

**Procediments civils judicials i procediments arbitrals.**  
**Anàlisi comparatiu entre el *common law* i el *civil law*:**  
**dos vehicles diferents però lentament convergents**

Comunicació a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

de 17 de maig de 2011

per

**RAMON MULLERAT BALMAÑA, OBE<sup>1</sup>**

Membre de Número

**I. Introducció**

El “common law” i el dret civil romanístic (en endavant, simplement “dret civil”) persegueixen el mateix objectiu de la justícia, però a través de camins diferents. Aquí resumeixo les principals diferències entre el “common law” i el dret civil, tant en els procediments civils judicials com en els arbitrals<sup>2</sup>.

**II. El “common law” i el dret civil en general**

**1. Creació del dret**

En termes polítics, en la història del dret en els països de dret civil, la llei va ser considerada com una concessió del príncep al poble. En les lluites constitucionals en els

---

<sup>1</sup> Ramon Mullerat OBE és advocat a Barcelona i Madrid, Espanya; Advocat del Col·legi de París, França; Membre Honorari de la Bar of England and Wales; Membre Honorari de la Law Society of England and Wales; ex professor a la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona; Professor adjunt a la John Marshall Law School, Chicago; ex President del Consell de Col·legis d'Advocats de la UE (CCBE); Membre del American Law Institute (ALI); Membre de la American Bar Foundation (ABF); ex Co-president del Human Rights Institute (HRI) de la International Bar Association (IBA); ex Co-president de la Comissió de Responsabilitat Social de l'Empresa de la IBA; President del International Senior Lawyers Project Europe (ISLP-E); Membre de la London Court of International Arbitration (LCIA); President de la Associació per la Promoció de l'Arbitratge (AFA); Membre del Consell Directiu del Institut d'Estudis Nordamericans; Membre de l'Observatori de Justícia de Catalunya; ex President del Consell Editorial de European Lawyer; Membre del Consell Editorial del Iberian Lawyer.

<sup>2</sup> En aquest anàlisi, haig de fer tres *caveats*: Primer, el dret civil i el “common law” no són conceptes compactes. La tradició del dret civil comprèn dues sub-tradicions (romanística i germànica) i molts sistemes diferents (dret francès, italià, espanyol, etc.) i quelcom comparable passa en la tradició del “common law” (dret anglès, dret australià, dret canadenc, dret de Illinois, de Califòrnia, etc.), però per raons de simplicitat els tracto com a dos blocs sòlids. En segon lloc, al referir-me al dret civil, no ho faig exclusivament al dret espanyol, sino en general als sistemes jurídics romanístics. Tercer, algunes de les afirmacions que faig són molt absolutes i un estudi profund exigiria fer distincions de detall.

països del “common law”, la llei representa un dret innat del poble front a l'autoritat sobirana.

El dret civil es principalment producte del legislador. El “common law”, dels jutges<sup>3</sup> 4.

D'aquesta diferència es deriven algunes conseqüències. Per exemple, en el dret civil, el dret privat desde Gaius<sup>5</sup>, es classifica i exposa per referència a les persones, coses, obligacions i accions. El “common law” es caracteritza per l'absència de sistema, una fascinació pel procediment i una actitud casuística.

Una altra és la importància que el dret civil dona a la doctrina, mentre que el “common law”<sup>6</sup> dona a la jurisprudència.

## 2. Classes de dret

En el dret civil es distingeix entre dret públic i privat i, dins del darrer, entre dret civil i dret mercantil.

En canvi, el “common law” és monolític. No hi ha diferència entre el dret aplicable a tots els ciutadans i a les relacions de l'estat i els ciutadans. Els empresaris i els particulars són tractats per igual.

## 3. Fonts del dret

En els països de dret civil, les lleis i els codis se situen en primer lloc. La jurisprudència interpreta les lleis (art. 1.6 CCE), però no és font de dret (art. 1 CCE).

La principal font del “common law” és la jurisprudència (*case law, precedents*). Els advocats centren la seva defensa en les decisions judicials precedents. No obstant això, en els darrers anys han tingut lloc algunes iniciatives de codificació (per exemple, el Codi Uniforme de Comerç dels EUA).

## 4. Funció de les lleis

En el sistema del dret civil, la llei constitueix el nucli del dret -els principis legals

---

<sup>3</sup> Konstantinos D. Kerameus, “A civilian lawyer looks at common law procedure”, *Louisiana Law Review*, 1987, pp. 493 and ss.: “The judge is considered to be not only the prime pronouncer of legal precepts, but also the most central actor in a common law jurisdiction –to be contrasted to the professor in the Germanic legal family, or the advocate in the Romanist legal family.”

<sup>4</sup> Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, *10 Harvard Law Review*, 457, 1897, deia que el dret és simplement la predicció del què dirà un tribunal: “The confusion with which I am dealing besets confessedly legal conceptions. Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”.

<sup>5</sup> *Institutiones de Gaius*, AD 161.

<sup>6</sup> William Tetley, “Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded law)”; <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1999-3.htm>, 17 febrer 2006.

s'exposen en els codis de forma sistemàtica i són complementats per les lleis especials. En el "common law", les lleis complementen el dret jurisprudencial que més tard constituirà el nucli del dret expressat a través de normes específiques aplicables a fets específics<sup>7</sup>. No obstant això, el "common law" com a producte de decisions judicials disperses, necessita ser codificat o reafirmat (p.e. per l'*American Law Institute – ALI*) o el *US National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSI)*.

### 5. Dret conceptual i dret detallat

En el dret civil les lleis no s'interpreten literalment, sino de forma raonable i conforme a la bona fe (art. 7.1 CCE). Les lleis tendeixen a ser concises i redactades en termes generals i amb una certa absència de detall. Per contra, les lleis de "common law" ofereixen definicions detalladíssimes i cada regla conté llargues enumeracions amb aplicacions específiques.

El dret civil es centra més aviat en normes jurídiques. L'advocat analitza la seva història (art. 3.1 CCE), identifica la seva funció i determina el seu àmbit d'aplicació. El "common law" se centra en patrons de fet. L'advocat analitza els casos que es basen en fets idèntics o similars, extraient normes específiques i, per deducció, determina l'abast de cada norma.

### 6. Drets i remeis

El dret civil es centra en drets i obligacions, mentre que el "common law", en la recerca d'un remei en el procés judicial (*sought-after remedy*) i per això es diu que "els remeis precedeixen als drets" (*remedies precede rights*)<sup>8</sup>.

Una manifestació de la conceptualitat del dret civil és que sovint utilitza conceptes compactes, per exemple, la "responsabilitat extracontractual", mentre que el "common law", que no parteix de conceptes globals, contempla una sèrie de tipus diferents de "danys", com intrusió (*trespass*) per lesions directes, i les accions "en el cas" per a les lesions indirectes, així com per la difamació, la injúria i la calúmia.

### 7. Dinamisme d'adaptació

Respecte a la capacitat per adaptar-se a les condicions canviants, el "common law" és dinàmic, ja que els jutges responen constant i gradualment, cas a cas, a les necessitats canviants de la societat i de l'economia, per la qual cosa hi ha menys desfesses entre l'evolució de la societat i l'economia i el dret.

Per contra, el Codi Civil francès, nascut de la Revolució, tenia com a objectiu crear un ordenament jurídic perfectament immutable. No obstant això, França s'ha adaptat a les realitats comercials pràctiques; Alemanya, partint de la ciència jurídica de Savigny, va

---

<sup>7</sup> William Tetley, *op.cit.*: "The English word "law" means all legal rules whatever their sources, while the continental words *loi*, *ley*, *legge* refer only to written statutory rules. The words *droit*, *derecho*, *diritto* in civil law are the equivalent of "law" in the common law".

<sup>8</sup> W.W. Buckband and A. D. McNain, *Roman law and common law: A comparison in outline*, 1952, p. 399.

crear un codi més dinàmic<sup>9</sup>; i Espanya ha introduït modificacions constants al Codi Civil.

### **III. Procediment judicial civil**<sup>10</sup>

#### **1. Sistema judicial**

##### **A. L'estructura del sistema judicial**

Als EUA, una simple categoria de tribunals (estatals i federals) entén dels conflictes de dret públic i de dret privat, mentre que la tradició del dret civil conté dos conjunts separats de tribunals, en matèria de dret privat i de dret públic (contenciós-administratiu).

En la tradició del “common law”, els tribunals poseeixen competència general per a decidir la majoria del casos. La jerarquia judicial té forma de piràmide. Per exemple, a Anglaterra, el Tribunal Suprem de Justícia (fins fa poc Cambra dels Lords) amb 11 magistrats i el Tribunal Suprem Federal dels EUA estan al cim de la piràmide.

En canvi, en el dret civil, amb sistemes judicials separats, la jurisdicció d'un tribunal és gairebé immune a la jurisdicció dels altres. Com a resultat, la forma del sistema judicial és més quadrada que piramidal. Per exemple, la *Cour de cassation* francesa es compon d'uns 100 jutges integrats en sis grups especialitzats i amb rotació.

##### **B. Designació dels jutges**

En les jurisdiccions de dret civil, els jutges són seleccionats entre llicenciats en dret a través d'exàmens d'oposició. En alguns països hi ha escoles judicials per a la formació dels jutges.

En el sistema del “common law”, els jutges són nomenats a partir de professionals amb experiència en l'advocacia. Als EUA, els jutges federals són anomenats pel President i ratificats pel Congrés, mentre que part dels jutges estatals són elegits per votació dels ciutadans que poden fer donacions a les seves campanyes<sup>11</sup>.

#### **2. La funció dels jutges: inquisitorial v contradictòri (adversarial)**

La funció del jutge en el dret civil és “inquisitorial” i més activa que en els sistemes de “common law”. El jutge dirigeix i controla el procés. És responsable dels interrogatoris dels testimonis i de les parts, pot anomenar pèrits i té coneixement dels fets abans del judici<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Thorsten Beck, Asli Dimirgüç-Kunt and Ross Levine, “Law, politics and science”, 26 February 2001.

<sup>10</sup> Mauro Rubino-Sammartano, “Language and the law: Civil and common law”, *Jurisdiction of Legal Practitioner*, March 2000, pp. 21 and ss.

<sup>11</sup> John Grisham, *The appeal*, 2008, es refereix a això en la seva novel·la.

<sup>12</sup> Hazard, Geoffrey Jr., Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, Stephen C. Yeazell, Stuart C. Yudofsky, M.D, “Procedural law”, Enciclopaedia Britannica one can contrast civil- and common-law systems by asking who has the power and initiative to guide and shape litigation. In Anglo-American common-law procedure, parties and their lawyers carry responsibility for gathering and presenting evidence and moving a case forward, and the judge's role is largely limited to deciding which of the parties has made the more convincing

El procediment del “common law” és “contradictori” (*adversarial*). Són els advocats els qui controlen la presentació de les proves i l'interrogatori dels testimonis. El jutge actua com un àrbitre imparcial, no té coneixement dels fets del cas abans de començar la vista oral, en la que pot decidir quines proves admetre o rebutjar.

Els jutges del dret civil apliquen les disposicions de la llei (*bouche de la loi*). Els del “common law” interpreten la llei partint dels precedents.

### 3. Codificació i precedents

El dret civil, evolucionant del dret romà, opta per la codificació de les lleis (per exemple: el Codi Napoleònic de 1804, el Codi civil del Quebec, etc.). El poder judicial interpreta i omple les llacunes dels textos legislatius. No existeixen precedents vinculants. La jurisprudència no és font primària del dret i té un valor merament interpretatiu pels casos posteriors.

Per contra, en els sistemes de “common law” el dret no està codificat i les decisions judicials formen el cos del dret jurisprudencial<sup>13</sup>. Els tribunals inferiors estan obligats a seguir les decisions dictades pels tribunals superiors (*precedents*). Els precedents s'han d'aplicar d'acord amb la regla de *stare decisis* (respectar les decisions en els casos anteriorment jutjats basats en fets similars).

### 4. Formalisme judicial

Un grup d'investigadors<sup>14</sup> va dur a terme una anàlisi dels procediments judicials en 109 països partint de dos conflictes específics: el desnonament d'un arrendatari per falta de pagament i el cobrament d'un xec sense fons. Van arribar a la conclusió de que el formalisme judicial és superior en els països de dret civil que en els països del “common law”; que el formalisme és inferior en els països més rics; que la durada és major en els països amb procediments més formalistes, encara que independent del nivell de desenvolupament. No obstant això, van concloure també que el formalisme és eficient en alguns països, ja que pot reduir errors, promoure objectius polítics eficaços i protegir el procés judicial de la presió dels interessos del poder<sup>15</sup>.

---

presentation. In the civil-law procedure typical of Europe and many Asian countries, greater emphasis is placed on the judge as a guarantor of a just outcome of the case regardless of the lawyers' abilities. To this end, the judge may function as an investigator, questioning witnesses and parties as to the factual matters of the case. In some countries (e.g., Germany and Japan), the judge is required to guide the proceedings—for instance, by suggesting to the parties that they direct their attention to a particular point of fact or law"

<sup>13</sup> Rupert Cross and J.W. Harris, Precedent in English law.

<sup>14</sup> Thorsten Beck, Asli Dimingüç-Kunt and Ross Levine, “Law, politics and finance”, 26 February 2001.

<sup>15</sup> Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio López-de-Silanes and Andrei Sheifer, “Courts”, The quarterly journal of economics, May 2003, citen a Dawson (1960), Berman (1983), Damaska (1986) i Glaeser i Schleifer (2002) que afirmen que les diferències de procediment entre les dues tradicions es remonten als segles 12 i 13.

## 5. Jurisdicció

A Europa la competència procesal es sol basar en el domicili del demandat (jurisdicció ordinària) o, en casos especials, en altres connexions entre l'acció i el territori del tribunal (jurisdiccions especials).

Als EUA, la identificació del tribunal competent no depèn de conceptes abstractes preestablerts i requereix una investigació minuciosa per determinar si, en el cas concret, hi ha un mínim de connexions entre el fòrum, la causa de l'acció, i el demandat. La competència del demandat no és un vincle evident en línies generals, sinó més aviat una estructura individual de la competència, el que requereix una verificació de cada cas d'acord amb el context fàctic concret.

## 6. Gestió del procés

### A. Oral vs. escrit

La forma escrita predomina en els processos de dret civil i la oral en els del "common law", encara que avui dia la rigidesa d'aquesta distinció tendeix a ser suavitzada.

### B. Organization del procés

En el dret civil, el jutge ha de seguir estrictament les prescripcions de la llei de procediment.

En el "common law", els jutges tenen més poder per regular el procés. A més, als EUA, poden obligar les parts a recórrer a la mediació. Al Regne Unit no poden obligar-les a sotmetre's a la mediació, però poden penalitzar amb les costes la part que ha rebutjat la mediació.

## 7. La prova i la seva admissibilitat

En ambdues tradicions, l'*onus probandi* recau en la part que al·lega els fets d'acord amb el principi "el que afirma ha de provar" (*onus probandi incumbit ei qui asserit*).

No obstant això, existeixen actituds diferents pel que fa a l'admissibilitat de la prova. En la cultura del continent, el principi de "lliure avaluació de les proves" faculta els jutges a ponderar la prova en cada cas particular. En canvi, el "common law" presenta diversos obstacles per a la producció de proves. Per exemple, la "prova del rumor" (*hearsay evidence*) (principi d'exclusió d'evidència feble quan un testimoni no coneix un fet directament si no mitjançant algú altre), vinculada amb el sistema de jurat, és fonamental en sistema provatori.

## 8. "Discovery", "disclosure" i presentació de la prova

En els sistemes de "common law", especialment als EUA, l'obligació de la plena revelació de la documentació i informació abans del judici a petició de la part adversa i sense la

intervenció del jutge (*pre-trial discovery*) constitueix una característica destacada<sup>16</sup>. L'objectiu de la *pre-trial discovery* és permetre el coneixement de la totalitat dels fets abans de l'audiència amb l'objectiu d'incrementar l'eficàcia de la audiència. Com els fets es revelen totalment en el *pre-trial discovery*, no és necessària una presentació extensiva dels fets durant l'audiència. A més, el descobriment dels fets situa a les parts en bona posició per avaluar els seus casos i augmentar la disposició a transigir. Les Regles de Procediment Civil EUA permeten una forma molt àmplia de descobriment (amb la limitació de les "expedicions de pesca" (*fishing expeditions*)). Al Regne Unit, la legislació limita el descobriment als documents que donen directament suport a la demanda o contestació (*standard disclosure*).

La *discovery* és desconeguda en les jurisdiccions de dret civil. Des d'una perspectiva europea, la *pre-trial discovery* és vista com una prolongació del procés d'obtenció de proves i dilució de la idea d'un procés concentrat<sup>17</sup>. A Europa, correspon a cada part el decidir si vol o no divulgar els documents. Les parts només poden ser obligades a produir documents si la part adversa es basa en aquests documents, i no els presenta com a annex a la demanda, i sempre amb la intervenció del jutge.

## 9. El jurat

Una altra conspícua diferència entre els procediments civils i els del "common law" i, en particular en els EUA<sup>18</sup>, és el judici amb jurat, on es considera "un símbol de la participació popular en l'administració de justícia"<sup>19</sup>.

Els casos són generalment decidits per jurats, integrats per 6 a 12 ciutadans, seleccionats d'una mostra representativa de la comunitat sense exclusió de cap grup racial, econòmic, polític o religiós. Els fets es presenten davant el jurat, que arriba a una decisió una vegada que el jutge l'ha instruït sobre el dret aplicable.

A diferència dels procediments penals, a Europa en els procediments civils no hi ha jurat. Es considera que la justícia requereix una formació jurídica completa, que fa necessari confiar tot el sistema judicial a jutges professionals. Els fets es presenten al jutge directament<sup>20</sup> i és només ell qui decideix el cas. Els arguments jurídics no han de ser explicat amb detall, ja que es presumeix que el jutge coneix el dret (*iura novit curia*).

---

<sup>16</sup> El New Oxford Dictionary defineix el discovery com "la exhibició obligatòria per una part en un procés de documents essencials identificats per la part contrària."

<sup>17</sup> Konstantinos D. Kerameus, *op. cit.*, pp. 493.

<sup>18</sup> Glendon, Gordon and Osakwe, *Comparative legal traditions* 1982, p. 93: "The civil law countries have never felt the need to bring the parties, their witnesses, their lawyers and the judge altogether on one occasion because they have not had to convene a group of ordinary citizens to hear all the evidence, to resolve factual issues and to apply the law to the facts."

<sup>19</sup> P. James and G. Hazard, *Civil procedure*, 1985, p. 69.

<sup>20</sup> Konstantinos D. Kerameus, *op. cit.*, p. 503, diu que: "to most European observers, lay involvement in adjudication tends to promote decision-making in accordance with the peculiarities and the needs of the particular case, yet often at the cost of insensibility to general legal precepts and to predictability of result. For example, if persuaded on the merits of the claim, lay judges would probably be more prone to overrule an exception of liberative prescription, thus undermining the role of prescription in fostering legal certainty. The impact of such emotion-driven judgments on subsequent cases cannot be underestimated."

## 10. Audiència

### A. En general

A diferència de les jurisdiccions de “common law”, on hi ha una clara separació entre el pre-judici i el judici, el dret civil tendeix a considerar el litigi com un procés únic, amb una sèrie continuada de comunicacions per escrit, reunions i audiències en els quals es presenta la prova, s’escolten els testimonis, es fan propostes i es decideix<sup>21</sup>. Es dona menys importància als escrits d’al·legacions. El jutge controla l’audiència i les parts només fan declaracions si així ho permet el tribunal.

En els països de “common law” es diferencia entre el *pre-trial* (reunions anteriors al judici on les parts defineixen els pediments i concreta la *discovery* i el *trial* (audiència en la que es presenta i examina la prova i el dret aplicable). Els escrits d’al·legacions tendeixen a ser breus i l’audiència (*trial*) complexa. Durant el judici, les parts presenten els seus casos, els fets i les proves amb tot detall al tribunal. La missió principal del jutge és vetllar pel respecte de les regles del joc del procediment.

### B. Ús de documents

En els sistemes de dret civil, l’advocat presenta els documents que donen suport a les seves peticions junt amb els escrits d’al·legacions. Correspon a la part contrària discutir l’autenticitat dels documents presentats. No s’exigeix que els documents siguin autenticats per testimonis.

En canvi, en els sistemes de “common law”, l’advocat no ha només d’aportar els documents que donin suport a la seva tesi, sinó també autenticar els documents en el judici. Cada document ha de ser identificat, presentat i explicat al menys per un testimoni.

## 11. Testimonis

### A. En general

En els sistemes de dret civil, s’espera que el jutge hagi llegit les al·legacions de les parts, incloent les manifestacions escrites abans del judici. Els testimonis són citats a declarar. El jutge posa preguntes als testimonis i el paper de l’advocat generalment es limita a suggerir preguntes al jutge. L’advocat té l’oportunitat de fer preguntes addicionals. Normalment, el jutge resumeix les declaracions dels testimonis, limitant-la a aquelles qüestions que considera tenen més importància.

En el “common law”, la deposició dels testimonis és fonamental. La part que proposa el testimoni és el primer que formula l’interrogatori del testimoni. L’oponent té l’oportunitat de “interrogar” el testimoni (*cross-examination*) amb l’objectiu de destacar els punts febles o les contradiccions del testimoni. El jutge no interroga els testimonis i només garanteix el compliment de les normes de procediment.

---

<sup>21</sup> Glendon, Gordon and Osakwe, op.cit., p. 91.



## B. Preparació dels testimonis

Una divisió entre les dos tradicions jurídiques és la relativa a la preparació dels testimonis. En molts sistemes de dret civil es considera poc ètic "preparar" els testimonis, mentre que en els sistemes de "common law" el fet de no preparar els testimonis podria ser considerat com negligència professional de l'advocat<sup>22</sup>. No obstant això, suggerir als testimonis el que han de dir està prohibit a tot arreu.

## 12. Pèrits

El pèrit és un expert neutral que assisteix al tribunal en les seves conclusions. En el dret civil, les parts poden anomenar pèrits. Però, com els peritatges són sovint contradictoris, els jutges anomenen pèrits neutrals. Si una part presenta un dictamen pericial i l'altra part nega el seu contingut, si el tribunal no pot avaluar el peritatge més convincent, designa un expert neutral en quines conclusions es basa.

L'enfocament del dret comú és que cada part nomena al seu propi pèrit. En general, el pèrit ha de ser totalment independent de la part que l'anomena. A la pràctica, però, la part només designa un expert que prepari un dictamen favorable, ja que el dictamen pericial forma part del seu al·legat. Si els dictàmens presentats per les parts difereixen, el tribunal decideix basat en el dictamen més persuasiu.

## 13. Apel·lació

### A. Primera apel·lació

En el dret civil en general, el recurs d'apel·lació constitueix una revisió *ex novo* de les qüestions presentades i de l'apreciació dels fets. En algunes jurisdiccions en segona instància es poden presentar testimonis, proves i peritatges addicionals.

En els sistemes del "common law" l'apel·lació es limita a qüestions de dret, llevat, molt excepcionalment, que aparegui un greu error en l'evaluació dels fets. Per aquesta raó, les parts solen recórrer menys a l'apel·lació.

### B. Segona apel·lació (cassació)

La missió del Tribunal Suprem és doble a tot arreu: revisar les decisions dels tribunals d'apel·lació i unificar la interpretació de la llei. Però, a diferència dels sistemes de dret civil, on el Tribunal Suprem està obligat a conèixer els casos que reuneixen certes condicions (com una quantia mínima), en els EUA l'última instància depèn de la discreció judicial i el Tribunal Suprem decideix els casos que vol revisar (*certiorari*).

---

<sup>22</sup> Heinz Kotz, "Civil justice systems in Europe and the United States", 13 Duke Journal Comparative and International Law, 61, 2003.

#### 14. Costes

En els sistemes de dret civil, la sentència sol incloure una decisió sobre les costes, que sovint segueix el principi del venciment.

En les jurisdiccions del "common law", la part vençuda rarament sufraga les costes del vençedor. Això explica en part l'elevat nombre de procediments als EUA.

#### 15. Relació entre els processos civil i criminal

En moltes jurisdiccions de dret civil, una sentència penal té força de prova concloent i obliga als altres tribunals. Els tribunals penals es consideren superiors a les jurisdiccions civil (*le criminel emporte sur le civil*) i els tribunals civils estan obligats per les decisions dels tribunals penals.

En el "common law", la regla és que en el procediment civil els fets no poden ser provats per referència a un procediment penal anterior. El judici penal no és admès com a prova dels fets fins i tot en contra de la persona que sigui part en ambdós procediments. Per tant, el tribunal civil és lliure de decidir de manera diferent del tribunal penal, fins i tot si els fets del cas són els mateixos<sup>23</sup>.

#### 16. Nivells de prova

En els sistemes de dret civil, l'estàndard de prova en el procediment civil no és diferent al del penal (*in dubio pro reo*), ja que el jutge ha d'estar fermament convençut que els fets al·legats són veraders.

En el "common law", hi ha una diferència d'exigència del nivell de la prova. En les causes penals: "més enllà de tot dubte raonable" (*beyond reasonable doubt*) que equival al nostre *in dubio pro reo* i en les civils: "preponderància de l'evidència" (*preponderance of evidence*) (més de 50% de probabilitats), un nivell inferior al penal<sup>24</sup>.

#### 17. Secret professional

El dret i el deure dels advocats a mantenir el secret professional de la informació que reben del client és una regla general en totes les jurisdiccions del món. No obstant això, als EUA, aquest principi té tres manifestacions: el privilegi advocat-client (*attorney-client privilege*), que és un element del dret de la prova, la confidencialitat (*confidentiality*) element ètic, i el

---

<sup>23</sup> Un exemple ben conegut va ser el cas de O.J. Simpson als EE.UU.

<sup>24</sup> Ronald Standler, "Differences between civil and common law in the USA", 1998. Kevin Clermont and Emily Sherwin, "A comparative view of standards of proof", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, n° 2, 2002.

producte del treball (*work product*)<sup>25</sup>, mentre que en la tradició del dret civil "el secret professional" és un concepte sòlid i uniforme<sup>26</sup>.

El "common law" considera que el secret pertany al client i que, per tant, el client pot renunciar-lo permetent a l'advocat desvelar el secret<sup>27</sup>, mentre que als països de dret civil, el secret professional es considera que és absolut, pertany a la societat, i fins i tot amb el permís del client, no pot ser revelat.

## 18. Litigiositat

Hi ha una diferència del grau de litigiositat en els dos costats de l'Atlàntic. El número de litigis als EUA és molt superior al de la UE<sup>28</sup>. Les principals raons per a la "explosió de litigis" als EUA<sup>29</sup> són les següents: a) l'existència de jurat en els procediments civils (els jurats són més proclius a concedir indemnitzacions quantioses), mentre que a Europa no hi ha jurat; b) l'existència d'una indemnització punitiva (*punitive damages*) además de la compensatòria, mentre que a Europa només existeix la compensatòria; c) l'admissió dels honoraris contingents (*contingency fees*), mentre que a la UE el *pactum de quota litis* està prohibit tradicionalment<sup>30</sup>, encara que aquesta prohibició es va suavitzant; d) l'existència d'accions de classe (*class actions*), més restringides a Europa, i e) les costes no es solen imposar a la part perdedora. No obstant és un fet que, la litigiositat està augmentant progressivament a Europa.

## **IV. El procés arbitral internacional**

### 1. Introducció

La major part de les diferències de les dues tradicions jurídiques en els procediments judicials civils descrites en el capítol III també són visibles en els procediments d'arbitratge. No solsament això, sino que en l'arbitratge internacional les diferències són encara més notables perquè les parts, els àrbitres i els advocats que concorren en un procés arbitral sovint pertanyen a jurisdiccions, cultures, idiomes i sistemes jurídics diferents. L'arbitratge internacional ofereix diverses variants pel que fa a la iniciació, desenvolupament i proves del procés d'arbitratge. Per aquesta raó, els reglaments de les

---

<sup>25</sup> ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.6, comment 3.

<sup>26</sup> Ronald Standler, "Differences between civil and common law in the USA", 1998. Kevin Clermont and Emily Sherwin, "A comparative view of standards of proof", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, n° 2, 2002.

<sup>27</sup> ABA Model Rules

<sup>28</sup> Eric McCarthy, Allyson Maltas, Matteo Bay and Javier Ruiz-Calzado, "Litigation culture versus enforcement culture. A comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases", *The Antitrust Review of the Americas* 2007, a Global Competition Review special report - [www.globalcompetitionreview.com](http://www.globalcompetitionreview.com).

<sup>29</sup> S'estima que als EUA s'inicien 50.000 plets civils cada dia. D'aquí l'expressió "explosió litigiosa". Walter K. Olson, *The litigation explosion: What happened when America unleashed the lawsuit*, 1991.

<sup>30</sup> CCBE Code 3.3. Pactum de Quota Litis. 3.3.1. "A lawyer shall not be entitled to make a *pactum de quota litis*."

principals institucions (la Cort d'Arbitratge de la Cambra de Comerç Internacional (CCI), el Tribunal d'Arbitratge Internacional de Londres (LCIA) i altres) incorporen elements de les dues tradicions.

## 2. Els esforços d'armonització de la International Bar Association (IBA)

En vista de la concurrència de diferents cultures i tradicions jurídiques en l'arbitratge internacional, la IBA ha dut a terme diverses iniciatives d'armonització, i en especial: a) les Regles d'Ètica per als Àrbitres Internacionals, b) les Regles Complementàries que Regulen la Presentació i Recepció de Proves en l'Arbitratge Comercial Internacional de 1983, substituïdes per les Regles per a la Recepció de Proves a l'Arbitratge Comercial Internacional, modificades el 2010, i c) les Directrius sobre Conflictes d'Interès en l'Arbitratge Internacional de 2004 (pendents de revisió). Aquestes iniciatives<sup>31</sup> representen un esforç per conciliar les diferències entre el dret civil i el “common law” i per desenvolupar normes intermèdies acceptades internacionalment<sup>32</sup>.

## 3. Classes d'arbitratge

En l'arbitratge, es distingeix entre l'arbitratge de dret (l'àrbitre decideix en base al dret aplicable) i l'arbitratge d'equitat (*ex aequo et bono*) (l'àrbitre decideix d'acord amb la seva visió del que és correcte i just segons el seu lleial “saber y entender”).

La preferència per l'arbitratge de dret és l'orientació més generalment acceptada internacionalment. Per això, la Llei espanyola (art. 34, 1), inverteix la preferència que la derogada Llei de 1988 atorgava a l'arbitratge d'equitat.

En els països de “common law”, per exemple a Anglaterra, l'arbitratge d'equitat és vist amb cert recel i fins i tot es dubta si els àrbitres estan autoritzats a decidir en equitat<sup>33</sup>.

## 4. Independència i imparcialitat dels àrbitres

Un bon arbitratge depèn en principal mesura de la qualitat dels àrbitres.

En tots els sistemes, els principis ètics són considerats de gran importància en l'arbitratge.

És per això que moltes organitzacions com l'*American Arbitration Association (AAA)* i l'*American Bar Association (ABA)* o l'*International Bar Association (IBA)* han adoptat normes d'ètica per als àrbitres.

La independència i imparcialitat constitueix el principi fonamental de tota funció enjudiciadora, inclosa la dels àrbitres. Tanmateix, la percepció dels fets i circumstàncies que afecten la independència i imparcialitat de l'àrbitre varia segons les cultures i les jurisdiccions.

---

<sup>31</sup> Les IBA Rules on Evidence estableixen que: “The Rules provide mechanisms for the presentation of documents, witnesses of fact and expert witnesses, inspections, as well as the conduct of evidentiary hearings. The Rules are designed to be used in conjunction with, and adopted together with, institutional, ad hoc or other rules or procedures governing international arbitrations. The IBA Rules of Evidence reflect procedures in use in many different legal systems, and they may be particularly useful when the parties come from different legal cultures”.

<sup>32</sup> Julian Lew, Loukas Mistellis and Stefan Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, p. 257.

<sup>33</sup> Julian Lew, Loukas Mistellis and Stefan Kroll, *op.cit.*, p. 473

Per tal d'armonitzar les diferents percepcions, la IBA va aprovar el 2004 les "Directrius sobre els Conflictes d'Interès en l'Arbitratge Internacional" (pendent de revisió) per intentar introduir uniformitat en aquest àmbit. Les Directrius classifiquen una llarga relació de situacions en tres llistes de color vermell, taronja i verd, segons que l'àrbitre designat hagi de renunciar al seu càrrec (vermell) o de revelar (taronja) o no (verd) l'existència d'aquestes situacions.

### 5. Inici de l'arbitratge

La data d'inici de l'arbitratge té conseqüències substantives i de procediment. El procediment arbitral es considera iniciat en moments diferents. En principi, les parts decideixen quan el procés es considera que comença; en cas contrari, la data es regeix per les lleis i / o reglaments aplicables. D'acord amb alguns reglaments, la data d'inici és aquella en que la institució arbitral rep la notificació d'arbitratge, mentre que, d'acord amb altres, quan tots els àrbitres han acceptat la seva designació, etc.

En la cultura del dret civil, els escrits inicials solen contenir una descripció completa dels fets i fonaments jurídics i acompanyar la totalitat dels documents en què es basen. En canvi, en el sistema del "common law", l'arbitratge s'inicia amb breus escrits de demanda<sup>34</sup> i de contestació, que consisteixen en una abreviada seqüència dels fets i arguments jurídics per donar informació suficient a la part contrària per preparar la seva defensa, de manera que els detalls es van desenvolupant durant el procediment.

### 6. La prova en general

Com hem vist, hi ha diferències notables entre el dret civil i el "common law" pel que fa a la prova en els procediments davant els tribunals. Algunes d'aquestes diferències s'accentuen en l'arbitratge internacional a causa de la concurrència de normes i cultures diferents.

Una de les característiques més evidents és que, en general, la tradició del dret civil dóna més pes als documents que als testimonis, mentre que el "common law" en dóna més als testimonis que als documents.

Per tal d'armonitzar les diferències, l'IBA va aprovar el Reglament Relatiu a l'Obtenció de Proves en l'Arbitratge Comercial Internacional de 1999, modificat el 2010, que reflecteix una mescla de les dues tradicions i conté moltes solucions intermitges.

### 7. La "discovery"

Hem vist que el descobriment és un mecanisme provatori essencial en els procediments del "common law" (sobretot en els EUA). El mateix passa en els procediments d'arbitratge. No obstant això, el descobriment en l'arbitratge és més informal i menys extens que el descobriment en els procediments judicials perquè l'objecte de l'arbitratge és fomentar la resolució dels conflictes de la manera més fàcil, més ràpida i més econòmica. Els tribunals<sup>35</sup> han reconegut que les parts accepten de bon grat l'absència de procediments

---

<sup>34</sup> Federal Rule of Civil Procedure 8(a): "a short and plain statement of the claim".

<sup>35</sup> Peterson, 242 Ill. App.3d at 1095, 611 N.E.2d at 1142 (citing *Drinane v. State Farm Mutual Automobile Ins. Co.*, 153 Ill.2d 207, 606 N.E.2d 1181 (1992)). 10. *Burton v. Bush*, 614 F.2d 389, 390 (4th Cir. 1980), cited by Roseann Oliver, "Pre-Hearing Discovery in Arbitration: Is It Illusory?", 2001.

emprats en el sistema de justícia estatal a canvi de les avantatges d'una solució de les seves controvèrsies ràpida i menys costosa<sup>36</sup>.

El descobriment, com s'entén en els EUA, no existeix en els sistemes de dret civil, on, en principi, cada part ha de preparar la seva defensa basant-se en les proves que poseeix. No obstant això, gradualment les lleis d'arbitratge van acceptant un tipus limitat de descobriment, sota el control del tribunal arbitral. Aquest és el cas, per exemple, del Codi de Procediment Civil alemany (esmenat el 2002) (art. 142), que permet al jutge ordenar la presentació de documents en possessió de la part adversa o fins i tot d'un tercer i la Llei de Procediment Civil a França, recentment reformada pel Decret nº 2011-1948 de 13 gener 2011<sup>37</sup>.

Les Regles de l'Evidència de la IBA (Documents 3.3) permeten a les parts presentar a l'àrbitre una "sol·licitud de mostrar" (*request to produce*) un document o "una categoria restringida i específica dels documents què té raons de creure que existeixen i estan en possessió de la part adversa, juntament amb una explicació de la pertinència i importància dels documents per a la resolució del cas". Aquesta regla constitueix un excel·lent solució intermitja entre els dos sistemes<sup>38</sup>.

## 8. Documents

En les jurisdiccions de dret civil, els advocats generalment presenten al tribunal arbitral tots els documents a l'inici del procediment. Els documents es consideren auto-autentificatius, i l'advocat utilitza l'audiència per cridar l'atenció del tribunal sobre les qüestions clau sense autenticació d'un testimoni.

En el "common law", cada document ha de ser autenticat, presentat i explicat per un testimoni directe en el procés<sup>39</sup>.

Les Regles de la IBA estableixen els motius pels quals la part contrària pot oposar-se a la presentació d'un document, inclosa la falta d'interès suficient, motius de confidencialitat, i raons d'equitat. L'efecte és el d'exigir que es demostrï per què un document presentat per l'altra part no pot ser admès, en lloc de exigir a la part que presenti el document que demostrï per què ha de ser admès (com en el "common law").

## 9. Testimonis

El mètode per proposar i interrogar els testimonis és diferent en les dues tradicions. No obstant això, la *cross-examination* està guanyant ascendència en l'arbitratge internacional, encara que no se'l denomini amb aquest nom. Les Regles de la IBA disposen: "El testimoni que presenti una declaració testifical ha de comparèixer a declarar en l'audiència...". Les parts podran acordar o el tribunal arbitral pot ordenar que la declaració testifical... serveixi

---

<sup>36</sup> Roseann Oliver, "Pre-hearing discovery in arbitration: Is it illusory?", 2001. Pedro J. Martinez-Fraga, The American influence on international commercial arbitration: Doctrinal developments and discovery, 2009.

<sup>37</sup> Art. 1469: "Si une partie a l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sous l'invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce".

<sup>38</sup> Elsing, Siegfried and Townsend, John, "Bridging the divide in common law arbitration", Arbitration International, Vol 18, No 1, 2002.

<sup>39</sup> Elsing, Siegfried and Townsend, John, op.cit.

de declaració directa del testimoni. Després del testimoni directe, qualsevol altra part pot interrogar el testimoni. El tribunal arbitral podrà fer preguntes als testimonis en qualsevol moment<sup>40</sup>.

#### 10. Audiència oral

Les tradicions del “common law” i del dret civil també difereixen en la forma en que els es presenten i desenvolupen arguments jurídics en els procediments d'arbitratge<sup>41</sup>.

L'advocat de dret civil sol presentar a l'audiència una exposició detallada dels fets, amb cites pertinents de la doctrina. Els arguments que cita sovint es basen en opinions dels autors en un nivell equiparable a les decisions dels tribunals.

Per contra, els advocats comuns generalment presenten els escrits citant a les autoritats en les que fonamenten les seves peticions i els seus arguments jurídics en detall. Es concentren en els punts clau, i es basen fonamentalment en les decisions dels tribunals relatius a patrons de fets similars.

#### 11. Iniciatives de transacció

Durant les audiències, l'actitut de l'àrbitre del “common law” tendeix a ser més aviat passiva, a la llum del sistema adversarial que inspira la seva tradició i en comparació als àrbitres de dret civil.

Això porta a considerar el poder de l'àrbitre per promoure acords transaccionals entre les parts. L'àrbitre de dret civil té un paper actiu i pot intervenir en qualsevol fase del procediment per a convidar a les parts a arribar a un acord transaccional. Si les parts arriben a un acord durant l'arbitratge, el tribunal arbitral pot dictar un laude incorporant-lo (laude de consens)<sup>42</sup>.

#### 12. Honoraris i costes

No existeix un mètode uniforme de determinació dels honoraris.

Els honoraris i costes dels arbitratges *ad hoc* són acordats per les parts i els prospectius àrbitres. D'altra banda, les tasques administratives en els arbitratges *ad hoc* són realitzades pel tribunal arbitral (o pel secretari del tribunal).

La determinació dels honoraris i costes de l'arbitratge institucional varien depenent de la institució. Algunes institucions, com ara la Cort de la CCI, estableixen les seves tarifes en base a la quantia en disputa. En altres institucions, per exemple la LCIA, els honoraris dels àrbitres es fixen en les hores emprades i en funció de la tarifa horària de cada àrbitre.

#### 13. Armonització de les regles d'ètica

##### A. Codis d'ètica pels àrbitres

La figura de l'àrbitre és propera a la del jutge (independència i imparcialitat i la quasi immunitat judicial) i fonamentalment diferent a la del advocat (independència i parcialitat, i

---

<sup>40</sup> Elsing, Siegfried and Townsend, John, *op. cit.*

<sup>41</sup> Elsing, Siegfried and Townsend, John, *op. cit.*

<sup>42</sup> Regles de la ICC, art. 26.

responsabilitat professional). Per tant, les normes que regulen la funció de l'àrbitre difereixen substancialment de les normes relatives als advocats<sup>43</sup>.

Existeixen diverses compilacions de les normes d'ètica dels àrbitres, com el Codi d'Ètica per als àrbitres en les disputes comercials de l'*American Arbitration Association* i l'*American Bar Association* 1977 (modificada en 2004), el Reglament d'Ètica per Àrbitres Internacionals de l'*International Bar Association*, el Codi de conducta dels àrbitres del Fòrum Nacional d'Arbitratge, Codi de Conducta i Ètica d'Arbitratge dels membres de l'Institut Col·legiat d'Àrbitres, de 2009. També hi han codis d'ètica adoptats per les institucions arbitrals, com el Codi d'Ètica per a les Regles d'Arbitratge Internacional de la Cambra d'Arbitratge Nacional i Internacional de Milà i, més recentment, algunes institucions arbitrals de l'est d'Europa, com ara el Tribunal d'Arbitratge de la Cambra Polonesa de Comerç, la Cort Permanent d'Arbitratge de la Cambra de Comerç i Indústria d'Eslovènia, Letònia Cambra de Comerç i Indústria i altres. Algunes organitzacions internacionals també han emès normes ètiques, com les Directrius de la IBA sobre els conflictes d'interès en l'arbitratge internacional de 2004, que s'ocupen exclusivament de la independència i imparcialitat. Finalment, hi han codis d'ètica per als advocats en general, com el Codi Deontològic dels advocats europeus (CCBE), o el Codi Internacional d'Ètica de la IBA 1967.

#### B. Codis d'ètica pels advocats en l'arbitratge

Pel que fa a advocats que representen a les parts en l'arbitratge, no hi ha codis específics d'ètica<sup>44</sup>. Els reglaments de les principals institucions arbitrals (LCIA, CCI) tampoc contenen normes de conducta. L'opinió predominant és que els advocats que representen a les parts en l'arbitratge estan subjectes als codis nacionals d'advocats, sovint inspirats en el Codi del CCBE, les Regles de la IBA o les Regles Model de l'ABA<sup>45 46</sup>.

Pel que fa a l'arbitratge internacional, les diferents pràctiques es deriven de les diferents cultures i, tradicionalment, els advocats estan subjectes a normes ètiques del dret nacional. Com que cada estat aplica les seves pròpies normes legals i ètiques, els advocats poden ser injustament sotmesos a normes diferents en el mateix procediment ("doble deontologia"). La millor solució a aquest problema seria a través del desenvolupament de normes internacionals de conducta professional uniformes, aplicable als advocats en l'arbitratge

---

<sup>43</sup> Vegi's l'affidavit de Jan Paulsson's de 19 maig 2003 per l'Ontario Superior Court of Justice.

<sup>44</sup> See, however, the general (draft) The Hague Principles of Ethical Standards for Counsel Appearing before International Courts and Tribunals, 2010; Judith McMorrow, "Creating Norms of Attorney Conduct in International Tribunals: A Case Study of the ICTY", 30 B.C. International and Comparative Law Review, 2007, pp. 139, 146 cited by Catherine Rogers, "The Ethics of Advocacy in International Arbitration", The Pennsylvania State University. The Dickinson School of Law, Legal Studies Research Paper, no.18-2010.

<sup>45</sup> Steven Bennet, *op. cit.*: "The 2004 ABA Model Code makes clear that lawyers have ethical obligations with the provision of non-legal services, saying, for the most part, that attorneys who provide both legal and non-legal services must comply with the ethics code in both regards. This, state courts should apply to attorneys serving as advocates in arbitration even if such work is somehow not the practice of law".

<sup>46</sup> In an article "Ethics in ADR representation: a roadmap of critical issues", Carrie Menkel-Meadow put the following question: "Should different ethical standards be applied to lawyers who serve as "representatives" inside ADR processes than the usual rules applied to lawyers in their roles as "advocates" or "counselors" in the more traditional adversary system?"



internacional<sup>47</sup>. Així, la necessitat de normes uniformes per a un procés tan flexible com l'arbitratge és fortament sentida dins de la comunitat arbitral<sup>48</sup>.

El 2008, el Comitè d'Arbitratge de la IBA va crear un Grup de Treball sobre Ètica dels advocats en l'arbitratge internacional per tal d'investigar les normes ètiques i culturals, i les regles disciplinàries que s'apliquen als arbitratges internacionals<sup>49</sup>. El 2010, el CCBE va crear també un Grup de Treball per a advocats en l'arbitratge amb l'objectiu d'adoptar directrius ètiques que es va posteriorment cancel·lar amb el discutible motiu de que podria afectar la unitat de la professió d'advocat.

## **V. Conciliable o irreconciliable**

Malgrat les diferències entre les dues tradicions, tant en el dret substantiu com en l'adjectiu, penso que és una realitat que lentament van convergint i molt particularment en l'arbitratge internacional.

Els signes d'aquesta confluència són múltiples. Es pot esmentar el flux dels convenis internacionals que estan unificant àrees importants del dret, com per exemple el Conveni sobre la compravenda internacional de mercaderies, el Conveni sobre el dret aplicable a les obligacions no contractuals, el Conveni per l'ús de comunicacions electròniques en contractes internacionals, el Conveni sobre lletres de canvi i pagarés internacionals, el Conveni sobre la competència judicial i execució de sentències judicials en matèria civil i mercantil, el Conveni de Lugano sobre el mateix tema, la Llei model sobre transferències de crèdit, la Llei model sobre insolvència, etc. En l'arbitratge, sobre tot, el Conveni de Nova York sobre el reconeixement i l'execució de laudes estrangers i la Llei model sobre arbitratge comercial internacional de l'UNCITRAL.

---

<sup>47</sup> Gary Born, International Commercial Arbitration, 3<sup>rd</sup> edition, 2009, pp. 2315-19, cited by Richard M. Mosk, "Attorney Ethics in International Arbitration", Publicist, Berkely Journal of International Law, 23 May 2010.

<sup>48</sup> Catherine Rogers, "The Vocation of International Arbitrators", American Arbitration Law Review, vol. 20, 2005; Catherine Rogers, Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration, 2002; Pierre Heitzmann, "Confidentiality and Privileges in Cross-Border Legal Practice: The Need for a Global Standard?", 26 ASA Bulletin 205, 2008; Doak Bishop, "Ethics in International Arbitration", University of California Irvine School of Law Research Paper no. 2008-2, at 19, <http://ssrn.com/abstract=1130922>; Jan Paulsson, Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration", 3 American Review International Arbitration, 214 (1992); John M. Townsend, "Clash and convergence on ethical issues in international arbitration," 36 U. Miami Inter-American Law Review, 1, 2004; Charles N. Brower & Stephan W. Schill, "Regulating counsel conduct before international arbitral tribunals in making transnational law work in the global economy": Essays in honour of Detlev Vagts; Carrie Menkel-Meadow, "Are Cross-Cultural Ethics Standards Possible or Desirable in International Arbitration?", Georgetown Public Law Research Paper no. 1130922; University of California Irvine School of Law Research Paper No. 2008-2, at 19, <http://ssrn.com/abstract=1130922>; Brian Cooper, "Ethics for party representatives in international commercial arbitration: Developing a standard for witness preparation", 22 GEO. Journal of Legal Ethics 779, 2009; Philip Peters, "Can I do this? Arbitration Ethics" International Law Digest, vol.1, issue 3, November 2010; Gary Born on "A Code of Conduct for Counsel in Arbitration", The New World of International Trade Arbitration Kosovo and Arbitration –The Birth of a New State, 16 November 2010.

<sup>49</sup> IBA Arbitration Committee. Counsel Ethics in International Arbitration Survey. Introduction.

S'observa també un constant intercanvi de conceptes jurídics. Per exemple, l'ús cada vegada més extès del concepte de "raonabilitat" (*reasonability*) del "common law" en el dret civil i la creixent admissió del concepte de la bona fe (*bona fides*), tradicionalment ignorat pel "common law" i d'altres.

Els països de dret civil han acceptat també institucions com el *factoring*, el *franchising*, el *forfeiting*, i s'han modernitzat velles nocions comuns als dos sistemes jurídics (per exemple, la cessió de crèdits i la concessió de llicències de know-how) a les necessitats modernes del comerç.

En l'àrea de la propietat immobiliària, els arrendaments a llarg termini (*leases*) s'han tornat freqüents en diversos sistemes de dret civil i la venda del dret de superfície és d'ús comú<sup>50</sup>. L'atañament també és visible per la creixent introducció del mètode escrit en els procediments de les jurisdiccions de "common law" i l'oralitat en els processos de dret civil.

La UE és un gran catalitzador de les dues cultures jurídiques. Les directives de la UE (per exemple les directives sobre dret de societats) que actúen com a catalitzadors d'ambdues tradicions. El dret del consum, del transport, del medi ambient, etc. a Europa, son clares manifestacions de la convergència.

En particular, pel que fa als procediments civils, com encertadament ha assenyalat el professor Kerameus, encara que existeixen algunes diferències entre els dos sistemes aparentment irreductibles (sobretot en el judici per jurat, i en la concepció de la competència), moltes altres mostren signes de convergència, per exemple en l'àmbit d'aplicació de la revisió en apel·lació o fins i tot en matèria de descobriment<sup>51 52</sup>.

Però és en l'arbitratge internacional on els dos sistemes jurídics estan convergint ràpidament en un món globalitzat gràcies a moltes iniciatives i principalment el Conveni de Nova York de 1958 sobre reconeixement i execució de laudes estrangers i la Llei Model de la CNUDMI de 1985, que intenta d'armonitzar les diferents tradicions en l'arbitratge, sobre la base dels principis d'autonomia de les parts i de col·laboració dels tribunals, i també la

---

<sup>50</sup> Mauro Rubino-Sammartano, "Language and the law: Civil and common law", *International Legal Practitioner*, March 2000, pp. 21 and ss.

<sup>51</sup> Konstantinos D. Kerameus, *op. cit.*, pp. 497.

<sup>52</sup> Hazard, Geoffrey Jr., Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, Stephen C. Yeazell, Stuart C. Yudofsky, M.D, "Procedural law", *Enciclopedia Britannica*: "Despite the distinctions between civil and common law just described, there arguably have been recent trends toward convergence. In private-law matters, courts in civil-law countries do not initiate proceedings on their own; rather, they decide only claims brought forward by the parties and normally only on the basis of evidence proposed by them. Indeed, in practice they give the parties much of the responsibility for suggesting lines of proof. Nor do judges in common-law countries always play merely the role of an impartial arbiter. In some cases, such as those involving the welfare of children, they often take a more active role in seeking out the facts. Because a series of separate hearings make a proceeding unduly long, procedural reforms in some civil-law countries favour (but do not mandate) a single, well-prepared, main hearing at which the decision is reached. By contrast, in England, where the civil jury trial originated, the jury has fallen into almost complete disuse in civil cases, except in suits of defamation. In the United States, although trial by jury is a constitutional right, jury trials occur in fewer than 5 percent of filed civil actions. Many civil actions in the United States consist of a series of pretrial motions, often involving discovery, at the end of which the case is terminated by settlement or by pretrial judgment. In such cases—the great majority—the process in many respects resembles the civil law system: a series of staged judicial rulings rather than a compressed trial of the entire case".

simbiosi de les cultures jurídiques operada a través de regles de les principals institucions d'arbitratge (CCI, AAA, LCIA, ISDIC, etc) i la congruència de les dues tradicions.

Per tant, en el futur, no un futur immediat potser, però el futur, les noves generacions seran testimonis de la unificació de les tradicions jurídiques d'un món globalitzat, primer en dret mercantil i processal i subseqüentment en el de família, dret de successions, etc. La unificació futura del dret és en la meua manera de veure-ho, un fet cert. Com deien els romans "*certus an, incertus quando*".

**Principal bibliografia** en la qual m'he basat en aquest anàlisi.

- Baxter, Jan, "International business disputes", CLQ, 1990.
- Cremades, Bernardo, "Managing discovery in international arbitration, Dispute Resolution Journal, November 2002 - January 2003.
- Cross, Rupert and J.W. Harris, Precedent in English law.
- Dessemontet, François, "Arbitration in Europe".
- Djankov, Simeon, Rafael La Porta, Florencio López-de-Silanes and Andrei Sheifer, "Courts", The quarterly journal of economics", May 2003.
- Elsing, Siegfried and Townsend, John, "Bridging the divide in common law arbitration", Arbitration International, vol. 18, no. 1, 2002.
- Glendon, Gordon and Osakwe, Comparative legal traditions, 1982.
- Hazard, Geoffrey Jr., Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, Stephen C. Yeazell, Stuart C. Yudofsky, M.D, "Procedural law", Enciclopedia Britannica
- IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, June 1999.
- IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 2004.
- James, P. and G. Hazard, Civil procedure, 1985.
- Kerameus, Konstantinos D., "A civilian lawyer looks at common law procedure", Louisiana Law Review, 1987
- Kotz, Heiz, "Civil justice systems in Europe and the United States", 13 Duke Journal Comparative and International Law, 61, 2003.
- Lew, Julian, "International commercial arbitration: Harmonizing cultural differences". Dispute Resolution Journal, August 1999.
- Lew, Julian, Loukas Mistellis and Stefan Kröll, Comparative international commercial arbitration, Kluwer Law International, 2003.
- Martinez-Fraga, Pedro J., The American influence on international commercial arbitration: doctrinal developments and discovery, 2009.
- Mustill and Boyd, Commercial arbitration, 2nd ed., 1989.
- Mullerat, Ramon, "Ethical Rules for Arbitrators", Yearbook of Justice Alternative, no. 6, 2005, Tribunal Arbitral de Barcelona.
- Mullerat, Ramon, "Differences between the civil procedure in the USA and EU".
- Oliver, Roseann, "Pre-hearing discovery in arbitration: Is it illusory?", 2001.
- Olson, Walter K. The litigation explosion: What happened when America unleashed the lawsuit, 1991.

- Pejovic, Coslav, "Civil law and common law: Two different paths leading to the same goal".
- Pinney, John B., "Comparison between domestic and international arbitration in the United States", ABA Annual Meeting, August 2005.
- Rogers, Catherine, "The vocation of international arbitrators", American Arbitration Law Review, vol, 20, 2005.
- Rogers, Catherine, "Fit and function in legal ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration", 2002;
- Rubino-Sammartano, Mauro, "Language and the law: Civil and common law", International Legal Practitioner, March 2000.
- Rubinstein, Javier, "International commercial arbitration. Reflections at the crossroads of the common law and civil law tradition", Chicago Journal of International Law, vol. 5, no. 1, Summer 2004.
- Stampa, Gonzalo, *Discovery arbitral*, 2011.
- Standler, Ronald, "Differences between civil and common law in the USA", 1998.
- Tetley, William, "Mixed jurisdictions: common law vs civil law."
- Voigt, Stephen, "Are international merchants stupid? A natural experiment refuted the legal origin theory ", International Centre for Economic Research, Working Papers, no. 21, 2005.