



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

INFLUENZA DEL MODELLO CODICISTICO FRANCESE IN UN CONTESTO GIURIDICO IBRIDO: TRAIETTORIE DELLA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO IN LOUISIANA*

di Biagio Andò **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'indagine condotta da Cairns nel 2015 nel contesto della sua produzione scientifica pregressa. – 3. Le radici culturali dell'opera del 2015. – 4. Il problema della portata del *Digest* del 1808 secondo Cairns: si tratta di un "vero" codice? Specifica importanza della questione nel contesto analizzato. – 5. La codificazione della schiavitù: sue ricadute sulla classificazione del *Digest* nel sistema delle fonti del diritto privato *louisianian*. – 6. Il saggio di Cairns del 2017: un *revirement*? – 7. Quali fonti del *Digest*? "Forme" e "spazi" della tradizione *civilian* in Louisiana. – 8. "Spazi sincronici" del diritto nella ricostruzione storiografica delle origini dell'ibridismo *louisianian*. – 9. Conclusioni: il *Digest* quale espressione d'identità culturale e quale fonte di diritto privato "generale".

Abstract. This essay deals with the issue of the cultural roots of 1808 Louisiana *Digest*, discussing the approach followed by John Cairns in a recent survey. May the *Digest* be considered as a civil code in the proper meaning of the term or rather has it to be reduced to a restatement of the law which was in force previously to its enactment? Its legal qualification within the system of legal sources, far from being only a question relevant at the level of legal history, is important in order to seize at present a layer of Louisiana's legal hybridity other than the well-known one – dating back to the early 19th century – generated by the US common law encroachment on pre-existing law rooted in the civilian legal tradition. In fact, attention will be paid to the form of legal hybridity made up of *jus non scriptum* and *jus scriptum*, which may be considered the constituents of the civilian legal tradition rooted in Louisiana. In this paper, it will be argued that textual similarities between *Digest* and Code Nap. must be taken with a grain of salt in order to avoid misleading descriptions of the former; attention should be paid to the peculiarities of the Louisianian receiving socio-economic context at the beginning of the "American era".

** Ricercatore di Diritto comparato presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Catania.

1. Premessa

L'interrogativo circa i fattori dai quali dipendono le mutazioni del diritto continua a rivestire rilievo centrale nel dibattito comparatistico. Il diritto è suscettibile di trapianti e dunque può essere oggetto di circolazione o esso, piuttosto, deve considerarsi elemento inscindibile dal contesto che ad esso dà vita? Coloro che sostengono la possibilità di un trapianto devono affrontare molteplici interrogativi che investono: i meccanismi che assicurano questa circolazione¹; l'individuazione degli attori di questi processi; il rilievo da ascrivere alle caratteristiche proprie del contesto di recezione. Le soluzioni prospettate a margine di queste questioni hanno importanti ricadute sulle cartografie concettuali attraverso cui i comparatisti strutturano l'ordine del giuridico.

Non sembra peregrino sostenere che questo ambito di problemi costituisca la dimensione più autentica del diritto comparato, declinato quale disciplina dotata di autonomo statuto scientifico e non semplice metodo al servizio di saperi altri.

2. L'indagine condotta da Cairns nel 2015 nel contesto della sua produzione scientifica pregressa.

Su taluni dei temi appena evocati si sofferma una recente indagine sulle origini dei processi di codificazione del diritto privato in Quebec e Louisiana², interessante sotto molteplici profili. Innanzitutto, perché investe uno strumento – il codice civile, appunto – a cui storicamente in Europa continentale è stata ascritta notevole importanza simbolica nel quadro di un sistema delle fonti del diritto il cui baricentro è costituito dall'attività del legislatore; per la prospettiva, di cruciale importanza per il comparatista (nel passato e nel presente), dalla quale l'a. ha scelto di affrontarlo (quella delle cause del *legal change*); *last but not least*, per i sistemi giuridici considerati, accomunati dal tratto caratterizzante dell'ibridismo giuridico, prodotto dalla confluenza ed interazione delle tradizioni di *civil* e *common law* in un quadro normativo unitario³.

Che la prospettiva a partire dalla quale questi temi sono affrontati sia quella di un'indagine di storia del diritto su due specifiche esperienze rappresenta un valore aggiunto, per il contributo di concretezza che essa apporta all'analisi del fenomeno dei *legal transplants* quali fattori di produzione della mutazione giuridica.

¹ I fattori che governano la circolazione di regole o di istituti specifici si ridurrebbero, secondo quanto risulta da un orientamento consolidato (si veda al riguardo M. GRAZIADEI, *Comparative law as the study of transplants and receptions*, in M. REIMANN-R. ZIMMERMANN, *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 455 e ss.), a tre: la forza, e dunque l'imposizione del diritto ad opera del potere coloniale sul territorio del quale s'è acquisito il controllo; il prestigio culturale, vale a dire la spontanea adesione ad un modello esterno percepito "migliore" del proprio; l'efficienza di un modello giuridico, percepito come particolarmente idoneo a soddisfare determinate esigenze pratiche palesatesi in un determinato contesto.

² J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history. Law reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, Clark, Talbot Publishing, 2015.

³ La specifica forma d'ibridismo evocata nel testo è conseguenza delle trasformazioni politiche prodotte dall'avvicendamento di governi coloniali che hanno introdotto nei territori da essi controllati le proprie legislazioni, espressione di una delle due tradizioni giuridiche sopra richiamate.

Occorre precisare che il lavoro pubblicato da Cairns è costituito, con modifiche (circoscritte alla parte dell'introduzione) non particolarmente significative⁴, dalla tesi di dottorato ultimata alla fine degli anni '70 del secolo scorso.

Il lavoro del 2015 acquista un senso preciso ove opportunamente situato nella produzione scientifica pregressa dell'autore.

Cairns è storico del diritto che ha a lungo studiato le traiettorie della tradizione *civilian* attraverso le figure di giuristi o eventi caratterizzanti istituzioni universitarie. La sua attenzione è rivolta primariamente al suo Paese d'origine, la Scozia⁵, con episodiche incursioni al di fuori di esso⁶.

Il prosieguo di queste note verrà dedicato alla parte dello studio in cui si analizza il primo processo di codificazione verificatosi in Louisiana⁷ sfociato nel "Digest of the civil laws now in force in the Territory of Orleans, with alterations and amendments adapted to its present system of government" (d'ora in poi: *Digest*⁸). Il problema della "natura" – della portata – del *Digest* in Louisiana non attira esclusivamente l'attenzione dei cultori di storia del diritto. E' emblematico in tal senso l'acceso dibattito, che ha coinvolto giuristi accademici di diversa estrazione unitamente a giuristi pratici⁹, a cui ha dato vita un'indagine¹⁰ relativa al complesso processo di revisione del codice civile del 1870 (che, pur con le modifiche di ampio spettro apportate dal legislatore lungo un arco temporale

⁴ Queste modifiche consistono sostanzialmente in un aggiornamento dei riferimenti bibliografici presenti nella stesura originaria. Riserve sul fatto che l'impianto dell'indagine pubblicata sia rimasto sostanzialmente identico, sono espresse da E. ORUCU, *John Cairns, codification, transplants and history law reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, in 20 *Edinburgh L. Rev.* 244 (2016).

⁵ Fra questi, si segnalano J.W. CAIRNS, *John Millar's Lectures on Scots Criminal Law*, in 8 *Oxford J. Legal Stud.* 364 (1988); ID., *The Influence of the German Historical School in Early Nineteenth Century Edinburgh*, in 20 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 191 (1994); ID., *The Face That Did Not Fit: Race, Appearance, and Exclusion from the Bar in Eighteenth-Century Scotland*, in 9 *Fundamina* 11 (2003); ID., *Ius Civile in Scotland, ca 1600*, in 2 *Roman Legal Trad.* 136 (2004); ID., *The First Edinburgh Chair in Law: Grotius and the Scottish Enlightenment*, in 11 *Fundamina* 32 (2005); ID., *The Origins of the Edinburgh Law School: The Union of 1707 and the Regius Chair*, in 11 *Edinburgh L. Rev.* 300 (2007); ID., *Attitudes to Codification and the Scottish Science of Legislation, 1600-1830*, in 22 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 1 (2007).

⁶ In particolare si vedano: J.W. CAIRNS, *Alexander Cunningham's Proposed Edition of the Digest: An Episode in the History of the Dutch Elegant School of Roman Law (Part I)*, in 69 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 81 (2001) e (Part II), in 69 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 307 (2001); ID., *Legal Study in Utrecht in the late 1740s: the Education of Sir David Dalrymple, Lord Hailes*, in 8 *Fundamina* 30 (2002); ID., *Henry Goudy, Hannis Taylor, and Plagiarism Considered as a Fine Art*, in 30 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 1 (2015).

⁷ In Louisiana, l'ibridismo è conseguenza della sovrapposizione del diritto statunitense al diritto previgente francese e spagnolo. Nel 1803, il territorio di Orleans fu venduto al governo federale dalla Francia (questo evento è noto nel dibattito storiografico come *Louisiana Purchase*). Questo ibridismo si manifesterebbe attraverso una "segmentazione" dell'ordinamento in distinte aree normative entro cui le tradizioni in esame avrebbero esercitato la propria influenza: il diritto privato sarebbe *civilian*, laddove sui settori del diritto pubblico e del diritto processuale sarebbe dato cogliere l'impronta della tradizione di *common law*. In questo senso, V. V. PALMER, *Mixed jurisdictions worldwide. The third legal family*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 3-13.

⁸ Il testo consta di due versioni ufficiali, inglese e francese.

⁹ Si rinvia al riguardo alla tavola rotonda organizzata dalla Tulane law Society il 7 aprile 1989 a cui hanno partecipato V.V. Palmer, A.N. Yiannopoulos, e Cynthia Samuel della Tulane Law School; Julio Cueto-Rua della Louisiana State University; David Gruning della Loyola University School of Law; Shael Herman dello studio Sessions, Fishman, Boisfontaine, Nathan, Winn, Butler and Barkley di New Orleans; James L. Dennis della Louisiana Supreme Court. Gli atti di questa tavola rotonda sono stati poi pubblicati con il titolo *The Great Debate over the Louisiana Civil Code's Revision*, in 5 *Tul. Civ. L.F.* 49 (1990).

¹⁰ V.V. PALMER, *The death of a code – The birth of a Digest*, in 63 *Tul. L. Rev.* 221 (1988-1989).

significativamente esteso¹¹, è ancora vigente). Questa indagine ha elevato il *Digest* a paradigma di comprensione dell'esito di tale processo. Le numerose modifiche avrebbero infatti decretato la morte del codice civile e la nascita di un nuovo *Digest* in virtù della contestuale vigenza delle norme modificate dalla revisione e di quelle preesistenti (quando queste non confliggano manifestamente con le prime). Secondo Palmer, l'approccio delle corti *louisianian* al *Digest*, lungi dall'essere circoscritto alla vigenza di questo, caratterizzerebbe anche le successive codificazioni del diritto privato. Il processo di revisione del codice civile del 1870 non sarebbe che l'ennesimo episodio di "crisi" del sistema delle fonti formali del diritto privato, successivo a quelli verificatisi sotto il *Digest* e il codice del 1825¹². Queste crisi sarebbero espressione dell'atteggiamento (costante nel lungo periodo) atto a riconoscere in casi disciplinati da disposizioni codicistiche preesistenti norme evidentemente non ricavate in via d'interpretazione da queste, e delle quali viene predicata la compatibilità con queste. Esse restituirebbero, secondo questa tesi, l'immagine di una transizione (mai definitivamente attuata) dal diritto previgente ai codici civili che costituiscono esito del processo di codificazione, testimoniata da alcuni *leading cases* decisi sotto il *Digest* e il codice del 1825, in cui i giudici ricorrono a soluzioni consolidate nella tradizione anche dopo il decorso di un significativo lasso di tempo dalla loro entrata in vigore¹³. Questo atteggiamento è ancora più significativo se si considera che il legislatore nel 1825 aveva espresso più chiaramente che nel passato la propria intenzione di abrogare il diritto anteriore¹⁴, e che i giudici non giustificavano il ricorso ad esso con la necessità di

¹¹ Questo processo è stato avviato nel 1948 ed è durato più di mezzo secolo. Successivamente al *Digest*, sono stati approvati due codici civili, rispettivamente nel 1825 e nel 1870.

¹² Palmer sofferma l'attenzione su casi in cui l'applicazione di norme desumibili in modo lineare dalla lettera delle disposizioni legislative è esclusa dallo stesso legislatore nel commento che accompagna modifiche del testo delle stesse. Il più lampante sarebbe rappresentato dall'antinomia fra la disposizione legislativa che riconosce il monopolio del legislatore nella determinazione delle cause sospensive ed interruttrive della prescrizione e il principio giudiziale "contra non valentem agere non currit praescriptio", la cui persistente vigenza è riconosciuta dal legislatore nel commento apposto alla disposizione appena citata. Il brocardo rivelerebbe una norma senza disposizione prodotta dall'argomentazione delle corti, fonte di regole per la soluzione del caso concreto, che contraddice quella desumibile in via d'interpretazione letterale dalla disposizione codicistica.

¹³ Questo atteggiamento delle corti sarebbe il riflesso di un'identificazione da esse istituita fra l'obiettivo di assicurare la *legal certainty* dell'ordinamento e la preservazione del diritto vigente prima della codificazione secondo J.LOVETT, *On the principle of legal certainty in the Louisiana Civil Law Tradition: From the Manifesto to the Great Repealing Act and beyond*, in 63 *La. L. Rev.* 1397 (2003).

¹⁴ Esempari sono i casi *Cottin v. Cottin* (1817), *Flower v. Griffith* (1827), e *Reynolds v. Swain* (1839), il primo nella vigenza del *Digest*, gli altri due sotto il codice civile del 1825. Il codice del 1825 all'art. 3521 aveva adottato una previsione, non presente nel *Digest* del 1808, che manifestava inequivocabilmente l'intenzione del legislatore di adottare un codice che sancisse la cessazione della vigenza del diritto anteriore: "From and after the promulgation of this code, the Spanish Roman and French laws, which were in force in this state, when Louisiana was ceded to the United States, and the Acts of the Legislative Council, of the Legislature of State of Louisiana, be and hereby repealed in every case, for which it has been especially provided in this code, and that they shall not be invoked as laws, even under the pretence that their provisions are not contrary or repugnant to those of this code". Nella *sec. 2* del *Digest*, si prevedeva il *repeal* del diritto previgente solo nel caso in cui fosse "contrary to, or incompatible with, the provisions of the Code". Il caso citato per secondo in questa nota, successivo all'entrata in vigore dell'art. 3521, rappresenta un esempio lampante di elusione di questa disposizione. Probabilmente, proprio a causa del mancato conseguimento dell'obiettivo per il quale era stato introdotto l'art. 3521, il legislatore aveva avvertito l'esigenza di assicurare l'effettiva cesura fra diritto previgente alla codificazione e diritto codificato. Nel 1828, il *La. Act* No. 83 aveva disposto l'abrogazione di "all the civil laws which were in force before the promulgation of the civil code lately promulgated". Cionondimeno, ancora nel 1839 in *Reynolds* la Corte suprema della Louisiana riconosceva l'esistenza di un "diritto non scritto" (consistente nell'insieme di "principles of law which had been established or settled by the decisions of courts of justice") sottratto

rimediare a lacune caratterizzanti il sistema del codice. Nonostante la chiara intenzione del legislatore, i giudici continuavano a non considerare il codice civile quale fonte di regolamentazione esclusiva ed esaustiva nell'area delle relazioni fra privati.

Il persistere di un dibattito sulle fonti del *Digest*, e di voci che segnalano che il modello di regolazione dei rapporti privatistici invalso nel 1808 non era stato una volta per tutte rimpiazzato dalle codificazioni successive (venendo anzi ribadito dal processo di revisione del codice civile del 1870), evidenzia il carattere risalente nel tempo di un problema che investe le fonti del diritto privato, dato dalla coesistenza fra diritto anteriore e diritto codificato; di una coesistenza dai confini non nitidamente delineati.

3. Le radici culturali dell'opera del 2015

Il discorso sulla genesi del *Digest* viene situato espressamente dall'a. nell'alveo di una ben precisa visione dei meccanismi di circolazione del diritto, il cui nucleo qualificante è rappresentato dalla teoria dei *legal transplants* elaborata da Alan Watson¹⁵, di cui l'autore si professa allievo. Com'è noto, Watson pone una forte enfasi sull'autonomia del diritto rispetto al contesto in cui esso è vigente, in ciò distaccandosi nettamente dalle cd. "mirror theories", secondo cui vi sarebbe una relazione di causalità necessaria fra l'ambiente socio-economico e un determinato diritto positivo che in esso è destinato ad operare¹⁶. In virtù di questa relazione, il diritto assolverebbe, sempre secondo queste teorie, la funzione di strumento attraverso cui soddisfare precisi bisogni sociali ("practical needs")¹⁷.

Secondo Watson, la circolazione del diritto (e la conseguente possibilità di trapianti di determinati regole ed istituti anche in contesti visibilmente differenti da quelli in cui essi sono stati originariamente elaborati) dipende in larga misura da decisioni di *élites*, la cui azione non è necessariamente orientata dall'obiettivo di dar risposta ad esigenze diffusamente avvertite nella comunità; le riforme prodotte da queste minoranze piuttosto

agli effetti abrogativi del *La. Act* No. 83; effetti che potevano investire solo le "positive, written or statute laws of Rome, Spain and France and of Louisiana, and only such as were introductory of a new rule, not those which were merely declaratory". Della legislazione poteva cioè prevedersi la cessazione della vigenza solo quando essa ponesse regole *ex novo*, cioè in via autonoma, ma non quando essa fosse da considerarsi mero strumento di attuazione di principi generali del diritto.

¹⁵ A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche: un approccio al diritto comparato*, Napoli, 1984. Sul tema della mutazione giuridica, si veda altresì dello stesso autore, in una prospettiva che include la (ma non si esaurisce nella) questione dei trapianti, *Comparative law and legal change*, 37 C.L.J. 313 (1978), ove l'a. procede ad un tentativo di elaborare una teoria del "legal change" (circoscritta alla tradizione giuridica occidentale) attraverso l'individuazione/sistematizzazione degli elementi che possono incentivarlo o, al contrario, scoraggiarlo. La probabilità di una mutazione giuridica dipenderebbe secondo questo autore dall'intensità della resistenza opposta dalla *source of law* interessata dal processo, dal grado di efficacia di "Pressure Forces", dalla presenza di "Opposition Forces", dall'esistenza di "Transplant Bias" (su quest'ultimo si avrà modo di ritornare a breve). Cairns pone a giustificazione dello studio pubblicato nel 2015 la necessità di fornire una risposta esaustiva alle questioni – sollevate da Watson proprio nello scritto citato da ultimo – relative: alle ragioni del successo/insuccesso della codificazione in contesti non europei; al grado di libertà caratterizzante il processo di recezione di un dato modello giuridico; ai fattori che incidono sulla rapidità di tale processo.

¹⁶ Sulla fecondità nel campo degli studi comparatistici delle riflessioni dedicate da Alan Watson ai *legal transplants*, si veda J.W. CAIRNS, *Watson, Walton, and the history of legal transplants*, in 41 *Ga. J. Int'l and comp. L.* 637 (2013).

¹⁷ Secondo queste teorie, il *legal change* è dipendente dai cambiamenti occorsi nel contesto sociale. Si veda al riguardo senza pretesa di esaustività, E.M. WISE, *The transplant of legal patterns*, 38 *A.J.C.L.* 1 (1990).

possono trovare la loro giustificazione nell'ideologia che anima i *law reformers*, e cioè in quel complesso di idee e valori che fonda la loro azione¹⁸. Il trapianto sarà allora da considerarsi prodotto dell'azione di individui o minoranze operanti nell'ambito del sistema interessato che rendono possibile la recezione di un modello giuridico esterno¹⁹. Donde il rigetto di quell'orientamento che individua necessariamente la genesi dei fattori produttivi della mutazione giuridica nel sistema sociale, e, simmetricamente, il riconoscimento del carattere transnazionale del diritto²⁰. Più che risposta a bisogni sociali determinati da cambiamenti già prodottisi a livello sociale, i trapianti di *foreign legal patterns* nella visione di Watson sarebbero strumenti atti a produrre il cambiamento²¹. In questa cornice, il diritto comparato sarebbe idoneo a rivelare la natura intrinsecamente dinamica delle *legal relationships* che s'instaurano fra diversi sistemi giuridici, a seguito del "borrowing" di regole giuridiche. Secondo Cairns, l'elaborazione della teoria di Watson, così come il successo da essa ottenuto nel dibattito comparatistico, si devono al concorso di fenomeni sociali di significativo rilievo²². Sotto quest'ultimo profilo, il successo di questa teoria alla fine degli anni '80 sarebbe dovuto allo sgretolamento della cortina di ferro che separava l'Europa dell'est dall'Europa dell'ovest e dalla sempre maggiore attenzione nei *legal circles* europei al tema della codificazione europea del diritto privato. Eventi, questi ultimi, che avrebbero reso l'analisi di Watson di grande interesse perché di profonda attualità.

Ciò che può essere fatto oggetto dei processi di circolazione secondo Watson è il diritto costituito dall'insieme degli enunciati di origine legislativa; l'atto del legislatore, concepito quale entità a sé stante disgiunta dagli apparati interpretativi che contribuiscono a determinarne la fisionomia nel contesto originario, può così travalicarne i confini ed essere "innestato" in ambiente alieno. L'identificazione propugnata da Watson fra diritto e complesso degli enunciati legislativi è stata considerata riduttiva²³.

¹⁸ J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history*, cit., 516, rileva in linea con l'approccio di Watson che "there is no immediate connection between a change in any particular state of affairs and a corresponding change in the relevant law. The effect of social circumstances on law is always and inevitably mediated through lawmakers. Because lawmakers act as mediators between society and law, the immediate causes of change or stasis will always tend to be found in the intellectual climate or ideology of their society as familiar to the lawmakers. [...] the lawmakers are concerned with embodying in the law the ideals of their legal and social culture, confident in the notion that the legal provisions will have an effect in society".

¹⁹ A. WATSON, *Comparative law and legal change*, cit., 326-327, individua gli elementi che incoraggiano il trapianto – che sono cioè fonte di un "Transplant Bias" – nella "linguistic tradition shared with a possible donor", nel "general prestige" e nella "accessibility of the possible donor". Da questi fattori dipenderebbe la riuscita del processo di ricezione di un codice civile straniero.

²⁰ In questo senso, A. WATSON, *The evolution of Western private law*, Baltimore-London, Johns Hopkins University Press, 2001, IX.

²¹ J.W. CAIRNS, *Watson, Walton, and the history of legal transplants*, cit., 644, ritiene che al centro dell'opera di Watson sui *legal transplants* si trovi l'idea che il "borrowing" (da un altro sistema) sia "the most common mode of legal development", e che non vi sia necessità "for the borrowing system to have any real understanding of the system from which rules or institutions were borrowed".

²² J.W. CAIRNS, *Watson, Walton, and the history of legal transplants*, cit., 643, 676. Sotto il primo profilo, la fortuna del termine "trapianto" al di là del contesto medico da cui esso trae origine sarebbe conseguenza della larga eco data nell'opinione pubblica da alcuni esperimenti di trapianto di organi nel corpo umano fra la fine degli anni '60 e l'inizio del secolo oramai alle spalle.

²³ Per una critica della riduzione del diritto ad insieme di "bare propositional statements" operata da Watson, cfr. P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, 4 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 111 (1997). Legrand infatti polemicamente rileva che "[T]he notion of 'legal transplant' is used as a convenient variance decline reducer"; essa

Conformemente all'approccio teorico di Watson, il codice è considerato da Cairns un "prodotto" che può essere "esportato" indipendentemente dalla cultura giuridica di cui è espressione. Il *Civil Code of Lower Canada* del 1866 e il *Digest of Orleans* del 1808 sarebbero esempi di "transplanted or borrowed codes"²⁴.

Egli mette al centro del suo ragionamento l'esito – il codice, nella sua dimensione di opera di un legislatore storicamente determinato – non dedicando particolare attenzione all'insieme di fattori, distinti dall'attività di codificazione, che incidono su di essa, fra i quali riveste rilievo primario la cultura dell'interprete.

Alla luce del quadro teorico elaborato da Watson, Cairns affronta il problema delle fonti del processo di codificazione del diritto privato ad esito del quale è stato introdotto il *Digest*. Che il termine "problema" non sia eccessivo è dimostrato dal fatto che la questione delle fonti della codificazione è stata fatta oggetto, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, di un infuocato dibattito fra gli studiosi *louisianian*²⁵. Questa questione è ancor oggi – come dimostra in modo eloquente proprio il lavoro di Cairns – dibattuta. L'importanza, nell'economia del ragionamento condotto dall'autore, del passaggio in cui egli individua la genealogia del *Digest* nel modello codicistico francese è evidente alla luce dell'ipotesi di fondo che regge l'indagine, e cioè che il diritto possa essere esportato e sia suscettibile di trapianto.

Asserire una continuità del diritto codificato con quello previgente avrebbe comportato il disconoscimento dell'assunto secondo cui il diritto è una variabile indipendente dal *background* socio-economico, e dunque può essere innestato in ambienti vistosamente diversi dal contesto originario.

Se nell'indagine di Cairns, è evidente l'influenza esercitata dalla "pars destruens" del ragionamento di Watson, non è altrettanto chiara la sua posizione su quali fattori orientino l'azione dei legislatori²⁶.

rispecchierebbe "a faith in abstract universalism which is at odds with the observable decline of formal rationality" (122).

²⁴ J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history*, *op. cit.*, 497 al riguardo precisa che "[T]he codifiers utilized a foreign code both as a model and as a quarry of accessible and readily borrowable provisions. Both codes are obvious offspring of the 1804 Code Napoléon".

²⁵ I momenti salienti di questo dibattito sono rappresentati dalle riflessioni di Robert Pascal e Rodolfo Batiza. In particolare, R. PASCAL, *A Recent Discovery: A Copy of the 'Digest of the Civil Laws' of 1808 with Marginal Source References in Moreau Lisset's Hand*, in 26 *La. L. Rev.* 25 (1965); R. BATIZA, *The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance*, in 46 *Tul. L. Rev.* 4 (1971); R. PASCAL, *Sources of the Digest of 1808: A Reply to Professor Batiza*, in 46 *Tul. L. Rev.* 603 (1972); R. BATIZA, *Sources of the Civil Code of 1808, Facts and Speculation: A Rejoinder*, in 46 *Tul. L. Rev.* 628 (1972). Si veda anche quanto osservato nel paragrafo precedente a proposito dell'approccio al *Digest* adottato da corti *louisianian* in alcuni *leading cases*.

²⁶ A dimostrazione dell'assenza di chiarezza del ragionamento di Cairns circa i fattori atti a orientare le scelte del legislatore si consideri questo passaggio: "[T]his study [...] has drawn attention to the actions of lawmakers [...] the proper method of study of legal stasis or legal development is to examine the actions of lawmakers as *social actors* [...] as *members of*, and *influenced by*, *their society* and of a particular grouping or class of that society, they are involved in an activity (law making) which is both conscious and purposive. *They cannot be said to be acting as mere reflections of a class grouping, nor as unconscious agents of some hidden deeper structure* [...]. Nor are these lawmakers as redactors actors in some functionalist sense: the law we find in the 1808 Digest [...] is not a mere expression of the aims of bourgeois society, nor an attempt to embody the most efficient way of carrying out some aim in either an economic or utilitarian sense. *Influenced by any number of factors drawn from their social grouping and the legal culture, redactors clearly act consciously to embody in their codes their beliefs as to what the law should be. That is, they act consciously, but not subjectively*" (518, corsivi aggiunti). Non è agevole comprendere come Cairns consideri pacifica la natura obiettiva dell'azione dei legislatori, subito dopo avere

4. *Il problema della portata del Digest del 1808 secondo Cairns: si tratta di un “vero” codice? Specifica importanza della questione nel contesto analizzato*

Come già sottolineato, una parte importante del lavoro di Cairns è – *pour cause* – dedicata allo *status* da riconoscersi al *Digest* nel panorama delle fonti *louisianian* dell’epoca.

Pur riconoscendo l’ampiezza e l’eterogeneità dei materiali impiegati nella redazione del *Digest*, riflesso di una visione del diritto che non riconosce allo Stato il potere esclusivo di produrlo²⁷, Cairns attribuisce al codice francese del 1804 carattere di fonte principale del *Digest*.

La questione ultima alla cui soluzione è diretto il libro del 2015 è se al diritto privato codificato nel 1808 possa o meno riconoscersi carattere innovativo rispetto al diritto previgente. Solo nel primo caso, al *Digest* potrebbe riconoscersi lo *status* di “vero” codice. Sebbene ad un primo sguardo possa sembrare una questione di rilievo squisitamente teorico, essa riveste importanza sostanziale quale possibile chiave di lettura dell’ibridismo del sistema giuridico in esame da una prospettiva diversa da quella più consueta²⁸.

L’interrogativo posto da Cairns è se il legislatore che agli inizi dell’800 ha codificato il diritto privato abbia inteso provvedere semplicemente al riordino e alla sistematizzazione del diritto previgente (e cioè si sia limitato a mettere la “Spanish law in French dress”²⁹), o piuttosto abbia inteso operare una soluzione di continuità rispetto a questo optando per l’introduzione di un sistema del diritto privato esaustivo ed autosufficiente, e pertanto autonomo dal diritto anteriore. La premessa in virtù della quale il diritto codificato nel 1808 non traeva il proprio fondamento – la propria legittimazione – da fonti previgenti è strumentale, nel ragionamento condotto da Cairns, all’affermazione del suo carattere di “novità”. L’“originalità” (rispetto alle previgenti normative di diritto privato) della sua forma – data dall’aver provveduto all’organizzazione di un’intera area normativa – ha instillato una “sostanza” nuova nelle disposizioni in esso contenute (anche qualora esse ripropongano soluzioni tradizionali)³⁰.

Il già ricordato eclettismo della cultura giuridica dei codificatori non esclude secondo Cairns che il *Digest* debba considerarsi come atto normativo esaustivo ed autosufficiente; cioè come sistema compiuto di diritto privato che non rende necessario all’interprete di attingere soluzioni nel diritto previgente.

escluso che essa debba necessariamente esser ricondotta alle istanze di un gruppo sociale determinato o comunque ad altro parametro ulteriore alla – e distinto dalla – sensibilità soggettiva dei legislatori.

²⁷ J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history*, cit., 55: “The period of redaction of the Digest would tend to suggest that the redactors would be supporters of natural law theories; indeed, evidence from the Digest itself shows that this suggestion is correct. That the redactors were supporters of natural law implies that they would not consider their actions hampered by a narrow conception of the positive law in force in Louisiana. Further, that the redactors should consider non-Castilian sources in drawing up the code is hardly surprising anyway, considering that codification is linked to evaluation of the law in comparison with other legal systems”.

²⁸ Si vedano le osservazioni formulate sul punto ai parr.7-8.

²⁹ J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history*, cit., XIV.

³⁰ Per un’analisi del codice come forma di legislazione espressione dell’ideologia della completezza, S. HERMAN, *Legislative management of history: notes on the philosophical foundations of the civil code*, 53 Tul. L. Rev. 380 (1978-1979).

La tesi è corroborata da una serrata sequenza argomentativa – volta a negare che il *Digest* del 1808 sia atto legislativo che si pone in continuità con il diritto previgente – sulla quale occorre soffermarsi.

La precisazione contenuta nel *Preamble* del *Digest* secondo cui esso doveva intendersi come “a guide for the decision of the courts and juries, without recurring to a multiplicity of books, which, being for the most part written in foreign languages, offer in their interpretation inexhaustible sources of litigation” è letta da Cairns nel senso che il *Digest* – e non le “old sources” previgenti che costituiscono il sostrato delle sue disposizioni – rappresentava la fonte immediata e diretta delle decisioni delle Corti. Pertanto, esso non poteva essere considerato una “guide to [previous] sources”³¹, sprovvisto di rilievo normativo autonomo rispetto ad esse. A sostegno della posizione adottata, l’a. invoca la *sec.* 5 del testo, secondo cui, nei casi di “obscurity or ambiguity, fault or omission”, le corti dovevano consultare le versioni inglese e francese di esso; esse pertanto servivano “mutually [...] to the interpretation of one and of the other”. Questa disposizione sarebbe prova della non necessità di ricorrere a fonti esterne al *Digest* ai fini della sua applicazione³².

Inoltre, la previsione che riconosceva la perdurante vigenza delle norme anteriori al *Digest* quando non “contrary” a o “irreconcilable” con questo, non imponeva, secondo Cairns, un ricorso sistematico alle “old laws”.

Nel suo ragionamento valore decisivo ha l’intenzione del legislatore. Poiché l’introduzione del *Digest* era volta, secondo l’autore, ad evitare il ricorso al diritto previgente, deve assumersi che intento del legislatore fosse quello di far in modo che il *Digest* “stand on its own”³³; il conseguimento di questo obiettivo non richiedeva tuttavia necessariamente, secondo l’a., una totale abrogazione del diritto previgente.

Il *Digest* è considerato un codice civile nell’accezione moderna, non traendo legittimazione dal diritto previgente. Non potrebbe in senso contrario considerarsi la prassi delle corti *louisianian* di ricorrere al diritto previgente al *Digest* anche a notevole distanza dalla sua entrata in vigore³⁴. Cairns così dà per dimostrato ciò che invece doveva costituire oggetto della sua dimostrazione.

³¹ J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history*, cit., 64.

³² *Ibid.*

³³ J.W. CAIRNS, *Codification, transplants and history*, *op. ult. cit.*, 66.

³⁴ Per la necessità di considerare, ai fini della valutazione della portata di un codice come fatto storico, la “combinazione tra l’autorità dei «verba» del legislatore e la vitalità del sostrato culturale che li ha alimentati, vitalità che spesso si esprime nell’assoggettarli ad una metamorfosi anche profonda” (445), A. GAMBARO, *Codice civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, II, Torino, 1988, 442 ss., il quale sottolinea “la necessità che ciascun codice sia studiato nel suo contesto e che tale contesto si estenda anche dopo l’entrata in vigore del codice stesso”, evitando “uno studio delle codificazioni incentrato esclusivamente sull’opera del legislatore” (entrambe le citazioni, 446). Le osservazioni di G. hanno il chiaro fine di mettere in guardia l’interprete dal rischio di comprensioni del fenomeno della codificazione fondate su schemi concettuali – articolati sulla base della dicotomia netta “frattura/continuità” – che rischiano di essere fuorvianti (su queste categorie, si avrà modo di ritornare nei parr.7-9). Non potendosi negare che la codificazione del diritto privato abbia inaugurato in Europa un’epoca nuova, la chiave di lettura delle trasformazioni prodotte dalla codificazione rispetto all’epoca precedente non sarebbe tuttavia secondo G. rappresentata da una presunta “semplificazione” da essa prodotta rispetto alla pregressa “complessità” normativa, quanto piuttosto da una “complessità” diversa dal passato, caratterizzata dalle interazioni fra testo ed interpretazioni dei giuristi.

Egli esamina, a riprova della fondatezza della tesi per cui la codificazione del diritto privato si sia realizzata principalmente sotto l'influsso del diritto francese e che la disciplina legislativa non rispecchi puntualmente la realtà sociale circostante, due aree normative disciplinate dal *Digest: family law e employment*.

Quanto alla prima, l'a. si sforza di dimostrare che la pietra angolare su cui è costruita la disciplina dei due assi principali dei rapporti familiari (rapporti fra coniugi; relazione padre-figli) è costituita dalla *puissance maritale*, non riconducibile all'influenza del diritto romano, del quale il diritto spagnolo castigliano è discendente diretto, ma del *droit coutumier* francese. Cairns evidenzia altresì che il principio di gerarchia sotteso alla *puissance maritale* non corrisponde alla realtà sociale della famiglia *louisianian* (modellata su istanze affettive, piuttosto che sul principio di autorità). Il modello più "liberale" del diritto castigliano è tuttavia accantonato nel *Digest* a favore di quello più rigido del diritto francese.

La seconda area considerata è, nel discorso dell'a., altrettanto importante. I cambiamenti intervenuti nella condizione giuridica dei *servants* all'inizio del diciannovesimo secolo – in precedenza disciplinati dal diritto castigliano nell'ambito dei rapporti familiari (nella veste di componenti *de iure* della famiglia del "padrone") e dal *Digest* ricondotti a quello dei rapporti contrattuali (del contratto di lavoro subordinato) – sarebbero emblematici di una rinnovata visione dei rapporti economici ispirata all'ideologia del liberismo economico, e cioè alla dottrina che secondo Cairns caratterizza il codice civile francese.

Le assonanze rilevate dall'autore con il modello del codice civile francese ravvisate sembrano tuttavia essere meramente esteriori. La genealogia del *Digest* prospettata da Cairns sembra tutta fondata su affinità "strutturali" di questo con il codice francese. Non adeguatamente evidenziate sembrano essere le differenze, rilevanti sul piano socio-economico, fra Francia e Louisiana che si mostrano sul piano dell'individuazione dei destinatari dei precetti del *Digest*. A differenza del *Cod. Nap.*, esso, come sarà precisato nel paragrafo che segue, non prevede un sistema di diritto privato fondato sul modello del "soggetto unico". Fino al codice del 1870, infatti, è stata vigente, a livello di formante legale, la distinzione fra liberi e schiavi. Basterebbe questo elemento a insinuare dubbi circa la lettura del *Digest* quale trasposizione del modello francese di codice civile.

5. La codificazione della schiavitù: sue ricadute sulla classificazione del *Digest* nel sistema delle fonti del diritto privato louisianian

Nel libro I – "Of persons" – l'art.13 qualificava "slave" "one who is in the power of a master and who belongs to him in such a manner, that the master may sell him, dispose of his person, his industry and his labor, and who can do nothing, possess nothing, nor acquire anything, but what must belong to his master"; l'art.15 definisce "free men" "those who have preserved their natural liberty, which consists in a right to do whatever one pleases, except in so far as one is restrained by law".

Una categoria intermedia era rappresentata da coloro che in virtù dell'atto di manumissione avessero acquistato o riacquistato la condizione giuridica di individuo libero.

Dal riconoscimento di *status* soggettivi differenziati, consacrato a livello normativo dal *Digest*, discendevano conseguenze puntuali sul terreno della capacità giuridica generale. Gli schiavi non avevano capacità processuale. Era riconosciuto a chiunque la possibilità di provare il proprio *status* di uomo libero³⁵.

Il regime codicistico della schiavitù viene invocato da certa dottrina quale cartina di tornasole dell'incontrovertibile originalità del *Digest louisianian* o comunque a sostegno della sua non riconducibilità al modello giuridico francese espresso dal *Cod. Nap.*

Una certa dottrina ha infatti sottolineato che il *Digest* esprime contemporaneamente due modelli contrapposti: da una parte, esso è un “code of enlightenment and natural reason”; dall'altra, esso è un “code of darkness, a code *contra naturam*”³⁶. Contrariamente a quanto è previsto nel codice francese, libertà ed uguaglianza non sono predicati riferibili alla comunità intera, ma solo a parti di essa. Sotto questo profilo, il *Digest* è più vicino al codice prussiano del 1794, che contemplava tre distinte classi di soggetti di diritto, che non al codice civile francese.

Nonostante fosse possibile al legislatore individuare per la disciplina della schiavitù una *sedes materiae* diversa dal *Digest*³⁷, i redattori di questo ritennero opportuno inserirla in questo; verosimilmente, al fine di conferirle rilievo generale. Sembra fondata l'ipotesi per cui il riconoscimento della schiavitù non riflette solo la cultura del gruppo – dominante – francofono, ma trovi una precisa ragion d'essere nell'esigenza di assicurare la sopravvivenza del sistema di produzione, fondato sul lavoro degli schiavi, e gli interessi dei suoi attori principali, i “planters” appunto, che erano “large landowners” e “slaveowners”³⁸.

Emblematica, al fine di comprendere l'importanza riconosciuta alla tutela di questi interessi, è la protesta formale – nota come “the Remonstrance” – contro la misura di *embargo* all'importazione di schiavi sul territorio statunitense varata dal Congresso nel marzo del 1807 (ed in vigore a partire dal gennaio del 1808).

Il favore nei confronti della schiavitù dimostrato dalla classe egemone, peraltro ampiamente rappresentata nel Parlamento *louisianian*, e il suo riconoscimento e disciplina all'interno di una fonte normativa d'importanza cruciale nell'area dei rapporti interprivati dimostrano che il fenomeno non aveva affatto valore marginale, e che dunque deve essere

³⁵ Non erano puntualmente regolate le modalità con cui questa prova poteva essere fornita. Sul punto, R. J. SCOTT, “She ... refuses to deliver up herself as the slave of your petitioner”: *Emigrés, enslavement, and the 1808 Louisiana Digest of the civil Laws*, in 24 *Tulane European & Civil Law Forum* 115 (2009).

³⁶ V. V. PALMER, *Through the codes darkly: slave law and civil law in Louisiana*, Clark, Talbot, 2012, 103-104.

³⁷ La materia della schiavitù venne dapprima disciplinata dal *Code Noir* francese del 1685, poi introdotto in Louisiana nel 1724 ed emendato per l'ultima volta solo due anni prima dell'approvazione del *Digest*. La versione del *Code Noir* introdotta nel 1806 aveva aggravato la condizione degli schiavi rispetto all'epoca del dominio spagnolo non solo quanto ai presupposti della loro emancipazione, ma anche sul versante delle misure a tutela dell'ordine pubblico adottate nei loro confronti. Questa disciplina, vigente anche dopo l'introduzione del *Digest*, era modellata, secondo una corrente della storiografia giuridica *louisianian*, su quelle vigenti in altri stati dell'unione. Si rinvia al prossimo paragrafo l'analisi della ricostruzione, proposta dagli aderenti a questo orientamento, dei rapporti di derivazione del diritto *louisianian* dalla *common law* statunitense.

³⁸ V. V. PALMER, *Through the codes darkly*, cit., 106-107.

considerato rilevante al fine di cogliere in profondità il contesto socio-economico sotteso al *Digest*.

Se uno degli elementi chiave, o forse l'elemento qualificante della cultura europea moderna della codificazione del diritto privato è rappresentato dal principio di eguaglianza formale, non si può non cogliere la vistosa differenza fra codificazione *louisianian* e codice civile francese.

L'obiettivo della semplificazione del diritto, in funzione dei valori della sua certezza e comprensibilità, è perseguito nei processi di codificazione del diritto privato storicamente realizzatisi in Europa attraverso una "riduzione" dei molteplici stati soggettivi rilevanti alla figura unitaria del "soggetto di diritto"³⁹. La mancanza di questo requisito nel *Digest* è probabilmente alla base dell'osservazione di un autorevole studioso secondo cui la riforma realizzatasi in Louisiana nei primi anni dell'Ottocento con il *Digest* rappresenta un'"eccezione più apparente che reale" all'assenza in Nordamerica di processi di codificazione del diritto⁴⁰. Sembra pertanto di potere osservare che il testo del 1808 avesse il fine non di chiudere le porte al diritto previgente, affermando un diritto nuovo, quanto piuttosto di provvedere ad una sistemazione delle fonti normative atte a regolare i rapporti fra privati, facendole confluire in un testo unitario e così garantendone una maggiore accessibilità.

Utilizzando una distinzione consolidata nella storiografia del diritto italiano, si potrebbe ascrivere al *Digest* il carattere di consolidazione, piuttosto che di codice civile⁴¹. In tal senso, orienterebbero non solo certi atteggiamenti osservati in sede di applicazione del *Digest* (i quali resistono anche nella vigenza del codice civile del 1825), ma la già menzionata *sec. 2* di esso che riconosce la perdurante vigenza del diritto anteriore che non sia "contrary" o "irreconcilable" con esso.

6. Il saggio di Cairns del 2017: un revirement?

Il notevole lasso di tempo intercorso fra la conclusione dell'indagine e la sua pubblicazione è il fattore che con maggiore probabilità ha indotto Cairns a ritornare negli ultimi anni e a più riprese⁴² sui temi della sua tesi di dottorato e ad attenuare la perentorietà di certe conclusioni sostenute nel volume del 2015. Specialmente nel lavoro del 2017 appena citato, Cairns si discosta dall'approccio (adottato in precedenza) secondo cui il *Digest* sia "entirely French", propendendo per la sua rappresentazione quale "unique and fascinating civil code"⁴³. Il senso di questa affermazione è chiarito subito dopo, nel passaggio in cui l'autore

³⁹ Sulla semplificazione come elemento essenziale dell'ideologia della codificazione, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione*, Bologna, Il Mulino, 2015, 35-40.

⁴⁰ID., *op.cit.*, 24.

⁴¹ Il riferimento è ovviamente a M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni*, Bologna, Zanichelli, 1956, 50, il quale attribuisce alle codificazioni una funzione diversa da quella svolta dalle consolidazioni. Esse non sarebbero semplice strumento legislativo di unificazione del diritto, esprimendo piuttosto la volontà di modificare "dalle fondamenta la sostanza delle leggi". Non semplice sistemazione (del diritto previgente), ma trasformazione radicale di esso.

⁴² J.W. CAIRNS, *The De la Vergne Volume and the Digest of 1808*, in 24 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 31 (2009); ID., *Spanish Law, the Teatro de la Legislacion Universal de Espana e Indias, and the Background to the Drafting of the Digest of Orleans of 1808*, in 31 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* 79 (2017).

⁴³ J.W. CAIRNS, *Spanish Law, the Teatro de la Legislacion Universal*, cit., 82 ed *infra*.

mette in guardia il lettore dal rischio di incaute letture genealogiche che individuino in via esclusiva nel codice civile francese il modello che ha permeato il *Digest*.

Cairns si sofferma sulla distinzione analizzata nel precedente paragrafo, e cioè sulla decisione del legislatore francese d'istituire un regime unificato della capacità giuridica fondato sulla qualità di cittadino, laddove, come si è rilevato nel paragrafo precedente, il *Digest* riconosce un regime differenziato a seconda dello *status* proprio del soggetto.

Non sembra tuttavia in discussione per Cairns l'idea che la valenza di un determinato testo legislativo come codice civile – e cioè la sua centralità nel sistema delle fonti quale atto regolante in maniera integrale un'area dell'ordinamento – riconosciuta al *Digest* dipenda *fondamentalmente ed esclusivamente* da una decisione del legislatore. Lo specifico intento che avrebbe guidato il legislatore storico in Louisiana è considerato da Cairns presupposto necessario ed esclusivo per il riconoscimento in capo al *Digest* del carattere di codice.

Dalla visione del codice quale prodotto della volontà del legislatore (nel senso che rappresenta l'esito *di una sua decisione*)⁴⁴ può differenziarsi la prospettiva per cui la decisione del legislatore è requisito necessario ma non sufficiente a conferire ad un testo la qualità di fonte di regolamentazione centrale in un determinato settore normativo. Secondo la prospettiva da ultimo delineata, un codice non potendo “parlare da solo” necessita del contributo del formante sapienziale: solo il tempo e l'operato dei giuristi potrebbero consentire una valutazione non superficiale della effettiva incidenza del codice nel panorama delle fonti e creare le condizioni per l'edificazione di un sistema che governa in modo organico una determinata area dell'ordinamento. Al codice come atto solipsistico del legislatore si contrappone una visione di esso come testo che si “costruisce” nel tempo. Questo sembra essere il punto di vista di uno dei padri del codice civile francese, Portalis, che nel suo celebre *Discours Préliminaire* osservava che “les codes des peuples se font avec le temps; mais à proprement parler, on ne les fait pas”⁴⁵.

L'influenza del pensiero di Portalis sul *Digest* risulta chiaramente dall'art. 21 del Titolo Preliminare di questo, che viene appunto mutuato da quel *Livre Préliminaire* di cui il giurista francese è artefice e che verrà poi espunto dal testo definitivo del codice civile francese, in cui è previsto il caso della lacuna legislativa. L'art. 21 prevedeva che “dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est obligé de procéder conformément à l'équité; pour décider suivant l'équité, il faut recourir à la loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le silence de la loi primitive”. Proprio questa disposizione esprime in maniera nitida la visione di un diritto basato su una ragione universale ed atemporale, suscettibile di essere

⁴⁴ Aderisce al paradigma proposto da Cairns A. OSTROUKH, *The Mystery of the Mixité around the Title of the Louisiana Digest of the Civil Laws of 1808*, in 62 *Loy. L. Rev.* 725 (2016), ove l'a. intesse la sua analisi di rilievi filologici relativi alla versione linguistica – l'inglese – che avrebbe orientato la scelta dell'intitolazione del testo. L'analisi si regge sull'idea secondo cui il “valore” di un testo quale codice sarebbe riconducibile in modo lineare ed esclusivo ad una determinata intenzione del legislatore.

⁴⁵ La portata di questa affermazione può apprezzarsi compiutamente in riferimento al passaggio in cui Portalis rappresenta il ruolo strategico espletato dalla giurisprudenza sul terreno dell'applicazione della legge: “[D]ans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre de cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que des lois”.

disvelata dal giurista in virtù di uno studio sistematico che trascende il testo legislativo. Questo testo è stato sostanzialmente confermato nei codici successivi, ed è, con modifiche non particolarmente importanti apportate alla versione originaria, presente nel codice attualmente vigente.

Le due prospettive sopra sintetizzate sottendono due ricostruzioni del codice civile che si configurano nei termini di un'alternativa: quella che fa del codice terreno d'espressione di una determinata ideologia (di quell'ideologia che consacra l'onnipotenza del legislatore nella misura in cui si riconosce di essere l'artefice esclusivo della rilevanza di un testo); quella più attenta a cogliere nel codice la dimensione di processo di lunga durata, sull'esistenza del quale incide anche la formazione (ed il consolidamento) di prassi interpretative idonee ad assicurarne sul piano dell'effettività le caratteristiche di sistema.

La posizione di Cairns si espone ad un'una obiezione che rende ancor più arduo ipotizzare una rapporto di filiazione diretta fra *Digest* e codice civile francese. La comprensione del codice francese come testo contrassegnato da completezza, esaustività e soprattutto autonomia dal diritto previgente è il frutto dell'elaborazione di esso da parte di diverse generazioni di interpreti. Ma questi caratteri non possono intendersi come suoi tratti originari, e non costituiscono con ogni probabilità obiettivi ai quali s'erano ispirati i redattori di esso. Essi sono divenuti realtà nel tempo. E ciò nonostante sia indiscutibile che a monte della redazione del codice civile francese si sia verificata storicamente una rottura dell'ordine giuridico e sociale. Ciò che il codice francese storicamente testimonia è il superamento di un certo ordine sociale frammentato e profondamente permeato da disuguaglianza – rispecchiato dal diritto dell'*Ancien Régime* – a favore di un ordine unitario ispirato dalle (alla realizzazione delle) esigenze ed interessi della classe borghese che non si propone di eliminare effettivamente le disuguaglianze, limitandosi all'affermazione di un'uguaglianza formale. Ciò che è avvenuto con la Rivoluzione (e dunque *prima* dell'introduzione del codice nel 1804) è una soluzione di continuità rispetto al passato, a seguito della quale si è affermata quale protagonista sul piano economico e politico la classe borghese. Questo mutamento, storicamente avvenuto, rende più verosimile la rappresentazione di una discontinuità sul piano dell'identità del sistema normativo che riflette il radicale mutamento dell'assetto socio-economico già intervenuto. In Louisiana, nessun sovvertimento dell'ordine sociale preesistente si è prodotto con l'avvento dell'"American era"; anzi, ottiene consenso unanime il rilievo secondo cui il blocco che era egemone al tempo del *Louisiana Purchase* sul piano sociale e culturale lo sia rimasto almeno fino alla metà del diciannovesimo secolo. Perché si possa sostenere che l'ideologia della rottura dell'ordine normativo pregresso perpetrata ad opera di un ordine nuovo abbia animato il legislatore *louisianian*, dovrebbe ipotizzarsi che esso abbia perseguito una strategia confliggente con gli interessi della classe egemone. Ipotesi *prima facie* inverosimile che si avrà modo di vagliare accuratamente nel prosieguo di queste riflessioni.

7. Quali fonti del *Digest*? "Forme" e "spazi" della tradizione civilian in Louisiana

Il problema della genealogia delle fonti del *Digest* del 1808 incide sulla ricostruzione degli specifici tratti della tradizione *civilian* in Louisiana. Essa impone in via preliminare all'interprete di scegliere se adottare la prospettiva della continuità del diritto codificato nel 1808 con il diritto previgente o quella, diametralmente opposta, della sua discontinuità.

L'analisi del primo processo di codificazione del diritto privato compiutosi in Louisiana costituisce l'occasione per mettere a fuoco lo "stile" – quale complesso di fattori rivelatori di una determinata identità⁴⁶ – della tradizione *civilian* nello specifico contesto esaminato. La presenza di un codice civile evoca sul piano intuitivo la rappresentazione di una *civil law* rivelata senza residui dalla dimensione del "diritto scritto", "appiattendolo" su quest'ultima la sua fisionomia complessiva. Con la locuzione "diritto scritto" non s'intende far riferimento alla "forma" che riveste il precetto giuridico – alla "esteriorizzazione" di esso discendente dalla sua redazione per iscritto – quanto piuttosto al diverso problema del suo *fondamento*, della sua *genesì*; e cioè al fatto che esso sia (im)posto da un determinato legislatore storico secondo un processo che può definirsi *top-down*. Esso acquisisce un senso preciso in virtù della sua contrapposizione al "diritto non scritto", la cui formazione è "spontanea", nel senso che è creato dalla comunità (secondo una logica *bottom-up*)⁴⁷. Valga al riguardo un esempio: la redazione per iscritto di norme consuetudinarie non impone di qualificarle alla stregua della tassonomia dello *jus scriptum*, in quanto la loro esistenza non è dovuta ad un atto di volontà del legislatore.

L'analisi condotta da Cairns sulle dinamiche della codificazione del diritto privato è utile a far luce proprio sullo *jus non scriptum* quale insieme di norme di condotta che non traggono la loro validità dall'essere incorporati in precetti legislativi (quale tipicamente è il diritto consuetudinario)⁴⁸. L'angolo visuale da cui si guarderà al "diritto non scritto" è tuttavia diverso da quello che solitamente caratterizza le analisi comparatistiche di taglio sistemologico. In questo panorama, la distinzione *jus scriptum/jus non scriptum* si presenta nella veste di dicotomia, di opposizione concettuale che assolve alla funzione di demarcatore atto a rilevare una netta distinzione fra *civil* e *common law* fondata sull'irrimediabile diversità che le contraddistingue sul piano ontologico. La tradizione di

⁴⁶ Sul concetto di stile, nell'accezione richiamata nel testo, quale strumento prezioso per l'indagine comparatistica, S. ZWEIGERT- H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol.1, Milano, Giuffrè, 1998, 82 ss., in part. 84.

⁴⁷ Per un'approfondita riflessione sui significati (nel passato e nel presente) della dicotomia *jus scriptum/jus non scriptum*, si rinvia all'affascinante indagine di S. MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, Napoli, ES, 2011.

⁴⁸ La dimensione dello *jus non scriptum* è rilevante per una non superficiale comprensione delle fonti del diritto privato *louisianian* vigenti agli esordi dell'*American era*. Secondo taluni, una parte significativa di esse era, anche successivamente alla fine del governo spagnolo, costituita da diritto consuetudinario francese, in virtù dei legami fra comunità francofona – maggioritaria nella popolazione all'epoca della prima codificazione del diritto privato – e diritto francese, e della scarsa conoscenza dello spagnolo (che certamente condizionava la possibilità di avere accesso alle fonti di questo diritto). Così, V.V. PALMER, *The French connection and the Spanish perception. An evaluation of French influence on Louisiana civil law*, in V.V. PALMER, *The Louisiana civilian experience: critiques of codification in a mixed jurisdiction*, Durham, Carolina Academic Press, 2005, p.52: "[t]here is evidence that officially imposed Spanish law had limited geographical and cultural reach and Louisianians clung to their original private law at a folk level".

civil law sarebbe la provincia del “diritto scritto”; quella di *common law* sarebbe il regno di quello “non scritto”⁴⁹.

Questa dicotomia è utilizzata da alcuni giuristi in Louisiana ai fini di veicolare una determinata comprensione dell’ibridismo giuridico caratterizzante il loro ordinamento. La riconduzione di regole non poste dal legislatore all’influenza della *common law* statunitense mostra la propria importanza sul terreno della determinazione degli spazi delle due tradizioni, e dunque rileva ai fini della questione se – ed entro quali margini – sia perdurante la vitalità della tradizione *civilian*⁵⁰ o piuttosto debba constatarsene l’evanescenza e la definitiva “vittoria” del diritto statunitense⁵¹. Essa ha quindi un preciso significato sul piano politico nella misura in cui riflette una certa visione dei rapporti di forza tra le due tradizioni.

Nell’analisi presente, alla categoria del “diritto non scritto” si guarderà da un diverso punto di vista: non quale tratto peculiare di una tradizione giuridica rispetto all’altra, ma quale elemento atto a distinguere due diverse configurazioni della medesima tradizione – quella *civilian* – che concorrono, in misura diversa, a delinearne la fisionomia e che rivelano l’esistenza di una tensione ad essa interna⁵². Il rapporto fra queste versioni della tradizione, più che nella categoria della *transizione* (dal diritto non scritto al diritto scritto) o *successione* (dal diritto scritto al diritto non scritto), trova una definizione soddisfacente sul terreno della loro *interazione*. La tradizione *civilian* sarebbe rivelata, dunque, in Louisiana attraverso entrambe le dimensioni dello *jus scriptum* e dello *jus non scriptum*.

I due piani – quello “diacronico” del rapporto fra diritto vigente anteriormente alla codificazione e diritto codificato e quello “sincronico” dei presupposti per la coesistenza di tradizioni giuridiche diverse in una cornice giuridicamente unitaria (in *spazi* che *identificano* nel tempo presente il *concreto operare* di esse) – costituiscono, ad avviso di chi scrive, declinazioni – da angoli visuali differenti – del medesimo fenomeno, e cioè della complessità del sistema delle fonti del diritto privato *louisianian* che ne connota l’ibridismo giuridico.

⁴⁹ Sul carattere antitetico di queste due “forme della legge”, e sulla loro capacità di segnare “una profonda dualità dell’Occidente”, P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Bari-Roma, Laterza, 2013, V. Tuttavia, non deve essere dimenticato (ma il discorso richiederebbe ben altro approfondimento) che la tradizione continentale europea vigente prima dei processi di codificazione del diritto privato avviatisi nel diciottesimo secolo era in larga misura fondata su fonti di “diritto non scritto”.

⁵⁰ In questo senso, H. SPILLER DAGGETT et al., *A reappraisal appraised: a brief for the civil law of Louisiana*, in 12 *Tulane Law Review* 12 (1937-1938); M. E. BARHAM, *A renaissance of the civilian tradition in Louisiana*, in J. DAINOW (a cura di), *The role of judicial decisions and doctrine in civil law and in mixed jurisdictions*, Baton Rouge, Louisiana University State Press, 1974, 38-68.

⁵¹ P. CRABITES, *Louisiana not a civil law state*, in 9 *Loyola Law Journal*, 51 (1928); G. IRELAND, *Louisiana’s legal system reappraised*, in 11 *Tulane Law Review* 585 (1936-1937); A. J. REEVES, *The common law state of Louisiana*, in 2 *Tulane Civil Law Forum* 1 (1974).

⁵² L’idea di un conflitto interno alla tradizione di *civil law* trova alcuni sostenitori nella letteratura *louisianian*. Negli anni ’40, M. FRANKLIN, *The place of Thomas Jefferson in the expulsion of Spanish medieval law from Louisiana*, in 16 *Tul. L. Rev.* 319 (1942) coglieva la radice del conflitto interno alla tradizione di *civil law* vigente in Louisiana nella coesistenza di due versioni di essa – la spagnola e la francese – che incarnavano valori diametralmente opposti: mentre il diritto spagnolo era improntato alla conservazione, quello francese esprimeva un’anima rivoluzionaria. Questa lettura, informata a categorie proprie della politica, ad avviso di chi scrive, orienta la prospettiva di Cairns.

Quanto al piano diacronico, la complessità appena rilevata è frutto di un atteggiamento largamente diffuso presso la comunità degli interpreti del *Digest* che lo intende in continuità con il diritto previgente. Una sostanziale identità fra quadro normativo anteriore e *Digest* istituita da essi che ha come precipitato la non attivazione dei meccanismi che governano la successione di leggi diverse nel tempo, *in primis* il criterio cronologico, in virtù del quale prevale, nell'ipotesi in cui due norme dello stesso livello gerarchico siano incompatibili, la norma più recente⁵³. Ai sensi della sopra citata *sec. 2* del *Digest* agli interpreti è devoluto il compito di decidere se e quando – a fronte di una situazione giuridica verificatasi in seguito all'entrata in vigore del *Digest* – una norma anteriore debba ritenersi abrogata per incompatibilità con una norma da esso desunta. La storia del *Digest*, nell'applicazione che di esso hanno fatto le corti, evidenzia l'osservanza, da parte di queste, delle norme elaborate nell'ambito del quadro normativo anteriore al 1808; i giudici non hanno ritenuto che le nuove disposizioni veicolassero norme incompatibili con quelle previgenti. In mancanza di antinomie rilevate, non era stato fatto ricorso al criterio di soluzione previsto per la loro composizione dalla già menzionata *sec. 2*.

Non sembra di poter ravvisare in quest'atteggiamento le tracce dell'ideologia “legicentrica” sviluppatasi nella vigenza del codice civile francese, riflesso del riconoscimento dell'onnipotenza del legislatore (che simmetricamente implica l'esistenza di limiti ben precisi al potere creativo dei giudici) e che si traduce, sul piano applicativo, nel ricorso alla tecnica del sillogismo.

La visione del codice civile veicolata da Cairns sembra ispirata a un punto di vista dogmatico (o, se si preferisce, giuridico formale) che lega l'*idea* di codice a quella di una sua “naturale” completezza ed esaustività, da cui discende la sua autonomia dal diritto previgente e la sua idoneità a porre un ordinamento giuridico nuovo⁵⁴.

La rappresentazione proposta dallo studioso scozzese secondo cui il portato di un codice è quello della sua completezza non sembra convincente alla luce delle circostanze storiche che segnarono l'entrata in vigore proprio del codice civile francese. L'abrogazione del diritto previgente era stata prevista dall'art. 7 della legge n. 3667 del 21 marzo 1804 che all'atto della promulgazione del codice civile aveva disposto che, a partire da quel momento, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti nelle materie oggetto di disciplina del codice non fossero più vigenti⁵⁵. L'effetto abrogativo dunque discendeva da un atto del legislatore distinto dalle singole leggi che avevano introdotto le

⁵³ Sul piano definito nel testo “sincronico” si avrà modo di ritornare nel successivo paragrafo. E' bene sin d'ora mettere in evidenza la sua contiguità con quello diacronico.

⁵⁴ Ravvisa nella “pretesa di costituire un ordinamento giuridico «nuovo», «completo» e «definitivo» che racchiude nelle sue formule le soluzioni per tutti i casi possibili” il tratto distintivo del codice T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, 172, il quale pone questa idea di codice “in relazione, da un lato con la formazione dello stato centralizzato, col concetto della statalità del diritto e con l'ideale nazionale; dall'altro col movimento giusnaturalista e con una concezione logico-formale del diritto” (173 – 174).

⁵⁵ Al riguardo, si veda U. PETRONIO, *La nozione di Code Civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa “completezza”)*, in *Quaderni fiorentini*, XXVII, 1998, 89.

specifiche parti del codice civile⁵⁶. L'obiettivo immediato perseguito attraverso la codificazione del diritto privato non era quello di realizzare un nuovo ordinamento dei rapporti privati, esaustivo e completo, quanto piuttosto un diritto uniforme per tutta la Francia (uno strumento, dunque, di unificazione giuridica), semplice e chiaro sì da essere accessibile a chiunque⁵⁷. Che il codice civile francese abbia determinato per il semplice fatto della sua esistenza la cessazione della vigenza del diritto anteriore non sembra corroborato dai fatti.

In sintesi, l'obiezione a cui si espone la posizione di Cairns è di avere sovrapposto, nello sforzo di dimostrare l'ascendente esercitato dal codice civile francese sui redattori del *Digest*, due piani di rilevanza del *Code Civil* francese che vanno mantenuti distinti perché diversi: *una certa idea* del codice civile francese (che, più che far luce su sue qualità intrinseche, riflette un atteggiamento dei suoi interpreti), da cui discende un determinato approccio ad esso ed una specifica comprensione delle sue disposizioni, da una parte; e la sua dimensione di atto normativo storicamente determinato (che investe gli obiettivi che hanno ispirato il legislatore francese nel procedere alla codificazione), dall'altra. Poiché completezza ed esaustività non sono qualità intrinseche del testo del codice francese, ma sono il frutto di una comprensione propria della comunità dei giuristi francesi che si è cimentata con esso nel corso del diciannovesimo secolo, desta perplessità che queste caratteristiche siano ascritte al *Digest* quale effetto dell'influenza esercitata dal *Code Civil* francese sulla redazione del primo. Proprio perché oggetto del *legal transplant* sono testi legislativi, non può assumersi che i processi di circolazione investano necessariamente anche le interpretazioni elaborate a margine dei testi recepiti dalla cultura giuridica operante nel contesto originario.

8. "Spazi sincronici" del diritto nella ricostruzione storiografica delle origini dell'ibridismo louisianian

Sulla questione del valore ascrivibile al *Digest*, utili indicazioni possono provenire anche dal dibattito, che ha coinvolto storici del diritto e storici *tout court*, a margine del periodo intercorrente fra l'inizio della vigenza dell'"American rule" e l'ultimo trentennio del diciannovesimo secolo. In particolare, i primi venti anni del diciannovesimo secolo

⁵⁶ Il codice civile francese è il prodotto di trentasei leggi via via approvate e poi riunite dalla legge del marzo 1804 citata nel testo. Questo procedimento di formazione del codice civile di carattere frammentario aveva comportato nella fase di approvazione delle singole leggi – e cioè dal 5 marzo 1803 al 21 marzo 1804 – la sopravvivenza delle norme anteriori compatibili con quelle nuove. Questa situazione di coesistenza di diritto anteriore e diritto codificato era durata fino alla legge del 1804 con cui si era disposta (con effetto retroattivo) l'abrogazione della legislazione previgente. Sulla questione degli effetti dell'abrogazione, U. PETRONIO, *La nozione di Code Civil*, cit., 108-109, ove viene discussa la questione se l'art.7 avesse abrogato il diritto previgente *tout court* o solo quelle norme vertenti su materie integralmente disciplinate *ex novo* dal codice.

⁵⁷ U. PETRONIO, *La nozione di Code Civil*, cit., pp. 88, 90. Sulla stessa lunghezza d'onda, J. GORDLEY, *Myths of the French Civil Code*, in 42 *American Journal of Comparative Law* 459 (1994), il quale rileva che "[I]n the 19th century, the conviction grew that the Code should be interpreted exegetically without looking beyond its own texts. And so, strangely enough, the Code was treated as self-sufficient even though its drafters had not intended it to be [...] They treated the Code as self-sufficient because they did not believe, as Portalis had, in the possibility of a transnational, transtemporal legal scholarship that could give the texts meaning. *Since there was nowhere else to look except the texts of the Code, the Code had to be self-sufficient. So they created the myth that it was*" (490 – 491, corsivi aggiunti).

costituiscono il terreno privilegiato su cui si confrontano due opposte letture della “formative era” dell’ibridismo *louisianian*⁵⁸.

Su un versante, i *traditional legal historians* individuano nell’*exceptionalism louisianian* nascente dalle peculiarità culturali della comunità francofona l’elemento cruciale per la comprensione del periodo. Il forte radicamento dell’identità francofona, secondo questo orientamento, avrebbe assolto al ruolo di solido baluardo a fronte dei tentativi esperiti dal governo statunitense di assimilare la popolazione *louisianian* al resto del paese⁵⁹. L’affermazione di questo “eccezionalismo”, ponendo enfasi sulla “internal history” della Louisiana, si risolve in una ricostruzione dei rapporti fra *civil* e *common law* improntata al paradigma del *clash of cultures*⁶⁰, allo iato – se non addirittura alla contrapposizione – fra diritto *civilian* (di cui rappresenterebbe espressione autentica il *Digest*) e il diritto applicato dalle corti (individuabile negli istituti e principi della *common law* statunitense).

La continuità fra tradizione *civilian louisianian* e tradizione continentale europea moderna (incarnata emblematicamente dalla tradizione giuridica francese post-rivoluzionaria), così come argomentata dai “traditional legal historians”, presupponendo l’omogeneità di fondo della prima alla seconda, ne enfatizza l’“insularità” rispetto al più ampio contesto statunitense; da questa “autonomia” della Louisiana dagli altri stati componenti la federazione, secondo questi studiosi, trarrebbe origine il *clash* sopraricordato. L’ibridismo, in sostanza, sarebbe interpretato come il prodotto della coesistenza conflittuale di culture giuridiche irrimediabilmente diverse.

Sul versante opposto, i *new Louisiana legal historians* leggono la fase costitutiva dell’ibridismo giuridico del proprio ordinamento attraverso il prisma del contesto sociale statunitense⁶¹, considerato come più appropriato ai fini dell’analisi. Il cambio di prospettiva sarebbe giustificato dalla rilevazione di analogie puntuali, sul piano della giurisprudenza e della legislazione⁶², fra diritto *louisianian* e i diritti vigenti in altri stati dell’unione, espressione di soluzioni sostanzialmente identiche a questioni – quali quelle razziale, dei limiti e tutela della proprietà privata, e dello spazio di autonomia politica dal governo federale – condivise. L’assunto della *uniqueness* della Louisiana che ispira le indagini dei *traditional legal historians* sarebbe pertanto per i *new legal historians* fortemente discutibile.

⁵⁸ Il *décalage* fra “traditional” e “new legal historians” è enfatizzato da taluni studiosi che si riconoscono nella posizione di questi ultimi. Rilievi critici sull’approccio adottato dai “new legal historians” si leggono in S.P. DONLAN, *Clashes and continuities: brief reflections on the “new Louisiana legal history”*, 5 *J. Civ. L. Stud.* 67 (2012).

⁵⁹ Uno studioso considerato espressione emblematica di questa tendenza storiografica è G. DARGO, *Jefferson’s Louisiana: Politics and the clash of legal traditions*, Cambridge, Harvard University Press, 1975.

⁶⁰ Di “vitriolic clash of traditions” parla E. F. HAAS, *Louisiana’s legal heritage: an introduction*, in E. F. HAAS et al., eds., *Louisiana’s legal heritage*, Pensacola, The Perdido Bay Press, 1983, 3.

⁶¹ Per un esempio di questo indirizzo, cfr. W. M. BILLINGS, *Louisiana legal history and its sources: needs, opportunities and approaches*, in E. F. HAAS (a cura di), *Louisiana’s legal heritage*, cit., 189-199.

⁶² Iscrive in una traiettoria unitaria il *Digest*, la *Northwest Ordinance* del 1787, e la *Kentucky Constitution* del 1799 (in quanto tutti rispondenti alla medesima esigenza di assicurare, attraverso significative riforme istituzionali, un’espansione ordinata dell’unione verso ovest), P. KASTOR, “Adapted to its present system of government”: legal change, national reorganization, and the Louisiana Civil law Digest, in 24 *Tul. Eur. & Civil L. Forum* 139 (2009), secondo cui “these texts come together to explain how Americans hoped to build institutions of government and define what it would mean to be an American”.

La tassonomia “mixed legal system” è impiegata da questi studiosi per esprimere la graduale espansione dell’orbita della *common law* statunitense e la corrispondente progressiva marginalizzazione della tradizione *civilian*. L’esito attuale di questo processo è dato dalla sostanziale sempre maggiore omogeneità della cultura giuridica *louisianian* alla statunitense in ragione di un processo di assorbimento della prima nella seconda (e dunque di una perdita, in capo a quella, della *originaria purezza*) oramai definitivo. Questi studiosi privilegiano la chiave di lettura del consenso – l’esistenza di un nucleo comune di interessi fra “Americans” e “French creoles” – su quello del conflitto che, come visto, anima la ricostruzione proposta dalla storiografia tradizionale.

Le interpretazioni proposte dai due approcci storiografici hanno ricadute puntuali e dirette sull’analisi proposta da Cairns a margine della *querelle* intorno alla genealogia del *Digest*. Cairns riconosce il rilievo di questa differenza d’approccio nella *Introduction* al suo lavoro, censurando le disattenzioni di cui si sarebbero resi responsabili i *new legal historians* riguardo alle *actual sources* del diritto *louisianian*.

Negli ultimi anni George Dargo, in occasione del bicentenario del *Digest*⁶³, ritorna sulle proprie riflessioni assumendo una posizione più sfumata rispetto al passato e cercando un punto di mediazione fra le opposte tesi dei “traditional” e dei “new legal historians”. Egli ricorda la rappresentazione del *Digest* data da taluni esponenti politici *louisianian* a breve distanza dalla sua introduzione. A loro avviso, esso costituiva “almost verbatim *the new system of France – The Napoleon Code*”⁶⁴. Questa lettura intendeva inviare segnali rassicuranti al governo statunitense, sì da superare la percezione da parte di quest’ultimo di una radicale diversità del contesto sociale, caratterizzante il territorio entrato di recente nell’unione, da quello che contraddistingueva gli altri stati. Diversità dovuta tanto alla natura composita della comunità (per la presenza di gruppi eterogenei per diversità di origine etnica), quanto alla situazione di arretratezza sul piano socio-culturale e giuridico che si ascriveva ad essa. Sotto questo secondo profilo, l’affermazione secondo cui il *Digest* costituiva una derivazione dal codice civile francese, percepito come espressione di un diritto “evoluto”, intendeva enfatizzare la modernità del sistema dei rapporti di diritto privato proprio del testo del 1808 e dunque attenuare su questo terreno lo iato con il diritto statunitense.

Questa strategia, probabilmente, intendeva prevenire il rischio di tensioni ulteriori a quelle già intercorse fra governo centrale e comunità francofona, prodotte dall’infruttuoso tentativo di Jefferson di introdurre in Louisiana l’*Anglo-American law* (anche) attraverso una politica di cambiamento demografico radicale. Dietro il pretesto della necessità della difesa militare del territorio da pericoli esterni (rappresentati dalle mire di potenze straniere che riconoscevano ad esso carattere strategico), Jefferson intendeva rovesciare l’egemonia della comunità francofona allora dominante, incrementando in misura significativa il numero degli abitanti statunitensi di nascita.

La strategia demografica pensata da Jefferson trovò notevoli resistenze nella tendenza della comunità francofona a preservare la propria identità culturale. Uno degli strumenti

⁶³ G. DARGO, *The Digest of 1808: historical perspectives*, in 24 *Tulane European & Civil Law Forum* 1 (2009).

⁶⁴ Il passo citato si trova in G. DARGO, *The Digest of 1808*, cit., 3.

utilizzati a tal fine fu proprio il *Digest*. La sua riconduzione alla tradizione giuridica francese mirava a rinsaldare l'egemonia culturale della compagine francofona. Su questo piano, secondo Dargo, si giocò la partita della preservazione dell'identità di questa, perseguita attraverso una strategia "controegemonica"⁶⁵, mirante ad assicurare alla tradizione di *civil law* uno spazio autonomo dal diritto statunitense. Il *Digest* avrebbe rappresentato allora per la comunità francofona, parafrasando quanto Portalis scrisse a proposito del codice civile francese, un documento "que nous rappelle ce que nous étions et nous fait apprecier ce que nous sommes"⁶⁶. I rappresentanti del governo statunitense, al fine di garantire la stabilità politica nel territorio, sarebbero addivenuti ad un compromesso con la cultura francofona che era largamente maggioritaria, autorizzando l'entrata in vigore del *Digest*⁶⁷. La chiave di lettura dei rapporti fra "Americans" e "French" è da Dargo individuata nella tassonomia della "hybridity".

La categoria della "hybridity" evidenzia una posizione parzialmente nuova rispetto al passato, un'interpretazione rinnovata dell'epoca in cui interviene l'approvazione del *Digest* che attenua la distanza fra i "traditional" e i "new legal historians" e che supera la contrapposizione netta fra gli schemi interpretativi del "conflict" e "consensus".

Il *Digest* testimonierebbe la resistenza della comunità *louisianian* a farsi parte indistinta di un tutto omogeneo, deprivata *in toto* della propria autonomia; ma non l'incondizionato rigetto da parte di essa della possibilità di partecipare alla "American federal union"⁶⁸, accettandone – ma non subendone passivamente – la vigenza. Un ingresso *soft* nell'Unione, nel segno di una non "total Americanization"⁶⁹.

9. Conclusioni: il *Digest* quale espressione d'identità culturale e quale fonte di diritto privato "generale"

Le ragioni dell'interesse che ancor oggi persiste riguardo al problema del fondamento del *Digest* sarebbero a questo punto chiare. Esso rappresenterebbe evento storico che segnala la vitalità di un'identità culturale, a quel tempo ancora fortemente radicata; più precisamente, l'attaccamento mostrato dal gruppo sociale egemone, all'inizio del diciannovesimo secolo, per i propri modelli culturali e, dunque, per il proprio diritto. Sul terreno della tradizione *civilian* di origine francese, è possibile individuare un *fil rouge* che dalle fonti francesi vigenti al 1762⁷⁰, data in cui il territorio fu ceduto dalla Francia alla Spagna, conduce al *Digest*. Il senso di questo è di unificare le molteplici e disperse fonti del diritto privato in un unico testo, agevolandone conoscenza ed utilizzo.

Il *Digest* non avrebbe però solo valore di "foundational legal document"⁷¹, porta di accesso alla comprensione di un'epoca dell'ordinamento *louisianian* d'importanza cruciale per gli

⁶⁵ Cfr. G. DARGO, *The Digest of 1808*, cit., 23-24.

⁶⁶ La frase è citata in U. PETRONIO, *La nozione di Code Civil*, cit., 95.

⁶⁷ Sulle convergenze degli interessi di rappresentanti del governo statunitense e comunità francofona, si rinvia alle osservazioni di E. F. HAAS, *Louisiana's legal heritage*, cit., 4.

⁶⁸ G. DARGO, *The Digest of 1808*, cit., 30.

⁶⁹ E. F. HAAS, *Louisiana's legal heritage*, cit., 5.

⁷⁰ Queste ricomprendevano la legislazione adottata dalla Corona francese (nel cui ambito avevano rilievo primario alcune ordinanze), la *Coutume de Paris*, le decisioni del *Conseil Souverain*.

⁷¹ G. DARGO, *The Digest of 1808*, cit., 30.

sviluppi che questo diritto avrebbe avuto nei decenni successivi. Ad esso sarebbe da riconoscersi funzione strategica di “constitutive cultural moment in historical time”⁷²; di simbolo di un passato non transeunte, che, lungi dall’essere definitivamente alle spalle, *resiste*, interrogando, interpretando il presente, e modellandone la comprensione.

Del persistente significato, nel presente, di simbolo proprio *di questa fonte del passato* l’indagine di Cairns rappresenterebbe emblematica testimonianza.

L’interesse di questa allora risiederebbe nel fatto che essa rinvia ad un coacervo di questioni che sollecitano l’interprete ad interrogarsi su un profilo specifico dell’ibridismo giuridico caratterizzante l’ordinamento giuridico *louisianian* interno alla tradizione *civilian*.

L’approccio adottato da Cairns a margine del problema della portata del *Digest* – della sua rilevanza nel sistema delle fonti – è improntato ad una visione che dalla sua struttura (mutuata indubbiamente dal codice civile francese) fa discendere conseguenze rilevanti d’ordine sostanziale, non consacrando adeguata attenzione al contesto socio-economico che ne rappresenta lo sfondo. La sua indagine mette in rilievo infatti del *Digest* solo il profilo di strumento di tecnica legislativa attraverso cui è stata data una determinata sistemazione alla materia dei rapporti tra privati, ma non ne evidenzia in modo congruo la sostanza politica di mezzo attraverso cui le istanze dello strato sociale egemone al tempo della sua entrata in vigore hanno acquisito rilevanza e trovato realizzazione. Si trascura così il fatto che il *Digest* fosse un *corpus* normativo atto a riconoscere solo i diritti di una fascia sociale (e non del corpo sociale considerato nel suo complesso). Nessuna idea di volontà generale è veicolata dal *Digest*. L’idea centrale sulla quale esso si basa sembra essere quella di un diritto privato da intendersi nel significato ristretto di *diritto dei privati non istituito* da una decisione del potere politico.

Il concetto di volontà generale è imprescindibile ai fini della comprensione del codice civile francese del 1804, fondato appunto sull’equazione fra quella e la legge dello Stato. Nel modello francese, l’ambito del diritto privato governato dal codice civile è frutto di una “decisione istitutiva” del legislatore, nel presupposto di una netta distinzione fra diritto pubblico e diritto privato.

Il *Digest* non si propone l’obiettivo di esprimere un diritto innovativo dei rapporti privati, quanto piuttosto intende procedere nel solco della continuità con il passato, prefiggendosi semplicemente l’obiettivo di rendere più facilmente accessibile la normativa vigente ai privati.

Un *corpus* che non nega rilevanza allo *jus non scriptum* preesistente ad esso, e che non pretende di ridurre il diritto in vigore alla *legge posta dallo Stato*.

Alla luce di queste sintetiche considerazioni, non può non destare perplessità il modo in cui Cairns ha utilizzato la teoria dei *legal transplants* quale strumento di analisi del processo di codificazione realizzatosi in Louisiana nei primi anni del diciannovesimo secolo.

⁷² *Ibidem*.