

(Sassari)

Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano**1. DIRITTO ROMANO ATTUALE, SISTEMI GIURIDICI E DIRITTO LATINOAMERICANO**

Gli studi di Elemér Pólay sull'insegnamento del diritto romano nei paesi socialisti hanno avuto forte eco in America Latina.¹ Ciò si spiega per la netta affermazione che: «nell'insegnamento del diritto romano nei paesi socialisti è dominante la tendenza secondo cui lo scopo dello studio del diritto romano non è soltanto di carattere storico, ma piuttosto rientra, nell'ordine dell'insegnamento di questi paesi, tra le materie di carattere teorico, servendo come propeudeutica all'insegnamento del diritto civile. Questa è una concezione felice, perché l'opinione secondo cui lo studio del diritto romano avrebbe uno scopo puramente storico costringe questo valore storico-culturale e questo ramo della scienza, indispensabile anche nella società socialista, tra i capitoli della storia generale del diritto, negandogli un peso più grande degli altri sistemi di diritto. Si deve respingere l'errata opinione secondo cui il diritto romano sarebbe soltanto una cosiddetta „materia storica”»²

Questa concezione del diritto romano come „materia di carattere storico” (ma non „materia storica!”)³ può ben essere collegata alla concezione giustiniana dello *ius Romanum* ed anche alla sua persistenza in America Latina.⁴

¹ Va ricordato l'articolo di E. PÓLAY, „L'insegnamento del diritto romano nei paesi socialisti”, pubblicato dapprima in *Studi Sassaresi*, III, 1 (1969), pp. 581 ss. e quindi in *Index*, 1 (1970), pp. 130 ss.; tradotto in castigliano dal prof. Italo Merello Arecco dell'Universidad Católica de Valparaíso: „La enseñanza del derecho romano en los países socialistas” in *La Ley* (suplemento diario de la *Revista jurídica La Ley*), Buenos Aires, 29 de mayo de 1974, pp. 1—5. Cfr. la recensione alla versione italiana, scritta da L. C. ROSENFELD (dell'Universidad Nacional de Buenos Aires) in *La Ley*, 26 de noviembre de 1973; cfr. altresì il commento all'edizione in lingua castigliana di J. A. BORJAS SÁNCHEZ, „La enseñanza del derecho romano en los países socialistas”, in *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad del Zulia*, Maracaibo, 42 (septiembre—diciembre 1974), pp. 143—148. Vedi l'aggiornamento dei dati: E. PÓLAY, „Das Studium des römischen Rechts in den sozialistischen Ländern” in *Klio*, 61 (1979), 1, pp. 157—163.

² E. PÓLAY, „L'insegnamento del diritto romano” cit., pp. 589. s.

³ Le espressioni sono di E. PÓLAY, *op. ult. cit.*, p. 590. Analogamente si esprime A. DÍAZ BIALET, citato infra, note 20—20a.

⁴ Sul diritto romano dell'America Latina vedi in generale H. A. STEGER, „Die Bedeutung des römischen Rechts für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert” in *Index*, 4 (1973), pp. 22. ss. (pubblicato in traduzione castigliana in *Universidades*, 54 (México 1973); *Latinoamérica, Anuario*, 6 (México 1973); *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, 20/1 (Bogotá 1979); dello stesso autore v. „Universidad de Abogados y Universidad futura”, in *Index* cit., p. 59 ss.; vedi altresì P. CATALANO, „Il diritto romano attuale dell'America Latina” in *Index*, 6 (1976), pp. 87 ss.

2. CENNI SULLA FORMAZIONE DEL CONCETTO DI „IUS ROMANUM”⁵

Durante il „Coloquio Italo—Mexicano de Derecho Romano” (svoltosi a Mexico nell'agosto 1982) sul tema „Il diritto romano come diritto sovranazionale”, ho avuto occasione di dimostrare che il concetto di *ius Romanum* non è proprio della giurisprudenza classica, bensì della legislazione imperiale, a partire da Diocleziano. Tale concetto viene perfezionato da Giustiniano (che utilizza anche le espressioni equivalenti *Romanae leges* e *Romana sanctio*) come strumento di una concezione universalista del diritto (esposta particolarmente nelle costituzioni *Deo auctore* e *Tanta*, per i diversi aspetti: personale, spaziale e temporale) che non considera caratteristica essenziale degli *iura* ciò che oggi chiamiamo „effettività”. Il diritto è chiaramente distinto dal fatto (cioè dalla propria applicazione); gli *iura* sono distinti dagli *arma*, ai quali pur sono strettamente collegati. Lo *ius Romanum* viene così a comprendere *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile* e viene proiettato in *omne aevum*.

Attraverso il frammento di Gaio (D. 1,2,1) viene codificata una visione della storia che dà massima importanza al *principium* (potremmo definirla: totalmente antievoluzionista). Il concetto giustiniano di *ius Romanum*, radicato nella fondazione dell'*urbs Roma*, comprende gli aspetti spaziali e temporali (geopolitici e storici) del sistema di *utraque Roma* (cioè di Roma e Costantinopoli).

Considerati gli aspetti sia spaziali sia temporali dello *ius* non resta alcuna difficoltà, ritengo, ad accettare la traduzione che Salvatore Riccobono ha dato dell'unica definizione di *ius* tramandata dalle fonti giuridiche antiche (D. 1,1,1, pr.): «il sistema del buono e del giusto» (Riccobono parlava anche di «sistema romano»).

3. RESISTENZA DEL CONCETTO DI „IUS ROMANUM” IN ETÀ MODERNA

Contro la concezione giustiniana dello *ius Romanum* si è sviluppata in questo secolo, nell'Europa continentale (finito il ciclo delle grandi codificazioni) una tendenza che, considerando il diritto romano come „diritto morto” giunge a distinguere tra „diritto romano” e „tradizione romanistica”.⁶ In verità i romanisti europei non hanno adeguata conoscenza di quelle concezioni del diritto romano che ne affermano la „vigenza” anche successivamente alle codificazioni statali e nazionali (mi riferisco ad esempio, agli scritti di James Bryce in Inghilterra, di Abelardo Lobo in Brasile, di Augustin Diaz Bialek in Argentina): proprio tali concezioni possono considerarsi invece uno sviluppo dell'antico concetto di *ius Romanum*.

A ben vedere, il concetto di *ius Romanum* si è mantenuto in età moderna nonostante le spinte disgregatrici proprie dei regni e degli stati nazionali.

⁵ Vedi ora P. CATALANO, „*Ius Romanum*. Note sulla formazione del concetto”, in *La nozione di „romano” tra cittadinanza e universalità* (Da Roma alla Terza Roma, Studi, II), Roma 1984, pp. 531 ss.

⁶ Questa è, notoriamente, l'interpretazione storica di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, II ed., Torino 1961, pp. 514 ss. Vedi contra P. CATALANO, „*Ius Romanum*” cit., p. 551 n. 68.

Anzi, esso si è universalizzato distaccandosi via via dalla „effettività” del diritto statale.

Un esempio (su cui si è soffermato recentemente il collega cileno Alejandro Guzmán Brito)⁷ è dato nel XVI secolo da un passo dei *Commentarii de iure civili* del Doneau (libro I, cap. XVI, par. 7). Secondo il Doneau, il diritto romano riguarda anche i popoli presso i quali non sia vigente „pro suo”, poiché non si può negare che *ius naturale* e *ius gentium* siano vincolanti per tutti e risulta da D. 1, 1, 1, 2 che il diritto romano »collectum est enim non tantum ex civilibus praeceptis, sed et naturalibus et gentium [...] ut vere quis dicturus sit, ius naturale et gentium iuris Romani quodammodo partes esse, non origine, sed agnitione«. Le altre nazioni possono trascurare solo ciò che è „proprio” della *civitas Romanorum*.

Questa opinione è richiamata, nel secolo XVII, dai difensori inglesi del diritto romano nel campo che diciamo „internazionale”. Mi rifaccio qui ad uno studio recente di Virgilio Ilari.⁸ Arthur Duck, *De usu et autoritate iuris civilis Romanorum, in dominiis Principum Christianorum* (1648), libro I, cap. II, par. 6: »Pluresque Jurisconsulti opinantur Jus Romanum... comprehensum in libris Iustiniani non esse jus Civitatis Romanae solum; sed naturae et gentium...«. Richard Zouche (regius professor di „Civil Law” ad Oxford a partire dal 1620) pubblica nel 1650 un’opera polemicamente intitolata *Iuris et Iudicii Feclialis, sive, Iuris inter Gentes et Quaestionum de Eodem Explicatio* è stato notato che la portata universale dello *ius fetiale* »è tale che Zouche non stima necessario neanche riferire e tanto meno confutare l’opinione di Grozio che la dichiarazione di guerra non costituisse, secondo il *ius naturale*, un requisito per la legittimità delle operazioni belliche».⁹

A distanza di circa due secoli e mezzo, un’altro regius professor di „Civil Law” dell’Università di Oxford, James Bryce, ha affermato in una serie di saggi (pubblicati in due volumi dal titolo *Studies in History and Jurisprudence*, 1901)¹⁰ che il diritto romano è un sistema giuridico mondiale attualmente in vigore,¹¹ precisando: »Il diritto romano rimane pur sempre diritto romano in onta alle aggiunte rese necessarie dai bisogni delle civiltà moderne».¹² Questo romanista anglosassone è stato un autorevole uomo politico liberale. Il suo atteggiamento di fronte alla realtà giuridica mondiale (di cui ebbe esperienza profonda anche come diplomatico) è particolarmente signi-

⁷ Vedi A. GUZMÁN BRITO, *Ratio scripta* (Ius commune, Sonderhefte 14), Frankfurt a.M. 1981, pp. 141 ss.

⁸ Vedi V. ILARI, *L’interpretazione storica del diritto di guerra romano fra tradizione romanistica e giusnaturalismo*, Milano 1981, pp. 87 ss.

⁹ V. ILARI, op. cit., pp. 93 s.; 98.

¹⁰ J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, 2 vol., Oxford 1901. Alcuni di questi saggi sono stati tradotti in italiano, nel volume con il titolo *Imperialismo romano e britannico*, con Prefazione di G. PACCHIONI, Torino 1907. Sull’ideologia (e la concezione storica) del Bryce v. brevemente O. BARIE, *Idee e dottrine imperialistiche nell’Inghilterra vittoriana*, Bari 1953, pp. 258—262; per alcuni dati biografici v. E. I. CARLYLE, „Bryce James” in *The Dictionary of National Biography, 1922—1930* (London—New York 1931), pp. 127 ss.

¹¹ J. BRYCE, *Studies cit.*, I, p. 85: »is full of vitality today — in force over immense areas»; cfr. ID., *The Extension of Roman and English Law throughout the World*, II ed., Oxford 1914 (cfr. trad. ital. cit., p. 97, alquanto carente in questo punto).

¹² J. BRYCE, *Studies cit.*, I, p. 108: »Roman law remains Roman despite the accretion of the new elements which the needs of modern civilization have required in to accept» (cfr. trad. ital. cit., p. 124). Cfr. infra n. 20.

ficativo, soprattutto se confrontato con quello di un famoso romanista italiano, che si era affrettato (già vent'anni prima!) a dichiarare „morto” il diritto romano „puro”.¹³ James Bryce ha aperto la strada alla comparazione tra grandi sistemi giuridici, in particolare tra quelli che egli considerava i sistemi mondiali attualmente in vigore: il sistema romano ed il sistema inglese. Il diritto romano viene analizzato in „institutions”, „conceptions and rules”, „principles”; lo studio della sua diffusione (o „extension”) consente di evidenziare la conservazione della „underlying unity”.¹⁴ Il Bryce, che fu anche autore di un'opera fondamentale sul Sacro Romano Impero, ha sottolineato che l'Impero non è riducibile ad uno „Stato” e che il diritto romano „ha sopravvissuto” all'Impero, anche alla „dissoluzione del 1806”.¹⁵

Lo statalismo, che domina la dottrina giuridica a partire dal secolo scorso, viene così contraddetta grazie ad uno spunto critico che coglie l'essenziale dell'attuale problema del diritto nelle sue radici storiche.

Non è eccessivo configurare la contraddizione al massimo livello teorico e richiamare qui l'immagine del Sacro Romano Impero che lo Hegel aveva delineata, nello scritto circa le „Costituzione della Germania”,¹⁶ ironizzando sulla continuità dell'Impero. Lo Hegel aveva affermato, ovviamente con ragione, che «se in tutta Europa si giudicasse secondo il diritto romano oppure un altro diritto, non per questo l'Europa costituirebbe uno Stato»;^{16/a} ma proprio l'ovvietà dell'affermazione hegeliana rende chiaro il contrasto tra statalismo e romanesimo giuridico.

Le prospettive comparatiste possono superare il positivismo giuridico statalista. Oltre alla visione del Bryce, è qui da segnalare quella, diversa (per dir così romanocentrica), che, a partire dal codificatore Clovis Bevilacqua,

¹³ Mi riferisco ad una frase, troppo nota, di Vittorio Scialoja. Non è mancata però, anche in Italia, una resistente contraria posizione, che si precisa da Contardo Ferrini a Giorgio La Pira: «Chi studia con criteri pratici il Diritto romano, chi non lo riguarda come un avanzi di archeologia, ma come un organismo vivo, non può non preferire alla splendida forma del Diritto romano classico, la più evoluta sostanza del Diritto romano giustiniano, che ancora noi sentiamo in fondo ai nostri istituti giuridici, e inforcare ad essi quella perenne giovinezza» (C. FERRINI, *Lezioni di diritto romano*, raccolte dagli studenti, Pavia 1898—99, p. 5); «Codificazione e giurisprudenza del diritto privato in tutto l'occidente — cheché dicano e facciano in contrario certe tendenze così ingiustamente antiromane! — sono ancora, nella loro sostanza, diritto romano» (G. LA PIRA, „Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana”, in *Atti del V Congresso Nazionale di Studi Romani* (Roma 1938), V, Roma 1946, pp. 22 ss. E' possibile vedere in questa stessa linea pagine di Salvatore Riccobono, di Emilio Betti, di Giuseppe Grosso, ad esempio.

¹⁴ J. BRYCE, *Studies* cit., II, pp. 172—202; I, pp. 85—144 (trad. ital. cit., p. 163: «unità originaria»).

¹⁵ J. BRYCE, *The Holy Roman Empire* (I ed. 1864), London 1904, trad. ital. di U. Balzani, *Il Sacro Romano Impero*, II ed., Milano 1907, pp. 1 ss.: «... parlando meno di avvenimenti che di principi, tentare di descriver l'Impero non come uno stato ma come una istituzione creata da un meraviglioso sistema d'idee e informatrice di esso»; *ibid.*, p. 496 n. 2: «La Gran Bretagna aveva rifiutato nel 1806 di riconoscere la dissoluzione dell'Impero. E veramente può asserirsi che a rigor di legge l'Impero non fu mai estinto, ma vive come uno spirito incorporeo fino ad oggi». Cfr. in proposito P. CATALANO, „L'idea di impero romano”, in *Studi Sarsaresi*, s. III, 8, *Cultura iberica e diritto romano* (1980—1981), pp. 3 ss.

¹⁶ G. W. F. HEGEL, *Die Verfassung Deutschlands* (1802—1803), in *Hegels Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie* (*Sämtliche Werke*, VII), a cura di G. Lasson, Leipzig 1913; trad. ital. A. Plebe: G. G. F. HEGEL, *Scritti politici* (1798—1806), Bari 1961.

caratterizza la scienza giuridica brasiliana, nella consapevolezza delle realtà geoculturali, in particolare di quelle latine d'America e d'Europa (v. infra, par. 5).

Nel quadro di una tradizione giuridica che esalta il ruolo della dottrina attraverso lo stesso codice (non dimentichiamo che del Codice Civil di Vélez Sársfield, attualmente in vigore nelle Repubbliche di Argentina e Paraguay, fanno parte integrante le note redatte dal codificatore)¹⁷ si spiega, per altro verso, che da numerosi giuristi dell'America meridionale venga con insistenza sottolineata la distinzione tra „validità” ed „effettività” (o „efficacia”) del diritto, così come tra „attualità” e „positività”, riaffermandosi il ruolo storico della *interpretatio prudentium* e dello *ius naturale*¹⁸ incisive le parole del romanista dell'Universidad de Córdoba Agustín Díaz Biale (autore tra l'altro di attenti studi sull'importanza del diritto romano nell'opera di Vélez Sársfield): «Probada su recepción definitiva, probado que él está en el derecho actual, que es actual, que es la norma misma muchas veces, ya la discusión acerca del valor del Derecho Romano es ociosa, y la actitud metódica es estudiarle para captar su valor científico»¹⁹ egli ha precisato recentemente: «La sistemática relación científica entre el *Corpus Iuris Civilis* y las instituciones civiles del Código, no son expresiones de una tradición romanística: sino la presencia real y organizada del Derecho Romano en el Código Civil Argentino. [...] No se puede considerar al Derecho Romano como un derecho histórico, pues esto, implica escindir un proceso científico constante tal cual es el desarrollo unitario de la ciencia del Derecho principalmente en el derecho privado civil».^{19/a}

Il civilista dell'Universidad Nacional di Bogotá, Arturo Valencia Zea, da un punto di vista ancora diverso (secondo cui «el derecho objetivo es el conjunto de códigos y leyes no codificadas que rigen la vida social de la personas que forman un pueblo») afferma: «El derecho civil que rige la vida social y económica de los pueblos occidentales (excepción hecha de los países anglosajones) es derecho romano; derecho romano profundamente transformado a través de más de veinte siglos de asimilación, pero derecho romano en todo caso».²⁰

^{16/a} G. W. F. HEGEL, op. trad. cit., p. 46.

¹⁷ V. A. CHANETON, *Historia de Vélez Sársfield* (1938), rist. Buenos Aires 1969, pp. 418 s. Nonostante una sentenza della Corte Suprema del 1934, non si ritiene, generalmente, che le „notas” abbiano la stessa gerarchia normativa delle „leyes”: vedi G. L. ALLENDE, „Sobre las ‚Notas’ del Código Civil” in *La Ley* (9 de agosto de 1971), t. 143, pp. 1—5; L. MOISSET DE ESPANES, „Reflexiones sobre las ‚notas’ del Código civil argentino” in *Studi Sassaresi*, s. III, 5 (1977—78), pp. 445 ss.

¹⁸ Vedi ad es. R. LIMONGI FRANCA, *Princípios gerais de direito*, II ed., São Paulo 1971; ID., „Le droit scientifique en tant que règle positive”, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 8 (Abril-Junho 1979), pp. 21. ss.; A. FERRAZ PEREIRA, *O direito como ciência*, São Paulo 1980: il primo capitolo è intitolato «Inatualidade do direito civil, atualidade do direito romano».

¹⁹ A. DÍAZ BIALET, *La recepción del derecho romano en la Argentina*, Córdoba 1951, p. 53 („Tercera Parte: Conclusiones sobre el método de interpretación y la política jurídica”); cfr. ID., „La crisis del derecho y la crisis del derecho romano”, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, I, Torino 1960, pp. 547 ss.

^{19/a} A. DÍAZ BIALET, „La transfusión del derecho romano en la Argentina (S. XVI—XVIII) y Dalmacio Vélez Sársfield autor del Código Civil argentino (1864—1869)”, in *Studi Sassaresi*, s. III, 5 (1977—78), pp. 281; 293.

²⁰ A. VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, VIII ed., I, Bogotá 1979, pp. 1 s.; 35.

Non si può ridurre il diritto romano a „diritto storico” (o materia storica”, per usare le parole del Pólay; v. supra par. 1). Si tratta invece di ricostruire o costruire lo *ius Romanum* attraverso la „notizia delle realtà” e la „scienza del giusto” (cfr. Ulpiano *D.* 1,1,10).

Per comprendere l'ampiezza di ciò che chiamiamo diritto romano è necessario evitare di repprasantarcelo in termini di „ordinamento” (effettivo o magari statale) e considerarlo invece un insieme di realtà e valori, che è compito del giurista costantemente identificare. La continuità e resistenza del diritto romano comporta anche oggi l'utilizzazione di nuovi strumenti concettuali (anche, ma non soltanto, a scopo storiografico) in permanente confronto e connessione con la *potissima pars* dell'insieme, cioè il suo *principium* (cfr. Gaio *D.* 1,2,1).

3. AREE CULTURALI, ORDINAMENTI GIURIDICI, SISTEMI GIURIDICI

Per comprendere sia realtà storiche più ampie di quelle sottostanti alle odierne sovranità (più o meno effettive) degli stati sia concezioni del diritto come nettamente distinto dai fatti che lo applicano (o lo violano), appare utile l'uso (in accezioni concettualmente precise) del termine „sistema”.

E' necessario partire da alcuni risultati di lavori interdisciplinari nelle scienze sociali.

a) L'antropologia ha collegato tra loro la storiografia, la linguistica (e la letteratura), la sociologia e le scienze giuridiche.

Prendiamo un esempio all'interno della „scuola evoluzionistica”: il brasiliano Darcy Ribeiro distingue in ogni formazione „socio-culturali” un „sistema adattativo”, un „sistema associativo” (in cui sono comprese anche le istituzioni politiche, religiose, educative ecc.) e un „sistema ideologico”; questi tre sistemi formano la „cultura” della società.²¹ Si devono però ricordare i diversi punti di vista critici riguardo all'evoluzionismo: per esempio quello di Claude Levi-Strauss.²²

b) La storia, in quanto scienza sociale, si appoggia sempre più a discipline „vicine”, soprattutto alla geografia ed alla economia. Grazie a questo sono state individuate, in vario modo, grandi regioni continentali socio-culturali.²³

²¹ D. RIBEIRO, *O processo civilizatorio. Etapas da evoluç sociocultural*, Rio de Janeiro 1968.

²² Cfr. C. LEVI-STRAUSS, *Race et histoire*, Paris 1952. Levi-Strauss si reco all'Università di São Paulo nel 1934: «il reconnaît lui-même qu'au moment où il s'est embarqué pour le Brésil, il ignorait tout de l'ethnologie» (M. MARC-LIPIANSKY, *Le structuralisme de Lévi-Strauss*, Paris 1973, pp. 17 ss.). Per una critica dell'evoluzionismo dal punto di vista della storia del diritto (e del diritto romano), che mira a una collaborazione interdisciplinare tra l'antropologia e la scienza giuridica, cfr. P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino 1960, pp. 105 ss., 451 ss.; ID., „Intervento” in *Annali di Storia del Diritto*, 10—11 (1966—67), pp. 469—471.

²³ Vedi P. CHAUNU, *Histoire Science Sociale. La durée, l'espace et l'homme à l'époque moderne*, Paris 1974; F. MAURO, „Pour une classification des sciences humaines”, in *Mélanges en l'honneur de Fernand Braudel*, II, Toulouse 1973, pp. 397 ss.; cfr. T. STOIANOVICH, *French Historical Method; the „Annales” Paradigm*, Ithaca 1976, e alcune osservazioni critiche sui lavori di F. Braudel nell'opera dello storico polacco J. TOPOLSKI, *Metodologia della ricerca storica* (trad.

Hanns-Albert Steger parla di „continenti socio-culturali” ricordando la lista proposta dal sociologo norvegese Johan Galtung: Giappone, Cina, Asia del Sud-Est, Nord-America, America Latina, Europa occidentale, Europa orientale, Paesi arabi, Africa nera, Sud-Africa.^{24, 24/a.}

c) La utilizzazione del concetto (o meglio: dei concetti) di „sistema si impone sempre di più.

Bastano alcuni esempi. Tra gli specialisti di relazioni internazionali rappresentanti della sociologia storica (sostenitori pertanto, del „approche classique”) citerò Stanley Hoffmann.²⁵ Recentemente si è voluto formalizzare in termini di visione „sistemica” lo studio della storia delle civiltà di Toynbee.²⁶

In tale quadro è più facile spiegare come si sviluppino tra i giuristi, specialmente tra gli storici del diritto ed i comparatisti, due tendenze, entrambe direttamente o indirettamente connesse all'individuazione, al di là dei diritti („ordres”, ordinamenti) statali e nazionali, di „sistemi” giuridici che li ricomprendono e li superano (sistemi fondati su realtà etniche, ideologiche, economiche oltre che, ovviamente, su una comunanza di caratteri giuridico-formali e dottrinari).²⁷

In primo luogo si tende ad approfondire lo studio delle relazioni tra „aree giuridiche” e „aree culturali”, tra Rechtskreise e Kulturkreise (per

dal polacco di R. C. Lewanski), Bologna 1975, pp. 183; 678. Si hanno buoni esempi di collaborazione interdisciplinare negli studi concernenti le aree geo-storiche: vedi ad es. il volume *Lateinamerika*, edito da J. SANDER e H. A. STEGER (Fischer Länderkunde, 7) Frankfurt a.M. 1973; il numero della rivista *Monde en développement*, 2 (1973), sul tema „La Méditerranée et le développement” (con articoli di M. LE LANNOU e altri). Cfr. in generale P. CATALANO, „Los estudios sobre áreas geoculturales”, in *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos* (Universidad Simón Bolívar, Caracas), 9—10 (Julio—diciembre 1980), pp. 13 ss.

²⁴ A. H. STEGER, „Discussione” in *Diritto romano e università dell'America Latina* (= Index, 4, 1973), p. 104; cfr. ID., „Weltzivilisation und Regionalkulturen. Perspektiven vergleichender Kulturosoziologie im Zeitalter weltweiter Industrialisierung”, in *Wirtschaftskräfte und Wirtschaftswege*, IV (= *Beiträge zur Wirtschaftsgeschichte*, h. v. H. Kellenbenz u. J. Schneider, 7) Bamberg 1978, pp. 649 ss.

^{24/a} Per quanto riguarda lo studio delle relazioni internazionali si può menzionare qui J. C. GAUTRON, „Le fait régional dans la société internationale”, in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain. Colloque de Bordeaux*, Paris 1977, pp. 4 ss.; J. C. PUIG, „Derecho internacional americano, nacionalismo latinoamericano y régimen internacional”, in *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos* (Universidad Simón Bolívar, Caracas), 1 (julio—septiembre 1978), pp. 94 s., anche su certe conclusioni paradossali dell'opera di B. M. RUSSET, *International Regions and the International System: A study in Political Ecology*, Chicago 1967.

²⁵ Cfr. PH. BRAILLARD, *Philosophie et relations internationales*, Genève 1974, pp. 22 s.; 31 ss.

²⁶ A. LEPSCHY—S. MILO, „Su un modello formalizzato per la rappresentazione delle concezioni di A. Toynbee sulla dinamica degli eventi storici”, in *Scienza*, 70, I—IV (1976) (11, pp. 11 ss. Affatto diversa è la prospettiva metodologica di A. HEUSS, „Geschichte als System?”, in *Die Funktion der Geschichte in unserer Zeit*, h. v. E. Jäckel u. E. Weymar, Stuttgart 1975, pp. 26 ss.

²⁷ Vedi M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel 1971, pp. 39 ss.; L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, I, Paris 1972, pp. 46 ss.; passim; H. EICHLER, „Codificación de derecho civil y teorías de los sistemas de derecho”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 68 (1973), pp. 229 ss.

utilizzare alcuni dei concetti più correntemente utilizzati): mi limito a menzionare l'ampia relazione del polacco Juliusz Bardach al Colloquio organizzato, nell'ottobre 1973, dall'Università di Varsavia in collaborazione con l'Accademia Nazionale dei Lincei.²⁸

In secondo luogo si tende, nei contesti culturali e linguistici in cui il termine „sistema” conserva una possibilità di utilizzazioni nettamente diverse da quelle dei termini derivati dalla radice di *ordo*, a dare rinnovata descrizione e spiegazione dei fenomeni giuridici attraverso vari usi, appunto, del termine „sistema” (del resto già ampiamente usato, pur con diversi significati, particolarmente nel secolo XIX, dalla Scuola storica tedesca, da Rudolph von Jhering e oltre),²⁹ Tali usi possono avere vari scopi: a) chiarire le relazioni tra il sistema „ideale” dello *ius Romanum* e i diversi ordinamenti giuridici „effettivi” attraverso i quali esso via via si estende, in Europa, durante le età medioevale e moderna (vedi la relazione di Guido Astudi al citato Colloquio di Varsavia),³⁰ b) evidenziare la differenza tra gli „ordres juridiques”, nella loro pluralità, ed il „sistema” giuridico, quando questo è particolarmente complesso, come nel caso del Marocco, ove coesistono (secondo quanto è stato sottolineato in studi apparsi recentemente nella rivista della Facoltà giuridica di Rabat), almeno tre „ordres juridiques”: „usages et coutumes”, „prescriptions musulmanes”, „droit français”;³¹ c) sottolineare la

²⁸ J. BARDACH, „La réception dans l'histoire de l'Etat et du droit”, in *Le droit romain et sa réception en Europe*, Varsavia 1978, pp. 27 ss.; ID., „La réception comme facteur dans l'histoire de la culture”, in *Slavica Gandensia*, 6 (1979), pp. 7 ss.

²⁹ Vedi la bibliografia in N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974; T. SAMPAIO FERRAZ JR., *Conceito de sistema no direito*, São Paulo 1976; I. L. DE LOS MOZOS, „Norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico”, in *Estudios Jurídicos en homenaje al professor Federico de Castro*, 1976, pp. 323 ss.; N. SALDANHA, *O problema da história na ciência jurídica contemporânea*, II ed., Porto Alegre 1978, pp. 81 ss.; 103 ss.; A. POLAČEK, *Systeme und Strukturen. Beiträge zur Methodik der Geisteswissenschaften*, Kiel 1976, e anche la discussione con lo storico polacco J. TOPOLSKI, in *Quaderni di Storia*, 4 (luglio—dicembre 1976), pp. 145—168.

³⁰ G. ASTUTI, „Recezione teorica e applicazione pratica del diritto romano nell'età del rinascimento giuridico”, in *Le droit romain et sa réception en Europe*, cit., pp. 5 ss.

³¹ Cfr. J. DEPREZ, „Réflexions sur la connaissance du phénomène juridique au Maroc. Projet pour une recherche adaptée aux réalités marocaines”, in *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 1 (décembre 1976), pp. 63 ss.; 71 ss.; N. BOUDERBALA, „Aspects de l'idéologie juridique coloniale”, in *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 4 (juin 1978), pp. 95 ss. Fenomeni politici simili possono certamente essere descritti con termini diversi: in relazione ad altri paesi del Maghreb vedi ad es. F. CASTRO, „Sulle componenti e le prospettive della nazionalità algerina come problema giuridico”, in *Scritti in onore di L. Veccia Vaghieri*, I (= Istituto Universitario Orientale di Napoli, *Annali*, N. S. 14) Napoli 1964, pp. 49 ss.; J. LADJILI, „Puissance des agnats, puissance du père, De la famille musulmane à la famille tunisienne”, in *Revue tunisienne de Droit*, 1972, pp. 25 ss.; C. BONTEMS, „Une technique jurisprudentielle de pénétration du droit matrimonial français en Algérie: l'option de législation”, in *Revue algérienne des sciences juridique économiques et politiques*, 15, 4 (décembre 1978), pp. 37 ss.; P. CATALANO, „Résistance des traditions, pluralité des ordres et rencontre des systèmes juridiques dans l'aire méditerranéenne. Quelques précisions de concepts”, in *Beryte*, (Revue universitaire, éditée par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Administratives de l'Université Libanaise) a. III, n. 6 (décembre 1981), pp. 12 ss.; J. LADJILI, „Histoire du droit méditerranéen. Colloque de Sassari...”, in *Revue tunisienne de Droit*, 1982, pp. 810—823; cfr. ID., *ibid.*, 1980, pp. 707—715.

stretta connessione tra forme giuridiche e realtà etniche ed economiche continentali o subcontinentali (così lo spagnolo José Maria Castán Vázquez parla chiaramente di un „sistema jurídico iberoamericano”).³² Sono solo esempi.

E' evidente che ho qui tenuto conto degli usi più recenti del termine „sistema”, propri degli storici del diritto e dei comparatisti. Prescindo dagli usi fattine da studiosi di filosofia del diritto e informatica giuridica nel distinguere il „sistema giuridico momentaneo” (o „sincronico”) dal „sistema giuridico diacronico” (il cui criterio di identità dipende essenzialmente dall'identità delle relative formazioni sociali).³³ Ritengo peraltro che anche i filosofi del diritto, nel definire il „sistema giuridico diacronico” e nell'individuare i criteri di identità (affrontando quindi i problemi della continuità) possano tener conto delle linee per una ricerca collettiva di scienze sociali tracciate da un famoso studioso delle civiltà del Mediterraneo: „matematizzazione”, „riduzione allo spazio”, „lunga durata”.³⁴

Il significato del termine „diritto romano” viene così definito nel momento stesso in cui si riafferma l'identità del sistema giuridico che ha il suo *principium* nella fondazione della città di Roma (città che è „sopravvissuta” allo stato, per usare una espressione degli „scritti teologici giovanili” di Hegel [1796]).

4. I GRANDI SISTEMI GIURIDICI CONTEMPORANEI

All'inizio di questo secolo, James Bryce, professore di „Civil Law” a Oxford, osservava che due sistemi giuridici coprivano in quel momento quasi tutto il mondo: il diritto romano (considerando il diritto russo «a sort of modified Roman law» ed il diritto inglese; con due sole eccezioni di «considerable masses of population»: musulmani orientali e la Cina).³⁵ Oggi la situazione può dirsi notevolmente mutata solo per le conseguenze, diritte o indirette, della Rivoluzione russa. In effetti, il lavoro compiuto dagli storici del diritto e dai comparatisti porta ad individuare quattro sistemi giuridici di rilevanza mondiale: il sistema romanista (di cui quello latinoamericano costituisce un sottosistema), il sistema anglosassone (di cui quello nordame-

³² J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, „El sistema jurídico iberoamericano”, in *Revista de estudios políticos*, 157 (1968), pp. 209 ss.; ID., „El sistema de derecho privado iberoamericano”, in *Estudios de derecho*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia), 75 (marzo 1969); cfr. infra n. 89. Vedi in generale, sui concetti di „ordinamento” e „sistema”, J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, II ed., Lima 1967, pp. 81 ss.; 91; 110 ss.

³³ Vedi, ad es. C. E. ALCHOURRÓN—E. BULYGIN, „Sobre el concepto de orden jurídico”, in *Crítica. Revista hispanoamericana de filosofía*, 8 (1976), n. 23, pp. 3 ss.

³⁴ F. BRAUDEL, „Histoire et sciences sociales. La longue durée”, in *Annales E. S. C.*, 13 (1958), 4 pp. 725 ss. (cfr. ID., *Ecrits sur l'histoire*, Paris 1969).

³⁵ J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, cit., I, pp. 85 ss.; 142 ss. (cfr. II, pp. 209 ss. sul diritto musulmano). E' stato osservato anche recentemente: »Si l'on peut répartir les systèmes juridiques qui se partagent le monde à l'heure actuelle en groupes ou familles de droit, on sera forcé de constater que le système juridique musulman peut servir comme un terme de comparaison qui vient se juxtaposer au système aglo-saxon et au système romain« (CH. CHEHATTA, *Etudes de droit musulman*, Paris 1971, p. 13).

ricano costituisce un sottosistema); il sistema socialista ed il sistema musulmano.

Non va poi dimenticato che esistono diritti che, per motivi diversi, non possono essere ricondotti ai quattro grandi sistemi mondiali (definiti geograficamente e storicamente): basti qui menzionare il diritto canonico³⁶ e il diritto indù.³⁷

Storici del diritto e comparatisti hanno, in vario modo, elaborato concetti quali „diffusione”, „penetrazione”, „recezione”, „resistenza”, per comprendere e descrivere i fenomeni di rapporti tra i diversi ordinamenti e sistemi giuridici.³⁸

Dei quattro sistemi sopra citati, almeno due (quello socialista e quello musulmano) hanno una tendenza espansiva potenzialmente universale.

Il sistema anglosassone, invece, appare strettamente legato a realtà etnolinguistiche particolari; ha scritto il noto comparatista nordamericano John Henry Wigmore: «Aussi, pour l'avenir également, en passant en revue les diverses régions, nous pourrions nous attendre à ce que partout où ce seront des Anglais et partout où ce seront des Américains du Nord qui constitueront la masse populaire ou la classe politique dominante, on trouvera plus ou moins de la Common Law anglaise. Dans ces endroits, mais nulle part ailleurs».³⁹ Ma non possono essere taciuti i fenomeni di penetrazione del sistema anglosassone non solo in paesi di diritto romano (v. infra par. 6, a proposito della teorizzazione di Roscoe Pound), ma anche in paesi di diritto musulmano; e soprattutto va ricordata la recezione del diritto inglese in India.⁴⁰

³⁶ Vedi G. LE BRAS, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, 1 *Prolégomènes*, Paris 1955, che utilizza il concetto di sistema.

³⁷ Posso qui limitarmi a citare alcuni lavori di J. D. M. DERRETT: *Introduction to Modern Hindu Law* Bombay 1963; *A Critique of Modern Hindu Law*, 1970.

³⁸ H. LEVY—BRUHL, „Note sur les contacts entre les systèmes juridiques”, in *Symbolae R. Taubenschlag dedicatae* (= *Eos*, 48, 1956), Vratislaviae—Varsaviae 1956, fasc. 1, pp. 27 ss.; I. ZAJTAY, „La réception des droits étrangers et le droit comparé”, in *Revue internationale de droit comparé*, 9 (1957), pp. 686 ss.; J. GAUDEMONT, „Les transferts de droits”, in *L'année sociologique*, 27 (1976), pp. 29 ss. Il termine „diffusione” può essere usato in senso generico, ma può anche assumere un significato specifico se contrapposto a „penetrazione”: v. ad es. P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. di A. Biscardi, Firenze 1962, pp. 279 ss. (il Koschaker giustapponeva «Ausdehnung», «Aufdrängung», «pénétration pacifique»: *Europa und das Römische Recht*, München 1947, p. 162 n. 2, riguardo al diritto inglese). Per un esame critico dell'uso del termine „recezione” vedi E. GENZMER, „Über historische Rechtsvergleichung”, in *Buts et méthodes du droit comparé*, Padova—New York 1973, pp. 249 ss. Il termine „resistenza” è usato anche da P. DE FRANCISCI, Recensione a P. Koschaker, op. cit., in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 85 (1948), pp. 438 ss.

³⁹ J. H. WIGMORE, „L'avenir du système juridique anglo-américain” in *Introduction à l'études du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris 1938, 2, pp. 104 ss. Sulle relazioni tra il sistema anglo-sassone e l'„efficacia economica”, v. ad es., E. MACKAAY, „Un modello formale di sviluppo giurisprudenziale”, in *Informatica e diritto*, 5, 1 (gennaio-marzo 1979), pp. 199 ss., e alcuni articoli apparsi in *Law, Growth and Technology*, Editor D. N. WEISSTUB (= CIDOC—Centro Intercultural de Documentación, *Cuaderno* No. 1019), Cuernavaca 1972.

⁴⁰ René David, nel notare l'appartenenza dell'odierno diritto dell'India al sistema anglosassone (da lui denominato «famille de la Common Law» ha sottolineato che la lingua inglese è rimasta lingua ufficiale di quel diritto anche dopo che l'India è divenuta Repubblica indipendente; egli ha negato che il giurista

Il sistema romanista è stato strettamente legato, sino al VI secolo d.C. e, in Occidente, ancora oltre, sino al XVIII secolo, all'uso della lingua latina; tale collegamento si è attenuato con le codificazioni moderne: in particolare il *Code Napoléon* (1804) ed il *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900). I codici moderni, elaborati sia in area culturale latina, sia in area culturale germanica, hanno costituito il tramite della diffusione del sistema romanista in aree culturali assai diverse da quella originaria, anche indipendentemente da ogni colonizzazione, bensì, potremmo dire, per rivoluzioni interne: sono i casi, ad esempio, del Giappone e dell'Impero ottomano (e poi della Repubblica di Turchia).⁴¹

L'incontro del sistema con il sistema musulmano si verifica particolarmente nei paesi arabi dell'Africa settentrionale ed altresì in Libano, Siria e (con alterne vicende rispetto ad una penetrazione del sistema anglosassone) Palestina, Giordania e Iraq.⁴² Tale incontro rinnova relazioni più antiche, che vanno dagli apporti dati al nascente diritto musulmano dal diritto dell'Impero romano d'Oriente⁴³ fino agli influssi del diritto musulmano su istituzioni dell'Europa medioevale.⁴⁴ A quest'ultimo proposito farò qui un esempio interessante per l'ampiezza spazio-temporale del fenomeno (anche se assai discusso e discutibile): secondo il grande arabista Ribera Tarragó, il „*Justicia de Aragón*” sarebbe di origine musulmana;⁴⁵ e noto che il „*Justicia*” costituisce un antecedente di quell'istituto principale della tradizione giuridica latinoamericana che è il „*Juicio de amparo*”.⁴⁶

Le connessioni, strettissime per ciò che riguarda i concetti e la tecnica giuridica, tra il sistema romanista (identificato oggi con l'insieme dei diritti „romano-germanici” dei paesi capitalisti) e il sistema socialista sono state

possa rispondere alla questione se l'originalità del diritto dell'India si affermerà, in futuro, all'interno o all'esterno del sistema anglosassone: R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, terza edizione, Paris 1969, pp. 518 ss.; questi paragrafi dell'opera di David sono stati poi ampiamente modificati: vedi la settima edizione, Paris 1978, pp. 520 ss.

⁴¹ Vedi F. CASTRO, *Lineamenti di storia del diritto musulmano*, II, *Dall'Impero ottomano alla Repubblica di Turchia*, Venezia 1979. Sull'insegnamento del diritto romano e la codificazione del diritto dopo la Rivoluzione di Kemal Atatürk, vedi lo scritto di S. TALIP, in *Capitolium, Roma hukuku ve tarihi mecmuasi*, 2 (1935), pp. 79 ss. (l'autore era direttore della rivista, pubblicata ad Istanbul).

⁴² B. O. BRYDE, „The Reception of European Law and Autonomous Legal Development in Africa”, in *Law and State*, 18 (1978), pp. 21 ss.; CH. CHEHATA, *Droit musulman. Applications au Proche Orient*, Paris 1970; F. CASTRO, „Sistema sciaraitico, *siyasa jar'iyya* e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei paesi del Vicino Oriente”, in *Il Mondo Islamico tra interazione e acculturazione*, Roma 1981, pp. 165—202.

⁴³ Vedi J. SCHACHT, „Droit byzantin et droit musulman”, in *Accademia Nazionale dei Lincei. Fondazione A. Volta, Atti dei Convegni*, 12, *Convegno di scienze morali, storiche e filosofiche (27 maggio — 1 giugno 1956), Oriente ed Occidente nel Medio Evo*, Roma 1957, pp. 1957, pp. 197 ss.

⁴⁴ Vedi brevemente, in relazione al diritto commerciale, J. SCHACHT, op. cit., pp. 215 s.; SOUFY HOSSAN ABOU-TALIB, *Le'periculum rei venditae' en droit romain et en droit musulman*, Le Caire 1958.

⁴⁵ J. RIBERA TARRAGÓ, *Origines del Justicia de Aragón*, Zaragoza 1897; cfr. TH. F. GLICK, *Islamic and Christian Spain in the Early Middle Ages. Comparative Perspectives on Social and Cultural Formation*, Princeton, New Jersey 1979, pp. 7; 207.

⁴⁶ V. FAIREN GUILLEN, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México 1971, pp. 9 ss.

sovente discusse, da differenti punti di vista storiografici e ideologici. Meglio sarebbe porre il problema dei diversi rapporti che il diritto romano giustiniano ha con gli ordinamenti dei paesi capitalisti da un lato e con il sistema socialista dall'altro.⁴⁷

Questo lavoro storico-comparativo implica un'analisi degli elementi formali dei sistemi giuridici attraverso l'individuazione di tre livelli: „concetti”, „principi”, „norme”; a ciascuno dei livelli corrisponde un grado decrescente di stabilità nel tempo e nello spazio. Questo lavoro storico-comparativo implica altresì una individuazione dei rapporti tra i suddetti livelli formali ed i fatti (o „casi”) nei diversi sistemi.⁴⁸ Mette conto ricordare la precisa distinzione già operata da uno degli iniziatori della contemporanea comparazione giuridica, Henry Maine, in un saggio su „diritto romano ed educazione giuridica” (pubblicato nei *Cambridge Essays* del 1856): «nous devons rappeler au lecteur que le Droit romain n'est pas, comme le Droit anglais, un système de casus. C'est un système dont on peut dire, en vue de la pratique, et si

⁴⁷ Vedi D. STOJCEVIC, „Le Droit Romain et les Droits des Pays Socialistes”, in *Romanitas*, 9 (1970), pp. 485 ss.; R. SACCO, „Il substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti”, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, Torino 1971, pp. 739 ss.; P. BLAHO, „Das Römische Recht und die Methode der Rechtsvergleichung”, in *Aktuelle Fragen der Methodologie in den Altertumswissenschaften*, Rostock 1979, pp. 33 ss. E' interessante, a questo proposito, la recensione di Witold Wolodkiewicz al manuale di K. KOLANCZYK, *Prawo rzymskie*, III ed., Warszawa 1978; il W. condivide la posizione del K., il quale «non scorge nel diritto romano un sistema chiuso, condannato a vivere nel proprio stretto ambito, e non oltre, ma vede e traccia la sua evoluzione e il suo influsso sulla formazione di concetti giuridici contemporanei»; conseguentemente il W. critica però «l'affermazione secondo la quale per comprendere il diritto civile di tipo capitalistico si deve metterlo in „relazione di continuità” col diritto romano, mentre per la comprensione del diritto civile di tipo socialistico è salutare fra esso e il diritto romano „la relazione di contrasto”». Secondo il W. «l'imperituro (si potrebbe dire dialettico) valore del diritto romano sta proprio nel fatto che i concetti e le istituzioni da esso formati potevano e possono tuttora essere adoperati indipendentemente dalle diversità delle condizioni sociali ed economiche. Servivano con successo a società dai più differenti sistemi politici e contenuti sociali. In questo senso il diritto romano è il punto di collegamento (perlomeno formale) fra i vari sistemi giuridici, ed è anche la base per una migliore spiegazione di essi» (W. WOŁODKIEWICZ, in *Iura*, 29 [1978] pp. 253 ss. Con queste due diverse posizioni si può confrontare anche una terza, che troviamo in riferimento al concetto di contratto: «Nel socialismo il principio dell'uguaglianza contrattuale conserva la forma e tutte le valenze che le sono inerenti, ma, a differenza delle società anteriori, il suo contenuto materiale assicura il compimento di ciò che i Romani hanno preconizzato senza realizzarlo: l'uguaglianza totale, da tutti i punti di vista, delle parti contraenti. Questa uguaglianza giuridica è la conseguenza naturale delle possibilità economiche riconosciute in uguale misura a tutte le persone. Fra teoria e pratica, volontà e atto, le leggi del socialismo assicurano una perfetta concordanza» (V. HANGA, „Importanza del diritto romano alla luce della concezione dialettica e materialistica”, in *Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni* a cura di G. Meloni, Roma 1983, p. 230).

⁴⁸ In generale sui concetti giuridici, come parte più stabile di ogni sistema giuridico, vedi I. ZAJTAY, „Begriff, System und Präjudiz in den Kontinentalen Rechten und im Common Law”, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 165 (1965), pp. 97 ss.; ID., „La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux”, in *Revue internationale de droit comparé*, 18 (1966), pp. 353 ss.; T. IONASCO, „Quelques considérations sur le droit comparé et les systèmes socio-politiques”, in *Buts et méthodes du droit comparé*, cit., pp. 443 ss. Sulle traduzioni terminologiche vedi L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, II, Paris 1974, pp. 144 ss.

l'on ne vise point trop à l'exactitude, qu'il se compose de principes formels et de règles écrites». ^{48/a}

In tale prospettiva storico-comparativa, i concetti di „sistema giuridico romanista”, come si vedrà (infra par. 7), di „sistema giuridico latino americano” assumono una funzione unificante analoga a quella avuta da *ius Romanum* soprattutto a partire dal III secolo d.C. (v. supra par. 2).

5. DIRITTO ROMANO E „DIRITTO LATINOAMERICANO”

All'interno di ciascun sistema giuridico (ad es. il sistema romanista) si possono individuare sottodistinzioni anche sulla base di elementi etnici (ad es.: „diritti dei popoli latini” e „diritti dei popoli germanici”).⁴⁹ Come è noto, è assai discussa la possibilità di individuare, all'interno del sistema romanista, un „gruppo” (o „famiglia giuridica”) „iberoamericano”, comprendente anche Spagna e Portogallo⁵⁰ ovvero, piuttosto, in considerazione delle particolari

^{48/a} H. SUMNER MAINE, *Etudes sur l'histoire du droit*, traduit de l'anglais avec l'autorisation de l'auteur, Paris 1889, p. 368; il confronto, assai attuale, così prosegue: »En Angleterre, le travail du juriste consiste à extraire des précédents une formule qui, tout en les embrassant, puisse embrasser aussi l'état des faits litigieux; et la tâche des avocats adverses est de chercher dans ces mêmes précédents, ou ailleurs, les éléments de formules différentes, mais non moins appropriées en apparence. Or, en Droit romain, on n'utilise pas ainsi les précédents. Le *Corpus Juris*, comme on le peut constater à première vue, renferme un grand nombre de cas, au sens des juristes anglais; mais ce ne sont rien moins que des sources de règles, — ce sont des exemples de leur application. Ce sont, en quelque sorte, des problèmes dont l'autorité donne la solution, pour élucider la règle et montrer comment il convient de la manier et l'appliquer. Pourquoi le Droit romain a-t-il assumé cette forme beaucoup plus tôt, et beaucoup plus complètement, que le nôtre? C'est une question pleine d'intérêt, et l'une des premières que l'étudiant doit se poser. Mais, bien que les préjugés d'un Anglais lui représentent probablement une jurisprudence ainsi constituée comme une chose, à tout le moins, anormale, elle est, cependant, tout aussi facile à concevoir et tout aussi naturelle que la constitution de notre système. [...] Le Droit romain est un système de règles rigoureusement adaptées aux principes, et de cas spéciaux pour illustrer ces règles. Or, à moins que le praticien ait découvert, pour se guider, le secret du principe, il imaginera presque infailliblement des parallèles où ceux-ci n'existent point, et les laissera non moins assurément échapper là où ils existent. Bref, nul ne devrait lire son Digeste avant de posséder à fond ses Institutes. Toutefois, lorsque l'on s'est entièrement pénétré des conceptions fondamentales du Droit romain, on saisit le reste avec une facilité surprenante, — voire avec une aisance qui en rend presque l'étude un simple jeu d'enfant, pour qui est habitué aux difficultés énormes du Droit anglais« (op. cit., pp. 368 s.; 425 s.). Vedi anche la traduzione spagnola: H. SUMNER MAINE, *Historia del derecho*, Madrid s. d., pp. 232 s.; 270. Questo atteggiamento anglosassone di fronte al diritto romano non è, ovviamente, l'unico e risulta, per dir così, rovesciato nel *legal realism* nordamericano (si pensi ed esempio all'ironia politica del giudice Frank contro i »principii giuridici studiati dai romanisti«: J. FRANK, „Civil Law Influences on the Common Law. Some Reflections on ‚Comparative’ and ‚Contrastive Law’”, in *University of Pennsylvania Law Review*, 104 (1956), trad. castigliana, *La influencia del Derecho Europeo Continental en el Common Law. Algunas reflexiones sobre el Derecho comparado y contrastado*, Barcelona 1957, p. 78.

⁴⁹ J. CASTAN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporaneos del mundo occidental*, Madrid 1956, pp. 31 ss.

⁵⁰ H. EICHLER, „Die Rechtskreise der Erde”, *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castan Tobeñas*, IV, Pamplona 1969, pp. 307 ss.; ID., *Gesetz und System*, Berlin 1970, pp. 76 ss.; ID., „Codificación de derecho civil y teoría de los

condizioni geografiche, economiche, sociali e politiche dell'America Latina, un „gruppo latinoamericano”⁵¹ A mio avviso, la seconda alternativa è preferibile perché essa permette di meglio comprendere il problema della penetrazione (non solo economica, ma anche giuridico-politica) degli Stati Uniti d'America, nonché della resistenza dei diritti latinoamericani.⁵²

Alla fine del secolo scorso, Clovis Bevilacqua (seguendo il comparatista francese Ernest Glasson) distingueva tre gruppi di legislações: quelle in cui le influenze romane e canoniche sono »quasi nulas« (Inghilterra, Paesi scandinavi, Stati Uniti d'America e Russia); quelle che hanno assimilato il diritto romano »de un modo mais ou menos radical« (Spagna, Portogallo, Italia, Romania); quelle in cui elemento germanico ed elemento romano hanno finito con il fondersi »por quantidades quasi eguaes« (Francia, Germania, Belgio e Svizzera). Secondo il Bevilacqua »esses grupos contribuem, mais ou menos nitidamente, tres fachas que se extendem una ao Norte, outra ao centro, e outra ao Sul da Europa«⁵³ ed aggiunge: »Necessario se faz que a esses seja additado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latino-americanos, dos quaes não cogitou o sabio jurista francez, mas que se não podem logicamente incluir em qualquer das tres categorias enunciadas, porque, provindo ellas de fontes europeas appartentadas proximamente entre si (direito portuguez e hespanhol), modificáram diversamente esse elemento commum, por suas condições proprias, e pela assimilação dos elementos europeus de outra categoria, principalmente francezes. E por desprender-se de paizes novos, essencialmente democraticos, este quarto grupo apresenta certas ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas franquezas em que a liberdade espraia-se mais a larga.«⁵⁴

La definizione di un „gruppo latinoamericano” (cioè delle legislazioni dei „povos latino-americanos”, secondo le parole del Bevilacqua), caratterizza dunque gli studi giuridici comparativi in Brasile già dal secolo scorso; e qui il punto di vista per la definizione dei „grupos” di legislazioni è quello della maggiore o minore presenza dell' „elemento romano”. Lo stesso punto di

sistemas de derecho”, cit., pp. 243 ss. 243 ss. Questi fa centro, per alcune »areas juridicas« sull' »elemento determinante« linguistico. J. CASTAN TOBEÑAS, op. cit., pp. 45—76, parla di »sistemas juridicos de filiación ibérica« (di cui fa parte il »grupo ibero-americano« tra i quali non è compreso Haiti »país latino-americano, que puede ser adscrito al sistema francés«: analogamente F. DE SOLA CANIZARES, *Iniciación al derecho comparado*, Barcelona 1954, pp. 233 ss.

⁵¹ Così già CLOVIS BEVILAGUA nel famoso *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado*, II ed., Bahia 1897 (I ed. 1893), pp. 101 ss. In questa linea si debbono menzionare H. VALLADÃO, *Le droit latino-américain*, Paris 1954; R. DAVID, *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*, Paris s. d. II romanista brasiliano ABELARDO SARAIVA DA CUNHA LOBO, nel III volume dell'importante ed originale *Curso de Direito Romano* (Rio de Janeiro 1931) ha dedicato un intero titolo al (pp. 171—200) »Direito Ibero-Americano«, trattando però secondo l'esempio del Bevilacqua, di tutte le «nações latino-americanas», compresa la Repubblica di Haiti (op. cit., pp. 11—17; cfr. 197 ss.).

⁵² Vedi già le osservazioni di E. MINANA Y VILLAGRASA, *La unificación del derecho mercantil hispano-americano (Bases para una legislación común)*, III ed., Madrid 1929, pp. 290 ss.; J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, *El sistema de derecho privado iberoamericano* cit., p. 183.

⁵³ C. BEVILAGUA, *Resumo das Licções de legislação comparada*, cit., p. 73 n. I. Analogamente C. L. M. DE OLIVEIRA, *Curso de legislação comparada*, Rio de Janeiro 1903.

⁵⁴ C. BEVILAGUA, op. cit., pp. 73 s.

vista comparativo troviamo nel *Curso de Direito Romano* di Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, edito a Rio de Janeiro nel 1931: i primi due volumi dell'opera esaminano la «organizaç o» del diritto romano e quindi la sua «expansã o» (e le «causas do seu desenvolvimento»); il volume terzo tratta della «influencia universal do direito romano», con particolare riferimento alle codificazioni moderne, tracciando le caratteristiche del „direito iberoamericano” in questa prospettiva («desde as *leges regiae* até a formaçã o do Direito Ibero—Americano»).⁵⁵

Quale sia stato (e sia ancora oggi) il ruolo dell'educazione romanistica dei giuristi o più esattamente degli *abogados* latinoamericani per cementare un'unità dell'America Latina al di là delle (storicamente sovrapposte) divisioni statuali, e per affermare una cultura giuridica e politica propria, in grado di resistere a influenze estranee, è chiarito recentemente da uno studioso tedesco di sociologia dell'America Latina, oggi presidente del CEISAL (Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina).⁵⁶ Questa unità di attitudine mentale degli *abogados* si manifesta non solo sul piano tecnico ma anche su quello ideologico, e chiarisce sociologicamente il fenomeno di resistenza delle norme dei diritti latinoamericani alla influenza esterna (nordamericana) finora dominante, a livello sovrastutturale, solo a Porto Rico. Mette conto ricordare che il *Convenio* di integrazione educativa, scientifica e culturale dei paesi della Regione Andina (Bolivia, Cile, Colombia, Ecuador, Perù e Venezuela) porta il nome del grande romanista latinoamericano Andrés Bello.

Il „grupo ibero-americano” (entro un più ampio „sistema romanístico”) è stato caratterizzato dal Castán Tobeñas come marcatamente „universalista” (in contrapposizione allo spirito nazionalista «que esclaviza a Europa»);⁵⁷ tale aspetto universalistico della mentalità dei giuristi latinoamericani è sottolineato anche da René David.⁵⁸ Da questo punto di vista si percepisce il rilievo ideologico e sociale della base romanista, e quindi della sua capacità di resistenza.

6. „PENETRAZIONE” DEL DIRITTO ANGLO-AMERICANO IN AMERICA LATINA

La resistenza del sistema latinoamericano sono ovviamente più o meno forti a seconda dei rami del diritto e a seconda dei paesi (sia per la diversa situazione geografica, sia per le diverse strutture economiche).⁵⁹ E' noto che

⁵⁵ A. SARAIVA DA CUNHA LOBO, *Curso de Direito Romano*, III, *Influencia universal do Direito Romano*, Rio de Janeiro 1931, pp. 171 ss. (pp. 201 ss. in particolare sul diritto brasiliano).

⁵⁶ Vedi H. A. STEGER, „Die Bedeutung des römischen Rechts” cit., (supra n. 4); „Universidad de abogados y universidad futura” cit., (supra n. 4); *Lateinamerika* cit., (supra n. 23), pp. 261 ss.

⁵⁷ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporaneos del mundo occidental* cit., pp. 61 ss.; cfr. 27 s.

⁵⁸ R. DAVID, *L'originalité des droits de l'Amérique Latine* cit., pp. 4 ss. Vedi anche T. ASCARELLI, „Diritti dell'America Latina e dottrina italiana”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3 (1949), ora in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano 1952, pp. 155 ss.

⁵⁹ Preliminare è l'individuazione di „zonas” (geografiche e giuridiche) del continente americano: ad esempio E. J. COUTURE („El provenir de la codificación

la maggiore intensità dell'influenza nordamericana nel diritto pubblico e specialmente nel costituzionale (in cui pure il sistema romanista ha una sua precisa unità a partire, secondo il David, dall'ispirazione di Montesquieu e di Rousseau)⁶⁰ dà luogo ad »orientamenti contrastanti« nel confronto anche tra vari rami pubblicistici.⁶¹

Con particolare riguardo al »problema dell'inquadramento delle esigenze e delle tendenze dell'investitore nordamericano nel sistema romanistico«, l'Ascarelli ha formulato le ipotesi di una »latinizzazione di alcuni orientamenti nordamericani« e di una »funzione mediatrice« dell'America Latina tra »mondo latino« (o »diritto romanistico«) e »mondo americano« (o »diritto anglo-americano«).⁶² Il nostro intento è affatto diverso: si tratta di accertare quali siano i punti di maggiore o minore resistenza del sistema giuridico (romanistico) latinoamericano contro la penetrazione esterna (v. infra pr. 7).

La nostra posizione è analoga a quella assunta da Emilio Betti il quale, dopo una visita all'Universidade do Rio Grande do Sul (1958) scriveva: »E' del pari un modo di sentire assai diffuso (confermatomi da più di un collega di Porto Alegre) che fra il Brasile e gli Stati Uniti d'America non sussista punto questa intima e profonda affinità culturale che è, invece, così vivamente sentita in confronto de' paesi iberici e dell'Italia; onde, ad onta della tendenza a trattare il Sud-America quale 'zona d'influenza' degli USA, non è da prevedere o da temere una diffusione in Brasile della concezione utilitaristica che va sotto il nome di 'american way of life', né una espansione degli USA, eccetto che in dati settori della vita economica dipendenti dal capitale nord-americano«.⁶³

Un preciso interesse per lo studio dell'attuale scontro fra diritto romano e common law si trova già in uno scritto, apparso nel 1948, di Pietro de

y del'common law'en el continente americano" in *Jordanas Franco Latino-Americanas de Derecho Comparado, Montevideo 1948*, Montevideo 1951, pp. 147 ss.) distingue la zona di common law inglese (Guayana, Bermuda, Giamaica, Bahamas, Barbados, Belice, Trinidad, Tobago, Santa Lucia ecc.), la zona di »common law angloamericano« (la grande maggioranza degli Stati degli USA), la zona in cui »el common law y la codificación se han hallado en presencia« (Canadá, Luisiana, California, Nuevo México, Colorado ecc., e particolarmente Puerto Rico) e la zona dei »países de la codificación«.

⁶⁰ R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, terza edizione cit., pp. 92 ss.

⁶¹ Così T. ASCARELLI, op. cit., pp. 158 ss.

⁶² T. ASCARELLI, op. cit., pp. 159; 162. L'Ascarelli era, peraltro, ben consapevole di forti differenze; ad es.: »... il viaggiatore giuridico noterà che in Brasile è, forse ancora più che negli altri paesi latini, accentuata la resistenza psicologica ad ammettere che una somma di danaro possa costituire la riparazione di un danno alla persona. Forse, in tema di risarcimento di danni, questa resistenza caratterizza in genere i diritti latini nei riguardi degli anglosassoni: caratterizza il diritto brasiliano« (T. ASCARELLI, »Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano«, in *Foro italiano*, 1947, ora in ID., *Studi cit.*, p. 98).

⁶³ E. BETTI, »Relazione sulla visita alla Universidade do Rio Grande do Sul«, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 92 (1957—1958), p. 442 (rist. con una »Postilla«, sotto il titolo »Cultura giuridica brasiliana nelle impressioni di un viaggio giuridico« in *Jus n. s.*, 10 [1959], pp. 266 ss.). Del Betti si v. anche »Breve rendiconto di una missione svolta presso la Universidad Central de Venezuela« in *Temì Romana*, 15 (gennaio—aprile 1966), pp. 36 ss., particolarmente circa l'esigenza di »contribuire a rimuovere il diaframma che oggi separa l'una dall'altra America latina« (quella di lingua castigliana e quella di lingua portoghese) e circa la »filiazione mediterranea« del Venezuela.

Francisci. Questi, criticando la tesi del Koschaker secondo cui la recezione del diritto romano sarebbe stata dovuta soprattutto al fatto che esso si presentava ai giuristi con autorità impegnativa, fa riferimento ai »casi di concorrenza fra diritto romano e diritto anglosassone«, e in particolare alla provincia canadese del Québec e alla Luisiana, nonché all'accoglimento nella California e in altri Stati dell'Ovest del codice compilato (sotto l'influenza del Code Napoléon) dal Dudley Field: »Questa resistenza o ripresa di espansione del diritto romano o romanico non può spiegarsi, nei casi di resistenza, se non con la forza della tradizione, nei casi di espansione se non con la convinzione della superiorità di una legislazione sistematica sulla common law. Qui certamente non giuocano le idee politiche dell'impero, della sua universalità, e via dicendo: non giuoca nemmeno il fattore rappresentato dalla potenza anglosassone: giuoca soltanto la riconosciuta superiorità tecnica di un diritto sull'altro«. ⁶⁴

La „concorrenza“ e quindi lo scontro fra diritto romano e diritto anglosassone sono stati scarsamente considerati dai giuristi europei continentali mentre sono da tempo oggetto dell'interesse di comparatisti e romanisti latinoamericani (mi limiterò qui a citare il libro di Carlos Mouchet e Miguel Sussini sulla situazione di Puerto Rico: v. infra, par. 7, B).

Non è qui il luogo per analizzare i motivi del disinteresse dei comparatisti europei, oscillanti tra „occidentalismo“ ed „europeismo“; mi limiterò ad osservare che alcune importanti eccezioni sono date dalla cultura giuridica iberica, e che una precisa prospettiva di approfondimento è assicurata dalla storia del diritto (mi riferisco agli studi di Hermann Eichler: vedi note 27; 50; 89).

Per quanto riguarda i romanisti, posso affermare che le previsioni e le opinioni del Betti e del de Francisci circa la forza della tradizione giuridica (e culturale) romana anticipavano, con sufficiente precisione, quello che è diventato uno degli oggetti principali del lavoro, negli anni settanta, del Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano. Peraltro, tali opinioni e previsioni erano e sono rimaste marginali rispetto agli interessi della dottrina romanistica europea. E varrebbe la pena di interrogarsi sulle cause dell'atteggiamento di un così grande numero di colleghi. ⁶⁵

Il confronto tra diritto romano attuale dell'America Latina e diritto anglosassone deve essere considerato in un quadro generale che viene certamente illuminato da quanto già nella prima metà del nostro secolo scriveva il maggiore esponente della „sociological jurisprudence“, Roscoe Pound, professore nell'Università di Harvard. Egli ha individuato la forza della „Common Law“ rispetto al suo rivale „modern Roman Law“ nel »modo di trattare le concrete controversie«, cioè nel potere dei giudici di fare il diritto »attraverso le decisioni delle cause«: una forza che spiega la »slow but persistent invasion of the common law«. ⁶⁶ Tale „invasion“ ha trovato alleati, più o meno consapevoli, purtroppo anche tra i romanisti. ⁶⁷

⁶⁴ P. DE FRANCISCI, „Recensione“ a P. Koschaker, *Europa und das römische Recht* (München 1947), cit., (supra n. 38), pp. 441 s.

⁶⁵ Vedi P. CATALANO, „Il diritto romano attuale dell'America Latina“ cit., pp. 88 ss.

⁶⁶ Vedi R. POUND, *The spirit of the Common Law*, Boston 1921 (II ed., 1966), pp. 2—6 (descrivendo il „triumph“ della *Common Law*, il professore statunitense precisava che in un punto la „anglo-american legal tradition“ aveva subito una „defeat“: nella codificazione in Giappone). Cfr. ID., „Les diverses sources du droit,

Un altro merito storico del Pound è di aver visto la caratteristica di contenuto del diritto angloamericano (richiamandosi anche alle vicende del diritto germanico) in quello che egli chiama „ultraindividualism” (o „extreme individualism”).⁶⁸

Orbene, una volta chiariti (come fece Francesco De Martino nella sua polemica contro i nazionalsocialisti)⁶⁹ che il diritto romano non è affatto individualista, si comprende la sostanza dello scontro tra il sistema giuridico latinoamericano ed il diritto angloamericano.

7. ALCUNI ELEMENTI DI UNITÀ E RESISTENZA DEL SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO

A. Inizialmente si deve soffermare l'attenzione, piuttosto che sulle istituzioni pubbliche (in cui, come si è detto, l'influsso del diritto nordamericano è più forte), su quelle che costituiscono il tessuto più stabile della società (istituzioni familiari e istituzioni agrarie) per confrontarle poi con alcuni aspetti delle istituzioni in maggior misura connessi con i mutamenti provocati dallo sviluppo neocapitalistico (istituzioni commerciali).

L'individuazione dei principali fattori di unità del sistema giuridico latinoamericano (nella prospettiva storica comparativa) nonché delle zone di differenziazione (prima e dopo le codificazioni) fa ritenere definitivamente superata la tesi eurocentrica che negano l'unità di detto sistema.

La base culturale dell'unità deve vedersi in un „bloque” romano-iberico-precolombiano. Il sistema ha ricevuto la sua forma dal diritto romano (attraverso il „derecho común americano” e poi la „transfusión” nelle codificazioni)⁷⁰ ma anche dal „mestizaje” della tradizione romanistica con le istituzioni indigene precolombiane.⁷¹

leur équilibre et leurs hiérarchies dans les diverses systèmes juridiques”, in *Mémoire de l'Académie Internationale de droit comparé*, II/2 (Paris 1934), pp. 9 ss.; ID., „The future of American Law”, in *Seminar*, 4 (1946), pp. 1—20.

⁶⁷ Mi riferisco agli affrettati accostamenti storiografici tra diritto romano e diritto inglese, ed all'uso di categorie generiche quali „diritto casistico” o „metodo casistico”: vedi P. CATALANO, „Il diritto romano attuale dell'America Latina”, cit., pp. 98 s.

⁶⁸ R. POUND, *The spirit of the Common Law*, cit., p. 37; cfr. pp. 15 ss.; 35 ss.

⁶⁹ Contro la tesi (riflessa anche nel paragrafo 19 del Programma del Partito Nazionale socialista) secondo cui il diritto romano sarebbe individualista, vedi F. DE MARTINO, „Individualismo e diritto romano privato”, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, S. II, 16, fasc. 1 (1941); lo scritto è ripubblicato nel volume: F. MARTINO, *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma 1979, pp. 248 ss., con una „Introduzione” che rivede la precedente «schematica» conclusione: «Il diritto germanico ha creato il feudo: quello romano ha ispirato la rivoluzione dei comuni» (p. XXVIII; cfr. XVII ss.). In particolare riguardo alla proprietà, cfr. P. DE FRANCISCI, „Appunti intorno ai ‚mores maiorum’ e alla storia della proprietà romana”, in *Studi in onore di A. Segni*, I, Milano 1967, pp. 615 ss.; A. A. CORRÊA, „Remarques sur l'abus des droits en droit romain classique”, in *Atti del Seminario Romanistico Internazionale (Perugia—Spoleto—Todi, 11—14 ottobre 1971)*, Roma 1972, pp. 141 ss.

⁷⁰ Sul „diritto comune americano” e sopra la „trasfusione” del diritto romano, vedi gli scritti di A. DIAZ BIALET, „La fortuna y el valor práctico de la obra de Acursio en el derecho común americano”, in *Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani (Bologna, 21—26 ottobre 1963)*, III, Milano 1968, pp. 1007 ss.; „La transfusion du droit romain”, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 18

Le differenziazioni dipendono in parte da vicende anteriori alle codificazioni (conquista spagnola e portoghese, e, soprattutto, maggiore o minore permanenza di istituzioni precolombiane o comunque indigene), in parte dalle tendenze centrifughe degli stati indipendenti e delle codificazioni („codici civili del Pacifico” a „delle Ande”, sotto l’influenza del *Código* di A. Bello; „codici civili dell’Atlantico meridionale”, sotto l’influsso dell’*Esboço* di Teixeira de Freitas e del *Código* di Vélez Sársfield);⁷² in parte dalle influenze dei vari codici europei.

La complementarità degli esempi dell’America Centrale e della Regione Andina risulta dalla visione storico-comparativa dell’intero sistema giuridico latinoamericano.

La ricerca cui faccio riferimento in questo paragrafo è stata da me diretta, nel periodo tra il 1974 e il 1979, presso l’Università di Sassari, grazie anche ad un finanziamento del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

B. Sul presupposto del carattere nient’affatto „individualista” del diritto romano si è iniziato l’esame di alcune caratteristiche essenziali dei fattori di unità del sistema giuridico latinoamericano.

La verifica delle ipotesi generali ha mostrato le notevoli potenzialità di una utilizzazione delle prospettive storiche contenute nel sempre attuale scritto di Francesco De Martino, *Individualismo e diritto romano*.⁷³ Il concetto di „individualismo” è stato approfondito anche tenendo conto dei risultati di ricerche sociologiche.⁷⁴ Ciò ha consentito di meglio comprendere la contrapposizione del sistema latinoamericano al „sistema del diritto anglosassone” di cui una caratteristica principale è, appunto, l’ „ultraindividualismo”.⁷⁵

Dette prospettive vanno integrate, per l’America Latina, da una presa

(1971), pp. 471 ss.; „Influencia del Derecho Romano en el derecho positivo de la Argentina. Acerca de la transfusión del Derecho Romano”, in *Romanitas*, 10 (1970), pp. 235 ss.; „La transfusion del Derecho Romano en la Argentina”, cit., (supra n. 20a).

⁷¹ Sull’importanza dell’elemento indigeno (coloniale o repubblicano) dal punto di vista giuridico, nella coesistenza o nella „interinfluenza” con el „bloque” ispanico, vedi (con riferimento al Perù) J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, cit., pp. 382 ss.; cfr. p. 202 (a proposito della legge 4, titolo 2, libro 2 della *Recopilación de Indias*). Per quanto riguarda il Brasile si è parlato di un contributo soltanto „indiretto” degli Indios e dei Negri alla formazione del diritto: v. M. LOBO DA COSTA, „O selvagem na historia do direito nacional”, in *Revista do Arquivo*, 151 (São Paulo 1952), pp. 53 ss.; già Clovis Bevilacqua aveva affermato l’utilità dello studio delle istituzioni dei popoli indigeni per comprendere »a inclinação particular de evolução do direito no Brazil«: C. BEVILAQUA, *Criminologia e direito*, Bahia 1896, pp. 221 ss.

⁷² Sulla distinzione tra i codici civili degli Stati del Pacifico (o meglio delle Ande) e i codici dei paesi dell’Atlantico meridionale, vedi H. VALLADÃO, *Le droit latino-américain*, cit., pp. 15 ss.; „Teixeira de Freitas, jurista excelso del Brasil, de América, del mundo”, in *Lecciones y ensayos*. 1—2, Buenos Aires 1961; „Influencia do direito alemão na codificação civil brasileira (1857—1922)”, in *Jurídica*, 123 (Rio de Janeiro 1973).

⁷³ L’opera di Francesco De Martino citata (n. 69) è stata tradotta da F. HINESTROSA, rettore dell’Universidad Externado de Colombia: F. DE MARTINO, *Individualismo y derecho romano privado*, Bogotá 1978.

⁷⁴ Ad esempio vedi I. L. WEBBER—A. OCAMPO ZAMORANO, *Valores, desarrollo e historia*, Bogotá 1975, pp. 27 ss.

⁷⁵ Vedi ad es. J. J. SANTA PINTER, *Sistema del derecho anglosajón*, Buenos Aires 1956, p. 17, che segue R. POUND, *The Spirit of the Common Law* cit., p. 37.

di coscienza di quella che ivi è denominata „tradición romano-canónica”: concetto non esattamente corrispondente a quelli di „civil law”, „diritto continentale” (ne risentono le traduzioni di noti comparatisti).

Dal „derecho común americano” (nonché dall’esperienza iberica che vi sta alla base) e dalle istituzioni indigene che con esso coesistono (superando gli scontri) o si mescolano, si sviluppa una concezione dell’ordinamento in cui il „singolo” (che è certo posto in assai maggior risalto di quanto non fosse nelle culture precolombiane) è considerato sempre in stretto rapporto con la „comunità”.

Tale concezione sopravvive all’ondata liberale e conferisce, a nostro avviso, alle codificazioni latinoamericane quei caratteri già in parte individuati dalla dottrina: accentuatamente romanistico⁷⁶ e „democratico”.⁷⁷

C. Si è verificata l’utilità di usare le nozioni di „penetrazione” e di „resistenza” già abbozzate dal Koschaker e dal De Francisci (v. supra n. 38).

Partendo dall’esempio-limite di Puerto Rico⁷⁸ si sono scorte le diverse possibilità storiche delle forze di penetrazione, in relazione alle diverse situazioni politiche ed economiche.

Si è iniziata quindi l’elencazione degli elementi di resistenza considerando i vari rami dell’ordinamento, a cominciare dal diritto di famiglia. Questo continua infatti a costituire l’insieme più evidente di esempi: è noto infatti che secondo il sistema latinoamericano la „unità sociale” è la famiglia, non l’individuo;⁷⁹ è noto altresì che la penetrazione della *common law* tende a capovolgere tale concezione.⁸⁰

L’accertamento di alcuni dei punti di attrito o di conflitto tra l’attuale sistema giuridico latinoamericano (come parte della „tradizione romanocanonica”) e il diritto nordamericano è considerato metodologicamente preliminare a ogni discorso sulla „modernizzazione” (quale che sia la „centrale” di tale processo), così come sui vantaggi o i danni di commistioni o mediazioni.

D. Tra i punti emersi dalle discussioni e dalle risposte ai questionari (cfr. infra E) possiamo ricordarne in questa sede due, che da una parte hanno radici negli aspetti antiindividualistici della „tradizione romano-canónica” e dall’altra sono vivamente legati alla realtà sociale odierna dell’America Latina.

Sono stati posti in evidenza alcuni problemi del rapporto tra matrimonio, „unión de hecho” e sviluppo demografico.⁸¹

⁷⁶ Sul carattere fortemente romanistico delle codificazioni latinoamericane, vedi L. MOISSET DE ESPANÉS, *Derecho civil español y americano. Sus influencias reciprocas*, Córdoba (Argentina) 1973; ID., *Obligaciones naturales y deberes morales. Estudio de derecho comparado*, Córdoba 1968, 41 ss.; *Las obligaciones naturales en el derecho civil argentino*, Córdoba 1967. Cfr. L. DE GASPERI, *El régimen de las obligaciones en el derecho latinoamericano*, Buenos Aires 1960, 79 s.; 131 s.

⁷⁷ Vedi C. BEVILAGUA, *Resumo das Lições de legislação comparada* cit., p. 74; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* cit., p. 61; cfr. H. VALLADÃO, *Le droit latino-américain* cit., pp. 20 s.; 29 ss.

⁷⁸ Vedi C. MOUCHET—M. SUSSINI, *Derecho hispánico y „common law” en Puerto Rico*, Buenos Aires 1953.

⁷⁹ PH. J. EDER, *Principios característicos del „common law” y del derecho latinoamericano*, Buenos Aires 1960, pp. 149 ss.

⁸⁰ Vedi C. MOUCHET—M. SUSSINI, op. cit., pp. 72 s.

⁸¹ Vedi N. SANCHEZ—ALBORNOZ, *La población de América Latina*, II ed., Madrid 1977, pp. 220 ss. (ivi riferimenti ai noti lavori di G. MORTARA, pubblicati

Parimente è stato sottolineato il rilievo delle pubbliche, a più in generale del fondamento e dei limiti pubblici della proprietà fondiaria, entro l'ordinamento presente e futuro della „tenencia de la tierra”.⁸²

Nell'insieme del lavoro è apparso ovvio il collegamento tra i problemi della famiglia e quelli della terra: collegamento ricorrente nella letteratura giuridica e antropologica latinoamericana.⁸³

E. La collocazione di questi problemi nell'insieme delle vicende attuali del sistema giuridico dell'America Latina rende ormai imprescindibile l'ampiamiento della ricerca al settore del diritto commerciale. Proprio in quest'ultimo settore la penetrazione di principi e istituti esterni assume forme vistose.⁸⁴ Basti ricordare qui il commento di P. J. Eder (fatto proprio da J. Olavarría Avila⁸⁵ riguardo all'introduzione in Colombia e Panama, per l'influenza di capitalisti nordamericani, della *Negotiable Instruments Law*: »la incorporación in integrum de una ley extraña dentro de un sistema jurídico fundamental emanado del Derecho Romano (civil law) puede ser estimada desastrosa«.⁸⁶

Un altro esempio, più recente, è dato dalla legge brasiliana n. 6.404 del 1976 sulle società per azioni, le quale „istituzionalizza”, come è stato detto, il capitalismo finanziario in Brasile, favorendo le imprese multinazionali.⁸⁷

F. Questa ricerca sugli *Elementos de unidad y resistencia del sistema jurídico latinoamericano* è stata iniziata anche attraverso l'invio, a studiosi latinoamericani, di questionari (stampati) concernenti il *Derecho de familia*

a Roma nel 1961 e nel 1965); E. A. ZANNONI, „El régimen del concubinato en el anteproyecto de Código civil paraguayo de 1964; ideas con motivo de la regulación legal del concubinato en Hispanoamérica”, in *Revista de derecho español y americano*, 20 (1968), pp. 43 ss.

⁸² Cfr., p. es., V. TAU ANZOÁTEGUI—E. MARTINÉ, *Manual de historia de las instituciones argentinas*, Buenos Aires 1975, pp. 400 ss.; R. FLORES JARAMILLO, „La expropiación forzosa y la Ley de reforma agraria y colonización del Ecuador”, in *Revista de derecho español y americano*, 15 (1967), pp. 55 ss.; M. T. SANDOVAL, „Comentario a la Ley de arrendamiento de tierras”, in *Revista de Derecho*, Organo de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, época III, n. 3 (Junio 1975), pp. 63 ss.; L. AMAT ESCANDELL, „Ascendencia romana del derecho agrario”, in *Estudios Santa Cruz Teijeiro*, Valencia 1974, pp. 81 ss. Sulla »permanencia de preceptos legales de inspiración colectivista«, fino al secolo XVIII, vedi J. M. MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el Derecho indiano*, segunda edición aumentada, Buenos Aires 1978 (partic. pp. 98; 107 s.; 122; circa varie utilizzazioni del diritto romano).

⁸³ Cfr., ad es., E. UMAÑA LUNA, *La familia en la estructura político-jurídica colombiana*, Bogotá 1973, H. TOVAR, *Notas sobre el modo de producción precolombino*, Bogotá 1974; M. TAUSSIG, *Destrucción y resistencia campesina. El caso del litoral pacífico*, Bogotá 1978 (articoli di un antropologo australiano).

⁸⁴ Cfr., ad es., J. BARRERA GRAF, *El derecho mercantil en la América Latina*, México 1963, pp. 56 ss.; 75 ss.

⁸⁵ J. OLAVARRÍA AVILA, *Los códigos de comercio latinoamericanos*, Santiago de Chile 1961, pp. 304; 378 ss.

⁸⁶ J. OLAVARRÍA AVILA, op. cit., p. 383 n. 21.

⁸⁷ Vedi M. CARVALHOSA, *A nova Lei das sociedades anônimas. Seu modelo econômico*, II ed., Rio de Janeiro 1977, L'autore cita, a conclusione, uno studio fatto dalla Sezione di Rio de Janeiro della. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (marzo 1976): »Adoção de institutos não usuais — o transplante de praxes e procedimentos, usuais no direito norte-americano, para o nosso direito positivo, sem que existam em nossa tradição jurídica ou em nossa realidade econômica bases sólidas para sua utilização é a terceira das falhas que se nos afiguram presentes no anteprojeto« (op. cit., p. 164).

ed il *Derecho agrario*.⁸⁸ I risultati, in corso di pubblicazione, confermano le iniziali ipotesi di lavoro.⁸⁹ Uno sviluppo dottrinale nello stesso senso è segnato dalla istituzione del „Centro de Direito Romano e Sistemas Jurídicos” presso l'Universidade de Brasília, decisa nel 1980, in occasione del XX Anniversario della fondazione della città di Brasília.^{90, 90/a}

⁸⁸ Dovuti, rispettivamente, all'autorevole collaborazione di Francesco Busnelli e di Antonio Carrozza, dell'Università di Pisa. Cfr. ad es. O. MORALES BENÍTEZ, „Elementos de unidad y resistencia del sistema latinoamericano en el derecho agrario”, in *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, 21 (1980), pp. 265 ss.

⁸⁹ Nel quadro della ricerca si pone l'articolo di G. DOLEZALIK, „Informática Jurídica y Derecho romano para la unificación del derecho en Latinoamérica”, in *Quaderni Latinoamericani*, 3—6 (1979), pp. 123 ss. Ai risultati della ricerca fanno riferimento, ad es., H. EICHLER, „Privatrecht in Lateinamerika”, in *Aus Österreichs in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Ernst C. Hellbling zum 80. Geburtstag*, Berlin 1981, pp. 502 ss.; J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, *La influencia de romano e sistema jurídico latinoamericano*, in *Direito e Integração*, cit., pp. 5 ss. *la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madrid 1948, p. 29 ss. Di qualche significato è anche la voce (da me redatta) „Sistema jurídico latinoamericano”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 69, São Paulo 1982, pp. 253 ss.

⁹⁰ Come è noto, Brasília è stata inaugurata il 21 aprile 1960.

^{90/a} L'attività del „Centro de Direito Romano e Sistemas Jurídicos” è testimoniata nel 1981; *Seminários de Direito Romano*, Brasília 1984. Il Centro è diretto da una docente di Diritto comparato e di Diritto romano: vedi A. M. VILLELA, „Direito moniata dalla pubblicazione degli Atti dei Seminari: *Direito e Integração*, Brasília