

Tribuna

Manel Casal

Codi civil d'Andorra i els usos i costums (i II)

D'ençà de la formulació del moviment codificador a principi del segle XIX, com en tot procés històric, s'ha produït un moviment pendular, pel qual s'ha anat afirmant cada cop amb més força un moviment de descodificació, en pro d'un sistema sota la concepció del polisistema, estructurat en diverses fonts que tenen el centre en la Constitució. Tot això comporta un reconeixement de la necessitat de complementar la norma codificada, atenent a la concepció que un text rígid i estàtic per perfecte que sigui, no pot donar resposta a l'enorme diversitat i dinamisme que la societat planteja permanentment. La imperfecció de la codificació ja fou advertida pels redactors del *Code civil des français*, el 1804, segons Portalis. D'aquesta manera els diferents ordenaments jurídics europeus s'han configurat a partir de la consideració que atorguen al costum i a la jurisprudència, una funció complementària a la llei.

La reacció contra la codificació a Europa, com a element de ruptura amb la creació espontània del dret, no es va fer esperar, i l'Escola històrica alemanya presentà en el *Manifest de Savigny*, el 1814, en oposició a les tesis de Thibaut, una alternativa contra el que anomenen la *cultura jurídica pràctica* o la *matemàtica jurídica* inspirades en el legalisme absolut. Aleshores plantegen que la codificació és contrària a la naturalesa i l'essència del dret, i aposten per un retorn a la cultura clàssica, seguint el moviment romàntic alemany i que va donar lloc al corrent antipositivista i històric del dret, del qual Savigny en va ser el màxim exponent, fonamentant la concepció del dret en la seva emanació popular i la veneració al dret romà, d'acord amb el classicisme esmentat.

En tot cas cal afirmar que la certesa i seguretat jurídica de la llei tan sols s'assoleixen després de realitzar un procés de decantació dels principis bàsics, dels quals se'n pugui deduir tota la casuística. D'acord amb aquest procés s'ha de tenir en compte el dret en el seu context històric i social, i d'acord amb la seva evolució històrica, atès que la codificació congela el procés formatiu del dret, la qual cosa impedeix assolir-ne la millora i progrés.

A partir de la idea romàntica del *volksgeist*, l'esperit del poble, associat al concepte de nació, el dret no pot ser creat de manera immediata i tenir com a única expressió la literalitat de les lleis escrites, ja que la font genuïna del dret és el costum que està adreçat a la satisfacció de les necessitats d'aquest esperit o consciència popular, que els juristes i el legislador s'han de limitar a interpretar i no a ordenar. Així



doncs el coneixement del dret no passa per la coneixença dels textos legals, sinó que és necessari un coneixement històric del desenvolupament normatiu, de l'evolució de les institucions jurídiques, així com de les circumstàncies i esdeveniments històrics que van determinar que les normes siguin d'una determinada manera i no d'una altra, perquè el dret no és el dels preceptes sinó el de les institucions, tenint en compte que per sobre de la norma hi ha el dret.

La manca d'un ordenament civil positiu fa difícil el coneixement i l'aplicació del costum, i crea una situació jurídica de certa confusió, cosa que determina la necessitat d'aplicar una tècnica que permeti superar aquest déficit sense crear res de nou, ni eliminar-ne la font creativa. La sistematització i fixació del dret privat andorrà no pot abordar-se des de la codificació, ja que el dret és un producte històric, i sense el coneixement dels orígens i naturalesa del nostre dret, d'on davalla la seva *ratio dicendi*, no és possible articular normes que s'adiguin amb la realitat que estan destinades a regular. És necessària, tal com defensava Savigny, una maduresa científica com a pressupòsit necessari per afrontar la recopilació del dret. Alhora el dret és el resultat de l'esperit del poble, i la codificació no pot fossilitzar ni emmudir el dret privat i, per tant, les tècniques del dret positiu o recopilació que s'han d'adoptar han d'incorporar la consideració del costum com a font de dret, com a element vitalitzador de la creació jurídica, extrem que nega la codificació. Cal insistir doncs un

cop més en la idea de col·laboració entre costum i llei positiva per a la formalització del dret andorrà, d'acord amb la formulació de Cujaci, segons hem vist.

Antoni Sabater aposta directament per un codi civil que reculli la tradició jurídica, i atribueix la renovació i adequació del dret a la jurisprudència i als juristes. Modestament entenc que aquesta solució, si bé permetria mantenir la substància del dret privat andorrà, ens faria perdre l'element més preuat que ha rebut del dret romà, com és l'arrel consuetudinària que li dona l'extraordinària vitalitat per adaptar-se i donar resposta a les necessitats socials, alhora que podria *encotillar* excessivament la tasca dels juristes, en un moment en què Andorra encara ha d'afrontar nombrosos reptes. Entenc doncs que amb caràcter previ a l'adopció de mesures de dret positiu, cal abordar un procés d'estudi i definició del dret privat andorrà i de les seves fonts, amb el propòsit d'obtenir com a resultat una compilació o recull sistematitzat d'institucions, rebutjant la fórmula de la codificació pels efectes contraris a la naturalesa del nostre dret, segons hem pogut analitzar. Aquest procés de decantació ha de passar necessàriament per l'estudi aprofundit del dret romà com a fonament de la nostra cultura jurídica, amb les incorporacions del dret canònic i del dret català, especialment a través dels seus autors més prestigiosos (Mieres, Oliba, Càncer, Fontanella, Brocà, Falguera, Duran i Bas, Cots, Pella i Forgas, Borell, Faus, Vives i Cebrià, Mas Pons, ...), i de manera especial de la juris-

prudència dels tribunals andorrans, els quals han anat depurant amb les seves resolucions el dret vigent a Andorra. Tal com afirma el mateix Antoni Sabater: "Un país petit, una condició que, sens dubte, posseeix Andorra, necessita juristes, no lleis."

La concreció del procés compilatori que cal adoptar mitjançant fórmules de dret positiu, amb la necessària col·laboració entre llei i costum, ha de procurar que la legislació no se separi de la cultura jurídica andorrana, i per tant no caigui en aquelles solucions sovint importades d'altres països, ja que la legislació es fonamenta tan sols en la *potestas* de l'ordenament jurídic. Tot això implica que el dret ha de ser respectuós amb els nostres usos i costums, la tradició que determina el seu arrelament a la consciència popular, al tarannà i la mentalitat de la gent; ja que el dret romà va demostrar en els deu segles de vigència que el costum també pot ser font de progrés i d'adaptació a les noves necessitats socials.

Han estat diversos els propòsits del Consell General per recollir el dret privat de base consuetudinària, així la Nova Reforma del 1866 instava els comuns a buscar i reunir els diversos usos, costums i consuetuds. El 17 de desembre de 1868 el Consell General nomenava una comissió per portar a terme "un código de lleys y penal, segons las costums i práctica de la Vall, afi de que tots los vehins safian com obrar i pujan anar ben regits i governats tots i segons lley y decret". El Consell General insistirà novament el 1913, i va formular un darrer in-

tent el 1960 per a la recerca i compilació de les normes consuetudinàries, recull que hauria estat aprovat pel Consell General i pels Coprínceps.

A l'objecte del propòsit que ens ocupa, entenc que el Consell General hauria de recollir la tradició d'aquesta institució, que fins al segle XIX tenia la missió de preservar el costum com a element de la identitat andorrana, i amb aquesta finalitat els ciutadans o els jutges podien consultar al consell sobre la vigència d'un costum. Andorra hauria de mantenir en l'àmbit del dret la nostra identitat, descrita per Obiols com a sobrietat legislativa, amb una limitada legislació respecte del dret privat, emprant el recurs a la llei per recollir i aclarir el costum, mantenint la possibilitat d'una invocació del costum contra la llei, amb el suport d'una compilació del dret costumari andorrà.

Els intents fallits de compilació i refosa del dret privat andorrà posen de relleu la complexitat del projecte, però alhora fan evident que amb el transcurs del temps el seu assoliment s'esdevé més difícil per la pèrdua de la memòria col·lectiva. Aquest fet ens aboca a una situació per la qual acabarem incorporant sense remei el dret privat del nostre entorn, per la permanent influència dels ordenaments veïns, i en aquest sentit segueix vigent la crida feta per Ramon Villeró el 1986 en un estudi publicat a la Notaria sobre *Com es perden els usos i costums*. Així la compilació del dret autòcton es planteja com a doblement necessària, amb un acurat estudi previ de decantació, si no volem perdre definitivament les nostres institucions de dret privat. Per contra la sistematització en forma de codi, insisteixo, no sembla aconsellable d'acord amb els efectes sobre el costum i la creació del dret que hem pogut analitzar.

Atenent els principis de legalitat, seguretat jurídica i publicitat de les normes que s'estableixen en la Constitució, i que el sistema de dret civil que s'adopti haurà naturalment de respectar, el projecte de recopilació del nostre dret privat s'evidencia com a més necessari que mai. Al nostre dret civil li convé un nou *Manual Digest*, davant la necessitat d'aclarir i preservar els seu contingut i font de renovació, seguint el principi afirmat per Josep Maria de Porcioles el 1986. El problema del Principat no és de novació, sinó de renovació i d'adaptació. Enmig de l'esdevenir humà, les bases determinants d'Andorra, conserven plena vigència. Només cal institucionalitzar allò que està en l'esperit de tots i que la mateixa terra reclama, és a dir allò que el *Manual Digest* va saber entreveure.