

EL DRET ROMÀ A CATALUNYA DESPRÉS DEL DECRET DE NOVA PLANTA

Juan Berchmans Vallet de Goytisolo
Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació

L'exposició que tinc l'honor de comunicar-vos en aquest seminari comprèn dues qüestions diferents però interrelacionades: la discussió suscitada, arran del Decret de Nova Planta, a l'entorn de la vigència del dret romà a Catalunya, i el contingut i el significat del dret romà aplicable a Catalunya.

1. SITUACIÓ DEL DRET ROMÀ DESPRÉS DEL DECRET DE NOVA PLANTA

I. El Decret de Nova Planta de 17 de gener de 1716 manava en el seu article 42 que, en allò no ordenat expressament en aquest mateix decret, «se observen las constituciones que antes habían en Cataluña; entendiéndose que son de nuevo establecidas por este decreto, y que tienen la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en él».

Entre altres qüestions plantejades per aquest text, aquí ens interessa la més controvertida, relativa a quin havia de ser el dret supletori a Catalunya després del Decret de Nova Planta.

Cal dir, prèviament, que l'última determinació de l'ordre de les fonts del dret a Catalunya en un text autòcton havia estat efectuada en la constitució aprovada per Felip III (Felip II al comtat de Barcelona) a les primeres corts de Barcelona de l'any 1599, que conclouia «y en los casos que dits Usatges, Constituciones, y altres drets faltaran, haien de decidir les dites causes segons la dispositio del Dret Canonic y, aquell faltant, del Civil y Doctrines dels Doctors, y que no les puguin decidir, ni declarar per equitat, sino que sia regulada, y conforme a les regles del dret comú, y que aportan los Doctors sobre materia de equitat».

Segons Benvingut Oliver,¹ aquesta constitució va significar una reforma aliena a les aspiracions legítimes del poble. Però jo penso que, en realitat, aquesta refor-

1. Benvingut OLIVER, *Estudios históricos sobre el derecho civil en Cataluña*, Barcelona, Impr. Luis Tasso, 1867, cap. VII, p. 52 i seg.

ma no va ser considerable respecte a tot el que fins aleshores havia estat vigent, és a dir, la constitució aprovada per Martí l'Humà a les Corts de Barcelona de 1509² —que situava en els últims llocs d'aplicació «dret comú, equitat y bona rahó». La reforma es va circumscriure a la limitació de l'aplicabilitat de l'equitat, a fi d'eliminar el risc que, a causa dels nous corrents filosòfics d'aleshores, podia significar tot arbitri personal, amb la qual cosa es tancava el pas a l'equitat «cerebrina».

El problema de dret constituït, dimanant de l'aplicació del Decret de Nova Planta, es va centrar en la vigència de la constitució de 1599, sobre «el derecho que se debe seguir en declarar las causas», recollida en les *Constituciones i altres drets de Catalunya*, llibre I, títol XXX, 1.

Segons va referir Ramon Llätzer de Dou³ el 1800, Felip V, en el número 42 del Decret de Nova Planta, «mandó, que en lo que no está prevenido en él, se observen las Constituciones de Cataluña, entendiéndose de nuevo establecidas, y que tienen la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en él, y por otra parte no se halla en ningún capítulo de dicho Decreto derogada la expresada Constitución [de 1599] ni prevenido nada sobre este punto de derecho supletorio: parece que no habiendo derecho general y municipal debe decidirse en Cataluña por el común».

El 1759 s'havia reeditat l'obra de Christofol de Potau,⁴ que recordava que «per jura patriae in cap. 40 constit. anni 1599 caveatur deficientibus patriae legibus, judicandum fore secundum jus canonicum, et in defectum juris canonici secundum jus civile», amb invocació de l'opinió de Miquel de Cortiada (*Decis.* 24, núm. 185). Però l'1 d'agost del mateix any el Consell de Castella va condicionar la seva llicència per a imprimir aquest llibre que hi addicionés, com es va fer marginalment i en cursiva, la nota que comença dient: «Haec autem procedebant jure veteri: attamen jure novo ad Principem recurrendum est, et servari debent ea quae statuta sunt Regio Philippi V die 17 januarii anno 1716, sive auto acordado 16, tit. 2, lib. 3 Collectionis regiarum Constitutionum Hispaniae [...]».

2. Cfr. Juan BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, «Las fuentes del derecho según el "Apparatus super constitutionibus curiarum Generalium Cataloniae" de Tomás Mieres», n. 81, a *Libro-Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1976, p. 462 i seg., sobre l'exposició de com, en el mateix segle XV, Mieres va entendre aquesta constitució.

3. Ramon Llätzer de DOU I DE BASSOLS, «Preliminares», a Ramon Llätzer de DOU I DE BASSOLS, *Instituciones del derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier estado*, Madrid, Of. de Benito García y Cía., 1800, cap. III, núm. 57, p. 77.

4. Christophoro de POTAU, *Articuli Iuris*, Barcinone, ex officina Caroli Sapèra et Jacobi Ossèt, 1759, núm. 177, p. 59. La primera edició havia estat publicada a Barcelona, Tip. Hyacinthi Andreu, 1670.

Dou, després de referir aquest incident, feia observar que no constava «si se hizo declaración formal, o sólo mandó el Consejo poner la adición como juicio privado del que entendió en la censura sin darle más fuerza y autoridad», i afegeix que «no se pasó carta u orden circular a los tribunales».⁵

Contraposada a l'opinió de Potau era la que havia sostingut l'any 1781 el catedràtic de la Universitat de Cervera Juan Antonio Mujal⁶ en les seves *Anotaciones* a les Institucions del dret de Justinià i a les del dret patri de Catalunya. Aquest autor preguntava: «Si vero in dudam sciteris, an illis deficientibus iudicandum sit secundum ius Canonicum et ubi hoc déficit, secundum ius civile, ut ex cap. 40 Constit. anni 1599 aiebat D. Christophorus de Potau in suis iuris articulis Barcinone typis editis anno 1759, núm. 177 fusiusque D. Contiada quem ipse laudatus». I contestava: «In promptu est responsio mea, ex nota scilicet quam Supremus Castellae Senatus (licentia nempe dictum opus iterum typis mandadi non aliter concessa Calendis Augusti 1760) ubi apponi iussit.»

Segons Vives i Cebrià,⁷ «esta duda se consideró en Cataluña como cuestión académica» i en «el foro no se habló de ella hasta los años inmediatos a la Guerra de la Independencia». Després d'aquesta guerra, la quasi absoluta variació de magistrats i els desigs d'alguns litigants d'agafar-se a la legislació que més els afavorís, van donar lloc que aquesta disputa, que no havia sortit de la universitat, es fes judicial i donés lloc a una consulta de l'alcalde de Figueres.

No obstant això, les reials cèdules de 27 de novembre de 1768 i 2 d'octubre de 1785 havien recordat el mandat de l'Ordenança número 550 de les ordenances per al règim i govern de l'Audiència de Barcelona, de 2 de març de 1741, que a cada sala de l'Audiència de Catalunya hi havia d'haver un exemplar de la nova recopilació, amb la Nova Planta, les constitucions del Principat i el Sant Concili de Trento, de la qual cosa s'inferia que les lleis de la recopilació de Castella no eren estranyes a l'Audiència de Catalunya. Però Dou va advertir que no se'n deia res més, per la qual cosa aquestes reials cèdules, entre altres coses, podien senzillament significar que «muchas leyes de Recopilación, hablando aún de las que no son generales para todo el Reyno, están citadas en la margen de la Nueva Planta, y de las nuevas ordenanzas, las cuales tienen fuerza de ley confirmando dicha

5. Ramon Llätzer de DOU I DE BASSOLS, *Instituciones*, núm. 59, p. 79 i seg.

6. D. Joannis Antonii Mujal, et de Gibert, J. C. Thoranensis, *Digesti Veteris in Cervariensi Academia Regii Professoris, noviter digestae Justinianici Institutionum juris, et Patrii Cathaloniae Annotationes bene multis indicatio fontibus, ex quibus aquam aburriré liceat*, Cervera, Typis Academicis, 1781, llib. I, tít. II, p. 9 i 10.

7. Pere Nolasc VIVES I CEBRIÀ, *Traducción al castellano de los Usatges y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles*, proemi, tít. XXX, nota 1, cfr. 2a ed., Barcelona, Impr. Luis Tasso, 1861, p. 109. La primera edició d'aquesta obra va aparèixer el 1833.

Nueva Planta y ordenanzas en las cosas de la nuestra Real Audiencia [...]».⁸ I, encara, el mateix Dou⁹ va citar la Reial cèdula de Carles III de 27 d'agost de 1782, a favor de l'aplicació a Catalunya dels drets canònic i romà com a supletoris.

Hem d'afegir, per la nostra banda, que al segle XVIII els notaris tenien com a manual l'*Opera artis notariae*, de Jerónimo Galí y Ramón, i el *Viridarium artis notariatus*, de Josep Comes, publicats en llatí, respectivament, el 1682 i el 1704, i el segon traduït al castellà durant el període 1826-1829, plens a vessar de cites de dret romà, de dret canònic i dels seus comentaristes. I el 1772, per a l'ensenyament dels joves aspirants a notaris, es va publicar la *Theorica artis notariae* de Vicenç Gibert, també repleta de cites de textos romans i canònics i traduïda al castellà el 1828 per Eugenio de Tapia.

II. El cert és que el 1812 la Reial Audiència de Barcelona va elevar al rei, per mitjà del Ministeri de Gràcia i Justícia, una consulta en la qual es feia observar que s'estava fent aquesta interpretació tan lata de l'article 42 del Decret de Nova Planta: «[...] contra la manifiesta voluntad del Soberano se ha gobernado y se gobierna en gran parte esta provincia por leyes extrañas [referint-se principalment a les romanes] y aún opuestas muchas veces a las generales del Reino [...]» En conseqüència, la consulta va ser remesa pel rei al Consell de Castella i, oït el fiscal per aquest, es va acordar que la Reial Audiència de Barcelona formés un expedient instructiu i fossin oïts el fiscal i, a més, en substitució del Col·legi d'Advocats de Barcelona —que encara no havia estat reconstituït després de la Guerra de la Independència—, quatre lletrats barcelonins: Agustín Tamaró, Francisco Tomás Ros, Juan de Balle i Juan Francisco Besona, els quals, des del 1815 fins al 1818, any en què van entregar l'expedient instructiu a l'Audiència de Catalunya, van redactar l'informe, sol·licitat per aquesta, sobre l'aplicació del dret romà a Catalunya. En aquest informe van exposar la seva perspectiva i van considerar que el dret romà era d'efectiva aplicació. Sobre això, després de tres anys d'estudis, van emetre un informe molt extens on assenyalaven la conveniència que a Catalunya continuessin aplicant-se supletòriament les lleis romanes, moltes de les quals ja havien estat rebudes pels costums.¹⁰

El 1820 va tornar a moure's aquesta qüestió, que havia quedat en suspens en vista de les reformes polítiques en curs. Aleshores va arribar l'informe de Ramon Llätzer de Dou favorable a la conservació de la constitució de 1599. La

8. Ramon Llätzer de DOU I DE BASSOLS, *Instituciones*, 6a i 6, p. 81 i seg.

9. Ramon Llätzer de DOU I DE BASSOLS, *Instituciones*, núm. 58, p. 77 i seg.

10. Cfr. la citada consulta i part de l'informe dels quatre advocats, a Benvingut OLIVER, *Estudios históricos*, cap. VIII i IX, p. 66 i seg.

Reial Audiència va escoltar tots els ajuntaments cap de partit, d'acord amb el dictamen de Dou, i a la vista d'això i de la proposta del fiscal l'Audiència va dictar la Resolució, final i definitiva, de 14 de maig de 1829. Aquesta va proposar al rei la declaració que a Catalunya era dret supletori l'expressat en la constitució de 1599, confirmada pel Reial decret de la Nova Planta, mentre no s'oposés a aquest ni a les lleis reials, els decrets i les ordres posteriors, ni a les regalies, i mentre fos compatible amb els usos i els costums vigents aleshores, generalment rebuts, oposats en el temps de la República i de l'Imperi romà, i que es declarés que no tenien força de llei a Catalunya les de novíssima recopilació, els furs, les *partidas* i altres lleis dels regnes de Castella i Lleó, sinó només si eren conformes amb la Nova Planta i amb les altres disposicions sobiranes posteriors a aquesta.¹¹ El reial acord s'elaborà conforme amb aquesta proposta.

El Tribunal Suprem, per mitjà de la Sentència de 21 de maig de 1845 (*Gaceta de Madrid*, núm. 3.906, de 25 de maig de 1845), va declarar que, conforme al Decret de Nova Planta, pel que feia a allò no previngut en les constitucions de Catalunya, havia de regir el dret canònic i, si no n'hi havia, el civil, és a dir, el romà. I aquest criteri va ser repetidament reiterat pel mateix Tribunal Suprem en les sentències de 29 de maig de 1859, 15 de maig de 1861, 12 i 30 de desembre de 1862, 29 de setembre de 1865, 26 de gener de 1876, 19 de maig de 1876, 28 d'abril de 1891, 4 d'octubre de 1892, 20 de març de 1893, 29 de gener de 1896, etcètera.¹²

Un cop resolta judicialment la qüestió, va tornar a ser doctrinalment discutida el 1876 per Benvingut Oliver,¹³ a qui tres anys després va replicar, a l'Ateneu Barcelonès, el degà del Col·legi de Notaris de Barcelona, Fèlix Maria de Falguera.¹⁴

11. Cfr. Benvingut OLIVER, *Estudios históricos*, cap. XI, XII, XIII, XIV i XV, p. 94-151, i els textos publicats en aquests.

12. Citades per J. M. PONS I GURI i V. SANDALINAS FLORENZA, *Constituciones y otros derechos de Cataluña*, Barcelona, J. M. Bosch, 1952, p. 23 i seg.

13. Benvingut OLIVER, *Estudios históricos*, cap. XVI, p. 152 i seg.

14. Fèlix Maria de FALGUERA, *Conferencias de derecho catalán, dadas en el Ateneo Barcelonés en 1870 y 1880*, conferència primera, Barcelona, Impr. Luis Tasso, 1889, p. 11 i seg. Respecte a aquesta qüestió del dret supletori a Catalunya en el període comprès entre el Decret de Nova Planta i la promulgació del Codi civil, a més de les obres esmentades, cfr. també Guillem M. de BROCA I DE MONTAGUT i Joan AMELL I LLOPIS, *Instituciones del derecho civil catalán vigente*, 2a ed., vol. I, *Reseña histórica*, Barcelona, Impr. Barcelonesa, 1886, cap. VI, cap. 2, p. 84 i seg.; Guillem M. de BROCA I DE MONTAGUT, *Historia del derecho de Cataluña, especialmente del civil*, vol. I, Barcelona, Herederos de Juan Gili, 1918, cap. VI, sec. 2a, p. 424 i seg.; Josep PELLA I FORGAS, *Código civil de Cataluña*, t. I, Barcelona, J. Horta, Impr., 1916, cap. IV, §§ XII i XIII, p. 72 i seg.; Joaquim de CAMPS I ARBOIX, *Historia del derecho catalán moderno*, cap. IV, p. 68 i seg.; Encarna ROCA TRIAS, «El Código civil como supletorio de los derechos nacionales españoles», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 31, núm. 2 (abril-juny 1978), p. 244 i seg.

2. CONTINGUT I SIGNIFICAT DE L'APLICACIÓ DEL DRET ROMÀ A CATALUNYA

III. Al segle XVIII, després de la fundació de la Universitat de Cervera per Felip V i de la supressió de les altres universitats catalanes, Josep Finestres i de Monsalvó va ser posat al capdavant de la Facultat de Dret d'aquella universitat, en la qual s'ensenyava, als escolars, dret civil o romà i cànons, «prescindiendo del derecho civil español, ni castellano ni catalán, en dos años el derecho canónico y en cuatro el romano dogmáticamente explicado sobre el texto de las leyes; quedaban proscritas las obras extranjerias por sospechosas». Així ho explicava Pella i Forgas,¹⁵ el qual afegia¹⁶ que Finestres «sentó a manera de axioma que el derecho catalán era el derecho romano, dado que siendo tan pocas nuestras leyes indígenas, en los más de los asuntos no decidían los problemas prácticos, ni tampoco el derecho canónico, y era forzoso, y se imponía, pero de un modo inexcusable y apremiante, el estudio del derecho romano, que bajo este concepto —deia— podemos considerar patrio».¹⁷

Segons Lluís Figa,¹⁸ els resultats «fueron catastróficos y fatalmente duraderos; treinta promociones estudiantiles salieron de la Universidad de Cervera sin saber absolutamente del derecho vivo de Cataluña».

Per altra banda, Mujal, en les seves ja citades *Annotationes*, publicades a Cervera el 1781, ordenava, segons el parer de Pella i Forgas,¹⁹ les institucions de dret català segons la pauta de les *Instituciones* de Justinià, «pero no pasa su romanismo de esta clasificación externa. [...] Concibe el derecho catalán completamente separado del romano, en tanto que lo coloca aparte y al final de los capítulos. Éstos suelen empezar con éstas o parecidas frases: *In hoc Principatu...*, *In Cathalonia...*, *Patrio Cathalonia iure...*, etc., y la sección final de los capítulos con referencia al derecho romano invariablemente empieza diciendo: *De romano iure videris Donello, Cuiacio*, etc., etc., sin concederle grandísima importancia, antes bien muy escasa y en pocas líneas. [...] Esto en cuanto a la exposición. En cuanto al fondo, llama desde luego Mujal la atención —aquest és el mèrit més gran de

15. Josep PELLA I FORGAS, *Código civil*, vol. I, apèndix II, cap. III, n. II, p. 117.

16. Josep PELLA I FORGAS, *Código civil*, n. III, p. 118 i n. 2 d'aquesta pàgina.

17. Cfr. Josep FINESTRES, *Lectorem benevolo salutem*, en les seves dues primeres pàgines, on, després de referir-se a la Constitució de Jaume I de 1251, pregunta i respon: «Ad quanta occurrunt negotia neque Municipali, neque canonico Jure decisa? Innumera sone.» I, referint-se al dret autòcton, comenta: «Sed quem in his omnibus exigua sit pars eorum quae in Tribunalibus agitari solent, nemo non intelligit.»

18. Lluís FIGA, *loc. últ. cit.*, p. 293 *in fine* i seg.

19. Josep PELLA I FORGAS, *Código civil*, apèndix II, cap. III, n. VI, p. 122 i seg.

la seva obra— de que explicara o anotase el derecho civil del Principado poniendo en orden, primero el texto de los *Usatges* y *Constitucions*; y donde no hubiere ley escrita, la costumbre y las obras de Cáncer, Fontanella, Ripoll, Mieres, etc. [...] No suple el texto de la ley escrita catalana con el texto de otras leyes extrañas supletorias, canónicas o romanas, sino con la jurisprudencia catalana, atestiguada por nuestros viejos e insignes comentaristas.»

Creiem que, en aquest punt, Pella, per una banda, exagera, i, per l'altra, oblida algunes dades essencials quan conclou²⁰ afirmant sobre Mujal: «Verdaderamente fue un precursor del renacimiento de nuestro derecho civil, y se adelantó a su tiempo, que era tanto como adelantarse de cien años, en el concepto verdadero de nuestro cuerpo de derecho civil y sustraerse a la abrumadora exégesis de los textos.»

Crec que, per a poder afirmar això que va expressar Pella i Forgas en aquesta frase, caldria oblidar l'immobilisme que Mujal preconitzava respecte a l'elaboració del dret per la *vis societatis*, en contra del sistema català clàssic, en rebutjar en tot cas el costum contra llei i en frenar el joc de l'equitat i la bona raó negant que amb aquestes es pogués continuar extraient del dret romà —al qual rebutjava tot valor supletori—, així com el fonament de les solucions per a les noves situacions jurídiques plantejades i dels consegüents problemes originats per a solucionar-los de manera adequada. Les seves esmentades *Annotationes*²¹ són un llibret de cent nou pàgines en quart, més les que ocupa l'índex alfabètic, on anotà les *Institucions* de Justinià, títol per títol, encara que algunes només s'enuncien i a moltes només hi dedicà tres o quatre línies, comentant per separat el dret romà, amb cites d'autors de dret comú, molts d'aquests castellans, i el dret català dels *Usatjes*, *Constitucions* y *altres lleys*, amb abundantíssimes cites d'autors catalans antics i moderns.

Segons el parer de Figa,²² «quedó al derecho tradicional catalán, un único y eficaz refugio. Los juristas actuales nos encontramos ante la necesidad de tener que felicitarnos del hecho de que antes de 1862 los notarios catalanes no necesitaron, para llegar a serlo, cursar los estudios universitarios de derecho. Como consecuencia de este hecho, con su enorme prestigio y ascendiente social, continúan su labor en contacto directo con la realidad, con visión directa de las necesidades reales y con la ayuda de los antiguos formularios y tratados de Notaría de Comes y Galí.» Després, el 1772, va arribar el *Viridiarum artis notariae*

20. Josep PELLA I FORGAS, *Código civil*, apèndix i cap. cit. VII, p. 123.

21. Juan Antonio MUJAL, *Annotationes*, llib. I, tít. II, p. 9 (cfr. *supra* I, § III; text corresponent a la nostra nota 6).

22. Lluís FIGA, *loc. últ. cit.*, p. 284.

de Vicenç Gibert, traduït al castellà el 1827 per Eugenio de Tapia amb el títol *Teórica del arte de notaría*, «en la que se siguen las enseñanzas tradicionales y se ignoran las de la Universidad de Cervera».

IV. En el seu informe, esmentat abans, els advocats barcelonins Tamaró, Ros, De Balle i Besona, després de referir l'influx del dret romà a Catalunya en l'època de la seva colonització, del qual consideraven dimanants les pràctiques i els costums romanitzats que van constituir els drets i furs dels pobles de Catalunya, explicaven que, segons el seu parer, aquests eren «lo más acomodado a su genio, a su carácter, a sus hábitos, a sus inclinaciones, al mantenimiento de sus fortunas, a la tranquilidad doméstica en el seno de sus familias y a la prosperidad y gloria del Estado».²³

«De ahí nace prevenirse en la constitución 1ª del título *Del dret que ha de seguir en declarar las causas*, que faltando constituciones y leyes se recurre para la decisión al derecho canónico y en falta de éste al civil y a la equidad regulada y conforme a las reglas del derecho común, fundando esta determinación en que el derecho romano, como un verdadero suplemento de legislación, ha sido en varios puntos recibido en Cataluña como una costumbre cimentada en la equidad natural, en que ha sido respetado, como un principio fecundo en consecuencias, y como un depósito de máximas generales de derecho y de doctrina, tan necesario para la general decisión de los negocios. De ahí se deriva el origen y práctica generalmente adoptada por los primeros magistrados y juristas, así antiguos como modernos, tanto de la nación como de la provincia, de citar leyes romanas en las cuestiones y debates judiciales, no con relación a la autoridad que las estableció, sino con relación al imperio de moral y de razón que ellas contienen, connaturalizada y admitida como uso y costumbre en la provincia, en medio del silencio y oscuridad de la ley positiva: por último las varias Reales disposiciones expedidas en diferentes épocas relativas a la conservación de los usos y costumbres que había en Cataluña que no se opusiesen a las regalias de S.M.»

Ara bé, aquest informe no es conforma amb aquests arguments específics per a Catalunya, sinó que eleva la seva perspectiva de manera més general, com es pot observar en aquests paràgrafs:

«[...] las costumbres ya fijadas en los pueblos son el más brillante imperio que la justicia puede poseer. Todas las naciones ilustradas han visto siempre formarse y subsistir, al lado del santuario de las leyes y bajo la vigilancia de los legisladores, un depósito sagrado de usos y costumbres, de máximas y de doctri-

23. Cfr. Benvingut OLIVER, *Estudios históricos*.

nas que se fijan, se acrisolan e ilustran cada día con la práctica y con los combates judiciales y se aumentan de continuo con las luces y conocimientos adquiridos y que se ha mirado y mira constantemente como un verdadero suplemento de la legislación civil.»

«En los negocios civiles», que mereixen la vigilància i el zel d'un legislador, «no es fácil fijar todos los casos por reglas precisas. Los accidentes y los casos extraordinarios que sobrevienen a los súbditos de un Estado no pueden entrar comúnmente en la determinación y materia de una ley. Las necesidades de los hombres en el trato civil son tan variables, su comunicación con los demás hombres tan activa, sus intereses tan multiplicados, sus relaciones tan extendidas, que es imposible al legislador más sabio y más atinado preverlo todo, prevenirlo todo, encadenar las acciones de los tiempos, oponerse al curso de los acontecimientos o a la habitud insensible de las costumbres, conocer y calcular anticipadamente aquello que la experiencia sólo puede descubrir; en una palabra, la previsión por más perspicaz y permanente que sea jamás puede extenderse a objetos y acontecimientos que el pensamiento no comprendió.»

Per això, hem de recórrer al que és «obra de la meditació, de la experiència y de la tradició, del buen sentido de reglas y máximas, que han llegado hasta nosotros y forman el espíritu de siglos».

Cal saber «que las leyes son hechas para los hombres y no los hombres para las leyes; por tanto las leyes como las costumbres deben acomodarse al carácter, a las habitudes y a la situación de un pueblo; que conviene ser sobrio en innovaciones en materia de leyes, porque aunque sea posible calcular en una nueva institución u orden de cosas las ventajas que ofrecen la teoría y el sistema, no es fácil conocer todos los inconvenientes que la experiencia y la práctica sólo pueden descubrir y revelar después del transcurso de muchos años; que es preciso, a veces, omitir un bien si se duda de lo mejor; que en la corrección de una práctica y de una costumbre es forzoso prever los peligros de la corrección misma; que sería absurdo entregarse a ideas absolutas y abstractas en materias que sólo son susceptibles de una perfección relativa; y, por último, que en vez de cambiar las leyes y las costumbres, es siempre más útil prescribir y dictar a los que deben obedecer nuevos motivos de amor de su obediencia y consideración.»

Pella i Forgas²⁴ va advertir que aquest informe era «continuación del común sentir de los catalanes del siglo XV, si exceptuamos el triste paréntesis del

24. Així, Josep PELLA I FORGAS, *Código civil*, vol. I, cap. IV, p. 128 i seg., va estimar que aquest informe dels advocats barcelonins, al qual ens referim en el text, era «el punto de partida de la llamada escuela o tendencia jurídica catalana durante el siglo XIX».

realismo [regalisme] de la escuela cerverina»; va conjecturar que aquests advocats «escribirían llena la cabeza de lecturas de Montesquieu, Filangieri, Portalis», alhora que «de las obras de Ossian y Walter Scott», i, sobretot, va destacar en cursiva que aquesta tendència «no puede ni debe por esto calificarse dentro de la escuela histórica [de la fundada per Savigny, s'entén]».

Per la meua part, he confirmat com és d'essencial aquest judici, però caldria fer-hi una petita rectificació, com exposaré a continuació.

— És un fet cert la continuïtat de l'escola històrica en la tradició dels juristes catalans, llevat dels que van seguir l'escola de Cervera. Cronològicament més properes a aquests van ser les *Memorias históricas sobre la marina, comercio y artes de la antigua ciudad de Barcelona*, d'Antoni de Capmany,²⁵ qualificades, per l'historiador francès Pierre Vilar,²⁶ de model i naixement del mètode històric. Vilar destaca que Capmany va saber traçar la unió entre el sentit històric i el dret natural.

— S'ha de rectificar allò que fa referència a Filangieri, que no va poder inspirar res als advocats barcelonins, ja que la seva concepció era la filosòfico-il·lustrada, a favor de la qual tractà de salvar les observacions de Montesquieu, de qui es va mostrar antagònic.²⁷

— L'informe dels advocats Tamaró, Ros, De Balle i Besona va ser molt anterior al coneixement a Catalunya de la teoria de Savigny, que, pel que sembla, va arribar²⁸ mitjançant una obra de Lerminier la primera edició francesa de la qual és del 1827, la segona és del 1835 i la traducció al castellà, editada a Barcelona,²⁹ és de l'any 1940, i a la qual segurament es va referir el 1843 Samponts i Barba,³⁰ que és el primer autor català de qui he trobat una al·lusió a l'escola històrica alemanya de Savigny.

25. Cfr. Antoni de CAPMANY I DE MONTPALAU, *Prefacio de las memorias históricas sobre la marina, artes y comercio de la antigua ciudad de Barcelona*, reed. anotada, vol. I, Barcelona, Cambra de Comerç i Navegació de Barcelona, 1961, p. 8.

26. Pierre VILAR, «L'obra de Capmany: model de mètode històric», *Butlletí del Centre Excursionista de Catalunya* (Barcelona), núm. 43 (1933), p. 146 i seg.; Pierre VILAR, «Capmany i el naixement del mètode històric», a Pierre VILAR, *Assaigs sobre la Catalunya del segle XVIII*, Barcelona, Curial, 1973, p. 83 i seg.

27. Cfr. Juan BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, «Filangieri y Montesquieu», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 265 (1988), 2, p. 295 i seg.

28. Cfr. Juan BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, «Las influencias de Savigny en la escuela jurídica catalana del siglo XIX», I, 3r, a *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (ARALJ), núm. 7 (1979), p. 91 i seg., i núm. 9 (1981), p. 25 i seg.

29. Rafael GIBERT, «Ciencia jurídica alemana y derecho español», *Patria* (Granada) (1 novembre 1968).

30. Ignacio SAMPONTS I BARBA, nota 17 a la *Partida* 1,1,2, a *Las siete partidas del sabio Rey Don Alfonso IX*, Barcelona, Impr. de Antonio Bergnes, 1843, p. 44 i seg.

— Allò més decisiu respecte a aquesta qüestió és que, tal com he fet notar,³¹ els últims extractes transcrits abans de l'informe dels advocats barcelonins són agafats del discurs preliminar al projecte de *Codi civil des français*, obra de Portalis presentada a l'assemblea legislativa per la comissió redactora el 20 de gener de 1801. Dels quatre paràgrafs transcrits de l'informe, el primer està agafat del 38 del discurs, el segon, dels paràgrafs 31, 32 i 33, el tercer està inspirat en el 19 i el quart és tret del 20,³² ple de ressonàncies del pròleg de l'*Esprit des lois* de Montesquieu.³³

Cal advertir, respecte a aquesta qüestió, que els redactors del *Codi civil des français* van recollir el dret que tradicionalment es viva a França, encara que ho van fer conciliant-lo amb el dret revolucionari, que van filtrar i depurar d'allò socialment més explosiu que portaven les disposicions de les Corts Constituents i de la Convenció, i, encara que amb totes les reserves mostrades en el discurs de presentació, van acceptar que la sobirania estatal imposés el dret,³⁴ que ells

31. Juan BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, «Influjo ideológico de la Revolución francesa en la codificación civil española», *Torre de los Lujanes*, núm. 15 (1990), p. 68.

32. Els paràgrafs 19 i 20 del discurs de Portalis diuen: «Pero, ¡qué tarea la de redactar una legislación civil para un gran pueblo! La obra superaría las fuerzas humanas, si se tratase de dar a este pueblo instituciones absolutamente nuevas, y si olvidando que ocupa el primer rango entre las naciones civilizadas, se desdeña el aprovechamiento de la experiencia del pasado y de esa tradición de buen sentido, de reglas y de máximas que han llegado hasta nosotros y que forma el espíritu de los siglos. [...] Las leyes no son menos actos de poder; son actos de sabiduría, de justicia y de razón. El legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio. No debe perderse de vista que las leyes se hacen para los hombres y no los hombres para las leyes; que éstas deben adaptarse al carácter, a los usos, a la situación del pueblo para el cual se dan; que es preciso ser sobrio en cuanto a novedades en materia de legislación, porque si, ante una institución nueva es posible calcular las ventajas que la teoría nos ofrece, no lo es conocer todos los inconvenientes que solo la práctica puede descubrir; que hay que mantener lo bueno, si lo mejor es dudoso; que, al corregir un abuso, deben tomarse también en cuenta los peligros de la propia corrección; que sería absurdo entregarse a ideas de perfección absoluta en cosas que no son susceptibles sino de una bondad relativa; que, en lugar de cambiar las leyes, es casi siempre más útil brindar a los ciudadanos nuevos motivos para que las amen; que la historia apenas nos ofrece dos o tres leyes buenas en el transcurso de muchos siglos; que, por último, el proponer cambios no corresponde más que a aquéllos que han nacido predestinados para penetrar, de un golpe de genio y por una suerte de iluminación repentina, toda la constitución de un Estado.»

33. Cfr. Juan BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, «De Montesquieu a Portalis», ARAJL, núm. 67 (1990), p. 162 i seg.

34. Cfr. Juan BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, «Los proyectos de codificación civil en la Convención y en el Consulado», ARAJL, núm. 20 (1989), p. 315; Juan BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, «De Montesquieu a Portalis», ARAJL, núm. 67 (1990), p. 165 *in fine* i seg.; Juan BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, «Influjo de la Revolución francesa en el derecho civil. Su incidencia en la codificación española», *Anuario de Derecho Civil*, vol. XLII, tom 1, p. 269 i seg.

van unificar per a tot França.³⁵ No obstant això, cal notar que aquesta reducció a la unitat no era un projecte nou a França, sinó que feia més d'un segle que s'estava proposant. En efecte,³⁶ a la segona meitat del segle XV, Cristóbal de Thou va buscar el fons comú i cert nombre de regles generals constitutives del «dret comú consuetudinari» de França. Al segle XVIII, per aquest camí, es va estimar que la *coutume* de París constituïa el costum francès típic, i tant Colbert com Deguessau havien suggerit, al rei, «compondre el dret francès» i reduir a un sol cos de lleis tot el seu dret privat.

En fi, els quatre advocats esmentats,³⁷ després de referir diversos casos de lleis romanes rebudes a Catalunya com a costums i la seva divergència amb les lleis recopilades, van observar «la utilidad de conservar en Cataluña las costumbres y prácticas fundadas y cimentadas en el derecho común, cuya observancia aprobó el Sr. Rey don Felipe V, no por el origen y apoyo que tienen en las leyes romanas, sino por la autoridad que merecieron de nuestros Monarcas y por la antigua adopción que gozan en el Principado por su buena razón y equidad natural que contienen».

Per mitjà de la Resolució de la Reial Audiència de Barcelona de 14 de maig de 1829, en la qual es van adherir a l'opinió del fiscal, juntament amb el regent, els magistrats Vicente Ruiz Morquecho, Juan Bautista Alberola, Magín Ferrer i Miguel Bataller, es va proposar al rei que, mentre no s'oposés al Reial decret de la Nova Planta ni a les lleis, els reials decrets i les ordres posteriors, ni a regalies, el dret romà era supletori del català, «en cuanto sea compatible con los usos y costumbres actuales generalmente recibidas, opuestas al tiempo de la República y del Imperio romano».³⁸

V. A partir d'aquest moment, podem continuar observant amb major claredat dues línies contraposades pel que fa al mode de cultiu i aplicació del dret romà. Acabats, finalment, els dubtes sobre l'aplicació supletòria del dret romà per tal que aquesta fos adequada i equitativa, és a dir, una vegada definitivament rebutjada la posició negativa de Mujal, van quedar cara a cara les dues tendències romanistes, ja trobades en els tres segles anteriors. Així, d'una banda es mantenia la línia tradicional del vell *mos italicus* i de l'altra s'accentuava la línia romanis-

35. Juan BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, «Influjo de la Revolución», p. 282 i seg.

36. Cfr. Juan BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del derecho*, vol. I, *Perspectiva histórica*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 209, p. 704 i seg. i notes 71 i 74.

37. Cfr. Benvingut OLIVER, *Estudios históricos*, p. 82 i seg.

38. Benvingut OLIVER, *Estudios históricos*, cap. XV, p. 143.

ta derivada del *mos galicus*. Aquella mai no va ser abandonada en els *ars notariae*, i la segona, que al segle XVIII va ser alentada per Finestres, va ser reforçada per l'influx dels romanistes estrangers, que aleshores eren els que gaudien de més prestigi.

En la línia tradicional va ser bàsica i fonamental l'obra de Pere Nolasc Vives i Cebrià, la primera edició de la qual va aparèixer l'any 1832, *Traducción al castellano de los Usatges y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de éstos y de las disposiciones por las cuales han venido a serlo, ilustradas con notas sacadas de los más clásicos autores del Principado*.³⁹ En aquestes notes hi ha moltes cites dels autors catalans: Montjuïc, Jaume i Guillem Vallseca, Callís, Mieres, Marquilles, entre els antics; Càncer, Fontanella, Oliva, Miquel Ferrer, Peguera, Xamar, Cortiada, Tristany, Ripoll, Vilaplana, Despujol, Calderó, D'Amigant, Bosch, així com els notarialistes catalans Comes i Gibert; tampoc no n'hi falten d'autors de dret comú no catalans, com el Cardenal de Luca, i algun de la Corona de Castella, com Gregorio López, Covarrubias i Larrea. En canvi, no hi hem vist esmentat cap dels romanistes més coneguts d'aquella època, si bé és veritat que el tema del llibre de Vives no era precisament el dret supletori.

Pella i Forgas va escriure⁴⁰ que Vives havia comprès que «dado el olvido o desuso del latín», eren «tanto menos tratadas y comentadas las grandes obras de juriconsultos que en latín escribieron y al mismo tiempo desconocido el catalán en la Audiencia cuando se pobló de magistrados de lengua castellana» —como «pudo observar en los doce años que fue relator»— i era «un apremio de aquellos días [1832] traducir el Código de las Constituciones de Cataluña, y así lo hizo en efecto, no sin añadir en forma de notas extensas las opiniones de los autores, y gracias a esto resultó una obra extraordinaria para la divulgación, y de decisiva y gran influencia en la vida del derecho catalán en el transcurso del siglo XIX».

En la línia oposada, el 1842 va aparèixer l'obra de Josep Antoni Elias i Esteve de Ferrater *Manual de derecho civil vigente en Cataluña*, és a dir, un resum ordenat de les disposicions de dret reial posteriors al decret anomenat de Nova Planta i de les anteriors, tant de dret municipal com de dret canònic i romà, aplicables als nostres costums. En aquest llibre no hi ha cites dels autors catalans i està replè de referències a textos de dret romà.⁴¹

39. Pere Nolasc VIVES I CEBRIÀ, *Traducción al castellano de los Usatjes*; tenim a la vista la 2a edició, de 1861, corregida i augmentada.

40. Josep PELLA I FORGAS, *Código civil*, vol. I, apèndix II, III, IV, p. 131.

41. Josep Antoni ELIAS I ESTEVE DE FERRATER, *Manual de derecho civil vigente en Cataluña*, 2a ed. (posada al dia per Alejandro de Bacardí), Barcelona, Tip. Narciso Ramírez y Cía., 1864.

Segons Pella i Forgas,⁴² Elias i De Ferrater van agafar el dret romà «seguramente siguiendo las Pandectas de Pothier por base excesivamente amplia, y aún pretendiendo que fuese un manual de derecho romano, porque imbuidos en la escuela de Cervera, donde habían estudiado, creían el derecho romano toda la legislación del Principado⁴³ y así omiten o reducen al *mínimum* las citas de los autores y jurisprudencia catalana: acotan el articulado casi exclusivamente con citas del Digesto y del Código».

Com es pot veure, no es pot imputar a Savigny ni a la seva escola històrica aquesta romanització culta, que oblida la tradició jurídica posterior del dret romà en el dret comú i concretament a Catalunya.

Aquells mateixos anys, abundaven les traduccions d'obres de dret romà d'autors estrangers, com els *Comentarios* de Vinnio a la *Instituta* i les seves *Cuestiones selectas* (Barcelona, 1847), i la d'Ortolán sobre la *Instituta* (Barcelona, 1847). Més endavant, es van publicar *Sistema*, de Savigny (Barcelona, 1878), la traducció del dret romà de Carlos Maynz, anotada per Josep Antoni Pou i Ordinas (Barcelona, 1887), i, encara després, la del dret romà de Serafini, anotada per Joan de Déu Trias i Giró.

El 1867, el valencià Benvingut Oliver, vicesecretari de l'Audiència de Catalunya,⁴⁴ havia tornat a insistir en la inconveniència, segons el seu parer, de l'aplicació a Catalunya del dret romà i la doctrina dels autors com a supletoris del dret peculiar del Principat i de les seves localitats i comarques.

El 1870 va replicar-li el degà del Col·legi de Notaris de Barcelona i catedràtic de la Facultat de Dret Fèlix Maria de Falguera, en la primera de les seves conferències de dret català que va fer a l'Ateneu Barcelonès:⁴⁵ «Confuso laberinto llama el Sr. Oliver a la legislación catalana. Para nosotros —deia Falguera—, hijos del país, y para todos los que la conocen a fondo y están nutridos de sus costumbres y penetrados de su filosofía, es tan clara, sencilla y ordenada como cualquier otra. [...] No porque esta legislación se compone de disposiciones aisladas, no porque ha de contar siempre con el derecho romano, sin el cual es insuficiente e incompleta, hemos de concluir que no es una verdadera legislación. Estos retazos cosidos como están con el derecho romano, y por cierto de mano maestra,

42. Josep PELLA I FORGAS, *Código civil*, apèndix IV, p. 134.

43. Com ja va observar Pella, així ho van indicar els mateixos autors en el Preliminar (cfr. 2a ed., p. IV): «Limitada sería esta obra si únicamente hubiésemos incluido en ella las disposiciones del Código municipal, que más bien que Código, es tan solo la colección corta e imperfecta de algunas decisiones, sobre puntos particulares; mas como tiene por suplemento el derecho romano, es de ahí que su extensión es completa y generales sus decisiones en todos puntos.»

44. Benvingut OLIVER, *Estudios históricos*, cap. XVI, p. 152 i seg.

45. Fèlix MARÍA DE FALGUERA, *Conferencias*, conferència primera, p. 12 i seg.

forman un vestido entero tan ajustado al carácter del pueblo catalán como si la medida hubiese sido tomada por un hábil artífice. Ahí está el mérito de nuestros antepasados. Ellos conocieron que el derecho romano era el que más se adaptaba a la gravedad de nuestras costumbres y el que más podía contribuir a la prosperidad moral y material del país, pero que en algunos puntos no armonizaba con las necesidades de la época [...] Pueden considerarse las constituciones de Cataluña como una especie de Novelas que van corrigiendo el derecho antiguo a medida que lo exigen las necesidades de los tiempos. El derecho romano en Cataluña representa un papel algo más elevado que el de derecho supletorio: es en rigor su propio derecho, y las Constituciones catalanas sólo lo modifican en algunos puntos [...] El derecho romano y el catalán son dos ruedas dentadas que encajan perfectamente, y moviéndose a compás producen un movimiento uniforme [...] Las modificaciones que el derecho catalán introdujo en el romano, lejos de ser empíricas obedecen a un principio, que es el aumento de libertad civil.»

Crec, per altra banda, que Lluís Figa⁴⁶ esquematitza i exagera una mica quan comenta que «treinta promociones estudiantiles salieron de la Universidad de Cervera, sin saber absolutamente nada del derecho vivo de Cataluña». És cert que —como ell diu— anys després «Durán y Bas publica su famosa *Memoria*, en la que, para él no hay en Cataluña otro derecho que el *Corpus iuris*, las colecciones canónicas y las constituciones Catalanas. El esfuerzo de Pella y Forgas y de Brocà en restaurar nuestro derecho sirvió de poco. Cuando en el primer tercio de este siglo Borrell i Soler publica el más utilizado de los Tratados [de dret català] en que apenas cita autores de derecho común y los sustituye por los nombres, totalmente ajenos a él, de Maynz, Savigny, Arnolts, Ihering, Serafini, Windscheid. Hay que esperar a Martí Miralles y Roca Sastre para que vuelvan a sonar, con voz poderosa, los Bartolo, Pablo de Castro, Socino, Menocchio, Mantica, Cáncer, Fontanella.»

No obstant això, si bé és cert que en la *Memoria*⁴⁷ de Duran i Bas abunden més els noms de Voet, Ortolán, Arnolts, Savigny, Maynz, tampoc no hi falten els de Mieres, Càncer, Fontanella i Francesc Ferrer, així com alguna vegada l'*italià*, *moss italicus*, Peregrino.

Guillem Maria de Brocà i Juan Amell, el 1880, van publicar la primera edició del seu *Derecho catalán vigente*,⁴⁸ replè de cites d'autors catalans, en espe-

46. Lluís FIGA FAURA, «“Moss italicus” y los juristas catalanes», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tom 20 (1976), p. 293 *in fine* i seg.

47. Manuel DURAN I BAS, *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, Barcelona, Impr. de la Casa de Caridad, 1883.

48. Guillem M. de BROCÀ I DE MONTAGUT i Juan AMELL, *Instituciones del derecho civil catalán vigente*, Barcelona, 1880; cfr. 2a ed., Barcelona, Impr. Barcelonesa, 1886. El vol. I va precedit d'una àmplia ressenya històrica, com ell la titula.

cial de Callís, Montjuïc, Jaume i Guillem Vallseca, Mieres, Marquilles, Socarrats, Solsona, Oliva, Peguera, Càncer, Fontanella, Francesc i Miquel Ferrer, Cortiada, Tristany, Ripoll, Comes i Gibert. Gairebé tantes cites com les de textos del *Corpus Iuris* directament invocats, si bé són escassíssimes les referències a autors de dret comú no catalans: n'hi ha alguna de Gregorio López, del canonista Engel i del civilista Cardenal de Luca, i també n'hi ha, més escasses, de Pothier, Maynz i Warkoening.

I De Brocà, en la seva inacabada «Exposición de las instituciones», que ocupa la segona meitat de l'únic volum publicat de la seva *Historia del derecho de Cataluña*,⁴⁹ ceneix les seves cites gairebé exclusivament als autors catalans, a més de les pertinents de textos canònics i romans.

Pella i Forgas, en canvi, en el seu *Código civil de Cataluña*,⁵⁰ no es limita a citar abundantment els autors catalans, sinó que també hi abunden els de dret comú no catalans invocats, com Bartolo, Jasón del Mayno, Baldo, Barbosa, Loseo, el canonista Boich, Covarrubias, De Afflictis, Chasseneo, Du Cange, Caponi, Donello, Farináceo, Socino, Conciolo, Zoesio, Parisius, Fusario, Paulo de Castro, Peregrino, García Saavedra, Tonducto de Sanleger, Mantica, Menochio, Molina, Fabro, Antonio Pérez, Boerius, Carvalho, Spino, De Praetis, Cuyatio, Julius Claro, Fagnano, Cravetae, Petrus de Gregorio, Sabelli, Antonio Gómez i altres, i no hi falten romanistes més moderns, com Voet, Heinecio, Vinnio, Savigny, Windscheid, Maynz, Müllenbruch, Serafín, Girard, etcètera, i altres autors moderns espanyols i estrangers.

Quant al *Dret civil vigent a Catalunya* d'Antoni Borrell i Soler,⁵¹ importantíssim en la pràctica del dret, certament hi abunden extraordinàriament les cites de romanistes moderns, però tampoc no hi falten les d'autors catalans antics, com les abundants de Càncer i Fontanella, De Cortiada, Ferrer, Ripoll i Tristany, encara que és cert que en conté més de romanistes dels dos segles anteriors que no pas dels autors de dret comú informadors dels autors catalans en els comentaris d'aquests de textos romans i canònics.

49. Guillem M. de BROCÀ I DE MONTAGUT, *Historia del derecho de Cataluña*, Barcelona, Hdos. de Juan Gili, 1918.

50. Josep PELLA I FORGAS, *Código civil*.

51. Antoni M. BORRELL I SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, Barcelona, Impremta de la Casa de la Caritat, 1923.