



SPECIAL ISSUE: “WHO NEEDS COMPARATIVE LAW?”

CIVIL LAW, COMMON LAW, MIXED LAW? LE NARRAZIONI DELLA COMPLESSITÀ GIURIDICA IN LOUISIANA

BIAGIO ANDÒ

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Rappresentazioni “interne” dell’ibridità: dal “*today Louisiana is a common law state*” di IRELAND al “*back to the civilian tradition*” di BARHAM. -3. Conclusioni.

1. Oggetto di queste riflessioni è un’esperienza di “diritto misto” analizzata attraverso le rappresentazioni della sua ibridità date dai giuristi autoctoni.

Il diritto della Louisiana è correntemente qualificato “misto” per il suo situarsi stabilmente al crocevia delle tradizioni di *common* e *civil law*. L’ibridità giuridica di cui esso è il prodotto è frutto della sua storia complessa, esito di una stratificazione derivante dalla sua storia coloniale – risalente nel tempo – di territorio controllato da potenze europee continentali (Francia e Spagna), e successivamente (agli inizi del diciannovesimo secolo) entrato nell’orbita statunitense.

Questo diritto è considerato derivazione da modelli «originari» dotati di tratti identitari nettamente differenziati. E’ a tal riguardo necessario allora individuare quali siano in questi contesti i «luoghi deputati alla mediazione». Fuor di metafora, quali strategie vengano adottate (e da chi) per assicurare la compatibilità e coesistenza delle diversità. Un osservatorio dell’ibridità è per l’appunto costituito dalle rappresentazioni della «bigiuralità» del diritto della Louisiana ad opera dei giuristi autoctoni.

Le ricostruzioni operate dai giuristi *louisianian* delle traiettorie seguite dal loro sistema nell’alveo delle polarità costituite dalle tradizioni di *common* e *civil law* sembrano, allo sguardo d’un osservatore distratto, mere descrizioni di processi storici compiuti che hanno condizionato l’evoluzione del diritto vigente; al di fuori di questo contesto, dunque, potrebbero sembrare scarsamente significative, perché ritenute prive di utilità immediata.



Gli strumenti di analisi del comparatista consentono di cogliere le implicazioni profonde di queste rappresentazioni, nella misura in cui ne consentono una contestualizzazione, così rivelandone il punto di vista sotteso. Queste rappresentazioni, infatti, nel tratteggiare “prossimità” o “distanza” del sistema giuridico analizzato rispetto alle tradizioni di riferimento, esprimono sentimenti di appartenenza o di alterità che consentono una comprensione “situata” di queste ultime. Esse non sono il riflesso di una realtà obiettiva, dovendosi comprendere alla stregua di un prodotto intellettuale “creato” da coloro che lasciano intendere di voler procedere ad una mera ricognizione di un *quid* preesistente all’analisi proposta.

Si tratta allora di comprendere quali fattori giochino nella produzione di questi artefatti culturali, chi o cosa ne sia la causa efficiente, chi o cosa ne abbia il controllo, e per quali motivi. Proprio su questo terreno il diritto comparato può offrire un contributo rilevante nello svelare quali visioni del mondo producano le (o, meglio, siano implicate dalle) raffigurazioni in oggetto e quali obiettivi (se pratici o di mera conoscenza) siano a queste sottese, proprio per la consapevolezza che anima i cultori di questa disciplina che ciò che il giurista fa non è “descrivere” quanto “costruire” la realtà (normativa).

2. Una chiave di comprensione di come i giuristi in Louisiana intendano l’ibridità del loro sistema può rinvenirsi nelle rappresentazioni con cui essi misurano la “vicinanza” / “lontananza” di questo dalle tradizioni che ne puntellano l’identità. Il “luogo” in cui il sistema è “situato” è raffigurato ora come l’esito di un “conflitto” fra le tradizioni, conclusosi con la “vittoria” della tradizione di *common law* sull’antagonista, definitivamente sconfitto¹, e maturata grazie alla sempre maggiore “compressione” dello “spazio vitale” di quest’ultimo²; ora come il risultato “composito” di una congerie di influenze che hanno dato vita ad un prodotto originale, insuscettibile di essere ricondotto alle tassonomie consolidate³; ora, come il prodotto di una reazione del

¹ A.N. YIANNOPOULOS *Louisiana civil law: a lost cause?*, 54 *Tulane L.Rev.* 830 (1980).

² Si veda ad esempio A.J. REEVES, *The common law state of Louisiana*, 2 *Tulane Civ.L.For.* 1 (1974): “While Louisiana is a uniquely independent state, blessed with a heritage distinctly different from the rest of Anglo-America, the influence of the united States common law litigation is overwhelming. Today the ascendancy of civilian tradition in Louisiana has almost entirely vanished. The civilian caste is nothing but a shadow of itself” (p.24). La preservazione di quanto di *civilian* resta è possibile solo a patto di riconoscere che l’evoluzione appena tratteggiata s’è compiuta: “[I]f we try to ignore facing up to this common law replacement or deny its implications, the civilian tradition in Louisiana will be irretrievably lost to the slow encroachment of common law cases – and more cases” (p.36).

³ P. CRABITES, *Louisiana not a civil law state*, 9 *Loyola L.J.* 51 (1928).



contendente, in precedenza sotto scacco, che ha trovato le energie per continuare lo scontro (e forse invertirne a proprio favore l'esito che sembrava oramai irrimediabilmente compromesso)⁴.

La raffigurazione di evoluzioni/trasformazioni dell'ordinamento – associate ad eventi “memorabili” – si esprime attraverso immagini evocative quali la scomparsa della tradizione *civilian*, lo spostamento del baricentro del sistema sul “versante” della *common law*, o, all'opposto, la *renaissance* del mondo *civilian* dopo un periodo di crisi. Il senso delle ricostruzioni che si passeranno in rassegna non può intendersi come l'esito di un processo evolutivo lineare che s'articola secondo il metro della successione diacronica, così che ogni epoca esprimerebbe una determinata sensibilità intercettata dalle riflessioni di quegli autori che in essa vivono e operano. Ciò che dall'esterno si osserva è invece che autori che scrivono a notevole distanza l'uno dall'altro siano sulla stessa “lunghezza d'onda”; e che giuristi operanti nello stesso periodo esprimano valutazioni sul proprio diritto sensibilmente diverse.

Nel 1937, IRELAND affermava, ad esito di un'analisi sull'incidenza delle tradizioni di *civil* e *common law* sull'evoluzione del proprio sistema, che la Louisiana “is today a common law State”⁵. Tale analisi era suffragata da una puntuale disamina dei settori dell'ordinamento che erano oramai stati attratti nell'orbita del *common law*. Una nuova epoca s'era oramai avviata, e s'imponeva pertanto “a new appraisal of the true situation, refusing longer to accept unquestioningly the traditional declarations and disregarding the romantic prejudices of an affectionate predilection, to judge only from the actual presented acts”⁶.

IRELAND pertanto dichiarava solennemente che fosse giunto il tempo di dire addio alle “traditions of the past [di civil law], try to fall in step with my neighbours, and hope that they will eventually forget the difference of origins and admit my jurisprudence and my new precedents to as great weight in our common affairs as those of all the others of the family”⁷.

La conclusione di IRELAND circa la “trasformazione” della Louisiana in un ordinamento di *common law* sembra reggersi su dati oggettivi e, in quanto tale, incontrovertibili: quello di una vittoria rotonda di quest'ultima tradizione su

⁴ M.E.BARHAM, *A renaissance of the civilian tradition in Louisiana*, in J.DAINOW, *The role of judicial decisions and doctrine in civil law and in mixed jurisdictions*, Baton Rouge, 1973, pp.38-68.

⁵ G.IRELAND, *Louisiana's legal system reappraised*, 11 Tulane L.Rev. 585 (1936-1937), a p.596. Si è scelto quale punto di partenza dell'analisi l'articolo di IRELAND perché ad esso deve riconoscersi il ruolo di fattore propulsore di un *Great Debate* che impegnerà la comunità dei giuristi nello Stato americano per lungo tempo e che ancor oggi è ricordato.

Nello stesso senso di IRELAND, quasi quarant'anni dopo, A.J.REEVES, *The common law state of Louisiana*, cit.

⁶ Ibid.

⁷ Ivi p.598.



quella di *civil law*, della quale costituirebbe riprova emblematica la recezione in Louisiana della *doctrine* dello *stare decisis*⁸.

La tesi secondo cui la Louisiana non fosse più espressione *pura* della tradizione di *civil law* già in precedenza aveva trovato convinti assertori. Era diversa però la prospettiva che ne animava l'analisi; il diritto *louisianian* non era "situato" sulla sponda del *common law*, dovendosi riconoscere ad esso una fisionomia originale, non riconducibile cioè ad alcuna delle tradizioni che ne erano alla base. Un ibrido, appunto.

Fotografa in modo esemplare questo orientamento il seguente passaggio: "[i]t is, therefore, inaccurate for us to proclaim that Louisiana is a great civil law state. It is not. It may have been before the Civil War. We have been caught in the American maelstrom, the only salvage that remains is a Louisiana incrustation which has in it something of the Civil Law, and something of the Common Law, which after all is an *uncatalogued creation*, but a viable institution because it typifies the composite genius of the soul of the true Louisianian"⁹. Nell'immagine prescelta, il riconoscimento della natura costitutiva del mix prelude necessariamente al riconoscimento di una *peculiarità*, di una «via giuridica» propriamente *louisianian*, insuscettibile pertanto di essere risolta senza residui nei modelli che ne strutturano la genealogia.

Altra cosa è affermare che un ascendente ha conquistato una posizione di egemonia sull'altro, provocandone sostanzialmente la scomparsa. E' necessario allora indagare più a fondo su ciò che ispira le conclusioni di IRELAND: egli intendeva *descrivere* un processo a suo avviso «realmente» compiutosi, e cioè uno spostamento del baricentro del sistema dalla sponda di *civil* a quella di *common law*? E in questo caso, quale rilievo egli ascriveva a questa sua descrizione? La sua indagine era cioè mossa da finalità di conoscenza o pratiche, e in questo secondo caso quali? Innanzitutto, consideriamo l'ipotesi che l'intento di IRELAND fosse quello di offrire al lettore una descrizione fedele del proprio sistema¹⁰.

⁸ In questo senso, già F.K.BEUTEL, *The place of Louisiana jurisprudence in the legal science of America*, 4 Tulane L. Rev. 70 (1929-1930).

⁹ P.CRABITES, *Louisiana not a civil law state*, cit., p.52.

¹⁰ A riprova del fatto che le ricostruzioni dei rapporti fra diritto *louisianian* e tradizioni giuridiche che ne costituiscono il fondamento non possono comprendersi come riflesso dello spirito dell'epoca (e cioè di uno spirito coerente e unitario), si consideri la replica data a Ireland da Greenburg nello stesso numero della rivista (L.GREENBURG, *Must Louisiana resign to common law?* 11 Tulane L. Rev. 598 1936-1937). Questo autore, pur riconoscendo la correttezza della ricostruzione di IRELAND circa la progressiva scomparsa della cultura di *civil law* in Louisiana, osservava che tale processo di trasformazione non era necessariamente irreversibile. Sulle riflessioni di IRELAND, una posizione nettamente critica viene espressa a breve distanza da R.L. TULLIS, *Louisiana's legal system reappraised*, 12 Tulane L. Rev. 108 (1937-1938), che ritiene erronee



A prima vista, l'analisi da questi proposta pecca di accuratezza; di più, sembra di poter cogliere in essa autentiche forzature. Per esempio, laddove a sostegno della qualificazione dell'ordinamento come *offspring* della tradizione di *common law*, asserisce che la Suprema Corte della Louisiana abbia adottato la *doctrine* del principio dello *stare decisis* sin dal caso *Smith v. Smith*¹¹, pronuncia a cui nel ragionamento condotto si assegna la funzione di snodo decisivo della trasformazione della Louisiana in un *common law state*. IRELAND dà nome di *stare decisis* ad una prassi stabilmente osservata dal giudiziario in Louisiana, che, pur tenendo in grande considerazione il precedente, non riconosce ad esso efficacia vincolante¹².

Quanto questo autore afferma sul terreno delle fonti, nel passato demarcatore sistemologico di cruciale importanza ai fini della distinzione fra

le affermazioni del primo, nella misura in cui viene trascurato il rapporto di filiazione che lega il diritto *louisianian* al diritto romano.

¹¹ *Smith v. Smith* [1839] 13 La. 441. Fra gli argomenti citati da IRELAND a sostegno della propria tesi, quello dell'adozione della *doctrine* dello *stare decisis* è quello di maggiore rilievo.

¹² La questione accennata nel testo richiederebbe un lavoro *ad hoc*. In questa sede, possono solo formularsi sintetiche considerazioni. Secondo la prassi richiamata nel testo, correntemente denominata *jurisprudence constante*, una regola giuridica è ritenuta vigente dalle corti in quanto osservata in modo costante in una serie di pronunce. Essa è tenuta in massima considerazione dalla Suprema Corte, che così persegue un punto d'equilibrio fra due istanze – stabilità (dell'orientamento giurisprudenziale creatosi a margine di una determinata questione) e mutamento del diritto vigente – evidentemente non considerate *a priori* inconciliabili. La possibilità del superamento di una regola consolidata è ancorata al presupposto della dimostrazione della sua inadeguatezza a governare in modo soddisfacente la questione che ad essa fa da sfondo. In questo caso, perpetuare l'osservanza d'una regola inadeguata comporterebbe effetti indesiderabili: per questa ragione è pacifico il riconoscimento della possibilità di un suo superamento a favore di un principio diverso ritenuto corretto, affermato in discontinuità con l'orientamento pregresso. Questa prassi si distingue da quella del precedente sotto un duplice profilo. Da una parte, una sola pronuncia non è sufficiente ad integrare gli estremi della *jurisprudence constante*, occorrendo a tal uopo una molteplicità di pronunce; dall'altra, questa dottrina presenta un grado maggiore di flessibilità rispetto allo *stare decisis*, in quanto consente alla corte margini di libertà più ampi di discostarsi dal precedente. In sintesi, può cogliersi il senso della *jurisprudence constante* nel suo collocarsi in una zona intermedia fra *applicazione e produzione del diritto*, nel senso che essa integra una «misura intermedia» fra la decisione del singolo caso concreto – che individua il campo proprio del *giudice che applica la legge* – e l'attività di regolamentazione generalizzante preventiva di una pluralità di casi dello stesso genere, che rappresenta l'ambito tipico del legislatore.

Alla luce di quanto appena osservato, sembra alquanto singolare che IRELAND invochi come precedente che attesterebbe la trasformazione della Louisiana in un “*common law state*” proprio *Smith v. Smith*. In questo caso, il giudice Martin richiamava chiaramente la prassi della *jurisprudence constante* quando affermava che “*more than one decision of the supreme judicial tribunal is required to settle the jurisprudence on any given point or question of law*”, negando recisamente che il precedente isolato potesse avere forza vincolante.



civil e common law, se dettato da fini puramente conoscitivi¹³, ingenera perplessità nel lettore odierno. Il rilievo dirimente assegnato al precedente non sembra infatti rispondente all'atteggiamento che al riguardo contrassegnava la coeva cultura giuridica statunitense, che declinava l'intensità del vincolo individuato dal precedente con una flessibilità di gran lunga maggiore di quella che caratterizzava la teoria dichiarativa nel *common law* inglese¹⁴.

Per queste ragioni, non sembra seriamente sostenibile che IRELAND sia mosso da un puro interesse scientifico, conoscitivo¹⁵. Mal si concilia con questo intento l'andamento assertivo che rappresenta la cifra stilistica dell'articolo. E del resto, le perplessità che una siffatta ricostruzione suscita non sono però solo il frutto della distanza che separa il tempo presente dall'epoca in cui il *reappraisal* è stato pubblicato, come risulta evidente dalle critiche penetranti coeve (e sulle quali si tornerà in chiusura) mosse a questa tesi¹⁶.

Occorre allora considerare l'ipotesi che la sicura affermazione di una trasformazione intervenuta – della quale il ricorso al “simbolo” dello *stare decisis* è parte strategica – sia orientata, proprio in ragione delle suggestioni che esso evoca, a finalità persuasive. Se si ipotizza che l'intento era quello di orientare, di persuadere, a quale *audience* l'autore intendeva rivolgersi, e a quali fini?

¹³ Ai quali potrebbero essere ispirate le riflessioni di un osservatore esterno come H.F. JOLOWICZ, *The civil law in Louisiana*, 29 Tulane L. Rev. 491 (1954-1955), che in questi termini tratteggia il percorso evolutivo della *civil law* in Louisiana: “[I]n the first half of the nineteenth century it may thus be said that on the whole the civilian party among the lawyers had the upper hand. But [...] the position of the civil law had been menaced and the influx both of lawyers trained in the common law and of legislation on Anglo-American lines continued [...] By the end of the nineteenth century, the civil law had certainly lost much ground, and it continued to do so in the early part of the twentieth” (p.496). Sulle ragioni della crescente influenza del *common law* in Louisiana all'epoca in cui scrive, J. ricorre a spiegazioni ispirate ad un paradigma inequivocabilmente funzionalista (“[i]n some ways common law influence seems to be still increasing. *The social problems that arise are similar to those in other states, and similar statutes are passed to solve them*, ivi, corsivi aggiunti).

¹⁴ Al riguardo senza pretesa di esaustività, M. RADIN, *Case law and stare decisis: concerning präjudizienrecht in Amerika*, 33 Columbia L.Rev. (1933) 199. Quanto al valore del precedente, riconosce l'autonomia del *common law* statunitense (e una sempre maggiore vicinanza alla posizione *civilian*, A.L. GOODHART, *Case law in England and America*, 15 Cornell L.Rev. 173 (1930) dall'inglese (caratterizzato da una declinazione rigorosa del vincolo discendente dal precedente: A.L. GOODHART, *Precedent in English and continental law*, London, 1934, pp. 8-9).

¹⁵ Su questo terreno, in senso critico, A.N. YIANNPOULOS, *Louisiana civil law: a lost cause?*, cit., 835: “an impartial observer would object to the criteria Ireland used to distinguish between civil law and common law and to classify the Louisiana legal system within the orbit of the common law. Indeed, such an observer would be inclined to regard Ireland's essay as a plea for realism in the choice of legislative policy for the state rather than as a valid description and classification of Louisiana's legal system”.

¹⁶ H. SPILLER DAGGETT, J. DAINOW, P. M. HEBERT, H. G. MCMAHON, *A reappraisal appraised: a brief for the civil law of Louisiana*, 12 Tulane L. Rev. 12 (1937-1938).



Risposte ai quesiti posti possono provenire dalla lettura di altri autori che condividono la medesima narrazione. La perentorietà che punteggia l'intervento di IRELAND si ritrova a distanza di cinquanta anni in un saggio scritto da un giudice della corte suprema, DIXON¹⁷, il quale, dopo aver sin dalle prime battute data per pacifica l'assimilazione dell'ordinamento giuridico della Louisiana al diritto statunitense (quantomeno a far data dall'introduzione del codice del 1825), sottopone a severa critica quanti ancora sostengono che la Louisiana sia una "mixed jurisdiction influenced by both the common law and the civil law"¹⁸. L'accostamento fra IRELAND e DIXON non si giustifica solo per l'affinità delle posizioni sostenute, ma anche per lo stile adottato: entrambi presuppongono nel loro ragionamento uno stato delle cose assolutamente pacifico.

Nella riflessione di DIXON ciò che non rientra nella visione della realtà da egli proposta è semplicemente accantonato come dato d'importanza secondaria; che la Louisiana sia un "common law state" è fatto che non può essere smentito.

Un passaggio da egli dedicato al codice civile sembra al riguardo indicativo. Dopo aver rilevato che "[T]he articles of the Civil Code are simple acts of the legislature and can be amended by any subsequent legislative act adopted by a simple majority", DIXON rivela tutta la propria perplessità a fronte del fatto che "the Civil Code is treated, both by the legislators and by the courts and lawyers, with much greater respect than are other statutory materials"¹⁹.

Il sistema si sarebbe dunque sviluppato abbandonando l'ibridità delle origini, e divenendo un sistema *monojural* di *common law*²⁰. Questa tradizione giuridica rappresenterebbe ciò che l'ordinamento è nel *presente*; il *civil law* sarebbe consegnato inesorabilmente al *passato*.

Il tono assertivo che caratterizza i due scritti lascia pensare che essi siano mossi dall'intento di perorare una causa. Quale causa? Non sembra infondato ipotizzare che alla base dell'intervento di IRELAND vi sia l'esigenza di garantire

¹⁷ J.A.DIXON JR., *Judicial method in interpretation of law in Louisiana*, 42 Louisiana L.Rev. 1661 (1982), 1661.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Pp.1662-1663. Queste parole riecheggiano quasi alla lettera quello che G. IRELAND, *Louisiana's legal system reappraised*, cit., p.596, sosteneva: "the Civil Code was theoretically the basis for all the substantive law of Louisiana [...] it is now after all only a legislative statute to be construed and applied when there is no local decision in point" (corsivi aggiunti).

²⁰ Più sfumato il giudizio – nel senso della prevalenza della tradizione di *common law* sull'altra, che tuttavia non ne determina la scomparsa – di A. TATE, *The role of the judge in mixed jurisdictions: the Louisiana experience*, in J. DAINOW (ed.), *The role of judicial decisions and doctrine*, Baton Rouge, 1974, p.23: "Louisiana is a mixed jurisdiction: our basically civilian tradition has been partly overlaid and replaced by Anglo-American common law".



l'armonizzazione del diritto *louisianian* al diritto statunitense vigente a livello federale e negli altri stati²¹. La necessità di rappresentare come incontrovertibile la condizione di *common law state* che caratterizzerebbe la Louisiana sarebbe tanto più urgente quanto più è avvertita la potenziale minaccia arrecata all'unità del diritto a livello federale dalla peculiarità del sistema giuridico *louisianian* derivante dal suo situarsi al crocevia di due tradizioni giuridiche diverse.

In quel torno di anni, infatti, la Corte Suprema federale era intenta a porre in essere una strategia di governo delle spinte centrifughe prodotte dalle giurisdizioni statuali in ragione della diversità dei rispettivi sistemi attraverso un ampliamento dello spettro della sua giurisdizione. Uno degli strumenti di questa politica di centralizzazione era rappresentato, com'è noto, dalla figura del *federal common law*²².

Sullo sfondo del saggio di DIXON sembra operare il timore che il processo di rinascita annunciata della tradizione di *civil law* (che grosso modo ha abbracciato il periodo intercorrente fra gli anni '30 e gli anni '60 del secolo scorso) potesse incidere sulla stabilità del sistema dipendente dal suo grado di omogeneità al diritto degli altri stati della federazione. Orbene, qualora si ritenga fondata questa chiave di lettura, gli interlocutori dei due giuristi sarebbero le corti nella misura in cui esse ricorrano a fonti *civilian* (estranee al diritto statunitense), determinando l'allontanamento del sistema giuridico *louisianian* dai *sister states* statunitensi.

Questi sono i possibili obiettivi immediati che muovono IRELAND e DIXON. Ma ciò che più interessa è la cornice nella quale s'inscrive la loro visione

²¹ Questa ipotesi sembra trovare conferma in un saggio scritto nello stesso periodo da cui risulta chiaramente che l'esigenza di garantire uniformità del diritto a livello federale fosse un problema la cui urgenza era nitidamente percepita: sulla questione, M.FRANKLIN, *Equity in Louisiana: the role of article 21*, in 9 Tulane L.Rev. (1935) 485, spec. p. 505.

²² Occorre ricordare che la Corte Suprema federale aveva evocato l'esistenza del *federal common law* con il non tanto recondito fine di assicurare una compressione della competenza delle corti statali (mediante un'interpretazione restrittiva delle legislazioni adottate a questo livello) a tutto vantaggio delle corti federali. Attraverso questo concetto, la Corte mirava ad ovviare all'incertezza sul diritto applicabile nel caso in cui la competenza dei giudici federali fosse fondata su "ragioni soggettive", e cioè relative alle parti della controversia (questo è il caso delle controversie di cui siano parti ambasciatori, ministri o consoli; gli Stati Uniti; due Stati; un cittadino e uno straniero), laddove nell'ipotesi in cui i giudici federali fossero competenti per "ragioni di materia", era prevista l'applicazione del diritto federale. Per il diritto vigente all'epoca, il Congresso era incompetente a legiferare nei casi in cui i giudici federali fossero competenti per ragioni soggettive; al riguardo, il *Judiciary Act* del 1789 prevedeva che i giudici federali dovessero applicare "the laws of the several states". La corte suprema federale aveva interpretato il termine "laws" come legge in senso formale; con la conseguenza che qualora lo Stato non avesse disciplinato con legge il caso devoluto alla cognizione delle corti, esso doveva essere governato dal *federal common law*. Al riguardo per una ricostruzione dei termini della questione, A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008, pp.156-159.



dei rapporti fra le tradizioni in oggetto. Occorre estendere l'analisi ad altri autori che giungono a conclusioni opposte a quelle di IRELAND e DIXON.

In netto contrasto con la visione di IRELAND secondo cui la Louisiana era diventata un "common law state", il giudice BARHAM affermava – con lo stesso vigore del primo – la "rinascita" della tradizione *civilian* in Louisiana²³.

L'autore riconosce che a dispetto della tradizione *civilian* nella quale si colloca lo stato del sud – tradizione caratterizzata dal rilievo primario accordato alla legislazione nel sistema delle fonti²⁴ – il precedente giudiziario ha acquisito sempre più peso²⁵. Ma non tutto è perduto: la protezione dell'anima *civilian* è assicurata dalle *law schools* – che assolvono ad una funzione di traino nel guidare l'evoluzione del sistema²⁶ – e dalle traduzioni di opere di autori europei appartenenti alla tradizione *civilian* che hanno contribuito in misura significativa a rivitalizzarne l'ascendente nell'ambito dell'ordinamento *louisianian*.

Il rilievo accordato alla legislazione non avrebbe necessariamente come esito un giudice "automa", mera *bouche de la loi*; ciò che in realtà i giudici fanno è decidere secondo ragionevolezza. E questa ragionevolezza si mostra sovente nella veste della discontinuità rispetto alla "prior jurisprudence". Lo stereotipo che riduce l'attività del giudice *civilian* a mero strumento di garanzia della fedele

²³ M. E. BARHAM, *A renaissance of the civilian tradition in Louisiana*, cit.

²⁴ M. E. BARHAM, *A renaissance of the civilian tradition*, cit., p.43: "[C]ommon to all civil-law systems is the fundamental tenet that legislative expression is the primary source of law, and common to all civil-law systems now is the comprehensive written and integrated basic text of that legislative expression".

²⁵ M. E. BARHAM, *A renaissance of the civilian tradition*, cit., p.39: "Under our code and through the historical civilian tradition, jurisprudence is not a major source of law, yet it has been and it remains such in reality. Perhaps to a greater degree than in nonmixed jurisdictions, the belief in jurisprudence as a primary source of law is embedded in the minds of many of the judiciary and the practicing bar of Louisiana. Though we may really believe that legislation is the primary source of law, we practice under the principle that jurisprudence is a major source of law".

²⁶ Ibid.: "The law schools have played a dominant role in bringing lawyer, legislator, teacher, and judge back to the civilian tradition in Louisiana". Nello stesso senso, K.M.MURCHISON, *The judicial revival of Louisiana's civilian tradition: a surprising triumph for the American influence*, 49 Louisiana L. Rev. (1988) 3: "The initial efforts to revitalize the civil law were associated with efforts to improve legal education in the state during the first third of the twentieth century". In questo solco s'inscrivono le riflessioni di K.VENTURATOS LORIO, *The Louisiana civil law tradition: archaic or prophetic in the twenty-first century?*, 63 Louisiana L.Rev. 1 (2002-2003). La questione al centro dell'attenzione della studiosa è se la *civil law* abbia carattere "archaic" (abbia cioè un valore solo per la comprensione del passato) o "prophetic" (abbia cioè utilità non solo per il presente ma anche per il futuro). Lorio conclude in questo secondo senso, ravvisando il punto di forza della *civil law methodology* nel suo essere "adaptable to constant change" (p.19). Sotto il profilo tecnico, l'obiettivo della flessibilità delle norme di diritto privato ispirate alla *civil law* può essere garantito evitandone una formulazione eccessivamente dettagliata ("[C]ode articles should not, by necessity, be too specific, but rather should reflect general principles which could be applied to later developing situations", p.18).



applicazione della legge affonda le proprie radici nella “anxiety for certainty under the law”, che accomuna “lawyers” e “laymen”²⁷.

E’ espressione propria della *civilian methodology* ammettere che la fedeltà dell’interprete al testo legislativo non impone un acritico ossequio nei confronti di quest’ultimo; pertanto, in alcune ipotesi il giudice potrà discostarsi dalla soluzione che discende pianamente dalla lettera del testo (così come dalla riflessione dottrinale) e conformarsi all’orientamento giurisprudenziale pregresso, ed in altre invece superare un orientamento giurisprudenziale consolidato quand’esso non rifletta la *ratio* della “statutory law”²⁸. La cifra d’un metodo autenticamente *civilian* consisterebbe allora in una soluzione “fitted to the problem-solving required in the particular cases”²⁹. BARHAM non sostiene che la discrezionalità del giudice debba essere illimitata; non è però *prima facie* evidente in positivo quale fattore giochi il ruolo di vincolo dell’attività decisionale posta in essere dalla corte, cosa impedisca una deriva incontrollata della decisione. Anche su questo si tornerà a conclusione di questa breve rassegna.

Fra le indagini dedicate al rilievo delle tradizioni di *civil* e *common law* in Louisiana, si segnala quella sopra menzionata di Yiannopoulos per il tentativo di chiarezza terminologica che ne è alla base. L’autore distingue il significato che la locuzione *civil law* ha qualora sia usata come connotazione di “jurisdiction” per indicare una determinata “methodology” o “terminology” da quello che essa assume quando è impiegata come connotazione di “system” per indicare uno specifico corpo di regole poste dal legislatore.

Nel primo, di più ampio respiro, essa evocerebbe una specifica genealogia, caratterizzata dal processo di lunga durata a base sapienziale che inizia nel medioevo e si articola, nel tempo, fino al diciannovesimo secolo.

²⁷ Val la pena riportare un passaggio delle considerazioni di BARHAM che si è tentato di sintetizzare sopra nel testo: “Here in Louisiana [...] the judge, the lawyer, and the layman all like to believe that a judge makes a judicial determination simply by applying “the law” which the legislator has enacted to the case before him. *Actually, there is no invariable single judicial process which assures that a judge will be led not only to “the law” but also to a logical and reasonable application of that legislative expression to the facts and circumstances of the case he must decide.* [...] The concept of the judge’s role as purely mechanical or functional is largely formed through both lawyers’ and laymen’s anxiety for certainty under the law. [...] However, *that certainty in the law which would be exacted by some would deprive the courts of the power to temper the harshness of the rule of law in a particular case and would permit prior erroneous expressions to prevail over major legislative policy considerations. Moreover, such certainty would prevent the primary attainment desired under the law, justice through reason*” (p. 44, corsivi aggiunti).

²⁸ Così BARHAM individua la sostanza della *civilian methodology* nell’approccio consistente nel “first examining the code articles pertinent to the issue raised there, next surveying the history of the evolution of the statutory law and the jurisprudence which also concerned the problem, then examining Louisiana doctrinal writings upon the subject”: p.55.

²⁹ *Ibid.*



Sarebbero di *civil law*, dunque, quei “legal systems which, especially in their methodology and terminology, were shaped decisively by Roman law scholars from the middle ages to the nineteenth century”³⁰.

Nel secondo, esprimerebbe una specifica dimensione del diritto positivo: il diritto privato regolato dal codice civile. La presenza del codice civile segnalerebbe l'esistenza di un “civil law system”, cioè di un corpo normativo organico di regole che sono la derivazione della tradizione di *civil law*³¹.

Le accezioni sopra enucleate alludono a due distinte – o sarebbe meglio dire autonome – dimensioni della normatività di *civil law*.

Entrambe sono considerate nel lavoro di YIANNOPOULOS, sebbene a quella incarnata dal codice civile egli riconosca rilievo prevalente; sul suo terreno viene valutata la tenuta complessiva della tradizione in esame nel sistema giuridico analizzato³². La causa della *civil law* sarebbe a dire dell'autore messa a repentaglio dalla perdita di centralità del codice civile nel sistema delle fonti. E' evidente allora che la prospettiva prediletta dallo studioso colloca il baricentro della tradizione di *civil law* sul piano della fonte legislativa e non della “dimensione di lungo periodo” da cui aveva preso le mosse³³. Come forma di legislazione, nel presente “the civil law has neither ceased to exist nor has it begun to fade away”³⁴; nel futuro essa può assurgere a modello per quei “legal systems that have become, or are in the process of becoming, statutory”³⁵.

Dagli elementi emersi nel corso di questa rapida disamina è possibile trarre alcune considerazioni che è opportuno articolare in una serie di passaggi progressivi.

³⁰ A.N.YIANNOPOULOS, *Louisiana civil law*, cit., 832.

³¹ La posizione di YIANNOPOULOS sul codice civile come espressione identitaria della tradizione di *civil law* non è isolata nella cornice dei sistemi ibridi, come rilevato con accenti critici con riguardo al Québec da M. TANCELIN, *Contribution du Québec à la recherche des causes du déclin ou de l'éclipse du jus commune*, in *Foro it.*, 1983, V, cc. 207 ss.: “La majorité des juristes du Québec considèrent que le droit privé québécois relève exclusivement de la *civil law*. La présence du code civil ferait foi de tout. Cette conception encourt le reproche de confondre le droit avec la règle de droit, selon la vision courante de la doctrine civiliste. Cette adhésion à la conception dogmatique des sources du droit ne tient pas compte de la dimension méthodologique qui s'ajoute à l'aspect substantif de la norme juridique” (c.209).

³² Significativa è l'osservazione secondo cui la perdita d'importanza subita da questa tradizione sarebbe la conseguenza del peso crescente della legislazione statale speciale introdotta successivamente ai codici e al “development of many branches of public and private law that are not essentially different from the law prevailing in sister states” (citazione a p.837).

³³ A riprova di questa interpretazione valga il passaggio dedicato da YIANNOPOULOS al movimento del cosiddetto diritto libero, la cui “open departure from the codified law” avrebbe determinato la situazione che “the civil law was in retreat”, se non addirittura “dead” (citazioni a p. 841).

³⁴ Ivi, p.847.

³⁵ Ibid.



Si prenderà avvio dal problema sollevato nelle pagine che precedono, ma per il quale non è stata proposta alcuna soluzione, di quale sia la cornice nella quale s'inscrivono le osservazioni di IRELAND e DIXON.

Un contributo significativo a mio modo di vedere proviene dalla sopramenzionata risposta al provocatorio saggio di IRELAND, nel quale gli autori muovono un attacco puntuale ed articolato alle deduzioni di questi, lamentandone il carattere fuorviante.

Innanzitutto, essi censurano l'erroneo impiego del concetto di *civil law* adottato da quest'ultimo: essa verrebbe declinata "as embracing the entire field of the law", laddove essa sarebbe "merely one of the branches of private law"³⁶. Gli autori individuano lo spazio del *civil law* nel diritto privato patrimoniale (costituito da obbligazioni, contratti, responsabilità civile), che ha la propria sede naturale nel codice civile³⁷.

Inoltre, IRELAND sarebbe incorso in un equivoco circa le cause delle modifiche apportate al sistema del diritto privato in Louisiana. Esse non attesterebbero l'influenza del *common law*, potendo essere spiegate come il risultato di mutate condizioni economiche e sociali comuni alla Louisiana e ad altri stati federali che hanno prodotto soluzioni normative convergenti.

Questo fraintendimento si sarebbe reso possibile per la visione "statica" della *civil law* che ispira l'analisi di IRELAND, il cui parametro sarebbe rappresentato dal diritto francese della prima metà del diciannovesimo secolo. L'accusa che gli autori muovono a IRELAND è di avere rilevato un'avvenuta trasformazione della natura del sistema giuridico valutandola ... con l'unità di misura di una *civil law* non più attuale, e cioè quella dei Portalis e dei Maleville, laddove il suo presente sarebbe rivelato dai lavori di Gény, Lambert, Planiol. Ciò che gli si rimprovera è di aver avuto la pretesa di dare un resoconto dello stato dell'arte del diritto vigente alla sua epoca con gli strumenti analitici propri del diritto francese del diciannovesimo secolo!

Il *trompe-l'œil* ingenerato da IRELAND risulterebbe evidente proprio sul terreno della portata del precedente giudiziario, che, come già osservato, rappresenta il fulcro del suo ragionamento. L'affermazione di questi secondo cui il precedente giocherebbe "so slight a role in the civil law" sarebbe appunto valida alla luce della "French juridical theory of the early nineteenth century"³⁸, ma non alla luce di quello dell'epoca in cui Ireland scrive.

³⁶ Entrambe le citazioni sono a p.13.

³⁷ Questa identificazione sarà sostenuta da altri successivamente, come si vedrà *infra*.

³⁸ Le citazioni si trovano a p.16. *En passant* (il discorso, a dire il vero, imporrebbe ben altro spazio), è doveroso avanzare riserve sulla fondatezza dell'obiezione ricordata da ultimo nel testo. Identificando in Portalis uno dei fautori di un'ideologia che riconosce scarso peso al precedente, gli autori operano una forzatura bella e buona. Secondo P. il giudice non è mera "bouche de la loi"; basti pensare alle previsioni del *Livre Préliminaire* – di cui è autore



Il dibattito animato fra IRELAND, da una parte, e DAGGETT e sodali, dall'altra, impone per essere comprensibile di situarne i discorsi. Ebbene, nonostante le apparenze, il luogo nel quale essi si collocano è identico; ciò che li distingue è la diversa direzione del loro sguardo. Il fatto che le parti addivengano a conclusioni opposte non deve ingannare. Quando essi affermano rispettivamente che la Louisiana è divenuto un *common law state*, o che, al contrario, la Louisiana ha preservato la sua identità *civilian*, entrambi parlano «dallo stesso luogo». Il luogo è la *civil law*; ciò che da quella posizione essi guardano è diverso. I due punti di vista, pur essendo *interni* allo stesso luogo, non sono sovrapponibili perché ne sottendono due distinte concezioni. L'uno – IRELAND – ne coglie il tratto fondante nell'atto di volontà del legislatore; gli altri in una "sensibilità" – in una tradizione di pensiero – che non si dissolve integralmente nell'atto del legislatore, nel senso che non si lascia ad esso integralmente "ridurre".

Quanto detto fornisce una chiave a margine della questione sopra accennata di quale "fattore implicito" giochi il ruolo di vincolo dell'attività decisionale del giudice per BARHAM.

Sembra a chi scrive che questo fattore possa emergere volgendo nuovamente l'attenzione al modo in cui BARHAM individua il nucleo minimo essenziale di una "civil law jurisdiction". Questo nocciolo duro non va colto nell'osservanza del dogma della fedeltà del giudice alla legge, quanto piuttosto nel riconoscimento del potere del giudice di discostarsi da un orientamento giurisprudenziale pregresso e pervenendo a una soluzione innovativa. BARHAM non intende certo teorizzare un giudice dal potere assoluto (nel senso di *absolutus*), essendo l'orizzonte della sua decisione ampio, ma comunque delimitato; esso ricomprende la "codal and statutory expression", così come "custom, equity, reason, and common usage [...] in the absence of legislative expression", e la "doctrine and other resources". Ciò che costituisce vincolo per l'attività decisionale della corte è in ultima analisi la stessa tradizione (di civil law) nei suoi poliedrici aspetti. Orbene, il giudice non tiene un atteggiamento contraddittorio se in taluni casi si discosta da un orientamento pregresso perché non ritenuto conforme alla *ratio* della legislazione vigente, ed in altri perpetua l'adesione ad esso, nonostante la sua evidente discrasia rispetto alla lettera della legge. Ciò che costituisce vincolo dell'attività decisionale del giudice si dà evidentemente "al di là" della legge posta, nella "tradizione" che costituisce riferimento e perimetro necessario del suo operato.

ricosciuto e che poi verrà espunto nella stesura definitiva del codice civile francese – che riconoscono al giudice la possibilità di "produrre diritto" attraverso l'*équité*. Il "legicentricismo", che caratterizzerà una generazione di interpreti del codice civile francese, si affermerà dopo la scomparsa di Portalis!



E che questa spiegazione non sia una semplice congettura di chi scrive sembra trovare conferma nell'accezione in cui BARHAM declina il concetto di "civil law tradition" in apertura del suo intervento rifacendosi alla definizione notissima di MERRYMAN³⁹.

3. Il breve inventario dei tentativi posti in essere dai giuristi autoctoni di "situare" il proprio sistema nella sfera di una delle due tradizioni ha messo in evidenza che gli orientamenti, pur nella variegata congerie delle loro formulazioni, si riducono sostanzialmente a due.

Da una parte, i paladini di una visione ispirata alla purezza: conquistata (posizione che accomuna chi constata l'approdo definitivo della Louisiana sulla sponda della tradizione di *common law*) o preservata (posizione che caratterizza gli assertori della persistenza della natura *civilian* del sistema).

Dall'altra, gli assertori dell'originalità *louisianian*, di un ordinamento che rielabora le sue componenti originarie eterogenee raggiungendo una propria compiuta e autonoma identità.

Merita attenzione il primo dei due orientamenti sintetizzati. Sebbene le posizioni siano diverse, l'orizzonte nel quale esse s'inscrivono - la tradizione di *civil law* - è comune. Esse si distinguono quanto all'individuazione degli elementi che ne catturerebbero l'essenza. Lo spettro delle posizioni può restituirsi attraverso la metafora dell'oscillazione di un pendolo. Un movimento di questo farebbe coincidere la tradizione *civilian* con l'atto del legislatore; il movimento opposto individuerrebbe nel giudice il fulcro della tradizione, nella misura in cui a questi spetterebbe il ruolo di assicurare l'equilibrio fra le molteplici fonti del diritto che ne rappresentano fattore caratterizzante. La tradizione di *civil law* non sarebbe restituita nella sua interezza in Louisiana che da entrambi i movimenti.

Le due visioni - coesistenti - della *civil law* peraltro non sussistono su un piano a sé stante, totalmente autonomo. Esse acquisiscono significato compiuto solo se inserite in un ordine di problemi più ampio - che coincide con l'area di studi della *Louisianian legal history* - attinenti alla scelta del punto di vista più adeguato a partire dal quale ricostruire la storia dell'ordinamento. Due posizioni

³⁹ Barham muove dalla nozione di "legal tradition" elaborata da J. H. MERRYMAN, *The civil law tradition*, 1969 ("set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the role of law in the society and in the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught") per cogliere l'essenza della "civil-law tradition" nei "legal concepts and principles as generally applied today by a community of jurisdictions with a somewhat similar development and evolvement from the Twelve Tables of Rome and the work of Roman jurists", citata a p.38 del suo scritto.



meritano di essere ricordate: la prima riconoscerebbe *status* di eccezionalità alla posizione della Louisiana, accordando esclusiva rilevanza alla sua storia interna in ragione della sua unicità; la seconda ne privilegierebbe la dimensione esterna, perorandone la collocazione – «naturale» – nell'alveo della storia del diritto statunitense⁴⁰. Non sembra che le due dimensioni – quella della ricostruzione della *civil law*, da una parte; e quella dell'angolo visuale dal quale leggere la storia giuridica della Louisiana dall'altra – siano perfettamente simmetriche, nel senso che una determinata interpretazione di ciò che rappresenta *civil law* in Louisiana implichi automaticamente una scelta altrettanto determinata sul versante storiografico. Vi sono però alcuni punti d'intersezione fra di esse sufficientemente definiti. Ad esempio, la ricostruzione della *civil law* come atto del legislatore può essere invocata a supporto di una lettura della storia dello Stato che ne propugni la necessaria contestualizzazione nel più ampio spazio dell'*American legal history* nel momento in cui questa ricostruzione si coniughi alla constatazione dell'accresciuta importanza del precedente rispetto all'atto del legislatore (e così erigendo la *civil law* a simbolo di un passato inesorabilmente concluso), così come l'enfasi sul carattere attuale delle influenze spagnole e francesi sul diritto privato⁴¹ può corroborare l'assunto della persistente unicità del diritto *louisianian, tertium genus* fra mondo di *civil* e mondo di *common law*.

⁴⁰ Per una ricostruzione nitida di questi itinerari culturali, S. P. DONLAN, *Clashes and continuities: brief reflections on the "new Louisiana legal history"*, 5 *Journal Civ.L.Stud.* 67 2012.

⁴¹ J.-R. TRAHAN, *The Continuing Influence of le Droit Civil and el Derecho Civil in the Private Law of Louisiana*, 63 *Louisiana L. Rev.* 1019 (2003): "[n]otwithstanding the changes, the "family resemblance" between Louisiana's private law, on the one hand, and French and Spanish private law, on the other, remains unmistakable" (1066).