN, Antoni VAQUER, Santiago ESPIAU ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws and Codification in Europe*, Cambridge University Press, 2003, p. 102 i s., posa els següents exemples: 1. La unitarietat del règim de l'incompliment contractual, sense distingir si és total o parcial, si és només parcial, o si es tracta d'un compliment defectuós. 2. L'admissió de la figura de la *repudiació* del contracte per una de les parts, que permetrà l'altra quedar-ne desvinculada sense que hagi d'esperar a què es produeixi l'incompliment.

36. La influència del dret romà es pot veure en els següents exemples: 1. La inexigència de la *consideration* anglesa per a la validesa de l'obligació, el que, entre d'altres conseqüències, determina el caràcter vinculant de la promesa unilateral. 2. L'admissió dels contractes a favor de tercer, al contrari del que succeeix en el dret anglès (vegeu H. L. MCQUEEN, «Scots Law...»). 3. El dret al compliment en forma específica de l'obligació com a primera opció que té el creditor en cas d'incompliment, de manera que el compliment per equivalència només té caràcter subsidiari; en canvi, en el dret anglès queda a l'arbitri del tribunal exigir o no el compliment en forma específica (vegeu H. L. MCQUEEN, «Scots Law...»). 4. La *exceptio non adimpleti contractus* que pot oposar, en les obligacions recíproques, la part a la qual no ha estat satisfeta l'obligació (vegeu W. W. MCBRYDE, *The Law of Contract in Scotland*, 1987, p. 303-309; i també, del mateix autor, «Mutually Retained», *Edinburgh Law Review*, vol. 1 (1996), p. 135-139, i «An Unsuitable Case for Suspension», *Edinburgh Law Review*, vol. 3 (1999), p. 394). 5. I, pel que fa al contracte de compra-venda, l'*Scots common law* seguia moltes regles del dret romà —com per exemple la teoria dels riscos, o la doctrina de l'error—, però també en refusava d'altres, com la rescissió per *laesio enormis*, i la possibilitat d'exercir l'*actio quanti minoris*. Actualment, la compra-venda està regulada per llei —la Sale of Goods Act 1979, la Sale

d) En relació al dret de propietat, en el dret escocès s'ha distingit des de sempre entre la propietat dels immobles —*land tenure*—, regida tradicionalment pel dret feudal, i la dels mobles. El règim d'aquesta última ha estat essencialment romà, i en constitueixen algunes mostres la *reivindicatio* del propietari, el règim de l'accessió i la necessitat de *traditio* per a la transmissió de la propietat.<sup>37</sup> I pel que fa al règim de la *land tenure*, el sistema feudal va quedar superat arran de l'Abolition of Feudal Tenure (Scotland) Act 2000, que suposà la culminació d'una sèrie d'iniciatives i reformes legislatives parcials destinades a convertir els propietaris del *dominium utile* en propietaris lliures de la terra.<sup>38</sup>

D'altra banda, la *common property* escocesa és l'equivalent a la comunitat romana *pro indiviso*, amb la consegüent possibilitat de disposició de la quota de cada copropietari, i d'exigir la divisió de la cosa comuna. I respecte al *trust*, que es regeix per la Trusts (Scotland) Act 1921 —modificada per la Trusts (Scotland) Act 1961—, la influència anglesa és ben palesa.

e) I pel que fa al dret de successions, la influència del dret romà ha estat molt reduïda. La matèria s'ha regit tradicionalment pel dret feudal, en què es desconeix la figura romana de l'hereu i era l'*executor* qui realitzava algunes de les seves funcions. Ara és la Successions (Scotland) Act 1964 la que regula la matèria, i estableix un règim en què persisteix la diferència entre la successió dels béns mobles i els immobles.<sup>39</sup>

---

and Supply of Goods Act 1994, i la Sale of Goods (Amendment) Act 1995—, però això no ha significat un refús de les regles romanes adoptades pel *common law* (al contrari, la Sale and Supply of Goods 1994, s. 11, ha acceptat el dret del comprador a optar per una rebaixa del preu si la cosa venuda no reunita les condicions pactades en el contracte); en relació amb el règim vigent de la compravenda, vegeu ATIYAH, ADAMS i MACQUEEN, *Sale of Goods*, 10a ed., 2000; BENJAMIN'S, *Sale of Goods*, 3a ed., 1987; BRIDGE, *Sale of Goods*, 1998; BROWN, *Sale of Goods*, 2a ed., 1911; CHALMERS, *Sale of Goods Act 1979*, 18a ed., 1981; MCKENDRICK (ed.), *Sale of Goods*, 2000; GLOAG-HENDERSON, *The Law of Scotland* p. 199-229.

37. Ara bé, pel que fa a aquesta darrera regla d'acord amb la qual *traditionibus non nudis pactis transferentur rerum dominia*, es pot dir que l'excepció supera la regla general, ja que la Sale of Goods Act 1979, recollint una norma que ja establia la Sale of Goods Act 1893, va decretar que la transmissió de propietat es produïa en virtut del contracte de compra-venda.

38. La secció 1 de l'Abolition of Feudal Tenure (Scotland) Act 2000 disposa que «The feudal system of land tenure, that is to say the entire system whereby land is held by a vassal on perpetual tenure from a superior is, on the appointed day, abolished»; en conseqüència, queda abolida tota càrrega d'origen feudal, si bé en determinats casos caldrà pagar una compensació als titulars del *dominium directum* (vegeu GLOAG-HENDERSON, *The Law of Scotland*, p. 591).

39. El cònjuge vidu i els descendents tenen una mena de drets legítims —els *legal rights*— que són d'aplicació tant a la successió testamentària com a la intestada, i que recauen exclusivament

### III. LES PERSPECTIVES DE FUTUR ARRAN DE LA DEVOLUCIÓ DE LES COMPETÈNCIES LEGISLATIVES AL PARLAMENT ESCOCÈS: EL DEBAT SOBRE LA CODIFICACIÓ

Actualment ens trobem, doncs, amb un dret civil escocès en part legislatiu i en part integrat per les regles de l'*Scots common law*, i en el qual, juntament amb les normes pròpies, n'hi ha d'altres d'origen romà i anglès. Però aquesta situació podria canviar si es porta a terme la tasca de codificar el dret civil escocès, el que és factible arran de la *devolució* de les competències legislatives al Parlament escocès.

#### 1. LA DEVOLUTION ACT

L'any 1998 va tenir lloc un esdeveniment clau per a Escòcia: l'aprovació de l'*Scotland Act 1998* (l'anomenada *Devolution Act*), en virtut de la qual, quasi tres-cents anys després, es va restablir el Parlament escocès i la consegüent possibilitat d'elaborar les seves pròpies lleis.

La *devolution* fou el resultat de les peticions del nacionalisme escocès, que ja començaren durant el segle XIX, però que s'accentuaren a finals de la dècada del 1960 i inicis de la del 1970. Aquestes demandes, bloquejades durant el mandat del Partit Conservador entre els anys 1979 a 1997, foren ateses després del triomf l'any 1997 del Partit Laborista encapçalat per Toni Blair, qui d'aquesta manera complí una de les seves promeses electorals.

D'acord amb les seccions 28 i 29 de l'*Scotland Act 1998*, el Parlament escocès pot aprovar lleis, sempre que recaiguin sobre matèries de la seva compe-

---

sobre els béns mobles del difunt: el *ius relictæ*, en virtut del qual la vídua té dret a una part dels béns mobles del seu marit: la tercera part si hi ha descendència, i la meitat en cas contrari; el *ius relictæ*, que és el mateix dret però a favor del vidu; i el *legitím*, en virtut del qual els descendents, segons el principi de proximitat de grau i amb aplicació del dret de representació, tenen dret a la tercera part i a la meitat dels béns mobles del difunt, segons concorrin o no amb el cònjuge vidu. Només en el cas que el causant mori intestat —total o parcialment—, es concedeixen al cònjuge vidu els anomenats *prior rights*, en virtut dels quals té els següents drets: fer seva la casa en què vivia, si el seu import no ultrapassa les 130.000 £; si el seu valor excedeix aquest import, té dret al pagament de la dita quantitat en efectiu; fer seus els mobles i el parament de la casa, fins a un valor de 22.000 £ (dret que, a diferència de l'anterior, es concedeix tot i que el causant hagi disposat dels seus béns per via testamentària); i si fetes les dites atribucions, encara queda patrimoni del qual no s'ha disposat per via testamentària, el cònjuge vidu tindrà dret a una quantitat en efectiu: 35.000 £ o 58.000 £, segons hi hagi o no descendència en el matrimoni.

tència.<sup>40</sup> En l'àmbit civil aquesta competència és molt àmplia, atès que entre les matèries que es reserven al Parlament de Westminster a l'Schedule 5 s'hi troba únicament la propietat intel·lectual i la protecció dels consumidors —que no són qualificades per aquella mateixa llei com a matèries civils, ja que s'inclouen al bloc C de l'esmentat Schedule 5, que porta per títol «Comerç i indústria». Per tant, l'esperit de la Devolution Act és que tota la matèria civil pugui ser regulada pel Parlament escocès.<sup>41</sup> I si bé l'apartat setè de la Secció 28 de l'Scotland Act estableix que, tot i la competència legislativa del Parlament escocès, el Parlament de Westminster segueix conservant el poder de fer lleis per a Escòcia, sembla poc probable que en faci ús.

## 2. EL DEBAT SOBRE LA CODIFICACIÓ DEL DRET CIVIL ESCOCÈS

El fet que hi hagi un parlament escocès, i que aquest pugui legislar en matèria civil, ha encetat el debat sobre la conveniència o no d'elaborar un codi civil escocès.<sup>42</sup> Un grup de professors de la Universitat d'Edimburg, encapçalats pel professor Eric Clive, ha començat a treballar en la redacció d'un codi civil escocès, tot i que la seva tasca no sembla que serà senzilla. Efectivament, a part de les dificultats de caire jurídic que tota codificació implica, aquesta tasca ha començat ja amb l'oposició frontal d'un sector del món jurídic escocès, concretament de la magistratura. Els treballs encara es troben en una fase inicial, i sembla que, si culminen, el seu valor serà purament doctrinal, atès que, de moment, no gaudeixen d'un decidit suport del Govern escocès.

El debat es mou en termes fonamentalment jurídics, i no polítics, i es planteja com una lluita entre els partidaris del *case law system*, i aquells que veuen la codificació com una eina per al perfeccionament d'un sistema mixt com és l'escocès.

L'argument més important esgrimit pels partidaris de la codificació ha estat que aquesta suposaria una major accessibilitat del dret escocès, que ara es

40. S. 29 (1): «An Act of the Scottish Parliament is not law so far as any provision of the Act is outside the legislative competence of the Parliament».

41. Vegeu Alan PAGE, Colin REID, Andrea ROSS, *A Guide to the Scotland Act 1998*, Butterworths, Edimburg, 1999, i especialment les pàgines 79 a 87.

42. Els treballs sobre la codificació del dret penal ja estan més avançats. Un grup format pels professors Pamela Ferguson (Universitat de Dundee), Chris Gane (Universitat d'Aberdeen), Gerald Gordon (Universitat d'Edimburg), Sandy McCall Smith (Universitat d'Edimburg) i Eric Clive (Universitat d'Edimburg) ja ha elaborat un esborrany de codi penal escocès.

troba desorganitzat i mal estructurat. I juntament amb aquesta raó de caràcter funcional, s'ha al·legat que també podria servir per homologar el dret escocès amb les noves tendències comparades, ja sigui les normes de la UE, o les del Regne Unit.

Davant d'aquests arguments, els juristes contraris a la codificació al·leguen la pèrdua de flexibilitat del dret que aquella implicaria. A més, els qui mantenen postures més combatives,<sup>43</sup> fan afirmacions com les següents:<sup>44</sup>

—la codificació no aportaria res de profit, sinó que suposaria únicament una pèrdua de temps i diners;

—implicaria una *petrificació* del dret, i constituïria un fre al seu progrés;

—a l'hora de resoldre els problemes concrets que se'ls plantegen, el dret el fixarien no els jutges sinó un reduït grup de persones que no es troben en contacte diari amb la realitat pràctica.

Tot això fa que els impulsors de la codificació siguin perfectament conscients de les dificultats que trobaran en la seva tasca, cosa que els ha fet adoptar uns objectius prudents. Així, es plantegen la codificació com una tasca a llarg termini, que s'hauria de desenvolupar en etapes —la primera de les quals fóra la codificació del dret de contractes—, i que inicialment donaria lloc a un projecte de caràcter privat.<sup>45</sup>

43. Concretament, la magistratura, encapçalada per Lord Rodger of Earlsferry, l'antic Lord President de la Court of Session.

44. Afirmacions que es troben en una carta que l'esmentat Lord Rodger of Earlsferry va enviar, el 4 de juny de 2001, al ministre de Justícia escocès, i que extraïem així mateix d'una carta enviada el juliol del 2002 al ministre de Justícia pel professor Eric Clive, que ell mateix ens va facilitar, detall que li agraïm.

45. El que no vol dir que es renunciï al suport del Govern.