



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ENNA "KORE"

KorEuropa - Rivista on line del Centro di Documentazione Europea dell'UKE  
(ISSN 2281-3349)

**Numero 12 - Anno di pubblicazione (2018) e semestre (gennaio-giugno)**

## **Editoriale**

Salvo Andò,  
*I settant'anni della Costituzione*  
[pagina web](#) - [formato pdf](#)

## **Giurisprudenza**

Biagio Andò,  
*Mutamento del diritto e circolazione del modello codicistico francese in un contesto giuridico ibrido*  
[pagina web](#) - [formato pdf](#)

Giancarlo Antonio Ferro  
*Concorrenza "à l'italienne". Osservazioni sulla recente apertura della titolarità di farmacie alle società di capitali e sul regime di incompatibilità dei soci, con precipuo riguardo al divieto di svolgere qualsiasi attività lavorativa*  
[pagina web](#) - [formato pdf](#)

Anna Lucia Valvo  
*Nota alla sentenza della Corte di Giustizia del 25 gennaio 2018 causa c-498/16*  
[pagina web](#) - [formato pdf](#)

Marco Pinardi  
*Unioni civili e convivenze di fatto. La nozione di coniuge nel contesto della libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea*  
[pagina web](#) - [formato pdf](#)

Università degli Studi di Enna "Kore" - Cittadella Universitaria - 94100 Enna (EN)  
C.F.: 01094410865- PARTITA IVA COMUNITARIA: IT01094410865 - P.E.C.: [protocollo@pec.unikore.it](mailto:protocollo@pec.unikore.it)

Built with HTML5 and CSS3 Copyright © Università Kore di Enna  
[webmaster](#)



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

# Mutamento del diritto e circolazione del modello codicistico francese in un contesto giuridico ibrido

**Biagio Andò**

*Professore associato di diritto pubblico comparato*

*Università di Catania*

*In the present, one of the major challenging issues for the science of comparative law is that of the factors which affect legal change. This issue intertwines theoretical as well as practical matters. This paper addresses some facets of this issue by discussing a recent survey which reveals interesting insights of it.*

*Codice civile; tradizioni giuridiche; ibridismo giuridico; formante dottrinale; circolazione*

## 1. Premessa

Nel diritto comparato attuale, è ancora fortemente dibattuta la problematica del mutamento giuridico. Essa si articola in questioni puntuali, quali ad esempio: le condizioni alle quali può ammettersi la circolazione del diritto (e dunque la sua “trapiantabilità”); gli attori che rendono possibile tale cambiamento; il rilievo che deve riconoscersi alle peculiarità del contesto di destinazione quanto ai modi in cui concretamente si realizza la recezione; la possibilità di addivenire a spiegazioni diverse da quelle largamente consolidate che individuano nell'imposizione di un modello o nel suo riconosciuto prestigio culturale i fattori che ne agevolano la circolazione; l'incidenza dei fenomeni di circolazione del diritto sulle tassonomie – impiegate dai comparatisti nella costruzione di “mappe giuridiche” – volte ad attribuire un dato ordine, e ad imprimere una determinata razionalità allo spazio, e così via.

Si potrebbe addirittura sostenere che questo ambito di problemi rappresenti la cifra autentica del diritto comparato, del suo essere disciplina dotata di autonomo statuto scientifico, e non mero metodo al servizio di altri saperi.

Interessanti suggestioni su taluni dei temi appena evocati provengono dalla lettura di un'indagine vertente sulle origini dei processi di codificazione del diritto privato in Quebec e Louisiana<sup>1</sup>. Questa ricerca mostra, per chi scrive, molteplici profili d'interesse: innanzitutto, per il tema che ne rappresenta l'oggetto (la codificazione del diritto privato); poi, per la

---

<sup>1</sup> CAIRNS, *Codification, transplants and history. Law reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, Clark, 2015.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

prospettiva dalla quale l'analisi è condotta (quella delle cause che ispirano e guidano il *legal change*); *last but not least*, per i sistemi che costituiscono il terreno della riflessione. Su quest'ultimo piano è opportuno osservare che, nonostante traiettorie evolutive non identiche, i diritti vigenti nei sistemi in questione condividono l'ibridismo giuridico quale tratto qualificante, prodotto dalla confluenza ed interazione di *civil* e *common law* in un quadro normativo unitario. Il prosieguo di queste note verrà circoscritto alla Louisiana, ed alle osservazioni dedicate da CAIRNS al *Digest* del 1808. L'ibridismo della Louisiana è conseguenza dell'avvicendamento del governo statunitense nel controllo del territorio alle potenze europee orbitanti nell'alveo della tradizione *civilian* che in precedenza ne avevano fatto una loro colonia<sup>2</sup>. Se è vero che nell'indagine è centrale la prospettiva propria dello storico del diritto, l'angolo visuale privilegiato non ne circoscrive l'interesse ai cultori di questa disciplina. La ragione principale è da individuarsi nell'oggetto analizzato, il *Digest*, appunto. Nel contesto in cui ha avuto origine, esso è a tutt'oggi altresì oggetto d'attenzione dei civilisti a margine di questioni giuridiche che hanno rilievo nel presente. Basti pensare alle indagini condotte sui codici civili entrati in vigore dopo il 1808<sup>3</sup> che hanno eretto il *Digest* a paradigma generale attraverso cui ricostruire il "senso", il valore di quelli nel sistema delle fonti<sup>4</sup>.

## 2. Le matrici culturali dell'analisi di CAIRNS

Il discorso sulla genesi del *Digest* viene situato dall'a. nell'alveo di una ben precisa visione della circolazione del diritto, il cui nucleo qualificante è rappresentato dalla teoria dei *legal transplants* elaborata da WATSON<sup>5</sup>. Com'è noto, quest'autore pone una forte enfasi

---

<sup>2</sup> Prima dell'acquisto del territorio da parte del governo statunitense, si erano susseguiti i governi francese, spagnolo, e poi ancora francese (seppur per un tempo brevissimo). Dalla Francia il governo statunitense acquistò nel 1803 un territorio comprensivo di parte dell'odierna Louisiana e di quello di altri stati attuali (Alabama, Arkansas, Missouri). Questo trasferimento è indicato correntemente dalla storiografia come *Louisiana Purchase*.

<sup>3</sup> Dopo il *Digest*, sono stati approvati altri due codici civili, rispettivamente nel 1825 e nel 1870. Quest'ultimo, fatto oggetto di incisive revisioni di ampio raggio, è attualmente ancora in vigore.

<sup>4</sup> PALMER, *The death of a code – The birth of a Digest*, in *Tul. L. Rev.*, 1988-1989, vol. 63, pp. 221 ss.

<sup>5</sup> WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche: un approccio al diritto comparato*, Napoli, 1984. Si veda altresì dello stesso autore, in una prospettiva il cui spettro include la (ma non si esaurisce nella) questione dei trapianti,



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

sull'autonomia del diritto rispetto al contesto ("law as isolated from other social phenomena") in cui esso è vigente, in ciò manifestando un approccio chiaramente divergente dalle cd. "mirror theories", secondo cui vi sarebbe una relazione di causalità necessaria fra un determinato diritto positivo e l'ambiente socio-economico – le sue "material conditions" – nel quale esso è destinato ad operare. In virtù di questa relazione, il primo assolverebbe, sempre secondo queste teorie, la funzione di strumento attraverso cui soddisfare precisi bisogni sociali ("practical needs")<sup>6</sup>.

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 sul terreno delle riforme del diritto non è necessariamente orientata dall'obiettivo di dar risposta ad esigenze diffusamente avvertite nella comunità; le riforme compiute possono trovare la loro giustificazione primaria in una determinata *ideology* dei *law reformers*, e cioè in un sistema di valori che muove la loro azione, ma che non è diffusamente condivisa dalla comunità<sup>7</sup>. Il trapianto può essere agevolato da iniziative di individui o minoranze operanti nell'ambito del sistema interessato che lo rendono recettivo ad esso (o che comunque ne

---

*Comparative law and legal change*, in *C.L.J.*, 1978, vol. 37, pp. 313 ss., ove l'a. procede ad un tentativo di elaborare una teoria generale del "legal change" (circoscritta alla tradizione giuridica occidentale) attraverso l'individuazione/sistematizzazione degli elementi che possono agire su di esso come propulsori o deterrenti. La probabilità del cambiamento dipende dal grado di resistenza opposta dalla *source of law* interessata dal processo, dall'efficacia dell'azione di "Pressure Forces", dalla presenza di "Opposition Forces", dall'esistenza di "Transplant Bias" (su quest'ultimo si avrà modo di ritornare a breve). Cairns richiama espressamente le domande sollevate (ma non esaustivamente affrontate) da Watson in quest'ultimo scritto, e cioè le ragioni del successo/insuccesso della codificazione in contesti non europei; il grado di libertà nella recezione del modello; la rapidità o la lentezza del processo, a giustificazione del suo studio.

<sup>6</sup> Rappresenta corollario di queste teorie la comprensione del mutamento giuridico come variabile dipendente del mutamento sociale. Poiché il diritto rifletterebbe istanze puntuali espresse dal contesto sociale, la logica che ne ispira la circolazione, e dunque il trapianto, coincide con la sua idoneità a soddisfare esigenze proprie di quello. Per questa lettura, WISE, *The transplant of legal patterns*, in *A.J.C.L.*, 1990, vol. 38, pp. 1 ss.; EWALD, *Comparative jurisprudence (II): the logic of legal transplants*, in *A.J.C.L.*, 1995, vol. 43, pp. 489 ss.

<sup>7</sup> CAIRNS, *op. cit.*, p. 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".



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

rafforzano l'attitudine a una specifica recezione)<sup>8</sup>. Donde il rigetto di quella visione – *mechanistic* – dei fattori atti ad indirizzare il mutamento giuridico che ne individua necessariamente la genesi nel sistema sociale, e, simmetricamente, l'affermazione della natura transnazionale del diritto<sup>9</sup>.

Ciò che può essere fatto oggetto dei processi di circolazione è secondo l'autore scozzese il diritto costituito dall'insieme degli enunciati legislativi; la regola verbalizzata dal legislatore, concepita 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 “innestata” in ambiente alieno. La visione di WATSON sulla “trapiantabilità” del diritto è stata qualificata come espressione di una concezione formalistica, ed in quanto tale sottoposta a critiche penetranti<sup>10</sup>.

Conformemente all'approccio teorico sopra sintetizzato, il codice è considerato nell'opera di CAIRNS un “prodotto” che può essere “esportato” indipendentemente dalla cultura giuridica di cui è espressione. 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, come, ad esempio, la cultura dell'interprete. Da queste premesse, egli fa discendere la conclusione secondo cui il *Digest of Orleans* del 1808 ed il *Civil Code of Lower Canada* del 1866 avrebbero carattere di “transplanted or borrowed codes”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> WATSON, *Comparative law and legal change*, cit., pp. 326-327, illustra taluni fattori che condizionano la recettività di regole giuridiche esterne – quali la “linguistic tradition shared with a possible donor”, il “general prestige” e la “accessibility of the possible donor” – attraverso il fenomeno del “Transplant Bias”, alla luce del quale egli legge l'ipotesi dell'adozione di un codice straniero. In quest'ultimo caso, la recezione troverebbe nell'influenza esercitata dal formante dottrinale lo strumento principale del proprio successo.

<sup>9</sup> In questo senso, WATSON, *The evolution of Western private law*, Baltimore-London, 2001, p. IX.

<sup>10</sup> Per una critica della visione di WATSON del diritto come insieme di regole incorporate in un testo legislativo, ridotto cioè a “bare propositional statements”, cfr. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 1997, vol. 4, pp. 111 ss. LEGRAND polemicamente rileva che “[T]he notion of ‘legal transplant’ is used as a convenient variance reducer”; essa rispecchierebbe “a faith in abstract universalism which is at odds with the observable decline of formal rationality” (p.122).

<sup>11</sup> CAIRNS, *op. cit.*, p. 497, che 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”.



**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna**

CAIRNS legge alla luce del quadro teorico costruito da WATSON il problema dell'individuazione delle fonti alla base del processo di codificazione del diritto privato in Louisiana (ad esito del quale è stato approvato il *Digest*), fatto dagli studiosi *louisianian* oggetto di un infuocato dibattito<sup>12</sup>, risalente agli anni '60 del secolo scorso ed i cui echi (come dimostra in modo eloquente proprio il lavoro di CAIRNS) non si sono ad oggi sopiti. La ragione principale che induce l'a. a individuare la genealogia del *Digest* nel modello francese (i cui elementi costitutivi sono da questi individuati nell'*ancien droit français*, nel *Projet An VIII*, e nel codice francese entrato in vigore nel 1804) è di dimostrare che la sua introduzione, frutto di un trapianto avente portata generale di regole la cui origine è esterna al contesto di analisi, rappresenta conferma lampante e circostanziata dell'ipotesi che regge l'indagine, e cioè che il diritto possa essere esportato e sia suscettibile di trapianto.

E' evidente la rilevanza che la tesi prescelta riveste nella prospettiva privilegiata dall'a.: l'ipotesi d'una continuità del diritto codificato con quello previgente rappresenterebbe un serio *vulnus* alla fondatezza dell'assunto (da cui egli muove) secondo cui il diritto è una variabile indipendente dal contesto socio-economico, e dunque può essere impiantato in ambienti le cui caratteristiche sono vistosamente diverse rispetto a quelle del 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 in merito a quali fattori *in positivo* siano idonei ad orientare l'azione dei legislatori<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> I momenti salienti di questo dibattito sono rappresentati dalle riflessioni di PASCAL e BATIZA. In particolare, PASCAL, *A Recent Discovery: A Copy of the 'Digest of the Civil Laws' of 1808 with Marginal Source References in Moreau Lislet's Hand*, in *La. L. Rev.*, 1965, vol. 26, pp. 25 ss.; BATIZA, *The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance*, in *Tul. L. Rev.*, 1971, vol. 46, pp. 4 ss.; PASCAL, *Sources of the Digest of 1808: A Reply to Professor Batiza*, in *Tul. L. Rev.*, 1972, vol. 46, pp. 603 ss.; BATIZA, *Sources of the Civil Code of 1808, Facts and Speculation: A Rejoinder*, in *Tul. L. Rev.*, 1972, vol. 46, pp. 628 ss.

<sup>13</sup> Valga al riguardo un passaggio posto a conclusione del lavoro: "[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 law makers 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



### 3. Il problema del rilievo del *Digest* del 1808 quale fonte del diritto

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. La sua indagine muove dall'assunto secondo cui, pur essendo ampio ed eterogeneo il panorama di fonti del diritto al quale attingono i redattori del *Digest*, frutto dell'influenza esercitata della cultura giusnaturalistica che vedrebbe nelle fonti un "sistema aperto"<sup>14</sup>, rilievo preminente deve riconoscersi al codice francese e al *Projet* dell'anno VIII (1800).

La questione ultima alla cui soluzione è diretto il lavoro è se al diritto privato codificato possa o meno riconoscersi carattere innovativo rispetto al diritto previgente. Solo nel primo caso, al *Digest* potrebbe riconoscersi lo *status* di "vero" codice. Sebbene possa sembrare a prima vista una questione di rilievo secondario, considerata più attentamente essa mostra di essere importante ed attuale, nella misura in cui la si affronti con l'obiettivo di farne chiave di lettura dell'ibridismo del sistema giuridico in esame<sup>15</sup>. 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"<sup>16</sup>), 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 – in quanto autonomo dal diritto anteriore. Se può ritenersi che il

---

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" (p. 518). Non è agevole comprendere come CAIRNS consideri pacifico il carattere obiettivo dell'azione dei legislatori subito dopo avere 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.

<sup>14</sup> CAIRNS, *op. cit.*, p. 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".

<sup>15</sup> Si ritornerà sul punto in sede di conclusioni.

<sup>16</sup> CAIRNS, *op. cit.*, p. XIV.





Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

diritto codificato nel 1808 non traeva il proprio fondamento – la propria legittimazione – da previgenti fonti esterne ad esso (e dunque non assolveva alla funzione di mero strumento di rinvio a queste), si deve riconoscere al *Digest* carattere di “novità”. Dalla natura originale della sua forma – data dal fatto che il *Digest* dispone l’organizzazione sistematica di un’intera area normativa – discenderebbe anche la novità delle disposizioni da esso introdotte (anche qualora il contenuto di una parte di esse dovesse coincidere con regole del diritto previgente)<sup>17</sup>.

Il già ricordato eclettismo della cultura giuridica dei codificatori sul piano delle fonti impiegate non esclude che il codice in quanto tale sia considerato come atto normativo esaustivo ed autosufficiente, come sistema chiuso che non rinvia l’interprete ad una dimensione della normatività che si trovi al di là ed oltre esso.

La tesi è corroborata da una serrata sequenza argomentativa – finalizzata a controbattere alla ricostruzione di coloro che propendono per la tesi della continuità del *Digest* con il diritto previgente – su cui è opportuno soffermarsi.

La precisazione del *Preamble* secondo cui il *Digest* dovesse 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 – rappresentava la fonte immediata e diretta delle decisioni delle corti. Pertanto, esso non poteva essere svilito ad una mera “guide to sources”<sup>18</sup>, sprovvisto di rilievo autonomo. A sostegno dell’interpretazione adottata, l’a. invoca la *sec. 5*, che prevedeva che nei casi di “obscurity or ambiguity, fault or omission”, le corti dovessero consultare le versioni inglese e francese del testo, che pertanto servivano “mutually [...] to the interpretation of one and of the other”. Questa disposizione proverebbe che il *Digest*, e non

---

<sup>17</sup> Proprio a questo secondo aspetto si riferisce HERMAN, *Legislative management of history: notes on the philosophical foundations of the civil code*, in *Tul. L. Rev.*, 1978-1979, vol. 53, pp. 380 ss.

<sup>18</sup> CAIRNS, *op. cit.*, p. 64.



**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna**

fonti esterne ad esso, costituiva esaustivo parametro, “ultimate authority”<sup>19</sup> dell’attività decisionale giudiziale.

Inoltre, la previsione che riconosceva la perdurante vigenza delle norme anteriori al *Digest* quando non “contrary” o “irreconcilable” a questo, non implicava di necessità, 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”<sup>20</sup>; il conseguimento di questo obiettivo non richiedeva tuttavia necessariamente, secondo l’a., una totale abrogazione del diritto previgente. CAIRNS sembra così dare per dimostrato ciò che invece doveva costituire oggetto della sua dimostrazione.

Poiché il *Digest* avrebbe carattere di codice, nel senso che la sua autonomia dal diritto previgente non può essere contestata, CAIRNS disconosce rilevanza al ricorso che le corti facevano, a prescindere da lacune rilevate, a regole della tradizione previgente non solo nel periodo immediatamente successivo alla sua introduzione, ma anche a considerevole distanza di tempo dalla sua entrata in vigore<sup>21</sup>.

CAIRNS applica l’impianto teorico (fondato sugli assunti che la codificazione del diritto privato si sia realizzata principalmente sotto l’influsso del diritto francese, e che la disciplina

---

<sup>19</sup> CAIRNS, *op. cit.*, p. 64.

<sup>20</sup> CAIRNS, *op. cit.*, p. 66.

<sup>21</sup> Per la necessità di considerare, ai fini della valutazione della portata di un codice, la “combinazione tra l’autorità dei «verba» del legislatore e la vitalità del substrato culturale che li ha alimentati, vitalità che spesso si esprime nell’assoggettarli ad una metamorfosi anche profonda”, GAMBARO, *Codice civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. II, Torino, 1988, p. 445, 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” (le ultime due citazioni sono ricavate da p. 446). Le osservazioni di GAMBARO 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 rischia di essere fuorviante. 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 dall’idea di una presunta “semplificazione” rispetto ad una pregressa “complessità” normativa, quanto piuttosto da una “complessità” di segno diverso rispetto al passato, caratterizzata dalle interazioni fra testo del codice ed interpretazioni elaborate dai giuristi a margine di esso.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

legislativa non rispecchi puntualmente la realtà sociale circostante) a 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, contenuta nel *Digest*, 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 al modello sociale di famiglia *louisianian* dell'epoca in cui il diritto privato è stato codificato. Il più "liberale" diritto castigliano è tuttavia accantonato nel *Digest* a favore di quello più rigido del diritto francese. E ciò dimostrerebbe che il contesto non ha condizionato la scelta del legislatore.

Quanto alla seconda area considerata, la traiettoria vissuta dalla condizione dei *servants* già a partire dall'inizio del diciannovesimo secolo – dalla dimensione familiare (dall'essere cioè ricompresi nell'alveo della famiglia del "padrone"), tipica del diritto castigliano, a quella contrattuale dell'impiego (del rapporto di lavoro dipendente) – sarebbe emblematica di una visione improntata al liberismo economico, generalmente condivisa in Louisiana sia da coloro che erano dediti all'attività mercantile, che dai latifondisti. La medesima ideologia, dunque, che innerva il codice civile francese.

Le assonanze con il modello francese non esauriscono ad avviso di chi scrive il senso del *Digest*. 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. A differenza del cod. Nap., il *Digest* non prevede un sistema di diritto privato fondato sul modello del "soggetto unico"; esso opera una distinzione fra liberi e schiavi alla quale corrispondono regimi giuridici differenziati che resisterà immutata fino al codice civile del 1870<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Nel *Digest*, l'art. 13 del libro I – "Of persons" – qualifica "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".



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

Quanto sopra accennato è sufficiente ad insinuare dubbi sulla solidità della lettura del *Digest* quale esempio di trapianto del codice francese.

#### **4. La *querelle* sulle fonti del *Digest* come strumento per la ricostruzione di “forme” e “spazi” delle tradizioni alla base dell’ibridismo *louisianian***

Le soluzioni adottate a margine del problema della genealogia delle fonti del *Digest* del 1808, volte a individuare il punto di equilibrio – nell’alternativa fra le distinte opzioni dell’omogeneità/continuità e dell’eterogeneità/discontinuità – fra diritto previgente e diritto codificato, mostrano la loro utilità anche sul terreno della comprensione dei rapporti fra le anime diverse del sistema *louisianian*, quella *civilian* e di *common law*, da cui discende il suo ibridismo. I due piani – quello diacronico del rapporto fra diritto vigente anteriormente alla codificazione e diritto codificato e quello sincronico dei presupposti al ricorrere dei quali si dà la coesistenza di tradizioni giuridiche diverse in una cornice giuridicamente unitaria – costituiscono, ad avviso di chi scrive, declinazioni – da prospettive distinte – di un medesimo problema, ovvero quello della complessità del sistema delle fonti del diritto *louisianian*. La comprensione dell’ibridismo del sistema impone di rivolgere attenzione alla questione dei criteri attraverso cui individuare gli “spazi” che competono nel tempo presente alle tradizioni che informano il sistema giuridico in esame.

Dall’analisi del processo di codificazione del diritto privato possono trarsi spunti utili a quest’ultimo riguardo. Il tema, infatti, costituisce occasione per mettere a fuoco il modo in cui la giuridicità si manifesta in concreto nel contesto esaminato, disvelandone i tratti costitutivi dello “stile”, e dunque dell’identità delle tradizioni giuridiche in esame. Più precisamente, proprio perché il codice civile è chiaro emblema di un’immagine storicamente determinata della tradizione di *civil law*, contraddistinta dalla preminenza dell’elemento del “diritto scritto”<sup>23</sup>, l’analisi proposta da CAIRNS circa le dinamiche della codificazione del diritto privato propone una declinazione situata della dicotomia diritto scritto e diritto non scritto,

---

<sup>23</sup> Senza pretesa di esaustività, può osservarsi che nella tradizione continentale europea anteriore ai processi di codificazione del diritto privato avviatisi a partire dal diciottesimo secolo, le fonti di “diritto non scritto” rivestivano un ruolo cruciale.



rispondente alla prospettiva della netta distinzione fra *civil* e *common law* quali mondi assolutamente – ontologicamente – distinti.

L'esame di queste dinamiche fornisce elementi di comprensione alla questione se possa ancor oggi mantenersi – ed entro quali margini – l'idea della sopravvivenza dell'identità *civilian*<sup>24</sup> o piuttosto debba constatarsene l'evanescenza e la definitiva “vittoria” su di essa del diritto statunitense<sup>25</sup>.

Riveste rilievo essenziale a tal riguardo il passato risalente all'inizio della vigenza dell'“American rule” sul territorio, fonte di interpretazioni della storia *louisianian* che ricostruiscono in modo sensibilmente diverso la genealogia del suo ibridismo. Si danno al riguardo due posizioni fondamentali<sup>26</sup>.

Da un canto, i “traditional legal historians”, che sostengono l'“exceptionalism” *louisianian*, nel segno di peculiarità culturali della comunità francofona all'epoca della prima codificazione che non ne consentivano l'assimilazione da parte statunitense<sup>27</sup>. 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*<sup>28</sup>, allo iato – se non addirittura alla contrapposizione – fra diritto *civilian* (di cui rappresenterebbero espressione autentica le regole del codice civile) e il diritto applicato dalle corti (coincidente con gli istituti e principi della *common law* statunitense).

La continuità istituita dai “traditional legal historians” fra tradizione *civilian louisianian* e tradizione continentale europea presuppone a monte la loro omogeneità culturale. La

---

<sup>24</sup> SPILLER DAGGETT – DAINOW – HEBERT – MCMAHON, *A reappraisal appraised: a brief for the civil law of Louisiana*, in *Tul. L. Rev.*, 1937-1938, vol. 12, pp. 12 ss.; BARHAM, *A renaissance of the civilian tradition in Louisiana*, in DAINOW (a cura di), *The role of judicial decisions and doctrine in civil law and in mixed jurisdictions*, Baton Rouge, 1973, pp. 38-68.

<sup>25</sup> CRABITES, *Louisiana not a civil law state*, in *Loy. L.J.*, 1928, vol. 9, pp. 51 ss.; IRELAND, *Louisiana's legal system reappraised*, in *Tul. L. Rev.*, 1936-1937, vol. 11, pp. 585 ss.; REEVES, *The common law state of Louisiana*, in *Tul. Civ. L. For.*, 1974, vol. 2, pp. 1 ss.

<sup>26</sup> La contrapposizione fra “traditional” e “new legal historians” è esasperata da taluni studiosi che si annoverano fra questi ultimi. Critiche ai “new legal historians” si leggono in DONLAN, *Clashes and continuities: brief reflections on the “new Louisiana legal history”*, in *J. Civ. L. Stud.*, 2012, vol. 5, pp. 67 ss.

<sup>27</sup> Uno studioso che è pacificamente considerato espressione di questa tendenza storiografica è GEORGE DARGO. Sulle questioni esaminate, cfr. DARGO, *Jefferson's Louisiana: Politics and the clash of legal traditions*, Cambridge, 1975.

<sup>28</sup> Di “vitriolic clash of traditions” parla HAAS, *Louisiana's legal heritage: an introduction*, in HAAS (a cura di), *Louisiana's legal heritage*, Pensacola, 1983, p. 3.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

fisionomia distinta della prima dal contesto ne precluderebbe l'assimilazione da parte della cultura giuridica statunitense (da questa "autonomia" deriverebbe il "clash" sopraricordato).

Dall'altro, i "new Louisiana legal historians", che leggono le origini dell'ibridismo statale nel prisma del più ampio contesto sociale statunitense<sup>29</sup>. Secondo questi, il terreno di analisi appropriato è costituito da questo, e non dalla tradizione giuridica continentale europea. Il cambio di prospettiva sarebbe giustificato da analogie puntuali, rilevanti tanto sul piano della giurisprudenza quanto su quello della legislazione, fra diritto *louisianian* e quello vigente in altri stati dell'unione. Queste analogie, lungi dall'essere frutto del caso, sarebbero da considerarsi il prodotto storico di questioni – quali quelle razziale, dei limiti e tutela della proprietà privata, e dello spazio di autonomia politica dal governo federale – comuni alla Louisiana e ad altri stati vicini, e porrebbero in seria discussione l'assunto della *uniqueness louisianian* che ispira le indagini dei *traditional legal historians*.

Nell'analisi di questi studiosi, la tassonomia "mixed legal system" acquisisce rilievo cruciale, in quanto volta ad 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 omogeneità della cultura giuridica *louisianian* alla statunitense in ragione di un processo di assorbimento (della prima nella seconda) consolidatosi oramai in via definitiva. La chiave di lettura privilegia l'elemento del consenso della comunità francofona (alla sua assimilazione nella nazione statunitense) – in ragione di precisi interessi condivisi da "Americans" e "French creoles" – su quello del conflitto che, come visto, anima la ricostruzione proposta dalla storiografia tradizionale.

La contrapposizione fra i due approcci storiografici rivela 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*.

---

<sup>29</sup> Per un esempio di questo indirizzo, cfr. BILLINGS, *Louisiana legal history and its sources: needs, opportunities and approaches*, in HAAS (a cura di), *op. cit.*, pp. 189-199.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

Negli ultimi anni DARGO, in occasione del bicentenario del *Digest*<sup>30</sup>, ritorna sui propri passi, assumendo una posizione più sfumata rispetto al passato. 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*”<sup>31</sup>. Questa lettura intendeva inviare segnali rassicuranti al governo statunitense, mirando a ridimensionare la radicale diversità del contesto sociale caratterizzante il territorio, entrato di recente nell’unione, rispetto a quello degli altri stati. Diversità dovuta tanto alla natura composita della comunità (per la presenza di gruppi sociali eterogenei di origine europea), quanto ad una supposta situazione di arretratezza sul piano socio-culturale e giuridico di essa. Sotto questo secondo profilo, l’affermazione secondo cui il *Digest* costituiva una derivazione dal codice civile francese intendeva comunicare l’avvenuto allineamento dell’ordinamento *louisianian* a quella che veniva ritenuta essere l’espressione giuridica più avanzata dell’epoca. S’intendeva in tal modo, probabilmente, ovviare altresì alle pregresse tensioni fra governo centrale e comunità francofona determinatesi a seguito dell’infruttuoso tentativo esperito da Jefferson di introdurre in Louisiana l’*Anglo-American law* (perseguito anche) attraverso una politica di cambiamento demografico radicale, volta a rendere, dietro il pretesto della necessità di difendere il territorio da pericoli esterni (rappresentati dalle mire di potenze straniere che riconoscevano ad esso carattere strategico), maggioritaria la componente statunitense di nascita a danno di quella francofona che era allora dominante.

La strategia demografica pensata da Jefferson non poté però essere attuata per il congiunto operare di molteplici fattori di carattere politico. La rivendicazione, da parte della comunità francofona, di una continuità del proprio diritto con la tradizione giuridica francese attraverso la recezione del suo segno più evidente – il codice civile – avrebbe segnato il tentativo di assicurare il mantenimento di un’egemonia sul piano culturale, definitivamente perduta sul piano politico, dando a luogo a ciò che da DARGO è stata definita “controegemonia”<sup>32</sup>. Gli ufficiali rappresentanti del governo statunitense, al fine di garantire

<sup>30</sup> DARGO, *The Digest of 1808: historical perspectives*, in *Tul. Eur. & Civ. L.F.*, 2009, vol. 24, pp. 1 ss.

<sup>31</sup> Il passo citato si trova in DARGO, *The Digest of 1808*, cit., pp. 3 ss.

<sup>32</sup> Cfr. DARGO, *The Digest of 1808*, cit., pp. 23 -24.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

la stabilità sociale, sarebbero addivenuti ad un compromesso con la cultura francofona che era largamente maggioritaria, avvicinandosi alle posizioni di questa<sup>33</sup>. I rapporti fra “Americans” e “French” avrebbero avuto un andamento ondulatorio, segnato da contrapposizioni e convergenze. Sempre secondo DARGO il *flavour* dell'epoca può essere reso in modo corretto attraverso il concetto di “hybridity”.

La categoria della “hybridity” individua una posizione che mostra profili di parziale novità rispetto al passato; essa veicola un'interpretazione rinnovata dell'epoca caratterizzata dall'introduzione del *Digest* che attenua la distanza fra i “traditional” e i “new legal historians” e supera la contrapposizione netta fra gli schemi interpretativi del “conflict” e “consensus”, caratterizzanti rispettivamente le posizioni degli uni e degli altri, favorendone la collocazione nel medesimo alveo.

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 della possibilità di partecipare alla “American federal union”, accettandone in via definitiva la vigenza. Un ingresso *soft* nell'Unione, ma non nel segno di una “total Americanization”<sup>34</sup>.

Le ragioni del persistente interesse per le origini del *Digest* sarebbero a questo punto chiare. Esso rappresenterebbe lo stadio evolutivo di un'identità culturale radicata; la manifestazione, cioè, della consapevole accettazione da parte del gruppo sociale al tempo egemone della necessità di una trasformazione dei propri modelli culturali (incarnati dai diritti francese e spagnolo premoderni), senza pur tuttavia essere costretti a rinnegarli in radice.

Il *Digest* non avrebbe allora il valore di mero “foundational legal document”, ma assolverebbe alla funzione strategica di “constitutive cultural moment in historical time”<sup>35</sup>; di un passato che, lungi dall'essere storia definitivamente conclusasi, resiste, interrogando e interpretando il presente.

---

<sup>33</sup> Sulle convergenze fra rappresentanti del governo statunitense e comunità francofona, si rinvia alle osservazioni di HAAS, *op. cit.*, p.4.

<sup>34</sup> HAAS, *op. cit.*, p.5.

<sup>35</sup> DARGO, *op. cit.*, p. 30.





**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna**

Di questa *presentificazione del passato* l'indagine di CAIRNS rappresenterebbe emblematica testimonianza.