

**Marzia Rosti\***

**Sull'esistenza di un sistema giuridico ibero-americano.**

**La ricostruzione di un dibattito e prospettive di ricerca**

*1. Lo studio dei sistemi giuridici: la proposta di Losano*

Nello studio degli ordinamenti giuridici Losano ha adottato un'interessante prospettiva, differenziandosi da quella impiegata dai comparatisti, che li raggruppano in «famiglie» o in «sistemi giuridici», sulla base delle similitudini e delle diversità individuate<sup>1</sup>. Nell'introduzione al libro *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Losano spiega infatti che oggetto di studio sarebbe stata «l'evoluzione storica degli ordinamenti giuridici»<sup>2</sup>, offrendo così «una preparazione storica ai manuali di diritto comparato, come la descrizione della via che ha condotto i diritti alla loro forma attuale»<sup>3</sup>. In questa prospettiva - inaugurata nel 1978 con la prima

---

\* Ricercatrice in Filosofia del diritto, Dipartimento Giuridico-Politico, Facoltà di Scienze Politiche, Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> «La comparazione, scienza giuridica, porta la sua attenzione sulle regole appartenenti ai vari sistemi giuridici per stabilire in quale misura essi coincidano e in quale misura esse differiscano», *Sistemi giuridici comparati*, a cura di A. GAMBARO e R. SACCO, Torino, Utet, 2002<sup>2</sup>, p. 2.

<sup>2</sup> Ovvero anche di «sistemi giuridici», intesi come insieme di norme proprie di un certo ordinamento (ad es. sistema giuridico angloamericano o islamico) e discostandosi, invece, dalla nozione tradizionale di «sistema giuridico» come complesso di norme - quindi ordinamento giuridico - collegate fra loro attraverso specifiche relazioni.

<sup>3</sup> Roma-Bari, Laterza, 2000<sup>3</sup>, p. XIV. Dagrossa definisce il testo una «introducción *histórica* al Derecho», con una «estrecha relación con disciplinas como el Derecho Comparado y la Historia del Derecho», DAGROSSA, N. C., «Los veinticinco años de una introducción histórica global al derecho», *Revista de historia del derecho*, 31, 2003, pp. 432-433.

edizione del libro - s'inseriscono le numerose ricerche svolte sia da Losano sia da suoi allievi e collaboratori<sup>4</sup>, fra le quali alcune relative all'America latina<sup>5</sup>. A quest'area geografica Losano ha infatti dedicato la propria attenzione negli ultimi anni con numerosi scritti, in alcuni dei quali si trovano riferimenti alla posizione attribuita agli ordinamenti giuridici latino-americani nelle grandi partizioni in famiglie o in sistemi giuridici, proposte dai comparatisti e oggetto di un'analisi accurata da parte di due importanti studiosi spagnoli - Castán Tobeñas e Castán Vázquez - negli anni Cinquanta e Sessanta.

---

<sup>4</sup> LOSANO, M. G., *Diritto economico giapponese. Con un'appendice sul diritto coreano*, Milano, Unicopli, 1985<sup>2</sup>, 138 pp., e *L'ammodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, Milano, Unicopli, 1984<sup>2</sup>, 155 pp.; FACCHI, A., *L'evoluzione del diritto fondiario algerino (1830-1936)*, Milano, Unicopli, 1987, 162 pp.; ROSSI, M., *Matrimonio e divorzio nel diritto abissino. Stratificazione di diritti ed evoluzione dell'istituto*, Milano, Unicopli, 1982<sup>2</sup>, 152 pp., e *Per una storia del diritto australiano*, Milano, Unicopli, 1990, 108 pp.; ROSTI, M., *L'evoluzione giuridica dell'Argentina indipendente, 1810-1910*, Milano, Unicopli, 1994, XVI-188 pp.; *Come la Spagna perse l'America. La Spagna di fronte all'indipendenza delle proprie colonie, 1810-1840*, Milano, Unicopli, 1996, 215 pp. e *Modelli giuridici dell'Argentina indipendente 1810-1910*, Milano, Giuffrè, 1999, XXVII-306 pp.

<sup>5</sup> Oltre alle pubblicazioni citate nel presente scritto, si ricorda: "Tobias Barreto e la cultura tedesca fra cosmopolitismo e nazionalismo", *Sociologia del diritto*, XXIV, 3, 1997, pp. 5-44; *Un giurista tropicale. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*, Roma - Bari, Laterza, 2000, pp. XII-322; *Postscriptum rioplatense. Eduardo J. Couture e l'emigrazione intellettuale italiana a Montevideo*, in LOSANO, M. G., *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo. Con il regesto di un archivio ignoto e la bibliografia di Renato Treves*, Milano, Unicopli, 1998, pp. 43-52; "L'emigrazione dei giuristi milanesi nella Montevideo d'anteguerra", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 1999, pp. 219-226; "A cultura brasileira no contexto do cosmopolitismo alemão", in *Meio século de filosofia. Anais do VI Congresso Brasileiro de Filosofia* (6-11 de setembro de 1999), Legnar, São Paulo 2003, v. I, pp. 95-107; "Peronismo e giustizialismo: significati diversi in Italia e in Sudamerica", *Teoria Politica*, XIX, 1, 2003, pp. 3-22.

Questo scritto pertanto si ripropone d'illustrare le posizioni favorevoli e contrarie degli studiosi - non solo comparatisti - all'esistenza di un sistema giuridico ibero-americano o latino-americano<sup>6</sup>, evidenziando i contributi di Losano e proponendo alcune linee di ricerca future.

## 2. *La prima menzione dei diritti del Sudamerica: Clóvis Bevilacqua nel Brasile di fine Ottocento*

Nel 2002, in occasione del VII Congresso Brasiliano di Filosofia, Losano presentò un'interessante relazione intitolata *Clóvis Bevilacqua entre comparação e filosofia do direito*<sup>7</sup>, nella quale illustrava come il giurista brasiliano alla fine del XIX secolo avesse portato «a comparação jurídica às salas de aula brasileiras exatamente no momento em que esta disciplina se afirmava na Europa e na América do Norte», muovendosi nell'ambito del diritto comparato in sintonia con gli studi stranieri più avanzati<sup>8</sup>.

Nel 1893, infatti, la facoltà giuridica di Recife affidò il nuovo insegnamento di diritto privato comparato a Clóvis Bevilacqua, che si era già occupato della disciplina nel 1891<sup>9</sup> e che affrontò l'incarico preparando per gli studenti un testo specifico<sup>10</sup>. Su quest'ultimo Losano si sofferma, per

---

<sup>6</sup> Nel presente scritto i termini «ibero-americano» e «latino-americano» sono considerati sinonimi, in quanto entrambi indicano i paesi americani ove si parla una lingua iberica, cioè spagnolo o portoghese.

<sup>7</sup> In VII Congresso Brasileiro de Filosofia, *Anais*, Governo do Estado - Tribunal de Justiça da Paraíba - Centro Universitario de João Pessoa, João Pessoa 2002, pp. 389-404. Di Bevilacqua Losano tratta in breve anche nel saggio "I sistemi giuridici universali", in *Diritto e filosofia nel XIX secolo*, a cura di F. BELVISI e M. CAVINA, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 431-432.

<sup>8</sup> LOSANO, M. G., *Clóvis Bevilacqua entre comparação e filosofia do direito*, p. 389.

<sup>9</sup> Pubblicò nel 1891 a Recife *Aplicação do método comparativo no estudo do direito*.

<sup>10</sup> *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Recife, 1893, come dispensa per gli studenti. La seconda edizione del 1897 assunse l'aspetto di un vero e proprio libro: BEVILAQUA, C.,

analizzarne le pagine di filosofia del diritto, che riflettono «com maior clareza as concepções filosóficas que inspiravam a visão do direito em Clóvis Bevilacqua; em segundo lugar, tal visão permite traçar um panorama das fontes estrangeiras de Bevilacqua, atestando sua vasta e capilar informação numa época na qual os contatos com o exterior não eram fáceis»<sup>11</sup>. Ciò che importa per il presente scritto è però la classificazione dei sistemi giuridici, cui lo studioso brasiliano dedicò alcuni capitoli dell'opera e che Losano definisce originale, in quanto non si ritrova nelle opere degli autori europei di fine Ottocento e, soprattutto, perché tiene conto della situazione in cui erano venute a trovarsi le ex-colonie iberiche dell'America meridionale dopo la loro indipendenza.

Nel fissare i sistemi giuridici Bevilacqua s'ispirò al giurista francese Glasson, che aveva classificato i diritti riconducendoli in sostanza alle «áreas geopolíticas do Norte da Europa (e da América do Norte, enquanto ex-colônia norte-européia), da Europa Central e da Europa Meridional»<sup>12</sup>, aggiungendovi però un quarto gruppo che teneva conto «as especificidades da América Meridional» e superando così - osserva Losano - l'eurocentrismo di Glasson, benché restasse ancora saldo l'etnocentrismo, poiché «a exposição se limita ao âmbito da “civilização ocidental”»<sup>13</sup>.

---

*Licções de legislação comparada*, Bahia, Ed. José Luiz da Fonseca Magalhaes, 1897, 295 pp., Losano ha consultato questa seconda edizione cui rinvia per le citazioni.

<sup>11</sup> LOSANO, M. G., *Clóvis Bevilacqua, cit.*, p. 392. Il manuale si articola in 31 capitoli. Losano osserva che, benché l'opera non presenti sottodivisioni, i primi 13 capitoli possono essere considerati la parte generale e i restanti 18 la parte speciale. Nella parte generale, il diritto internazionale privato ha un peso rilevante proprio per supplire alla mancanza di quell'insegnamento a Recife. I quattro capitoli introduttivi e metodologici sono infatti seguiti da ben nove capitoli sul diritto internazionale privato, che contengono anche una classificazione dei grandi sistemi giuridici.

<sup>12</sup> LOSANO, M. G., *Clóvis Bevilacqua, cit.*, pp. 399-400, ove rinvia a E. GLASSON, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principaux pays de l'Europe. Étude de législation comparée précédée d'un aperçu sur le droit civil moderne*, Paris, Durand-Pedone-Lauriel, 1880<sup>2</sup>, p. 6.

<sup>13</sup> LOSANO, M. G., *Clóvis Bevilacqua, cit.*, p. 401.

Bevilaqua infatti individuò un primo gruppo di diritti che comprendeva quelli di *Common law*, quelli scandinavi e la Russia, che quasi non avevano subito l'influenza del diritto romano canonico<sup>14</sup>. Ad essi affiancò un secondo gruppo che si fondava, invece, proprio sul diritto romano corretto con elementi germanici e canonici e che raggruppava i paesi latini dal Portogallo alla Romania, Italia inclusa, e un terzo gruppo, che comprendeva quegli ordinamenti in cui si contemperavano in parti uguali il diritto romano e quello germanico (come Francia, Germania, Belgio, Olanda e Svizzera) e dal quale si erano originati i Codici civili più famosi<sup>15</sup>. Nel quarto gruppo Bevilaqua incluse gli ordinamenti giuridici degli Stati dell'America del Sud, che si presentavano con un diritto privato «híbrido entre o segundo e o terceiro grupo», in quanto in parte conservava il diritto della madrepatria e in parte lo innovava con la recezione di norme che s'ispiravano al Codice napoleonico. Ancora più rilevante di questi ordinamenti «era a ruptura com o modelo monárquico: os sul-americanos eram “países novos, essencialmente democráticos”; seu direito “apresenta ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas franquezas em que a liberdade espraia-se mais larga”»<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Con l'eccezione della Louisiana, della California e della Georgia e indicando le peculiarità slave della Russia, cfr. LOSANO, M. G., *Clóvis Bevilaqua, cit.*, p. 400.

<sup>15</sup> Osserva Losano che al momento della pubblicazione del testo era solo vigente il Codice francese, mentre quello tedesco, di cui Bevilaqua possedeva il progetto, era stato approvato, ma non era ancora in vigore. LOSANO, M. G., *Clóvis Bevilaqua, cit.*, pp. 400-401.

<sup>16</sup> A questo quarto «grupo latino-americano» è dedicato il Capitolo XI, che tratta a grandi linee dei codici civili della Bolivia, del Perù, del Cile, dell'Argentina, dell'Uruguay, del Venezuela, della Colombia, nonché del Messico, di Haiti e di altri Stati dell'America meridionale e centrale. A p. 105, la nota 1 dedica due righe ciascuno a Colombia, Ecuador, Honduras, Guatemala, Salvador, mentre del Paraguay menziona soltanto il nome. Il Brasile non figura invece fra le sintesi di questo capitolo perché, costituendo il termine di paragone dell'attività comparatistica di Bevilaqua, viene trattato nel Capitolo XIII, *Estado actual do direito privado brasileiro*, pp. 113-119. LOSANO, M. G., *Clóvis Bevilaqua, cit.*, p. 404 e nota 34.

Con questa nuova categoria di diritti sudamericani Bevilaqua tentò di portare, alla fine del XIX secolo, il diritto comparato fuori dall'ambito eurocentrico in cui si era mosso sino ad allora, ma questo suo contributo non ebbe fortuna in un'Europa che, proprio nel 1900, celebrava a Parigi il Congresso Internazionale di diritto comparato, il cui scopo era sì quello di «ricercare regole comuni al fine di avvicinare i diversi sistemi giuridici», autolimitando però lo «studio del diritto legislativo dei vari sistemi giuridici dell'Europa continentale, nella premessa che soltanto il “comparabile”, ossia “l’analogo” potesse essere fatto oggetto di una comparazione»<sup>17</sup>.

### *3. Un posto per gli ordinamenti giuridici ibero-americani fra i sistemi giuridici: la dottrina europea dominante della prima metà del XX secolo*

Fra le molteplici classificazioni degli ordinamenti giuridici proposte dai comparatisti nella prima metà del Novecento, s'impose quella introdotta dal francese David che - in un primo tempo - distinse cinque grandi famiglie: i diritti occidentali (gruppo francese e gruppo anglo-americano), i diritti sovietici, il diritto musulmano, il diritto induista e il diritto cinese<sup>18</sup>. In seguito, lo stesso David corresse la propria classificazione, indicando «tre [...] principali famiglie giuridiche esistenti nel mondo contemporaneo», dalle quali ogni ordinamento ha tratto alcuni dei suoi aspetti: la famiglia romano-germanica, la famiglia della *Common-law* e la famiglia socialista. Ad esse affiancava i diritti musulmano, induista, ebraico, ove le società erano rimaste fedeli a concezioni del

---

<sup>17</sup> ZWEIGERT, K. - KÖTZ, H., *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1992, v. I, p. 70.

<sup>18</sup> DAVID, R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1950, pp. 222-226.

diritto inteso diversamente o, comunque, non chiamato ad assolvere la stessa funzione che in Occidente<sup>19</sup>.

Per quanto riguarda gli ordinamenti giuridici delle colonie spagnole - così come quelli portoghesi, olandesi e francesi - David spiegava che essi facevano parte della «famiglia romano-germanica», poiché avevano «trovato assolutamente naturale accogliere le concezioni giuridiche caratteristiche della famiglia», restando come unico «problema» quello di «sapere in qual misura le condizioni proprie dell'America [latina], diverse da quelle dell'ambiente europeo, hanno condotto (e possono condurre) a riconoscere o conferire una certa originalità al diritto dei paesi americani, in confronto al diritto dei paesi europei della famiglia romano-germanica»<sup>20</sup>.

In precedenza - nel 1913 e poi ancora nel 1933 - neppure l'italiano Sarfatti aveva menzionato gli ordinamenti giuridici latino-americani, quando contrappose le codificazioni di tipo romano al diritto comune inglese, includendo nelle prime i Codici latini d'Europa, quelli germanici, quelli ispirati ad entrambi i gruppi e quelli degli Stati orientali di moderna civiltà, mentre nelle seconde, oltre alla Gran Bretagna, elencò il nord America, le Colonie e i Dominions<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> DAVID, R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, a cura di R. SACCO, Cedam, Padova 1980<sup>3</sup>, pp. 22-23. Per David ogni ordinamento giuridico è un fenomeno complesso, che costituisce di fatto un sistema, che egli raggruppa in «famiglie di sistemi», che si distinguono non solo con criteri formali (fonti o struttura concettuale), ma grazie anche alla tradizione, alle ideologie e alla filosofia sottostante i sistemi. Le linee guida dell'esposizione di ciascuna «famiglia» sono pertanto: la formazione storica del sistema, la struttura del diritto e le fonti del diritto.

<sup>20</sup> DAVID, R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, a cura di R. SACCO, Cedam, Padova 1980<sup>3</sup>, pp. 60-61.

<sup>21</sup> SARFATTI, M., *Introduzione allo studio del diritto comparato* Torino, Giappichelli, 1933<sup>2</sup>, VI-133 pp.

Più di recente, Arminjon, Nolde e Wolff nel fissare sette sistemi giuridici - quello francese, il germanico, lo scandinavo, l'inglese, il russo, l'islamico e l'indu<sup>22</sup>- non fecero alcun riferimento all'area latino-americana, e neppure Carbonnier li citò, quando raggruppò in base alle peculiarità i diritti orientali, contrapponendogli il diritto angloamericano e i diritti continentali, che comprendevano il sovietico, quello germanico e il francese<sup>23</sup>. Li citò invece Rodière, ma come esempio di fallimento nel processo di unificazione legislativa fra Stati sovrani<sup>24</sup>. Zweigert e Kötz, infine, proposero un ordine di sistemi più ampio di quelli sino ad ora citati, senza però considerare l'area latino-americana. Essi individuarono il sistema romanistico, quello germanico, lo scandinavo, il sistema di *Common law*, quello socialista, il sistema dell'Estremo Oriente, l'islamico e l'induista<sup>25</sup>.

Il non riconoscere agli ordinamenti giuridici ibero-americani una peculiarità per poterli raggruppare in un sistema giuridico o in una famiglia di diritto a sé stante, non fu però solo un atteggiamento della maggior parte dei comparatisti europei nella prima metà del Novecento. Dallo stesso continente latino-americano nel 1960, Rodríguez Ramos, partendo dalle stesse considerazioni del David, concludeva affermando che «no existe un sistema perfectamente delimitado de Derecho latino americano», in quanto «por lo que se refiere a la técnica jurídica, la unidad que generalmente prevalece en los diferentes países de América latina no es distinta, ni historicamente ni por lo que revela su práctica efectiva, de la que en mayor o menor grado predomina en todos los países de *civil*

---

<sup>22</sup> ARMINJON, P. - NOLDE, B. B. - WOLFF, M., *Traité de droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, pp. 42 e ss.

<sup>23</sup> CARBONNIER è citato da CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *El sistema jurídico iberoamericano*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, in nota 12, che rinvia a *Derecho civil*, 1960, pp. 60-65.

<sup>24</sup> RODIERE, R., *Introduction a droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979, pp. 25-28.

<sup>25</sup> ZWEIGERT, K. - KÖTZ, H., *op. cit.*, sostennero che per classificare correttamente i sistemi giuridici contemporanei fosse necessario tenere presente il «principio della relatività per materie», quello della «relatività temporale» e lo «stile» degli ordinamenti stessi.



*law*. Por lo que afecta a su contenido, no cabe hallar en los distintos países de América latina una uniformidad cercana a la unidad [...], a posibilidad debería considerarse como un progreso. Sin embargo, como rasgo unitario en la actitud general de los juristas de América latina, cabe señalar la superación de toda actitud localista, lo que permite confiar en los mejores resultados en un futuro nada remoto»<sup>26</sup>.

Infine, dallo stesso Brasile di Bevilacqua, Silva Pereira, nel 1954, aveva individuato quattro gruppi di diritti, senza alcun riferimento all'area latino-americana. Egli indicava infatti i diritti romano-cristiani, quelli di *Common law*, i sovietici e quelli filosofico-religiosi, che comprendevano il musulmano, l'indù e il cinese<sup>27</sup>.

#### *4. Gli ordinamenti giuridici ibero-americani come sottosistema di un sistema giuridico: la dottrina europea - e non solo*

Accanto alle classificazioni dei sistemi giuridici fissate dalla maggioranza dei comparatisti europei, alcuni studiosi - anche non europei e non comparatisti - analizzarono gli ordinamenti giuridici ibero-americani, prestando attenzione alle fonti delle norme oppure ricorrendo a svariati criteri, per identificarli come un gruppo specifico, all'interno di un sistema giuridico.

Losano ricorda che nel 1934 l'argentino Martínez Paz, che nel 1927 aveva fondato a Córdoba l'Instituto de derecho civil comparado, si avvalese di un «metodo classificatorio genetico» per individuare in quale percentuale un ordinamento giuridico fosse stato influenzato «dalle

---

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M., “Visión de conjunto del derecho de América Latina”, *Revista de legislación y jurisprudencia*, 1960, pp. 25-26. Rodríguez Ramos fu decano della Facultad de derecho de la Universidad oficial de Puerto Rico.

<sup>27</sup> SILVA PEREIRA, “Unidade da cultura jurídica occidental”, *Revista da Faculdade de Direito*, ottobre 1954, pp. 25 e ss.

consuetudini, dal diritto romano, dal diritto canonico e dall'elemento moderno-democratico». In base a ciò l'autore individuò quattro gruppi: uno consuetudinario-barbaro (Inghilterra, Svezia e Norvegia), uno barbaro-romano (Italia, Germania e Austria), uno barbaro-romano-canonico (Spagna e Portogallo) e, infine, uno «romano-canonico-democratico»<sup>28</sup>, ove «il lettore trova con sua grande sorpresa» - secondo Zweigert e Kötz - il diritto dei paesi del Sudamerica, della Svizzera e la Russia<sup>29</sup>.

Un altro riferimento all'area latino-americana fu dello scandinavo Malmström che - nel 1969 - propose d'individuare un gruppo occidentale o euro-americano, ove far confluire i sistemi dell'Europa continentale (sia romanistici sia germanistici), quelli dell'America latina, i sistemi scandinavi e quelli di *Common law*, in quanto basati su fonti europee molto differenti dagli altri sistemi del mondo. Accanto ad esso suggeriva di creare un gruppo concernente i sistemi giuridici socialisti, quelli asiatici-non comunisti e i sistemi africani<sup>30</sup>.

Maggiore attenzione alla posizione degli ordinamenti giuridici latino-americani all'interno della famiglia di *civil law* venne dedicata dagli spagnoli De Solá Cañizares, Castán Tobeñas e Castán Vázquez, fra gli anni Cinquanta e Sessanta.

De Solá Cañizares, nel volume *Iniciación al derecho comparado* del 1954, individuò infatti all'interno dei sistemi chiamati occidentali proprio il gruppo dei sistemi «iberoamericanos»<sup>31</sup>, integrando la precedente classificazione del David.

---

<sup>28</sup> LOSANO, M. G., *I sistemi giuridici universali, cit.*, p. 432, che rinvia a Martínez Paz, *Introducción al estudio del derecho civil comparado*, 1934, ristampa 1960, 149-160.

<sup>29</sup> ZWEIGERT, K. - KÖTZ, H., *op. cit.*, p. 77.

<sup>30</sup> MALMSTRÖM, Å., "The System of Legal Systems, Notes on a Problem of Classification in a Comparative Law", *Scandinavian Studies in Law*, 13, 1969, pp. 127-149.

<sup>31</sup> Citato da CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid, Editorial Reus, 1956, a pp. 17-18.

Maggior rilievo all'argomento fu dato dal giurista Castán Tobeñas, nel volume intitolato *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* del 1956. Lo studioso dopo aver ripercorso - e anche criticato<sup>32</sup> - le principali classificazioni dei sistemi giuridici elaborate a quell'epoca, propose una propria suddivisione di sistemi giuridici<sup>33</sup>, elaborata «utilizando como primer criterio de diferenciación el ideológico o cultural» e, in seguito, «los criterios genéticos y morfológico». Castán Tobeñas distingueva così da subito i sistemi di «cultura occidental» da quelli che si sono sviluppati «fundamentalmente al margen de la civilización occidental». Nel primo gruppo individuava i sistemi «de filiación románico-cristiana», all'interno dei quali distingueva i «derechos de tipo germánico» e quelli «de tipo latino», dai quali si erano originati il sistema francese e gli affini, quello italiano e i sistemi «de filiación ibérica». In quest'ultima partizione egli inseriva il diritto spagnolo, quello portoghese, quelli in parte influenzati dal *Common law* (Puerto Rico e Filippine) e, infine, i «derechos iberoamericanos»<sup>34</sup>. Nel riferirsi a questi ultimi Castán Tobeñas precisava subito che si dovesse utilizzare l'espressione «derecho ibero-americano» e non «derecho latino-americano», in quanto quest'ultima indicava un'area di maggior estensione comprendente territori come la Louisiana, il Quebec e anche Haiti, abitati da popolazioni non propriamente d'origine spagnola<sup>35</sup>.

E proprio sul legame con la Spagna e il Portogallo che Castán Tobeñas insisteva, sottolineando, da una parte, il fatto che «la Ibero-América» fosse una continuazione dell'Europa, e, dall'altra parte,

---

<sup>32</sup> Ad esempio criticava Martínez Paz, sostenendo che non fosse possibile vedere un'analogia «ni desde el punto de vista ideológico ni en cuanto a la técnica, entre los derechos de Estados de Iberoamérica, el de Suiza y el de la Rusia soviética, cuya filiación democrática es bien dudosa». CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, p. 13.

<sup>33</sup> Intendendo il sistema giuridico come «el conjunto de reglas e instituciones de Derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad». CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, p. 10.

<sup>34</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>35</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, in nota 110 a p. 58.

che si fossero sviluppati elementi di specificità tanto da dover propendere per l'esistenza di un gruppo di diritti ibero-americani. A sostegno di ciò indicava le condizioni geografiche, sociali, economiche e politiche del continente, la tradizione spagnola o portoghese ereditata dal periodo coloniale, il carattere democratico dei diritti riconosciuti, lo spirito «universalista» in contrapposizione a quello nazionalista europeo, l'influenza degli Stati Uniti d'America, il fatto che la dottrina e la legislazione di questi paesi, dopo l'indipendenza, di rado fosse stata una copia servile dei modelli europei, ma che piuttosto si ravvedesse un'attività creatrice e positiva da parte degli intellettuali ibero-americani. Citando lo studioso Valladão, Castán Tobeñas ricordava come alcuni principi giuridici - appena accennati o che neppure figuravano nella Costituzione francese del 1789 o in quella degli Stati Uniti - fossero stati invece proclamati nelle Costituzioni e nei Codici degli Stati indipendenti dell'America latina. Fra di essi indicava «el magnifico principio de igualdad de derechos de nacionales y extranjeros que “constituye una gloria perpetua para América latina”» e che rappresenta, comunque, un retaggio della cultura e del pensiero giuridico spagnolo - permeati di «universalismo» e di «democratismo social» - che hanno influenzato le legislazioni nazionali latino-americane<sup>36</sup>.

Alla fine degli anni Sessanta Castán Vázquez, ripercorrendo le posizioni della dottrina espresse sino a quel momento, collocò i sistemi ibero-americani nel sistema giuridico occidentale, all'interno del sistema romanista e nel gruppo latino<sup>37</sup>. Innanzitutto, essi rientravano nel «sistema jurídico occidental», in quanto con esso condividevano le basi religiose, politiche, economiche e sociali. Al

---

<sup>36</sup> VALLADÃO, H., *Le Droit latino-américain*, Paris, Sirey, 1954, pp. 11-12.

<sup>37</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *El sistema jurídico*, cit., anche in *Revista de Estudios políticos*, 1968, pp. 214-215. Inoltre, si veda *El sistema de derecho privado iberoamericano*, in *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor José Castán Vázquez*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1969, t. IV, p. 157 e ss., ora anche in CASTÁN TOBEÑAS, J. - CASTÁN VÁZQUEZ, J. M. - LÓPEZ CABANA, R. M., *Sistemas*

suo interno erano poi riconducibili al «sistema romanista», poiché i territori ibero-americani avevano un «carácter romanista [que] se advierte por su contraste con los países de la *Common law*», determinato dal diritto romano che avevano recepito attraverso il diritto sia spagnolo sia francese, e infine, all'interno del gruppo romanista si collocavano in «el grupo latino», in contrapposizione a quello «germánico», per l'influenza del diritto francese, soprattutto del Codice civile. Su quest'ultimo aspetto però precisava come gli ordinamenti giuridici ibero-americani avessero recepito il diritto romano non solo attraverso il Codice napoleonico, ma anche, e soprattutto, attraverso il Diritto spagnolo, che a sua volta aveva trasmesso anche il diritto francese, facendoli così rientrare a ragione nel «grupo latino»<sup>38</sup>.

Lo studioso aggiungeva poi che «los ordenamientos iberoamericanos son algo más que latinos», in quanto il termine «latino-americanos» già indica che, oltre ad essere latini, sono anche «americanos», per un «fondo común» determinato da fattori o «causas» del periodo sia coloniale sia dell'indipendenza, che li delinea come gruppo a sé<sup>39</sup>. Durante il periodo coloniale, innanzitutto «el trasplante del Derecho castellano a América» fece sì che le stesse norme giuridiche fossero vigenti in tutto il territorio del regno di Spagna e che il nuovo diritto creato perché necessario fosse «nuevo en cuanto que las normas dictadas no tenían precedente ni paralelo en las de Castilla, viejo en cuanto a su espíritu porque se creaba partiendo de los principios y tendencias que, fijadas en la Edad Media, pervivían en la Península». Fu poi importante la «obra de las Audiencias» - definite da

---

*jurídicos contemporáneos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, pp. 143-178. Le eventuali citazioni di quest'ultimo scritto sono tratte dalla versione pubblicata di recente.

<sup>38</sup> A sostegno cita PESCATORE, P., *Introduction a la Science du Droit*, Luxembourg, 1960, pp. 60-61.

<sup>39</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *El sistema jurídico*, cit., pp. 215 e ss. L'espressione «causas» è di scritti successivi, ove lo studioso riprese il tema. Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «El Código civil de Bello, factor de unidad», in AA. VV., *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano*, Caracas, La Casa de Bello, 1987, pp. 340 e ss., e «El Código civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano», *Anuario de derecho civil*, 1, 1982, pp. 128 e ss.

Solórzano come «castillos roqueros donde se guarda la Justicia» - che costituirono «cauces que permitieron el trasplante de la legislación española y el nacimiento de un vínculo jurídico perdurable en América»<sup>40</sup>.

Per il periodo dell'indipendenza Castán Vázquez indicava le «codificaciones americanas» e la «práctica jurídica común en los países iberoamericanos». Per quanto riguarda le Codificazioni, è noto che l'indipendenza delle colonie spagnole non comportò una rottura con la madrepatria dal punto di vista culturale e giuridico e, quindi, il diritto spagnolo continuò ad influenzare i giuristi latino-americani impegnati nella redazione delle leggi e dei codici degli Stati divenuti indipendenti. «Al redactar el Código de Chile, Bello tuvo a la vista permanentemente junto al derecho francés y a lo más interesante de la doctrina jurídica de su época, el Proyecto de Código civil español de García Goyena de 1851 y los monumentos del derecho castellano, singularmente las Partidas, que tenía como libro de cabecera»<sup>41</sup>. Ugualmente si dica di Vélez Sársfield, autore del Codice civile per l'Argentina, che scrisse di essersi servito «principalmente del Proyecto de Código Civil para España del señor Goyena; del Código de Chile» e, infine, si tenga presente anche la diffusione e l'influenza del Codice di commercio spagnolo del 1829 di Pedro Sainz de Andino<sup>42</sup>.

Infine, la «práctica jurídica común en los países iberoamericanos» che costituisce oggi una chiara realtà e un indizio che quei paesi costituiscono una famiglia di Diritti: «Cuando dos juristas iberoamericanos de sendos países, hablan de temas jurídicos, el diálogo es facil, y si participan

---

<sup>40</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *El sistema jurídico, cit.*, p. 217.

<sup>41</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *El sistema de derecho privado, cit.*, p. 161.

<sup>42</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *El sistema jurídico, cit.*, p. 218. Sono conosciute le parole di Vélez Sársfield citate e da lui scritte nella nota preliminare al primo libro del Codice civile. Il Codice di commercio spagnolo fu copiato da Ecuador (1831), Paraguay (1846), Perù, Costa Rica e Colombia (1853). In Bolivia (1835), Brasile (1850) e Messico (1854) invece costituì la fonte principale dei rispettivi codici, insieme al diritto francese.

juntos en colquios a nivel mundial, pueden, al contrastar su afinidad entre sí frente a los demás, verificar que ambos pertenecen a una familia de Derechos»<sup>43</sup>.

In Argentina, Díaz Bialet - professore di diritto romano a Córdoba - nel 1963 elaborava il concetto di «transfusión del derecho romano» nell'ordinamento giuridico argentino, per estenderlo poi all'intero continente latino-americano. Con il termine «transfusión» lo studioso indicava il lento fluire del diritto (romano) - comprendente le regole e i modi della loro interpretazione e applicazione - da un sistema giuridico (quello romano) a un altro (quello argentino), dal XVI secolo in poi, e che aveva reso il sistema giuridico argentino - e non solo - più vicino al sistema di diritto romano giustiniano e al sistema di diritto comune medievale<sup>44</sup>.

##### 5. L'evoluzione degli studi negli ultimi decenni

La posizione dottrinale di Díaz Bialet incontrò sostegno fra alcuni studiosi latino-americani ed europei<sup>45</sup>, determinando un'inversione di tendenza nell'analisi dei sistemi giuridici della famiglia romano-germanica, che avevano lasciato in ombra sino ad allora la posizione dei paesi latino-americani.

---

<sup>43</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *El sistema jurídico*, cit., p. 220.

<sup>44</sup> Dell'autore l'opera più citata è DÍAZ BIALET, A., *La recepción del derecho romano en la Argentina*, Córdoba, 1951. La «recepción» prevede un mero trasferimento di regole scritte da un ordinamento all'altro, mentre la «transfusión» prevede sì il trasferimento della legge scritta, ma anche di regole operative e di modi in un lento fluire e, quindi, non è traumatica.

<sup>45</sup> Si tratta in Italia del gruppo di ricerca coordinato sin dagli anni Settanta da S. Schipani e da P. Catalano, cui si collegano alcune istituzioni quali ASSLA, il Seminario di Studi Latinoamericani presso l'Università di Sassari e il Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani dell'Università di Roma "Tor Vergata". In America latina si ricorda M. A. Laquis, C. Fernández Sessarego e F. Hinestrosa, mentre per l'Europa oltre agli studiosi citati nel saggio si ricordano J. L. de los Mozos ed H. Eichler.

In Italia, dalla fine degli anni Settanta, un gruppo di romanisti si è dedicato allo studio della formazione del sistema giuridico latino-americano, configurandolo come sottosistema del sistema giuridico romanista. Prestando attenzione al momento delle codificazioni, Schipani individuava infatti nei Codici civili del XIX secolo una linea di continuità con il *Corpus Iuris Civilis*. Dell'opera di Giustiniano i Codici assunsero molti caratteri e ne furono una continuazione, arricchendola con i contributi maturati nell'arco di tempo che va dal VI secolo alla metà del XIX: «i Codici del primo secolo d'indipendenza [...] contribuirono in modo determinante a realizzare la definitiva ed irreversibile “transfusión” del diritto romano comune codificato da Giustiniano come fonte informante il nuovo sistema, determinando un nuovo centro autonomo di elaborazione del diritto romano». Per il loro sviluppo Schipani indicava l'elaborazione di una «mezcla» che esprimesse «la complessità del blocco romano, iberico e precolombino» e che andasse a costituire «la base socio-culturale dell'unità del sistema stesso». Inoltre, segnalava come all'interno di questi principi potesse trovare un adeguato orientamento unitario il lavoro di continua «ricodificazione che si svolge in America latina e l'elaborazione di codici tipo, che ne esprimono l'articolata formulazione»<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> SCHIPANI, S., “I codici latino-americani della «transfusión» del diritto romano e dell'indipendenza. Verso codici della «mezcla» e «codici tipo»”, in *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Cedam, Padova, 1991, pp. 682-683. Sull'argomento si veda anche: CATALANO, P., “Derecho Romano y Países Latinoamericanos (Elementos de resistencia de origen romanístico del sistema jurídico latinoamericano: los ejemplos de Guatemala, Costa Rica, Venezuela y Colombia)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 79, 1979, pp. 637-640; LAQUIS, M., “Desde Vélez Sársfield hasta la actualidad: independencia y elemento de continuidad y/o revolución y elementos de resistencia e identidad del sistema”, in *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano, cit.*, pp. 515-539, e *La Ley*, Buenos Aires, 51, 153, 12 agosto 1987, pp. 1-7. Sulla «mezcla» Schipani rinvia a BASADRE, J., *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima, 1967. Sul «blocco romano-iberico-precolombino» rinvia a CATALANO, P., “Sistemas jurídicos, Sistema Jurídico Latino-Americano e Direito Romano”, in *Direito e Integração: experiencia latino-americana e européia*, Brasilia, 1981, e, in spagnolo, in *Revista General de Legislación y*



Il già citato Castán Vázquez, in uno scritto del 1984, precisava che «el envío de los libros jurídicos a las Indias», iniziato ancor prima che la Conquista delle Indie fosse terminata, fece sì che «el importantísimo legado del Derecho romano fue, pues, recibido por América a través de las naves españolas. Y la difusión de ese derecho y del Castellano por todo el Continente daría para siempre un sólido cimiento a su unidad jurídica»<sup>47</sup>.

Diritto romano nel cui studio si formarono i tre grandi codificatori dell'America latina indipendente: Bello, Freitas e Vélez Sársfield.

Guzmán Brito, grande studioso della storia della codificazione cilena e della figura di Bello, ha ricordato poi che Vinnio ed Heineccio furono fra gli autori più diffusi nelle colonie, sin dal XVI secolo, ai quali si aggiunsero Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi, Azzone e Accursio<sup>48</sup>. Fernández Sessarego ha ribadito come il diritto dei paesi dell'America latina non potesse considerarsi una semplice «prolongación o transcripción de la legislación hispánico-indiana o de la francesa», così come non potesse ignorarsi «una fisionomía unitaria del sistema cuya procedencia, a través del derecho continental europeo, se identifica en última instancia con el derecho romano». E ancora, ribadiva che «la tradición del derecho romano justinianeo» era quanto di unitario possedesse «el sistema jurídico latinoamericano» che non si esaurisce, ma piuttosto si completa e si arricchisce

---

*Jurisprudencia*, 1982, pp. 161 e ss. Sul ruolo del diritto romano in questo contesto rinvia a GUZMÁN BRITO, A., «La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica», *Index*, 6, 1976, pp. 74-82. Per i «Codici tipo» rinvia a *Un «codice tipo» di procedura civile per l'America Latina*, a cura di S. SCHIPANI e R. VACCARELLA, Cedam, Padova, 1990, XXVI-616 pp.

<sup>47</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «El Código civil de Bello, factor de unidad», cit., p. 341. Per i libri che giungevano nelle Indie rinvia agli studi di Irving A. Leonard.

<sup>48</sup> GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982, t. I, p. 58. Si veda anche LIRA URQUIETA, P., *El Código Civil Chileno y su época*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1956, 105 pp.

con le nuove istituzioni giuridiche<sup>49</sup>. In Italia, inoltre, Lombardi nell'ambito del diritto pubblico comparato ha ripercorso brevemente le posizioni dei romanisti, ribadendo i caratteri originali o differenziali del sistema giuridico latino-americano<sup>50</sup>.

Infine, nel trattare delle grandi partizioni in sistemi giuridici la più recente letteratura<sup>51</sup> ha criticato l'euro-americocentrismo del diritto comparato, proponendo l'introduzione di una famiglia «pluralista», ove accogliere gli ordinamenti della famiglia «residuale» di «David, Arminion-Nolde-Wolff, Zweigert-Kötz, Costantinesco». Gli eventi storici hanno poi notevolmente contribuito a rendere necessaria una revisione delle grandi famiglie di diritti, si pensi solo al crollo dell'ideologia comunista nell'Europa Orientale, che ha travolto la nota famiglia del diritto dei paesi socialisti<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “Comparación jurídica y unidad del sistema jurídico latinoamericano”, in *Studi Saresi V. Diritto romano, codificazioni e sistema giuridico latino-americano*, a cura di S. SCHIPANI, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 10-11.

<sup>50</sup> LOMBARDI, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Giuffrè, Milano, 1896, pp. 53 e ss.

<sup>51</sup> MATTEI, U., “Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici”, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Giuffrè, Milano 1994, t. I, p. 777. Lo studioso rinvia a molti autori che hanno sollevato critiche, fra i quali si ricorda: VANDERLINDEN, J., “A propos des familles de droits en droit civil comparé”, in *Hommages a R. Dekkers*, 1982, e a REYNTJENS, F., “Note sur l'utilité d'introduire un système juridique «pluraliste» dans la macro-comparaison des droits”, *Rev. Int. et Droit Comp.*, 41, 1991.

<sup>52</sup> Nell'avvertenza all'11° edizione del manuale del David si precisa che gli avvenimenti del 1990 hanno fatto scomparire la parte relativa ai diritti socialisti e che sembra prematuro riunire il diritto della Federazione Russa e il diritto delle ex democrazie popolari in una «famiglia dell'Est europeo» con riferimento solo all'area geografica, tenendo presente poi che il diritto di quei paesi sembra avvicinarsi al diritto della famiglia romano-germanica. DAVID, R. - JAUFFRET-SPINOSI, C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. della 11° ed. da O. CALLIANO, sotto la direzione di R. SACCO, Padova, Cedam, 1994, 5° ed. italiana.

Con queste premesse, nel 1994 l'italiano Mattei ha svolto interessanti riflessioni in un saggio dal titolo estremamente significativo, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*.

Nello scritto lo studioso spiega come «le classificazioni sistemologiche oggi in uso - oltre ad apparire eurocentriche - necessitano di una revisione per diversi ordini di ragioni che rendono le grandi linee della carta geografico-giuridica del mondo assai diversa rispetto ai tempi in cui essa fu tracciata» dal David<sup>53</sup>. Con il suo scritto Mattei si propone quindi di «riaprire il dibattito su possibili criteri di classificazione [...] proponendo una tripartizione fondata sul ruolo del diritto come strumento di organizzazione sociale» che, oltre ad essere «compatibile con ulteriori sotto-distinzioni», coglie «la dimensione dinamica del diritto dandole spazio all'interno della sistemologia»<sup>54</sup>. Partendo dal presupposto che ogni organizzazione sociale, ancorché assai primitiva, è in sé un'organizzazione giuridica, Mattei propone una tripartizione degli ordinamenti giuridici a seconda che prevalga il diritto (*rule of law*)<sup>55</sup>, o la politica (*rule of politics*) o la tradizione filosofica o religiosa (*rule of tradition*)<sup>56</sup>. Nella seconda «famiglia giuridica» - ove

---

<sup>53</sup> MATTEI, U., *op. cit.*, p. 776. Oltre alle posizioni dei cultori del diritto latino-americano, alcuni comparatisti hanno rilevato come la classificazione del David possa valere solo per l'area di diritto privato, ma non per quella di diritto pubblico e, soprattutto, che si insista troppo sulla dicotomia fra sistemi di *Common law* e sistemi romanisti. Cfr. *Sistemi giuridici comparati, cit.*, pp. 18- 20.

<sup>54</sup> MATTEI, U., *op. cit.*, pp. 777-778.

<sup>55</sup> E' la tradizione giuridica occidentale con la base di omogeneità in due caratteristiche principali: 1) Il circuito giuridico è nettamente distinguibile dal circuito politico; 2) Il diritto è largamente secolarizzato. La legittimazione del giurista non è né religiosa né politica, ma principalmente tecnica. Si individuano tre sottosistemi: *Common law*, *civil law* e sistemi misti, scandinavi inclusi. MATTEI, U., *op. cit.*, pp. 783 e 793.

<sup>56</sup> E' la tradizione giuridica orientale, ove nei sistemi giuridici accanto all'organizzazione sociale tecnico-giuridica esiste un'importante sfera di rapporti giuridici governati da regole di diversa natura, strettamente religiose nei sistemi musulmani e, invece, tradizionali a matrice filosofica nei sistemi del lontano oriente. In

prevale la *rule of politics* - egli colloca i paesi in via di sviluppo latino-americani (Cuba inclusa), insieme a quelli africani e ad alcuni paesi ex socialisti dell'Europa Orientale (Polonia, Cecoslovacchia e DDR escluse)<sup>57</sup>.

In sostanza, vi confluiscono tutti quei sistemi in cui il momento giuridico e il momento politico non risultano separati, «nel senso che i due circuiti non si sono ritagliati sfere di competenza autonome [...] non esiste una giuridicizzazione del momento politico, ma semmai, una politicizzazione del momento giuridico», e che Mattei propone di chiamare modello di «Diritto dello sviluppo e della transizione», suddividendolo in «diritto della transizione (ex sovietologia) e diritto dello sviluppo (a sua volta suddistinguibile in giusafricanistica e studi latino-americani)»<sup>58</sup>. Il far confluire nel medesimo gruppo i paesi latino-americani e quelli africani viene spiegato dal Mattei con la comunanza di problemi e di substrato: «l'esperienza coloniale con i relativi modelli giuridici occidentali li ha segnati entrambi definitivamente in un momento di sviluppo troppo primitivo»<sup>59</sup>.

In generale, i paesi di questa famiglia appaiono protesi verso un obiettivo finale, «al cui raggiungimento il diritto è funzionalizzato» e che si coglie nel testo delle costituzioni: si tratta in sostanza di «sistemi che condividono uno strato “politico”, o - se si preferisce - costituzionale del sistema particolarmente appariscente» e che sembrano avere «connaturata una sorta di natura

---

questa famiglia rientrano il diritto dei paesi musulmani, il diritto indiano e degli altri paesi Indu e il diritto dell'oriente a tradizione Confuciana. MATTEI, U., *op. cit.*, p. 791.

<sup>57</sup> In Polonia e Cecoslovacchia l'impronta socialista ha marcato meno a fondo la tradizione di *civil law*, nell'ex DDR il riassorbimento del diritto occidentale è stato completo, MATTEI, U., *op. cit.*, p. 787.

<sup>58</sup> MATTEI, U., *op. cit.*, pp. 793-794.

<sup>59</sup> MATTEI, U., *op. cit.*, pp. 789-790. L'autore elenca, ad esempio: alto tasso d'inflazione, relativa instabilità delle istituzioni democratiche qualora presenti, alto tasso di politicizzazione della magistratura, continue riforme legislative spesso disapplicate, cultura giuridica influenzata dai modelli stranieri e solitamente emarginata o strumentalizzata dal potere politico, letteratura giuridica carente, scarsa pubblicità delle decisioni giudiziarie (pp. 787-788).

transitoria. Quanto durerà la transizione? A quando lo sviluppo?» La locuzione *rule of politics* ben gli si adatta quindi, poiché essi tendono «a sostituire un sistema costituzionale in cui il diritto trionfa sulle contingenze politiche ad un sistema fondato sulla relazione opposta»<sup>60</sup>.

La visione non eurocentrica degli ordinamenti giuridici - che Mattei sottolinea come una necessità avvertita negli studi di diritto comparato più recenti - è quella che, in effetti, Losano adottò sin dall'inizio nei suoi studi. Già nel 1978, nella premessa alla prima edizione del volume, Losano precisava infatti come il suo lavoro combattesse «l'etnocentrismo, e in particolare l'eurocentrismo giuridico», muovendo dal «principio che il diritto europeo non è superiore agli altri ma soltanto diverso»<sup>61</sup>. Da ciò deriva la struttura stessa dell'opera che - giunta alla terza edizione - si è arricchita<sup>62</sup>, rimanendo pressoché immutata, in quanto è stata pensata perché il lettore parta dallo studio dei diritti europei (continentali e anglosassone) e della loro genesi «perché è in questo diritto che il lettore vive» e conosca di più, per muoversi poi «verso i diritti americani, africani e asiatici, tenendo conto della crescente complessità dei diritti positivi dovuta alla stratificazione di

---

<sup>60</sup> MATTEI, U., *op. cit.*, pp. 788-789. La tripartizione proposta ha raccolto adesioni, ma è stata anche criticata, poiché nel menzionare i sistemi religiosi e quelli partitici non chiarisce che il loro elemento distintivo consista «nell'assunzione di una verità che si colloca nel sistema legittimando il potere e la norma» e, inoltre, non dice cosa corrisponda «nei sistemi laici a quell'elemento legittimante». La contrapposizione viene fatta quindi fra elementi disomogenei, oltre a lasciare fuori i sistemi di tipo tradizionale laico, ad es. quello somalo tradizionale. Cfr. *Sistemi giuridici comparati, cit.*, p. 19.

<sup>61</sup> LOSANO, M. G., *I grandi sistemi giuridici, cit.*, p. X.

<sup>62</sup> La 1° edizione del 1978 (XXIII-361 pp.) trattava del diritto privato e pubblico dell'Europa continentale, dei diritti socialisti europei in breve, del diritto consuetudinario inglese e africano, dei diritti islamico, indiano e dell'Estremo Oriente. Nel 1988 la 2° edizione (XXIX-370 pp.) aggiungeva il capitolo IV sul diritto russo e sovietico, togliendo invece il capitolo X sul diritto dell'era informatica. Infine, nel 2000 la 3° edizione si presenta con i capitoli sul diritto russo (IV) e sul diritto islamico (VII) aggiornati e con un capitolo *ex novo* - il V - sul diritto dell'America meridionale (pp. 175-255).

ordinamenti diversi sul medesimo territorio», ma sempre con uno studio dei sistemi giuridici in modo paritetico. Stratificazione di diritti e loro pariteticità che Losano sottolinea nel trattare gli ordinamenti giuridici dell'America latina<sup>63</sup>, quando si propone di illustrare «come il modello europeo continentale si sia innestato su contesti sociali e storici completamente diversi da quelli cui proveniva, cancellando però quasi del tutto le culture locali preesistenti»<sup>64</sup>. Lo studioso di storia giuridica dell'America latina, meridionale o del Sudamerica<sup>65</sup> s'imbatte oggi in un ricco pluralismo giuridico, che trova le sue origini nell'epoca coloniale spagnola e che si fonda su «tre fonti principali del diritto: i diritti spagnoli, canonici e indiani». Essi s'indicano con il plurale - osserva Losano -, in quanto le peculiarità delle colonie imposero un loro sdoppiamento. Infatti «i diritti spagnoli si dividevano in diritto castigliano e in diritto indiano; quest'ultimo, a sua volta, in diritto indiano peninsulare e in diritto indiano creolo; il diritto indiano creolo, poi, comprendeva la normativa locale e i costumi. Analogamente i diritti canonici si dividevano in diritto canonico universale e in diritto canonico indiano; quest'ultimo, in diritto canonico indiano di origine

---

<sup>63</sup> Cap. V intitolato “Diritto dell'America meridionale”. Rifiuto dell'eurocentrismo giuridico che si riflette, ad esempio, nel «considerable espacio» dedicato al «derecho de la América meridional», come rileva DAGROSSA, N. C., *op. cit.*, p. 447.

<sup>64</sup> Entrambe le citazioni in LOSANO, M. G., *I grandi sistemi giuridici, cit.*, p. XI.

<sup>65</sup> Con il termine America latina s'intende la parte meridionale e centrale del continente americano, mentre Losano preferisce il termine America meridionale o Sudamerica, per tre motivi. Dal punto di vista geografico, l'America latina comprende anche il mesoamerica e i Caraibi, che non sono oggetto di studio del suo libro; dal punto di vista etnografico, «l'America meridionale non è tutta latina: con i conquistatori e gli immigrati latini convivono anche le popolazioni autoctone e i vasti ceti negri e meticci ereditati dall'epoca schiavista, oltre che minoranze di coloni slavi, germanici e asiatici». Infine, «dal punto di vista politico, l'idea di chiamare “latina” la parte meridionale dell'America si fondò sulla politica antiinglese della Francia», che nel secolo scorso soprattutto voleva contrapporre anche nel continente americano un mondo latino a uno inglese (p. 177).

pontificia e in quello di origine locale (creola)». Infine, sono da ricordare i diritti indigeni, la cui importanza andò riducendosi «con il rafforzarsi del controllo iberico e con il conseguente affermarsi degli altri ordinamenti giuridici»<sup>66</sup>.

Agli inizi del XIX secolo, il pluralismo giuridico così formatosi costituì quel substrato del diritto di ciascuno Stato che sarebbe emerso dallo smembramento dei quattro Vicereami coloniali spagnoli (Nuova Spagna, Nuova Granada, Perù e Río de la Plata). In esso bisogna quindi ricercare l'origine delle scelte dei giuristi latino-americani nell'ambito del diritto sia pubblico sia privato e anche le ragioni del fallimento di alcuni esperimenti giuridici, che si rivelarono inadatti alle singole realtà.

Losano assume comunque una posizione di equidistanza «fra gli assertori della totale originalità della creazione giuridica sudamericana e i fautori della sua completa subalternità rispetto ai modelli europei: c'è del vero in entrambe le posizioni, ma nessuna delle due è interamente vera». Infatti egli avverte che il costante riferimento ai modelli ispiratori del diritto latino-americano non deve trarre in inganno, poiché l'analisi della recezione e dello sviluppo di ciascun modello giuridico da parte degli intellettuali latino-americani dell'Ottocento mostra che «i giuristi del Sudamerica indipendente operavano in stretto contatto con la dottrina giuridica e con il diritto positivo dell'Europa» e che, «oltre a una circolazione transoceanica dei modelli giuridici, esisteva anche una vivace circolazione interna sudamericana» dei giuristi e dei loro prodotti, «facilitata dall'identità o somiglianza delle lingue colte» e dal «comune retroterra culturale che univa le élites intellettuali di quel continente»<sup>67</sup>.

Come per risvegliare il dibattito sull'esistenza o meno di un sistema giuridico ibero-americano, di recente in Argentina è stato pubblicato un volume intitolato *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, i cui autori sono Castán Tobeñas, Castán Vázquez e López Cabana e che raggruppa tre saggi, due dei quali in realtà sono ristampe molto opportune. Il volume si apre infatti con la ristampa dello scritto

---

<sup>66</sup> LOSANO, M. G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., p. 208.

<sup>67</sup> LOSANO, M. G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., p. 239.

già citato di Castán Tobeñas del 1956, che rappresentò un momento molto importante nell'analisi europea dei sistemi giuridici con la proposta di superare le prospettive eurocentriche. Di Castán Vázquez il volume ristampa, invece, il saggio *El sistema de derecho privado iberoamericano* del 1969, nel quale sono ripresi e meglio sviluppati i temi dello scritto del 1968 analizzato in precedenza, con l'aggiunta di una parte intitolata *Perspectivas para el futuro*, che mostra oggi le speranze di allora dello studioso circa la possibilità di un'integrazione dei paesi latino-americani proprio per il fatto che esista un fondo comune sia giuridico sia culturale, retaggio dell'epoca coloniale e degli anni d'indipendenza. Infine, il contributo dell'ideatore del volume - López Cabana<sup>68</sup> - volto ad illustrare il diritto del consumatore nel sistema di diritto ibero-americano, con particolare riferimento all'Argentina, verificando in un certo senso sul campo le implicazioni delle analisi sistemologiche di Castán Tobeñas e di Castán Vázquez.

Di recente, in questa prospettiva anche gli italiani Sacco e Gambaro spiegano come i sistemi giuridici latino-americani siano stati plasmati «naturalmente» dai modelli di Spagna e Portogallo e come esista una «tradizione giuridica latino-americana», rintracciabile nella comunanza delle fonti d'ispirazione, che «sul sostrato del ceppo romanistico si rivelano essere i modelli europei di *civil law*»<sup>69</sup>.

#### 6. Un'interessante tesi di dottorato di ricerca e una proposta di ricerca per il futuro

*¿Sistema Jurídico latinoamericano? Una prima verifica* è il titolo di un'interessante tesi di dottorato di ricerca in Diritto privato comparato discussa nel 1999, presso l'Università degli Studi di Trento<sup>70</sup>, e che attirò la mia attenzione non tanto per la ricostruzione del dibattito sull'esistenza del

<sup>68</sup> “Derecho Iberoamericano del Consumidor”, pp. 179-300.

<sup>69</sup> *Sistemi giuridici comparati, cit.*, pp. 406-408.

<sup>70</sup> Relatore prof. R. PARDOLESI e candidato dott. I. CASTELLUCCI.



sistema giuridico latino-americano, ma piuttosto perché illustra un interessante e poco conosciuto fenomeno verificatosi in alcuni Stati dell'America latina, al quale Losano ha prestato attenzione negli ultimi anni per il caso specifico del Brasile.

Lo studio illustra come, in alcune sentenze emesse sia in anni recenti sia oltre cinquant'anni fa in Brasile, Uruguay e Argentina, il giudice abbia disapplicato le leggi vigenti in nome di consuetudini - non solo *praeter* ma anche *contra legem* - o addirittura abbia applicato il diritto romano al caso specifico. In particolare, in Brasile, nel 1993 il Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo risolve un caso pronunciando una sentenza «in contrasto con le norme del codice civile brasiliano», in quanto applicò «una norma tratta dal Digesto». Nel 1994, la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay decideva un caso applicando una legge che però veniva interpretata «alla stregua di principi giuridici elaborati dalla dottrina argentina» e, infine, in Argentina nel 1947, il Superior Tribunal de Jujuy «concedeva una misura cautelare non prevista dal suo codice di procedura civile», ma fondata «nella concorde dottrina di studiosi del processo italiani, tedeschi ed argentini, e risalendo alle origini, in un precetto del Digesto di Giustiniano»<sup>71</sup>. Ed è proprio sulla giurisprudenza argentina e sul ruolo dei giudici nei lontani anni Trenta e Quaranta del secolo scorso che la tesi si sofferma, illustrando come i giudici in mancanza di una legislazione nazionale per la soluzione di alcune controversie siano ricorsi alla *costumbre*, alla dottrina e alla giurisprudenza, sia nazionali che straniere, in qualità di fonti non solo *praeter legem*, ma anche *contra legem*, disattendendo così l'elenco delle fonti stabilito dall'art. 17 del Codice civile dell'epoca, che riconosceva solo «gli usi richiamati dalla legge» (*secundum legem*).

La ricerca di una norma per risolvere il caso concreto fuori dall'ordinamento giuridico - in altre parole la creazione extralegislativa del diritto da parte dei giudici - indusse il legislatore argentino

---

<sup>71</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, del 14.09.1993, *Index*, 25, 201; Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, 21.04.1994, *La Ley*, 1995-B e Superior Tribunal de Jujuy, 23.07.1947, *La Ley*, t. 48.

nel 1968 a riformare l'art. 17 del Codice civile relativo alle fonti del diritto, inserendo appunto le «*costumbres praeter legem*», ma escludendo quelle *contra legem*. A queste ultime - rileva però lo studio - alcuni giudici argentini riconobbero validità in determinati casi, indicati dagli studiosi come «classici» esempi di vigenza di consuetudini contrarie a norme imperative di legge. Si decise infatti che fosse «valida la pratica di fare offerte con i segni o gesti durante le aste», nonostante il Código de comercio vietasse «al banditore di accettare offerte non espresse con “voz clara e inteligible”», e parimenti alcune decisioni giudiziali decisero «la caducità di regolamenti del traffico che imponevano - negli anni Trenta - che la velocità massima degli autoveicoli nei centri urbani, in prossimità degli incroci, non dovesse superare i 45 km/h, e che i giudici hanno disapplicato ritenendoli abrogati per desuetudine (!)»<sup>72</sup>.

Lo studio si conclude propendendo per l'esistenza di un sistema giuridico latino-americano proprio per la rivalutazione della consuetudine come fonte del diritto *praeter legem* che ha, di fatto, riavvicinato il Codice civile argentino al diritto romano, riprendendo quella «transfusión» dal sistema romano a quello argentino, interrotta con l'entrata in vigore del Codice stesso nel 1871. Ma più che su queste conclusioni, che allineano la tesi alla corrente dei romanisti già ricordati (§ 5), la lettura della ricerca mi ha indotto a trarre alcune considerazioni, che potrebbero aprire prospettive di future ricerche.

Innanzitutto, sarebbe interessante indagare se il fenomeno registratosi in Argentina negli anni Trenta e Quaranta si sia ripetuto di recente oppure, persino, non si sia mai interrotto e che si ripresenti anche ai giorni nostri. In caso affermativo, sarebbe interessante individuare le fattispecie e valutare, quindi, se ricondurre o meno l'Argentina al movimento del «diritto alternativo», così denominato in Brasile e oggetto di recenti studi di Losano<sup>73</sup>. Con altri nomi il movimento è infatti

---

<sup>72</sup> I casi sono riportati nella tesi di dottorato di ricerca a p. 163.

<sup>73</sup> LOSANO, M. G., “La legge e la zappa. Origini e sviluppo del diritto alternativo in Europa e in Sudamerica”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXX, 1, 2000, p. 109, e in spagnolo “La ley y

presente in tutto il Sudamerica ed è «animato dal medesimo spirito generoso e conflittuale» di voler «superare la norma giuridica inadeguata che si interpone tra la realtà sociale e il valore della giustizia», quest'ultima intesa come «giustizia sociale di stampo socialista» che determina il lato conflittuale del movimento.

Si pensi, ad esempio, nel quadro dei nuovi rapporti fra Stato argentino e comunità originarie e in nome del multiculturalismo, alle conseguenze giuridiche e sociali determinate dal riconoscimento di alcuni diritti fondiari alle comunità indigene, introdotto nella Costituzione argentina con la riforma del 1994<sup>74</sup> e che pone oggi quell'ordinamento giuridico di fronte alla necessità di garantire il diritto di proprietà di alcune terre, un tempo espropriate alle comunità indigene. Situazione comunque comune alla maggior parte degli Stati latino-americani e che sarebbe interessante poter studiare, uscendo così dai confini argentini.

Si tratta senza dubbio di analisi più socio-giuridiche, che allontanerebbero la ricerca di un sistema latino-americano dalle vie percorse sino ad ora dai romanisti, dagli storici del diritto e dagli stessi comparatisti, anche se con questi ultimi forse potrebbe condividere qualcosa, alla luce del saggio di Mattei e del ruolo del diritto, visto come strumento di organizzazione sociale.

## 7. Conclusioni

---

la azada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y en Sudamerica”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, V, 8, 2000, pp. 275-324. Inoltre, il recente libro *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sudamerica*, a cura di M. G. LOSANO, Milano, Giuffrè, 2004, XIX-271 pp.

<sup>74</sup> ROSTI, M., “Gli indios e la terra nell’attuale Costituzione argentina”, in *Un giudice e due leggi, cit.*, pp.

Gli ordinamenti giuridici dell'America latina hanno oggi senza dubbio un posto a sé stante all'interno delle partizioni in famiglie dei sistemi giuridici. Con un riferimento alle fonti, è stato infatti evidenziato, da un lato, come il retroterra culturale e giuridico sia coloniale sia dell'indipendenza li contraddistingua dagli altri gruppi di ordinamenti giuridici, mentre, dall'altro lato, è stato sottolineato come il legame con il diritto spagnolo e il diritto romano li mantenga uniti all'Europa, all'interno del sistema romanista e nel gruppo latino.

In una prospettiva più socio-giuridica, poi, nell'ambito degli studi di diritto comparato, la comunanza di problemi e di strategie adottate per risolverli ha indotto a distinguere e a raggruppare gli ordinamenti giuridici dell'America latina in una «famiglia», all'interno del modello di «Diritto dello sviluppo e della transizione». A ciò si aggiungano le notevoli trasformazioni che gli ordinamenti giuridici latino-americani stanno attuando, in seguito al recente riconoscimento di una serie di diritti (quelli indigeni sopra accennati costituiscono solo un esempio) che avvicinano gli ordinamenti, sino a delineare un gruppo a sé stante o una «famiglia» con una certa originalità, sebbene permangano i vincoli con l'Europa. In questo quadro, dunque, ben s'inseriscono i progetti d'integrazione regionale latino-americani, volti a far riemergere quel «fondo común» - con le parole di Castán Vázquez - che li dovrebbe facilitare nel loro percorso, seppur lento e pieno di difficoltà, e che li porta ad adottare soluzioni comuni, in quanto parti del sistema giuridico latino-americano o ibero-americano che si sta delineando.

Come osservava lo storico del diritto argentino Levaggi infatti «desde el punto de vista de la historia del derecho, entre las naciones del Mercosur, es mucho más lo que nos une que lo que nos separa»<sup>75</sup>: specificità o «fondo común» degli ordinamenti giuridici ibero-americani che i comparatisti - e più in generale i giuristi - non possono più ignorare.

---

<sup>75</sup> LEVAGGI, A., «El Mercosur desde la perspectiva de la historia del derecho», in AA. VV., *La filosofía del derecho en el Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 251.