

Nader Hakim

Continuità o rottura nella storia del pensiero giuridico? Esegesi, transtestualità e positivismo legalistico del *Cours de Code Napoléon* di Charles Demolombe*

SOMMARIO: 1. Cartografia di un discorso – 1.1. Un sapere ricco di riferimenti – 1.2. La rottura positivista - 2. La struttura del discorso – 2.1. Il regno della giustificazione – 2.2.- *L'ordine* del discorso

ABSTRACT: From the example of the Cours de Code Napoléon of Charles Demolombe (1804-1887), the present study intends to examine the continuity or the discontinuity of the legal thought in France between the 18th and the 19th century. The use of a literary analysis of the legal speech (intertextuality and Metatextuality) allows to show that, in spite of the number and the importance of the formers references, the legal thought knows a break in the first half of the 19th century.

KEY WORDS: Charles Demolombe, History of legal thought, Exegesis, Interpretation, Intertextuality, Metatextuality, Natural law, Authority.

Il bicentenario del Codice civile ha fornito l'occasione per la pubblicazione di numerosi studi sulle sue origini e sul ruolo nella prosecuzione dell'antico diritto e sulla sua qualificazione di opera di compromesso come è stato più volte rilevato. Appare ormai assodato che il Codice civile e l'insieme della codificazione napoleonica siano il risultato non soltanto dell'opera legislativa regia e rivoluzionaria, del diritto romano, del diritto canonico e delle consuetudini redatte secondo la pratica dei Parlamenti, ma anche del pensiero giuridico moderno e particolarmente di un diritto francese ampiamente dottrinale¹. Il Codice civile è così il frutto del pensiero giuridico precedente adattato e sincronizzato con le idee nuove tratte dalla fine dei Tempi moderni. È così a priori giustificata l'idea di un passaggio evidente tra le idee giuridiche moderne e il pensiero giuridico contemporaneo. Questa tesi è del resto rafforzata dai continui riferimenti all'antica giurisprudenza, dalle citazioni e gli omaggi ai "grandi autori" dell'antica Francia, non soltanto nella Restaurazione, come testimoniano il *Répertoire* di Merlin e le opere dei primi commentatori del Codice, ma anche nella Monarchia di Luglio con le diverse riedizioni di Pothier², ossia più tardi, in particolare alla fine del XIX secolo e all'inizio del XX, grazie, per esempio, all'opera di Planiol³. Se

* Il saggio apparirà in francese in *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Thireau*, a cura di Anne Dobigny-Reverso, Xavier Prévost, Nicolas Warembourg, Paris, Mare & Martin (Collection de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne).

¹ Si veda il fondamentale articolo di Jean-Louis Thireau, *La doctrine civiliste avant le Code civil*, in *La doctrine juridique*, Paris 1993, nota pp. 43 e 50.

² Sul punto, v. J.-L. Halpérin, *La lecture de Pothier par la doctrine du XIX^e siècle*, in J. Monéger-J.-L. Sourieux-A. Terrasson de Fougères (curr.), *Robert-Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui*, Paris 2001, pp. 65-75.

³ Su questo autore v. in particolare Ph. Rémy, *Planiol: un civiliste à la Belle Époque*, in "Revue trimestrielle de droit civil", (2002), pp. 31-45; G. Babert, *Le système de Planiol (Bilan d'un moment doctrinal)*, thèse droit, Poitiers, dactyl., 2002.

la seconda metà del XX secolo è certamente più lontana e meno ricca di citazioni antiche, resta l'idea, particolarmente tra gli storici del diritto, di una continuità del diritto, del pensiero giuridico e della cultura dei giuristi.

Sembra tuttavia necessario che si debba essere attenti a non confondere queste tre prospettive e a fornire risposte potenzialmente distinte separando le cronologie che possono in effetti divergere⁴. La storia del diritto "sostanziale" - o storia del diritto in senso stretto - è certamente segnata da una rottura rivoluzionaria, in quanto non si può negare la cesura normativa rappresentata dalle codificazioni. Se il Codice civile, per non fare che questo esempio decisivo, è prodotto certamente dai lavori preparatori che si estendono in effetti a circa tre secoli, tuttavia esso costituisce una legge la cui forza normativa non si fonda sulla tradizione giuridica, ma semplicemente sul potere legislativo e politico napoleonico sorto dalla logica rivoluzionaria. La legge del 30 Ventoso anno XII (21 marzo 1804) promulga così un diritto nuovo che si dovrà acclimatare e legittimare intellettualmente, ma che resta comunque un atto normativo il cui valore è giuridicamente indipendente dalle sue origini e dalle sue qualità intrinseche.

Se passiamo dalla storia delle regole giuridiche stabilite dallo Stato a quella della cultura dei giuristi, la questione deve essere posta in modo diverso per aprire un altro dibattito. Si tratta di sapere se i "valori", i "saperi" e il "saper fare" dei giuristi siano rimasti gli stessi, in quale misura siano evoluti e se sia possibile constatare scientificamente una continuità oppure una rottura. Ora, sul punto, la recente opera di Frédéric Audren e Jean-Louis Halpérin, prima nel suo genere in Francia, opta per una rottura tra le culture giuridiche pre e post-rivoluzionarie, che avviene dalla seconda generazione dei giuristi del XIX secolo, perché non c'è allora "più alcun contatto diretto con le antiche culture giuridiche, che divengono così oggetto di studio storico"⁵. E questi autori ci mettono in guardia: "se c'è un'esagerazione di cui ci si deve liberare, è quella di credere all'esistenza di una tradizione monolitica e stabile all'origine di una cultura giuridica uniforme e immanente, di cui le facoltà di diritto sarebbero le depositarie"⁶.

Il disaccordo è allora visibile attraverso una storiografia, che appare maggioritaria, che privilegia la tesi di una continuità culturale, almeno relativa, mettendo in evidenza i punti comuni e le similitudini tra "valori, saperi e saper-fare" dei "giuristi contemporanei [che] si basano sulle stesse fonti (ossia sugli stessi 'saperi') di quelle dei Tempi moderni e sono spinti dalla stessa ambizione (ossia dagli stessi 'valori'), ambizione per la quale essi utilizzano un metodo storico comparabile (ossia lo stesso 'saper fare')"⁷.

Ora il dibattito ricade immancabilmente sulla storia del pensiero giuridico o, più precisamente, sulla storia della dottrina giuridica. Quest'ultima si distingue in effetti dalla storia culturale perché è innanzitutto uno studio circoscritto a coloro i quali - per

⁴ V. J.-L. Halpérin, *Le droit et ses histoires*, in "Droit et Société", 75 (2010), pp. 295-313.

⁵ F. Audren-J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris 2013, p. 12.

⁶ Ivi, p. 14.

⁷ X. Prevost, recensione a Frédéric Audren-Jean-Louis Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris 2013, in "Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique", XXXIV (2014), pp. 439-444.

lo più professori, avvocati e magistrati - si esprimono sul diritto: si tratta dunque essenzialmente di uno studio della letteratura dei giuristi. Tale studio è soprattutto concentrato sulle idee dei giuristi, sui loro discorsi e sui loro metodi e dipende evidentemente dal diritto stesso e dalla cultura dell'insieme dei giuristi, in una prospettiva ampia e inclusiva⁸.

Se ci si interessa alla storia della dottrina, che ne è di questa "continuità" o di questa "rottura"? Se abbiamo potuto noi stessi optare per una valutazione mediana nel 2001, in occasione di uno studio sull'autorità della dottrina civilistica inscritta in una relativa continuità con la dottrina precedente, evidenziando numerosi e decisivi punti di rottura⁹, è tuttavia possibile contribuire al dibattito attuale grazie a uno studio specifico, concepito come una prova delle tesi in campo.

Per far ciò, la scelta di Charles Demolombe risponde tanto al periodo interessato, quanto alla personalità e alla notorietà del giurista che abbiamo individuato. Nato, come il Codice, nel 1804, Demolombe non inizia a scrivere che dopo la fase transitoria degli anni 1804-1830 durante la quale i giuristi si sono ancora formati sotto l'*Ancien Régime* e il Codice si sta "ambientando" nella società creata dalla Rivoluzione, poi dal Consolato e dall'Impero. Demolombe frequenta così la Facoltà giuridica di Parigi nel corso di questo periodo cerniera e i suoi maestri parigini non hanno certamente mancato di insegnargli un diritto nuovo fortemente legato a quello antico. Appare più che evidente che l'ambiente della Restaurazione sia stato propizio alla creazione di forti legami con l'*Ancien Régime*, la cui continuità politica, anche se relativa, favorì la celebrazione di un "continuismo giuridico", se non maggioritario, almeno fortemente presente¹⁰. Egli diviene professore supplente dal 1827 poi ottiene nel 1831 la cattedra di Codice civile che occupa fino al 1887, data della sua morte. Molto attivo tra il 1830 e la fine degli Settanta dell'Ottocento, questo scapolo incallito che rifiuta le offerte e gli onori parigini cumula in effetti per molti anni le funzioni di *Doyen* della sua facoltà, di *Bâtonnier* del foro di Caen e importante consulente legale¹¹. Egli contribuì anche a

⁸ Sul punto cfr. F. Cherfouh-N. Hakim, *L'histoire de la pensée juridique contemporaine : hétérogénéité et expansion*, in B. d'Alteroche-J. Krynen (curr.), *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris 2014, pp. 117-143.

⁹ N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris 2002, 481 p.

¹⁰ Questo dato storico non deve essere certamente trascurato. Frédéric Audren e Jean-Louis Halpérin, pur rilevando la "limitazione dello spirito" e la debolezza della cultura giuridica nelle Scuole poi Facoltà di diritto, notano: "attraverso lo studio del diritto, i giuristi acquisirono nella loro gioventù una base culturale giudicata legittima quanto a riferimenti, credenze e letture" (*op. cit.*, p. 9). Sulle Facoltà di diritto di questo periodo, v. M. Ventre-Denis, *Sciences sociales et université au XIX^e siècle. Une tentative d'enseignement de l'économie politique à Paris sous la Restauration*, in "Revue historique", 520 (1976), pp. 322-338; *La première chaire d'histoire du droit à la Faculté de droit de Paris (1819-1822)*, in "Revue historique du droit français et étranger", (1975), pp. 596-622; *Les sciences sociales et la Faculté de droit de Paris sous la Restauration. Un texte précurseur : l'ordonnance du 24 mars 1819*, Paris 1985; *La Faculté de droit de Paris et la vie sous la Restauration. L'affaire Bavoux*, in "Revue d'histoire des facultés de droit", 5 (1987), pp. 33-64. Cfr. Anche P. Legendre, *Trésor historique de l'État en France. L'administration classique*, Paris 1992, p. 30 et 38; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 2001, n^{os} 37 et s., p. 70 et s.; Id. (cur.), *Paris, capitale juridique (1804-1950). Etude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Paris 2011; F. Audren-J.-L. Halpérin, *La culture juridique française*, cit., pp. 22-45.

¹¹ Su Demolombe, si veda M. Gréard, *Notice sur la vie et les travaux de Demolombe*, in "Revue de l'Académie des Sciences morales et politiques", t. 129 (1888), pp. 111-115; J. Bonnacase, *Les destinées de l'œuvre de Demolombe au temps présent*, Bordeaux 1929; Id., *La pensée juridique française, de 1804 à l'heure*

fondare la *Revue critique de la jurisprudence* nel 1851, ma soprattutto pubblicò, a partire dal 1845, il suo celebre *Cours de Code Napoléon* in 31 volumi in-4° non terminato e proseguito da Louis Guillaouard.

La carriera di professore e giurista-scrittore di Demolombe si apre dunque intorno al 1830 quando prende avvio una fase centrale della storia della dottrina del XIX secolo che è certamente la più “classica” e significativa del momento esegetico¹².

Seppure sia stata persino messo in dubbio l'esistenza stessa della scuola e le divergenze tra gli autori non debbano essere sottovalutate, Demolombe dominò largamente la dottrina del suo tempo¹³ e appare “come la figura emblematica della dottrina civilistica del XIX secolo, che egli ha portato al suo apogeo ma di cui fu anche l'ultimo grande rappresentante”¹⁴.

I titoli attribuitigli ora elogiativi – “il Pothier dei tempi moderni”, il “primo giurista del nostro tempo” - ora ironici – “principe dell'esegesi” – sono ben conosciuti e testimoniano la sua posizione centrale nell'orientamento dottrinale certamente valido e dinamico, ma ancora ristretto quanto al numero dei suoi attori. Se si può sicuramente osservare con Jean-Louis Halpérin che “l'originalità di Demolombe deriva più dal suo stile argomentativo – molto influenzato dall'eloquenza forense – che dalla profondità

présente. Les variations et ses traits essentiels, Bordeaux 1933, 2 t., n°s 162-164, pp. 317-333 ; A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société, du XIX^e siècle à nos jours*, Paris 1975, p. 63 ; Ch. Jamin, *Julien Bonnetcase et Charles Demolombe*, in “Revue trimestrielle de droit civil”, (1992), pp. 856-857 ; Id., “Relire Labbé et ses lecteurs”, *Archives de philosophie du droit*, tome 37 (1992), not. p. 264 ; J. Musset, *Un célèbre jurisconsulte caennais du XIX^e siècle : Demolombe*, in “Revue trimestrielle de droit civil” (1995), pp. 85-91 ; Ch. Jamin-Ph. Jestaz, *La doctrine*, Paris 2004, not. pp. 79-80 ; J.-L. Halpérin, *Demolombe Charles*, in O. Cayla-J.-L. Halpérin (curr.), “Dictionnaire des grandes œuvres juridiques”, Paris 2008, pp. 123-126 ; Y. Strickler, *De l'interprétation ou de l'actualité de la pensée de Demolombe*, in *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris 2009, pp. 809-821 ; J. Musset, in P. Arabeyre-J.-L. Halpérin-J. Krynen (curr.), *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, Paris 2015, v° Demolombe, pp. 324-325 ; J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, III ed., Paris 2009, pp. 347-348.

¹² Sull'Esegesi, cfr. L. Husson, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, in “Archives de philosophie du droit”, tome 17, *L'interprétation dans le droit*, (1972), pp. 115-133 ; dello stesso, *Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse*, in “Revue trimestrielle de droit civil”, (1976), pp. 431-454 ; Philippe Rémy, *Éloge de l'Exégèse*, in “Droits. Revue française de théorie juridique”, 1, *Destins du droit de propriété*, (1985), pp. 115-123 (articolo pubblicato anche nella *Revue de la recherche juridique-Droit prospectif*, 1982, n° 2, pp. 254-262) ; dello stesso, *Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIX^e siècle*, in “Annales d'Histoire des Facultés de Droit”, 2 (1985), pp. 91-105 ; J.-L. Thireau, *Le jurisconsulte*, in “Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques”, 20 (1994), pp. 29-30 ; N. Hakim, *Julien Bonnetcase : historien de la science juridique ?*, in “Histoire de l'histoire du droit, Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit” (Toulouse, 1-4 juin 2005), textes réunis par Jacques Poumarède, *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, n° 10, 2006, pp. 291-302 ; U. Petronio, *L'École de l'Exégèse, entre Lumières et positivisme scientifique*, in Cl. Ophèle-P. Rémy (curr.), *Traditions savantes et codifications*, Paris 2007, pp. 29-47 ; J.-L. Halpérin, *Exégèse Ecole de l'*, in *Encyclopædia Universalis*, <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/ecole-de-l-exegese>; e Id., *Histoire du droit privé français...*, cit., n°s 21-45, pp. 37-75 ; B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, III ed., Bruxelles 2011.

¹³ Ci si può fidare del giudizio di Julien Bonnetcase, che certamente non può essere sospettato di essere troppo favorevole nei confronti di Demolombe: “Demolombe fu, in vita e all'indomani della sua morte, considerato come il più grande giurista francese del suo tempo” (*La pensée juridique française...*, cit., n° 163, p. 319).

¹⁴ J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, cit., p. 347.

delle sue analisi” e sebbene la sua opera diverga profondamente da quelle dei suoi più grandi concorrenti Aubry e Ray¹⁵, il giurista di Caen resta non di meno propriamente rappresentativo di un certo orientamento dottrinale. Né troppo vicino, né troppo lontano dai tempi della Rivoluzione, Demolombe visse così in un’epoca cruciale per quanto riguarda la rottura o la continuità del pensiero giuridico contemporaneo.

Una volta stabilita la scelta di Demolombe, restano da determinare i mezzi attraverso i quali si intendono rinvenire le tracce dell’*antica giurisprudenza* nell’opera del giurista di Caen. Per far ciò, la sua utilizzazione degli autori dell’*Ancien Régime*, nel cuore del XIX secolo, rappresenta un’innegabile fonte storica. Così abbiamo scelto di analizzare una parte rappresentativa del *Cours de Code Napoléon*¹⁶ per comprendere qual è l’uso del pensiero giuridico precedente nell’ambito del suo discorso¹⁷. Abbiamo individuato i riferimenti diretti, le citazioni e tutto ciò che ha un rapporto qualunque con la dottrina antica, sia pure elogiativo o critico. Si è dunque trattato di rileggere il *Cours de Code Napoléon* sulla base di una griglia di lettura analitica al solo scopo di mettere in evidenza la mobilitazione dei saperi da parte di un autore certamente molto prolisso, ma cosciente del suo pubblico, del suo magistero e dunque della portata delle sue analisi e opinioni.

Tuttavia per comprendere ciò che significano i riferimenti all’*Ancien Régime* negli scritti di Demolombe, non è sufficiente contare e compilare. Che egli citi, per esempio, molto frequentemente Pothier non è affatto la prova della sua influenza né, soprattutto, quella di una reale continuità delle idee di quest’ultimo attraverso il discorso di Demolombe. Dal momento che è impossibile sondare i cuori e gli spiriti, il ricorso all’analisi del discorso sembra essere un modo interessante per tentare di comprendere, al di là dell’analisi quantitativa.

Ora, in questo caso specifico, lo studio della struttura del testo del giurista di Caen, in particolare attraverso gli strumenti della teoria letterale e specialmente della *transtestualità*, definita come “tutto ciò che mette [il testo] in relazione, in modo

¹⁵ Su questi Autori, si vedano in particolare E. Gaudemet, *Aubry et Rau*, in “Revue trimestrielle de droit civil”, (1923), pp. 65-100; R. Sève, *Détermination philosophique d’une théorie juridique: la théorie du patrimoine d’Aubry et Rau*, in “Archives de Philosophie du Droit”, t. 24, *Les biens et les choses*, (1979), pp. 247-257; J.-M. Poughon (cur.), *Aubry et Rau. Leurs œuvres, leurs enseignements*, Strasbourg 2006; D. Deroussin, *Se survivre à soi-même. Le Cours de droit civil d’Aubry et Rau*, in A.-S. Chambost (cur.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Paris 2014, pp. 67-92.

¹⁶ I volumi della seconda edizione del *Cours de Code Napoléon* (Paris, A. Durand et L. Hachette et Cie) oggetto del nostro studio, sono i seguenti I, *De la publication, des effets et de l’application des lois en général; de la jouissance et de la privation des droits civils; des actes de l’état civil; du domicile*, 1860; II, *Traité de l’absence*, 1860; III, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, tome 1^{er}, 1860; IV, *Traité du mariage...*, *op. cit.*, tome 2nd, 1861; IX, *Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l’usufruit, de l’usage et de l’habitation*, tome 1^{er}, 1861; X, *Traité de la distinction des biens...*, *op. cit.*, tome 2nd, 1861; XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1^{er}, 1868; XXV, *Traité des contrats...*, *op. cit.*, tome 2^e, 1869; XXVI, *Traité des contrats...*, *op. cit.*; tome 3^e, 1870; XXVII, *Traité des contrats...*, *op. cit.*, tome 4^e, 1872; XXVIII, *Traité des contrats...*, *op. cit.*, tome 5^e, 1874; XXIX, *Traité des contrats...*, *op. cit.*, tome 6^e, 1876; XXX, *Traité des contrats...*, *op. cit.*, tome 7^e, 1878; XXXI, *Traité des contrats...*, *op. cit.*, tome 8^e, 1882 (da ora in poi *Cours*, I-XXXI).

¹⁷ Per uno studio interessante dei manuali giuridici come “oggetto culturali dotati di proprie regole”, cfr. Anne-Sophie Chambost (cur.), *Histoire des manuels de droit...*, *op. cit.*

evidente o segreto, con altri testi”¹⁸, fornisce qualche mezzo di analisi che permette di ordinare le argomentazioni e di schematizzare la tesi prodotta. Se egli cita un pensiero di un autore della giurisprudenza precedente, questo non può essere considerato come un atto gratuito, né come un obbligo, ma bensì come una scelta intenzionale finalizzata a un fine ben preciso. In altri termini, i suoi riferimenti devono essere inseriti in una trama discorsiva della quale bisogna apprezzare la struttura, la forma e le finalità ma anche, e soprattutto, i contorni, lo spessore e la composizione letterale e la logica. In tal modo considerare seriamente il diritto come letteratura¹⁹ (in quanto bisogna sempre distinguere chiaramente il diritto all’interno della letteratura) e abbandonare ogni ricerca delle essenze, permette di porre in evidenza una tipologia e una gerarchia di argomentazioni che compongono il discorso dottrinale, e quindi valutare le parti di continuità e discontinuità delle idee presenti in un’opera e in un pensiero. Qui non si tratta quindi di voler svelare un qualsivoglia segreto del pensiero di Demolombe, di voler penetrare nel cuore del suo sistema o allo stesso modo di affermare la verità del suo discorso. Non può essere che un’indagine sulle forme percettibili di questo discorso, su ciò che è specifico e osservabile²⁰, seppure risulti indispensabile uno sforzo di comprensione che permetta di associare questo discorso all’interno del suo contesto²¹. In una stessa prospettiva, il dibattito storico non posto nei termini della scienza giuridica, ma piuttosto del sapere, in quanto ciò permette di evitare di postulare la rottura e di concentrarsi su ciò che si potrebbe fare sul “regime concreto della produzione delle idee, nel quale le concatenazioni non sono unicamente logiche ma obbediscono a delle determinazioni complesse che mischiano in modo inestricabile il vero e il falso, il razionale e l’irrazionale, secondo delle modalità che non sono necessariamente quelle di svelare la scienza acquisita²².

Allo stesso modo è possibile fare il punto della situazione dei riferimenti che Demolombe fa del pensiero giuridico che lo precede cercando di mappare il suo discorso. L’onnipresenza di riferimenti e di citazioni che saturano il suo ragionamento tende a far presumere una continuità del discorso sul diritto che va al di là della rottura

¹⁸ G. Genette, *Introduction à l’architexte*, in “Fiction et diction”, Paris 2004, p. 80. Si ricordi che questa *transtestualità* non deve condurre a far dimenticare l’importanza del paratesto (note, titoli, schemi, inserti, copertina, prefazione, etc...).

¹⁹ Per una maggior comprensione, v. B. N. Cardozo, *Droit et littérature*, 1925, traduzione e introduzione di F. Michaut, in *Clio & Thémis*, n° 4, 2011.

²⁰ V. M. Foucault, *L’ordre du discours*, Paris 1971, pp. 53-62; dello stesso autore, *L’archéologie du savoir*, Paris 1969, in nota pp. 240-265; P. Veyne, *Comment on écrit l’histoire*, Paris 1996, pp. 81-94.

²¹ Pur restando cosciente delle insidie di un tale percorso e riconoscendo pienamente quanto affermato da Marc Angenot, ossia che “l’historien ne devrait pas laisser percevoir ou donner à entendre une quelconque continuité téléologique, laquelle ne peut être qu’une illusion d’optique cognitive. Les idées et les représentations ne comportent pas au départ de prédétermination quelconque de leurs *destinées*, subissant en cours de route mutations inopinées, déperditions, reformulations, conversions, vulgarisations, appauvrissements, contaminations et syncrétisations. Leur transmission relève toujours plus du téléphone cassé que du passage de témoin”, (*L’histoire des idées. Problématiques, objets, concepts, méthodes, enjeux, débats*, Liege 2014, pp. 320-321). Si veda ugualmente J.-L. Halpérin, *Une histoire transnationale des idées juridiques?*, in “L’histoire de la pensée juridique: historiographie, actualité et enjeux”, di prossima pubblicazione.

²² P. Macherey, *Histoire des savoirs et épistémologie*, in “Revue d’histoire des sciences”, t. 60, 2007/1, p. 226. Su questo tema si veda anche C. Jacob, *Qu’est-ce qu’un lieu de savoir?*, Marseille 2014, pp.17-30.

rivoluzionaria. L'immersione nel testo dell'autore del *Cours de Code Napoléon* e l'analisi del suo pensiero rivelano tuttavia la complessità tanto del suo rapporto verso il fenomeno giuridico, quanto verso le idee giuridiche precedenti. Il suo metodo esegetico deve allora essere inteso come un positivismo legalista che sottodetermina il suo ragionamento e la sua argomentazione. Resterà dunque di tentare di mettere in risalto la struttura interna del discorso così costruito. La metatestualità propria dell'esegesi comporta una mutazione del sapere²³ e del discorso della dottrina giuridica contemporanea. L'esempio sintomatico di Demolombe che giustifica le sue opinioni grazie a una "police discursive" è così suscettibile di svelare un rapporto con la "antica giurisprudenza" nella quale la rottura primeggia sulla continuità.

1. Cartografia di un discorso

La lettura dell'opera di Charles Demolombe lascia al lettore d'oggi un'impressione che è allo stesso tempo di grande uso delle citazioni e di una prosa colloquiale. Il suo stile, vicino al Palazzo, è ben conosciuto e sembra trattare ogni punto di diritto previsto dal *Code* secondo l'ordine da questo stabilito. In ogni caso, non si può che essere colpiti per la saturazione del testo di citazioni provenienti sì dalla giurisprudenza e dalla dottrina del suo tempo, ma anche dalla dottrina dell'*Ancien régime* e dalla giurisprudenza romana. Egli assembla la sua analisi ricorrendo a dei procedimenti di esposizione variabili, ma utilizzando pressoché sempre dei riferimenti storici e le opinioni dei suoi predecessori. Entrare nella sua opera è come un modo di esplorare una dottrina che sembra, almeno a un primo approccio, come immersa in una cultura giuridica inscritta in un orizzonte temporale indefinito. Tuttavia appare rapidamente tutta la rilevanza della rottura positivista che viene a controbilanciare il peso dei riferimenti all'*Ancien Régime*.

1.1. Un sapere ricco di riferimenti

La frequenza delle ricorrenze e l'importanza quantitativa dei riferimenti che utilizza sono certamente un argomento in favore della tesi della continuità al di là del *Code civil*. Anche se non si tratta qui di limitarsi a un approccio quantitativo, peraltro noioso e poco rilevante, rileviamo la quasi onnipresenza di Pothier e il ricorso molto frequente agli altri suoi autori favoriti tra cui sono presenti Ulpiano, Gaio, Paolo, Cujas, Dumoulin, Doneau, Domat, Jousse e infine Denizart. A fianco a questi, non bisogna dimenticare nomi un po' meno citati ma comunque ricorrenti come (in ordine alfabetico e senza nessuna pretesa di esaustività) d'Aguesseau, d'Argentré, Baldo, Bartolo, Besnage, Bérault, Bouhier, Bourjon, Boutaric, Bouteillier, Bouvot, Burlamaqui, Bretonnier, Chopin, Coquille, Daviel, Duparc, Poullain, Delalande, Despeisses, Fachinoeus, Favard de Laglande, Ferrières, Grozio, Heinneccius, La Thaumassière, Lebrun, Lépine de Grandville, Loyseau, Loysel, Merlin, Prévôt de La Jannès, Puffendorf, Renusson, Ricard, Rousseau de Lacombe, Salviat, Thomasius,

²³ Per un tentativo d'analisi recente da parte di un giurista (ricordando che si può rimanere perplessi allorché quest'ultimo affermi che il sapere giuridico sarebbe fondato su una regola intangibile di giustizia), v. F. Rouvière, *Le fondement du savoir juridique*, in "Revue trimestrielle de droit civil", 2 (2016), pp. 279-296.

Tiraqueau e Vinnius.

Se questi coesistono in modo naturale con tutta la dottrina contemporanea e un numero importante di decisioni delle corti e tribunali giudiziari e amministrativi²⁴, il discorso sembrerebbe effettivamente affollato da riferimenti e citazioni che sono attenti ben al di fuori del testo del *Code*. L'esempio di Pothier è quindi significativo non solamente perché ci offre l'immenso vantaggio di proporre una sintesi della dottrina privatistica francese dopo il XVI secolo²⁵, ma allo stesso modo perché costituisce innegabilmente un punto di contatto tra prima e dopo il *Code civil*. Se la preferenza dottrinale del ricorso al giurista di Orléans si situa principalmente tra il 1815 e il 1848²⁶ e se i riferimenti alla sua opera diminuiscono dopo quest'ultima data²⁷, Demolombe prova per lui una profonda ammirazione. Anche se in alcuni passaggi il nome di Pothier appare meno frequentemente, quest'ultimo è citato in maniera pressoché costante, che si tratti della naturalizzazione, della morte civile, degli atti dello stato civile, dell'assenza, del matrimonio, delle differenti specie di beni o degli effetti della proprietà e, naturalmente, delle obbligazioni e dei loro effetti²⁸.

Che si tratti semplicemente d'illustrare il suo proposito²⁹, d'informare il lettore sullo stato del diritto e della dottrina³⁰, di aggiungere un argomento complementare in favore o contro una certa tesi³¹, o, più importante, in particolare nel noto caso degli effetti delle obbligazioni³², di spiegare direttamente il diritto positivo nel caso in cui questo riprenda delle disposizioni del diritto antico³³, Pothier appare come una figura tutelare che giunge per alimentare il discorso giuridico. Se ovviamente Demolombe resta completamente libero nelle sue opinioni, non inchinandosi mai per principio davanti al suo predecessore, qualora quest'ultimo possa avere ragione o torto, essere chiaro o confuso³⁴, ciò non toglie che è quasi sempre presente e costituisce pertanto un riferimento privilegiato.

²⁴ Sulla questione del ricorso alla giurisprudenza nel senso contemporaneo di questo termine, v. P.-N. Barenot e N. Hakim, *La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 41 (2012), pp. 251-297.

²⁵ V. soprattutto J.-L. Thireau, *Pothier et la doctrine française des XVI^e et XVII^e siècles*, in "Robert-Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui", op. cit., p. 54. Per un esempio nell'opera di Demolombe, cfr. *Cours*, IX, n.329.

²⁶ J.-L. Halpérin, *La lecture de Pothier par la doctrine du XIX^e siècle*, op. cit., pp. 67-68.

²⁷ *Ibid.*, pp. 71-72. Troplong esclude l'opera di Pothier di diritto positivo e soprattutto lascia intendere "al lettore che Pothier era un giurista d'altri tempi soggetto ai pregiudizi dell'*Ancien Régime*" (*ibid.*, pp. 72-73).

²⁸ Su quest'ultimo argomento, Demolombe stabilisce un collegamento diretto e immediato con Pothier. V. *Cours*, XXIV, nn. 1 e ss.

²⁹ V. *Cours*, IX, nn. 134, 144, 147, 168, o ancora 325.

³⁰ V. per esempio *Cours*, IX, n. 345.

³¹ Si tratta senza dubbio del caso più frequente.

³² V. *Cours*, XXIV, n. 385.

³³ V. *Cours*, XXIV, n. 357.

³⁴ Nell'ordine, v. per esempio *Cours*, I, n. 87; *Cours*, I, n. 149; *Cours*, IX, nn. 45, 465 o 373; *Cours*, XXIV, n. 184. Demolombe afferma per esempio: "l'éminent jurisconsulte, l'auteur si plein de sens et de clarté, il s'embarrassait en effet (nous osons le dire), dans l'explication de cette règle ; et il donnait quelques solutions obscures et incohérentes" (*Cours*, IX, n. 196).

Non si può quindi dubitare della sincerità dell'omaggio che gli è reso in quanto l'autore del *Cours de Code Napoléon* ritiene in qualche modo che sia necessario mostrare al suo lettore l'opinione di Pothier, anche quella che non condivide³⁵. Domina così l'idea che è “plus logique et plus sage d'interpréter [les] articles [du Code] d'après les traditions de la jurisprudence antérieure, et de décider en conséquence”³⁶. Il *Code Napoléon* è così interamente spiegato grazie all'aiuto della dottrina antica della quale Pothier rappresenta senza alcun dubbio il più illustre rappresentante e “il più sapiente giurista”. Il professore di Caen non soltanto conosceva questa dottrina che doveva essere presente nella sua biblioteca e dalla quale ha tratto numerose note, ma ne fa anche un uso abbondante e frequente.

Lo stesso vale per i giureconsulti romani che spesso vengono a completare la dottrina antica, e in alcuni casi la sostituiscono. Allo stesso modo pressoché onnipresenti, Ulpiano, Paolo, *et alii* sono i destinatari di un'inequivocabile deferenza, uguale e talvolta persino superiore a quella riservata a Pothier. In questo modo diventa rilevante il fatto che la dottrina romana è più presente sia dei lavori preparatori del *Code* che dei primi interpreti di questo testo. Anche se poco incline a fare del diritto romano un modello, Demolombe stabilisce frequentemente un rapporto di discendenza tra le idee dei giuristi romani e l'interpretazione che lui propone. Per far solo un esempio, la definizione di “beni” come cose “susceptibles de procurer à l'homme une utilité exclusive et de devenir l'objet d'un droit de propriété”³⁷ immerge il lettore in un ragionamento che privilegia i riferimenti a Ulpiano e agli altri giureconsulti romani³⁸. Certi passaggi sembrano allo stesso modo affermare una molto forte continuità delle verità giuridiche in quanto ciò che era vero a Roma sembra essere confermato³⁹ e gli omaggi resi ai “grandi” giuristi romani sono abbondanti poiché essi sono considerati quasi sempre “molto giudiziosi” e delle guide “molto sicure”⁴⁰.

L'universo mentale di Demolombe, almeno per la parte che è rilevata dal suo discorso, è così ricco di riferimenti al pensiero giuridico romano e moderno in quanto non si accontenta di ricorrere all'“antica giurisprudenza” allorquando la regola di diritto positivo è identica, secondo lui, al diritto antico o al diritto romano, come per esempio in materia di contratto di locazione⁴¹, ma cita e utilizza allo stesso modo

³⁵ V. per esempio *Cours*, IX, n. 223. Egli nota peraltro, a proposito della condizione giuridica dello straniero in Francia: “Cette théorie, en faveur de laquelle on pourrait invoquer, dans l'ancien droit, des autorités imposantes [Pothier et Lebrun], cette théorie, dis-je, me paraît aussi consacrée par la jurisprudence moderne” (*Cours*, IV, n. 173 e 243).

³⁶ *Cours*, IX, n. 364.

³⁷ *Cours*, IX, n. 8.

³⁸ V. in particolare *Cours*, IX, nn. 23-24. È allo stesso modo possibile citare il caso della surrogazione convenzionale, a proposito della quale Demolombe ci invita a porci la “vera questione” o, in altri termini, ad adottare il giusto ragionamento giuridico. Ora, solo Ulpiano, ripreso da Renusson, pose correttamente, secondo Demolombe, l'argomento ed è quindi in grado di apportarci una risposta giuridica corretta (*Cours*, XXVII, nn. 350 e ss.).

³⁹ V. per esempio *Cours*, XXIV, n. 184.

⁴⁰ L'esempio più importante è forse l'interpretazione delle convenzioni, largamente riprese da Pothier e dal *Code* (*Cours*, XXV, n. 2).

⁴¹ “Et l'histoire même du contrat de louage explique très bien ainsi l'article 1743 [...] le Code Napoléon n'a pas fait autre chose que de sanctionner cette loi de charité et d'équité, ajoutons aussi

questi stessi riferimenti laddove ritiene che il diritto nuovo debba liberarsi del diritto antico, come nel caso della nozione di causa⁴².

Certo è che abitualmente egli non utilizza che brevi riferimenti alla storia, come nel caso del conflitto di leggi⁴³, degli effetti civili del matrimonio⁴⁴, dei beni⁴⁵, dell'estinzione delle obbligazioni⁴⁶ o, ancora, per la classificazione delle fonti dell'obbligazione⁴⁷. Può allo stesso modo scegliere di non fare alcuna introduzione storica alla sua esposizione del diritto positivo e di ricorrere all'antica giurisprudenza nel corso del suo discorso soltanto per ricordarla sporadicamente⁴⁸. In questi casi egli comincia la sua analisi direttamente con il diritto positivo. Certe materie vedono sparire qualsiasi riferimento al precedente, come avviene nel volume XXV ad esempio nel capitolo dedicato alle diverse specie di obbligazioni o alla capacità giuridica dei contraenti.

Ciò non toglie che la maggior parte delle volte, Demolombe componga il suo discorso secondo uno schema ricorrente. Un *excursus* storico della materia precede spesso l'esposizione della regola del *Code* del quale si discute il senso e si traggono le conseguenze giuridiche. Due esempi permettono d'illustrare il ragionamento del giurista di Caen. Il primo è quello del contratto a favore di terzi. Non appena affronta la questione, egli avvisa il lettore: "avant tout, il est nécessaire de rappeler la doctrine romaine ; car la doctrine française en est issue ; et on va voir même qu'elle serait peut-être d'une explication difficile dans notre Code, si nous n'avions pas le secret de son origine!"⁴⁹. Egli stabilisce in seguito: "la filiation historique de la théorie qui se trouve dans les articles 1119 à 1122 de notre Code ; il n'était pas inutile de la rappeler ; car elle nous permet d'apprécier exactement cette théorie, aujourd'hui que, dégagée tout à fait des idées romaines, elle nous apparaît dans sa simplicité"⁵⁰. Il secondo esempio è quello degli effetti delle obbligazioni di dare a favore di terzi. Egli espone il diritto romano e poi l'"antica giurisprudenza francese", per poi trattare la legislazione intermedia prima di arrivare al *Code Napoléon*. Poiché il tema è oggetto di accese controversie, egli insiste sulla necessità di questo preambolo indispensabile: "Afin de s'en bien rendre compte, il est nécessaire d'en présenter d'abord l'exposition historique

d'utilité sociale" (*Cours*, IX, nn. 492-493).

⁴² "Ce sujet n'est pas d'une clarté parfaite ; et, chose remarquable ! contrairement à ce qui arrive d'ordinaire, dans le droit privé, comme dans toutes les sciences, l'histoire loin d'éclairer la théorie, a peut-être elle-même un peu contribué à l'obscurcir" (*Cours*, XXIV, n. 344 e 382).

⁴³ *Cours*, I, n. 76.

⁴⁴ *Cours*, IV, n. 1.

⁴⁵ "La révolution profonde qui s'est opérée depuis 1789 dans l'organisation de la propriété en France, et aussi dans les lois constitutives de l'état des personnes, a considérablement simplifié ce sujet" (*Cours*, IX, n. 27).

⁴⁶ V. *Cours*, XXVII, o ancora, in materia di surrogazione convenzionale, *Cours*, XXVII, nn. 350 e ss.

⁴⁷ *Cours*, XXXI, nn. 2-13.

⁴⁸ V. il caso del "risarcimento del danno" e dell'anatocismo (*Cours*, XXIV). Su quest'ultimo punto, mentre sostiene la rottura con il diritto antico e con la precedente giurisprudenza, egli afferma: "Cette longue et permanente proscription, qui n'a pas cessé, à travers les siècles, de poursuivre l'anatocisme, suffirait à en démontrer les dangers!" (*Cours*, XXIV, n. 650).

⁴⁹ *Cours*, XXIV, n. 205.

⁵⁰ *Cours*, XXIV, n. 209.

; c'est ce que nous allons faire, en parcourant les époques principales que l'on peut compter, sur cette thèse, dans l'histoire des législations antérieures"⁵¹.

Questi esempi dimostrano come Demolombe ritenga importante il ricorso alla "genealogia" nelle sue dimostrazioni. Se lui si prende così tanta cura a mostrare la discendenza storica o a effettuare un richiamo tanto di diritto antico che della dottrina precedente, anche quando sceglie, contro l'avviso dei suoi contemporanei, di non seguirla, tende a farne una chiave per la comprensione del diritto positivo. Nel cuore del XIX secolo, nelle sue argomentazioni usa e delle volte abusa di riferimenti che sembrano necessari e quindi decisivi nel suo discorso. A tal proposito, egli impregna quest'ultimo di una significativa intertestualità che ricorda il metodo giuridico allo stesso modo in cui questo si è sviluppato dopo il Medioevo. Questa "présence littérale d'un texte dans un autre"⁵², questa abbondanza di citazioni permette di affermare senza alcun dubbio che la conoscenza che sviluppa non si limita soltanto al *Code* e sembra così confermare una continuità del pensiero giuridico e delle idee della dottrina.

Si deve allora concludere in favore della qualità del passaggio culturale di Pothier e degli altri autori moderni e romani? In altri termini, poiché Demolombe conosce così bene e cita costantemente questa dottrina, dato che il ricorso alla storia è una costante nel suo discorso, si può affermare che lui abbracci senza riserva l'idea di un diritto nazionale⁵³ formatosi durante l'età moderna sulla base del diritto romano inalterabile in quanto fonte di verità immutabili? L'idea di una continuità sarebbe allora confermata dal fatto che questa genealogia giustifichi l'idea secondo la quale la cultura giuridica non sarebbe, o sarebbe solo in parte, influenzata dalla Rivoluzione e dalla codificazione. Questo sarebbe tuttavia un modo un po' superficiale di ritenere il senso e la portata del positivismo mostrato allo stesso momento da Demolombe.

1.2. La rottura positivista

Resta quindi da comprendere come Demolombe utilizzi queste conoscenze all'interno del suo discorso, come le articoli, come le gestisca e come le configuri. Ora, nel caso specifico, la presenza di citazioni e di testi antichi nella sua argomentazione non potrebbe far dimenticare un cammino discorsivo, un ragionamento e quindi una razionalità del discorso profondamente marcati dalla rottura.

Questa rottura è innanzitutto quella di un positivismo legalista che sembra ineluttabile dopo la codificazione. Del resto Demolombe lo afferma forte e chiaro non solamente nella sua prefazione e nella parte che egli dedica al diritto in generale, ma anche per tutta la durata della sua opera. Per lui, infatti: "la loi est une règle établie par l'autorité qui, d'après la Constitution politique, a le pouvoir de *commander*, de *défendre* ou de *permettre* dans toute l'étendue de l'Etat. La loi véritable et proprement dite, la loi qui fait l'objet de nos études comme jurisconsultes, est donc une règle sanctionnée par la puissance publique, une règle civilement et juridiquement obligatoire. Le droit est le

⁵¹ *Cours*, XXIV, n. 434.

⁵² G. Genette, op.cit., pp. 80-81.

⁵³ Su questo tema della "tradizione mitologica dei fondatori di questo diritto naturale – Dumoulin, Domat, D'Aguesseau, Pothier", v. F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique française*, cit., p.11.

résultat, ou bien encore l'ensemble et la collection de ces règles"⁵⁴ Egli prosegue:

La religion, la morale, la philosophie, aussi bien que la législation, se proposent de tracer aux hommes des règles d'action et de conduite, auxquelles dès lors cette définition de la loi peut également convenir ; aussi, est-il arrivé que beaucoup de préceptes de philosophie, de morale, de religion même, très-vrais assurément et très-respectables, mais qui enfin ne sont pas des *lois*, ne sont pas du *droit*, suivant l'acception technique et juridique de ces mots, ont cependant trouvé place, non pas sans quelque confusion, dans les livres de jurisprudence [...] Il est facile de voir que ces maximes générales, ainsi formulées, constituent des préceptes de *morale*, mais non pas des règles de *droit*, c'est-à-dire des règles légalement et juridiquement obligatoires⁵⁵.

Egli distingue in modo netto il diritto positivo da quello naturale⁵⁶.

Se il suo concetto di positivismo è largamente temperato dal ricorso ai principi del Codice civile, dalla sua considerazione verso i fatti e soprattutto verso le situazioni giuridiche derivanti dall'interpretazione dei testi e dal suo frequente ricorso alla giurisprudenza delle corti e dei tribunali⁵⁷, non è certamente imprigionato in un mondo chiuso e insensibile alle necessità del suo tempo, e se quindi nel suo caso e presso alcuni suoi contemporanei si può mettere in discussione il concetto di "assolutismo giuridico"⁵⁸, ciò non toglie che egli sia effettivamente un positivista nel senso in cui il suo positivismo dogmatico⁵⁹ è da intendersi come un legalismo che conduce a considerare il diritto come prodotto del legislatore storico, come insieme normativo o sistema di norme⁶⁰ e come metodo che impone di prendere il testo del

⁵⁴ *Cours*, I, n 2.

⁵⁵ *Cours*, I, n 3. Il seguito è altrettanto chiarificante: "Ce n'est qu'autant que la puissance publique a imprimé son autorité et sa sanction à ces préceptes, que l'accomplissement extérieur peut en être exigé. La suprême mission du législateur est précisément de concilier le respect dû à la liberté individuelle des citoyens avec le bon ordre et l'harmonie morale de la société. Et l'on peut dire qu'il emploie en général, pour atteindre ce but, trois moyens principaux : 1° Il imprime sa sanction aux plus grand nombre possible des devoirs de morale [...] 2° Il prive de tous effets légaux les conventions qui blesseraient les principes de la morale [...] 3° Il ne permet pas en général de revenir contre l'observation librement consentie de certains devoirs de morale [...] En dehors et au-delà de ces limites, les préceptes de la morale ne sont plus des lois, ne font plus partie du droit et ne peuvent pas exactement recevoir ces dénominations dans les ouvrages de jurisprudence" (*Cours*, I, n. 4).

⁵⁶ I caratteri di quest'ultimo divergono radicalmente da quelli del primo: "1° Il dérive de la volonté du législateur humain, qui ne peut être connue et obligatoire que par la promulgation ; 2° Il est local et particulier, application seulement aux citoyens du même Etat ; 3° Enfin il est variable, susceptible de changement et d'abrogation" (*Cours*, I, n. 6).

⁵⁷ In questo senso, v. J.-L. Halpérin, *Demolombe Charles*, op. cit., pp. 123-126; J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, op. cit., pp. 347-348.

⁵⁸ Sul punto, v. A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main, 1995; dello stesso autore, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, in "Revue trimestrielle de droit civil", 1 (2000), p. 1 e ss.; P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998; R. Ferrante, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano 2002.

⁵⁹ A proposito di questa questione, v. le opere già citate in precedenza di J.-L. Halpérin e di S. Bloquet, *Quand la science du droit s'est converti eau positivisme*, in "Revue trimestrielle de droit civil", 1 (2015), pp. 59-84.

⁶⁰ Su questo punto, v. in particolare A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la Sociologie du droit ?*, Paris 1981, p. 25 ; C. Grzegorzczuk, *Évaluation critique du paradigme systématique dans la science du droit*, in "Archives de philosophie du droit", t. 31, *Le système juridique*, (1986), p. 286.

Codice come fondamento quasi esclusivo del ragionamento giuridico. Non isolato dal centro di questo momento positivista della dottrina francese che incomincia a svilupparsi intorno al 1830 per non concludersi che verso il 1880, Demolombe deve essere distinto dai suoi predecessori d'inizio XIX secolo. Per lui, il diritto positivo diviene autonomo, e il rispetto del testo della legge delimita tutta la sua concezione del diritto.

Egli dimostra, oltre alla sua introduzione, in che modo il codice s'imponga concettualmente, sia al fine di esporre che di pensare il diritto, comprendendo qui anche le obbligazioni, malgrado i difetti della codificazione napoleonica su questo punto⁶¹. Il suo concetto di matrimonio è allo stesso modo fondamentale per comprendere il suo positivismo. Questo celibe cattolico comincia il suo discorso con una celebrazione di quest'istituto riducendola a una vera e propria regola di diritto positivo: "le mariage en France est régi par le Code Napoléon. Les législateurs humains, sans doute, n'ont point inventé ce contrat, le plus ancien et le plus universel de tous, et dont l'origine est due à Dieu lui-même. Mais les lois positives de chaque Etat en déterminent les conditions, les formes, les effets, eu égard aux mœurs et aux besoins de la société, à laquelle elle ont pour mission d'appliquer les règles *du droit nature*"⁶². Anche se cattolico, egli si schiera per l'irrelevanza delle opinioni religiose su questa determinata materia. Oltre a ciò, aggiunge con riguardo al tema della consanguineità quale impedimento al matrimonio: "Le Code Napoléon, dit-on, ne s'expliquant point à cet égard, s'en est référé aux anciens principes. Je le reconnais, et j'accepte volontiers la question en ces termes [... Mais] nous ne pouvons plus admettre aujourd'hui d'autres empêchements que ceux que le Code lui-même a consacrés"⁶³. Egli insiste continuando sul delicato soggetto dell'ordinazione dei preti, e dopo averne ripercorso la genesi di questo soggetto, conclude: "Il s'agit ici d'une question de droit, à décider par les jurisconsultes et par les magistrats, d'après les lois civiles, d'après les lois positives ; or, sur ce terrain, je dois dire que je ne connais aujourd'hui aucun empêchement au mariage des prêtres"⁶⁴.

Trascurare questa rottura positivista per non considerare che questi omaggi alla dottrina precedente consisteva quindi nel negare tutto un particolarismo storico. Ora, questa rottura è confermata da quella del nuovo del nuovo regime del discorso dottrinale successivo alla codificazione. Infatti, il diritto positivo non è soltanto strettamente legato ai testi del diritto codificato, ma non può neanche essere ricercato anteriormente a questo. Ciò comporta che rispetto al 1804 vi sia un prima e un dopo, un "a monte" e un "a valle", che costituisce una profonda linea di rottura che separa

⁶¹ Per questo caso specifico, la nuova presentazione delle obbligazioni "ne correspond à aucune des méthodes antérieures, pas plus à celle des jurisconsultes romains qu'à celle de nos anciens jurisconsultes français". Il metodo del Codice "laisse beaucoup à désirer au point de vue théorique" e vi è un "défaut d'ordonnance dans la conception scientifique de l'œuvre législative mais il s'impose de suivre le texte légal comme unique source possible de réflexion sur la matière" (Cours, XXIV, nn. 2 e 3).

⁶² Cours, III, n. 3. In seguito egli aggiunge a proposito dell'impotenza quale impedimento: "Io stesso constato e riconosco questi precedenti; ma ritengo che questi non dovrebbero avere rilevanza sotto l'egida del nostro *Code Napoléon*" (Cours, III, n. 12).

⁶³ Cours, III, n. 112.

⁶⁴ Lo stesso dicasi per "le donne che sono vincolate dai voti religiosi" (Cours, III, nn. 131-132).

in modo indelebile le legislazioni napoleonica dalle sue fonti storiche. A loro volta le argomentazioni del pensiero giuridico ne sono influenzate e subiscono una netta cesura.

In modo ricorrente e quasi sistematico, Demolombe distingue infatti un “prima” ormai passato⁶⁵, e un “dopo” il quale è il solo su cui si può basare la discussione. In ragione del suo ricorso agli autori precedenti, si ripete costantemente nella sua prosa la rottura che costituisce il diritto nuovo⁶⁶. Le frasi “Così era il diritto antico”⁶⁷ o “Così era lo stato della legislazione anteriore”⁶⁸ sono sintomatiche. “Diritto nuovo”⁶⁹, “presso di noi”⁷⁰ si oppongono a “l’antica dottrina romana” e “l’antica dottrina francese”⁷¹. L’utilizzo del passato e la qualificazione pressoché sistematica di “antichità” delle opinioni, dividono il presente dal passato del diritto e del pensiero giuridico, e fanno emergere una temporalità e una storicità significative. Tutto ciò che si situa prima del Codice diventa di conseguenza parte della storia⁷².

Ciò si spiega peraltro in ragione del fatto che il Codice non ha soltanto abolito il diritto precedente ma allo stesso modo, e forse soprattutto, perché la società alla quale si applica non è più la stessa. Le opinioni di Pothier, per quanto preziose possano essere, restano “liées à l’organisation politique et sociale de la France à cette époque; et elles ont disparu dans la transformation profonde qui, dans le dernier siècle, a si complètement renouvelé nos institutions politiques et nos lois civiles”⁷³. “Costumi e leggi della Francia antica” non sono più quelli di oggi e riprenderli riconduce a provocare disaccordi e disfunzionamenti giuridici maggiori⁷⁴. Il caso dell’enfiteusi è indicativo: dopo avergli dedicato come spesso accade un preambolo storico, non utilizza che delle argomentazioni derivanti dal diritto positivo malgrado il silenzio del Codice. Solo allora lo stato della società gli sembra determinante:

⁶⁵ Si veda per esempio *Cours*, IV, n. 9 o *Cours*, IX, n. 114.

⁶⁶ Egli cita per esempio Pothier e Bourjon per la qualità del francese ma immediatamente aggiunge: “il n’en est plus de même sous le Code Napoléon » (*Cours*, I, n° 146). Il suo ragionamento è simile per l’obbligo di residenza dei coniugi (*Cours*, IV, n° 90), l’autorizzazione maritale (*Cours*, IV, n° 190), o gli effetti dell’obbligo di dare: egli ricorda innanzitutto “la loi du 30 ventôse an XII qui abroge toutes les lois antérieures, sur les matières qui font l’objet du Code civil” per poi rigettare l’opinione di alcuni suoi contemporanei per il mantenimento della trascrizione della vendita di immobile, « conclusion impossible, qui nous ferait rétrograder de plusieurs siècles, et que ne sauraient justifier certains articles, dans lesquels le législateur a conservé, par inadvertance, quelques traces de la législation ancienne” (*Cours*, XXIV, n. 444).

⁶⁷ Per esempio, v. *Cours*, IX, nn. 364 e 423 *Cours*, XXIV, n. 194.

⁶⁸ *Cours*, XXIV, n. 438.

⁶⁹ Per esempio, v. *Cours*, XXVII, n. 21.

⁷⁰ *Cours*, XXIV, n. 488.

⁷¹ *Cours*, XXVII, n. 20.

⁷² Su questo punto, v. le considerazioni di J.-L. Halpérin, *Demolombe Charles*, op. cit., pp. 123-126 e, sempre dello stesso autore, *Histoire du droit privé français...* op. cit., nn. 21-45, pp. 37-75.

⁷³ *Cours*, IX, n. 68 (a proposito della distinzione tra beni propri e acquisiti).

⁷⁴ V. *Cours*, IX, nn. 72-74. A proposito dei differenti tipi di beni, l’autore menziona molto rapidamente le distinzioni del diritto antico ma subito si affretta ad aggiungere: “La révolution profonde qui s’est opérée depuis 1789 dans l’organisation de la propriété en France, et aussi dans les lois constitutives de l’état des personnes, a considérablement simplifié ce sujet”. (*Cours*, IX, n. 27).

Et tout ceci explique comment nos lois nouvelles, ces lois libérales et démocratiques (sagement démocratiques et libérales, je ne dis pas révolutionnaires) qui organisaient les rapports nouveaux de ceux qui possèdent le sol avec ceux qui ne le possèdent pas, ont rejeté l'emphytéose pour n'admettre que le bail ; car le nouveau législateur ne se proposait pas seulement, comme on l'a dit, d'affranchir les *personnes* et les *biens*, et de garantir pour les unes comme pour les autres, leur indépendance [...] ; il voulait en outre simplifier le régime de la propriété foncière, et supprimer toutes ces divisions et subdivisions qui la compliquaient si profondément autrefois et qui en paralysaient la transmission⁷⁵.

Se naturalmente si può obiettare che la materia, nella fattispecie la proprietà, determini senza dubbio questa storica rottura, resta tuttavia che vi sia una nuova razionalità giuridica in gioco e che faccia da blocco a una vera e propria continuità, tanto di diritto che di pensiero giuridico per quanto riguarda questo argomento.

È quindi nel *Code*, più che nell'insieme delle giustificazioni che potrebbero essere a lui collegate e sulle quali ritorneremo, che bisogna attingere le argomentazioni decisive per questa tesi. Il *Code* costituisce così in maniera completa un sistema di diritto all'interno del quale deve emergere la soluzione giuridica positiva⁷⁶. Un passaggio del *Cours* è significativo su questo punto. Demolombe comincia rendendo omaggio all'esperienza e alla dottrina precedente: "Il serait donc aussi injuste de méconnaître la part qui revient à l'expérience du passé dans l'œuvre nouvelle, que de refuser à ses auteurs le mérite qui leur appartient, d'être les premiers qui aient organisé, et même, en beaucoup de points importants, créé sur l'absence une loi générale, un corps de doctrine enfin et un système"⁷⁷. Se tuttavia noi proseguiamo con la lettura, anche se il *Code civil* riprende il sistema di Pothier⁷⁸, solo le disposizioni legislative positive costituiscono il vero e proprio punto di partenza della riflessione e dell'argomentazione effettiva dell'autore. L'omaggio non ha allora che un proposito introduttivo e non si tratta di un argomento normativo. Ora, questo non presenta differenze ogniquale che il *Code* non preveda una soluzione in quanto né il diritto antico né la dottrina precedente di per sé stessi non si impongono, come ne è prova la sua analisi sull'obbligo alimentare: "Suivant Pothier, l'enfant naturel n'y serait tenu que 'lorsque les père et mère n'ont pas d'enfants légitimes qui soient en état de leur en fournir'. Ce point-là n'est pas réglé par le Code ; mais je crois que les principes à l'aide desquels nous essayerons de le résoudre, ne comporteraient pas cette solution"⁷⁹. Il contrasto è in base a quanto detto tra l'omaggio reso alla "giurisprudenza antica" e il ragionamento che egli sviluppa in seguito, e nel quale l'analisi conduca quasi esclusivamente sul gioco interno degli articoli del *Code civil*, sulla discussione delle opinioni dei suoi contemporanei e della giurisprudenza allo stesso modo che su altri elementi non propriamente storici.

⁷⁵ *Cours*, IX, n. 491.

⁷⁶ Per quanto riguarda il tema dell'autonomia della disciplina giuridica, si veda A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société, du XIX^e siècle à nos jours*, Paris 1975, pp. 70-74; *Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique*, in "Archives de Philosophie du Droit", t. 17, (1972), pp. 165-181; *La tradition française dans la théorie du droit des civilistes*, in "Archives de Philosophie du Droit", t.33, (1988), pp. 261-281.

⁷⁷ *Cours*, II, n. 8.

⁷⁸ *Cours*, II, n. 12.

⁷⁹ *Cours*, IV, n. 18.

In questi esempi, si distinguono due momenti discorsivi: quello della storia e quello del diritto. Il metodo di Demolombe non ha certo niente di sistematico ed egli alle volte mescola le argomentazioni tratte da Pothier o dal diritto romano con quelle di diritto positivo⁸⁰, ma il bisogno imperante di legittimità positiva riduce considerevolmente l'*argumentum ab auctoritate* che non ha più peso nel suo ragionamento⁸¹. La storia è rifiutabile e non giuridicamente vincolante verso la costituzione civile della nuova società⁸². Se, per esempio, egli può concludere che "l'ancienne et traditionnelle doctrine de la personnalité du droit du preneur est encore aujourd'hui parfaitement exacte et juridique"⁸³, solo la legge positiva, nella sua "saggezza" o nella sua potenza normativa, può giungere a forzare il presente e a imporsi all'interprete. La ragione formale del codice prevale su tutti gli altri riferimenti⁸⁴, e quindi la rottura è alle volte politica e giuridica, non potendo più il passato trattenere il presente.

Qui non si tratta di negare completamente l'importanza dell'intertestualità quasi sistematica del suo ragionamento, bensì di differenziare i livelli di lettura del discorso per chiarirne le funzioni e le modalità, e quindi la struttura fondamentale, al fine di tirarne le conseguenze in materia di storia del pensiero giuridico o delle idee giuridiche. Se Demolombe conosceva molto bene l'"antica giurisprudenza" e se quindi la sua conoscenza in questa materia non può essere messa in dubbio, non bisognerebbe distinguere in modo chiaro questo evidente sapere con l'uso che ne viene fatto? La sua opera illustra in questo modo tutte le conseguenze del positivismo legalistico di tipo esegetico dal quale bisogna trarre tutte le conclusioni in materia di pensiero giuridico. Il suo universo mentale, decisamente ricco di riferimenti al pensiero giuridico dell'*Ancien régime*, resta così immerso in un presente normativo che rinvia i precedenti in una sfera non normativa. La sua razionalità è in questo modo situata al di sotto del *Code civil*, il quale condiziona il suo pensiero, lo status delle argomentazioni e della loro accettabilità. Pothier e gli altri autori diventano dei precedenti, degli indicatori e degli argomenti rifiutabili. Questi sono insomma declassati in quanto parte della storia.

Si deve quindi concludere per l'incoerenza del pensiero di Demolombe? È infatti possibile non vederci che una metodologia ibrida che associa un positivismo poco rigoroso ed embrionale, e una continuità ubicata precisamente in un sapere impregnato di idee giuridiche perenni. Questa porterebbe ad ammettere una perpetuazione di un'intertestualità antica appena sfumata di legalismo. La rottura non sarebbe allora che apparente e molto meno decisiva della rilevanza dei riferimenti antichi inclusi in un discorso che converrebbe considerare sia come metodologicamente immaturo sotto un punto di vista positivista, sia come

⁸⁰ Significativo è un esempio legato alla proprietà letteraria e artistica: v. *Cours*, IX, n. 439.

⁸¹ V. per esempio *Cours*, I, n. 87 o *Cours*, XXIV, n. 385. Su questa questione si consulti P. Vassart, G. Haescher, L. Ingber, R. Vander Elst (curr.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles 1988.

⁸² Più precisamente, Demolombe scrive alla fine del suo titolo preliminare: "C'est le livre 1er du Code Napoléon, qui a principalement pour objet de fonder et de régir toutes ces bases, toutes ces conditions de notre organisation sociale. Aussi, peut-on dire qu'il est véritablement la loi constitutive de la société civile française" (*Cours*, I, n.136).

⁸³ *Cours*, IX, nn. 492-493.

⁸⁴ Per esempio, v. *Cours*, IX, n. 584.

semplicemente adeguato ai dogmi politici del tempo. Il pensiero antico sopravviverebbe così in una versione impura rispetto alla tradizione giuridica peraltro in parte ritrovata durante la *Belle époque* da parte di François Géný⁸⁵, Maurice Hauriou⁸⁶ o addirittura Julien Bonnacase⁸⁷.

Ci sembra tuttavia che vi sia una coerenza nel discorso che bisogna ricercare nella sua struttura stessa, nella ripetizione di schemi e di argomentazioni che permettono di comprendere che dietro la intertestualità vi sia una metatestualità. La rottura guadagna tutto il suo senso dal momento in cui i riferimenti s'intendano quali semplici giustificazioni, una "police du discours" che conduca a determinare il peso e il ruolo di ciascuna argomentazione utilizzata da Demolombe.

2. La struttura del discorso

Qualsiasi discorso, sia esso descrittivo o prescrittivo, mira a stabilire una verità, a convincere, in modo più o meno razionale, il suo pubblico di poter essere creduto perché fornisce delle prove. Tale questione, che è centrale nel "travail de la pensée juridique"⁸⁸, permette, in special modo, di passare da una proposizione data ad una

⁸⁵ Géný è peraltro uno dei pochi autori a porre, non senza ambivalenza, la questione del ricorso all'autorità dei precedenti: "Il ne s'agit pas, suivant une pratique encore trop répandue, de puiser, dans tout le fonds ancien, des passages quelconques, ramassés un peu au hasard de la découverte, comme des armes d'occasion, à l'appui d'une thèse préférée [...] En principe, au contraire, on doit dire, que, sur les points compris dans le domaine des codifications, et qu'il n'a pas positivement réglés, le législateur a nécessairement laissé plus grande liberté d'appréciation à l'interprète. Si, donc, celui-ci a recours, pour éclairer son jugement, aux traditions anciennes, il ne les prend, qu'en elles-mêmes, à titre de simples autorités. Or, je n'aperçois vraiment pas, comment, ainsi envisagées, ces traditions pourraient avoir survécu à la table rase de la codification, avec la force qu'elles avaient autrefois, alors qu'elles étaient dans leur milieu d'éclosion, aujourd'hui complètement transformé, et qu'elles s'harmonisaient avec un système juridique, qui se trouve, à l'heure actuelle, gravement altéré par les Codes. Est-ce à dire, que les autorités anciennes doivent rester sans valeur pour l'interprète moderne, quand elles n'illustrent pas directement la pensée du législateur? Assurément, non [...] elles n'en conservent pas moins, très justement, sur l'esprit du juriste, un ascendant moral, que rien ne saurait leur ravir. Par-dessus tout, elles gardent toute la valeur pratique de l'histoire, je veux dire, qu'elles servent d'enseignement, permettant de juger, d'après l'expérience de la vie juridique, le mérite social et la valeur de fond des institutions. Avec une grande vérité, Portalis a défini l'histoire *la physique expérimentale de la législation*". (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, II ed., rivista e aggiornata, tomo 2, 1919, n. 143, p. 21-23). Su Géný cfr. C. Jamin, F. Audren e S. Bloquet, *Lettres de François Géný à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle 1892-1912*, Paris 2015 e N. Hakim, *Droit naturel et histoire chez François Géný*, in "Clio et Thémis, Revue électronique d'histoire du droit", 9 (2015), <http://www.cliothemis.com/Clio-Themis-numero-9>.

⁸⁶ Su questo autore, v. F. Audren e M. Milet, *Maurice Hauriou sociologue. Entre sociologue catholique et physique sociale*, prefazione a *Écrits sociologiques de Maurice Hauriou*, Paris 2008, p. V-LVII; M. Blanquer e M. Milet, *L'invention de l'État. Leon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris 2015; C. Alonso, A. Duranthon, Julia Schmitz (curr.), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps: Quel(s) héritage(s)?*, Aix en Provence 2015.

⁸⁷ Quanto a questo autore, cfr. in ultimo luogo il nostro studio *Socialisation du droit et romantisme juridique: autour d'une controverse entre Julien Bonnacase et Paul Cuche*, in "De la terre à l'usine: des hommes et du droit. Mélanges offerts à Gerard Aubin", B. Gallinato-Contino e N. Hakim (curr.), Bordeaux 2014, pp. 139-173.

⁸⁸ Su tale questione e tale espressione v. M. Weber, *Sociologie du droit*, préface Ph. Raynaud, introduction et traduction par J. Grosclaude, Paris 1986, in particolare, pp. 25-43.

proposizione nuova “en vertu d’un lien logique”⁸⁹ e supera, beninteso, largamente la presente analisi.

Essa non deve pertanto essere trascurata, poiché ciò che Demolombe espone nel suo *Cours*, la sua argomentazione⁹⁰, è il diritto non nella sua pura soggettività, ma come deve essere accolto o come, almeno, può ragionevolmente essere accettato dai suoi lettori. Così, la letteratura giuridica è una letteratura di opinioni che si vogliono giuridiche. Ora, ciò non può assumere rilievo semantico o epistemologico. Alla metà del secolo XIX, quando la pretesa scientifica resta moderata, perfino anacronistica, è opinione o argomento giuridico ciò che l’autore considera tale, ma anche ciò che egli immagina come ammissibile all’interno della comunità dei suoi lettori, che altro non è se non il gruppo degli interpreti del *Code civil*. La razionalità è, qui, debole⁹¹, perché, in tal modo, risulta vero l’argomento accettabile in un dato gruppo sociale e in un dato momento, senza altra prova né dimostrazione veritiera che l’adeguato concatenamento di riferimenti testuali. Quello che ci si aspetta dall’autore è, quindi, che giustifichi correttamente la sua interpretazione. Emerge, così, una “police du discours” che sola può aiutare a comprendere pienamente la struttura del discorso.

2.1. Il regno della giustificazione

Per cercare di andare al di là di una lettura computazionista, è in effetti necessario considerare che riferimenti e citazioni sono solo degli argomenti che formano il discorso. Ora, questi argomenti hanno una più spiccata funzione di giustificazione che di ornamento, di edificazione del lettore o di perpetuazione di un pensiero giuridico senza tempo. Se Demolombe afferma che ricordare lo stato della dottrina antica è utile per comprendere il diritto nuovo, egli non fa altro che creare un’argomentazione il cui fine è quasi sempre di costruire il senso della regola di diritto positivo. Si può qui obiettare che egli può solamente fare opera storica, il che corrisponderebbe alla rottura fra ciò che riguarda quest’ultima e ciò che riguarda il diritto positivo. Tuttavia, se i semplici richiami storici entrano certamente in questa categoria, resta il fatto che egli mescola troppo spesso i registri storici e positivi per non fare un altro uso delle opinioni obsolete dei suoi predecessori.

Per sostenere questa analisi, conviene tornare alla natura dell’interpretazione esegetica. Conseguenza del positivismo legalista, questa forma particolare di

⁸⁹ V. G. Timsit, *Raisonnement juridique*, in “Dictionnaire de la culture juridique”, D. Alland-S. Rials (curr.), Paris 2003, p. 1290.

⁹⁰ Non è il caso di distinguere, ai nostri fini, argomentazione e retorica, anche se si può pensare che Demolombe cerchi, prima di tutto, di convincere con delle “bonnes raisons”. Su questa distinzione v. P. Livet, *Argumentation et rhétorique juridique*, in “Dictionnaire de la culture juridique”, cit., p. 85. Più in generale, v. C. Perelman-L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique*, III ed., Bruxelles 1976; C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, II ed., Paris 1979. V. anche S. Goltzberg, *Théorie bidimensionnelle de l’argumentation juridique. Présomption et argument a fortiori*, Bruxelles 2012 e, dello stesso, *Chaim Perelman. L’argumentation juridique*, Paris 2013.

⁹¹ Su questo punto v. C. Grzegorzcyk, *La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit*, in “Le positivisme juridique”, C. Grzegorzcyk-F. Michaut-M. Troper (curr.), Paris 1992, p. 41. Come nota Gérard Timsit: “Sans doute peut-on contester que tout raisonnement consiste en une inférence au sens stricte du terme. On ne peut cependant refuser d’appeler raisonnement, même si ce raisonnement est faible, toute opération dans laquelle une thèse est liée à un argument par un rapport logique – ou que l’on prétend tel” (*Raisonnement juridique*, cit., p. 1290).

interpretazione è legata al testo codificato. Essa, tuttavia, non sarebbe stata considerata come una mera prosecuzione dei metodi giuridici precedenti, come quelli che si sviluppano dopo il Medioevo, per il fatto che essa è più di una semplice intertestualità. Essa è un commento unito al testo legale, perché quest'ultimo esprime il potere normativo, ovvero una verità propriamente giuridica. Se gli esegeti ammirano il testo del *Code* e se gli riconoscono molto spesso una "saggezza" e numerose qualità, essi non ne fanno una verità assoluta comparabile al diritto naturale o alle autorità precedentemente considerate come vincolanti. Contrariamente ai loro predecessori, la Rivoluzione e il nuovo regime politico e sociale hanno distrutto la catena delle verità antiche e hanno riconosciuto l'assoluto dominio, nello spazio giuridico, dell'attuale e del positivo.

Pertanto, ciò che Demolombe considera come il diritto e ciò che ci dice della verità che egli include senza posa nel suo discorso è ciò che è derivato dal testo legale. Un passaggio troppo spesso trascurato, ma molto esplicito, del suo titolo preliminare chiarisce la questione:

En théorie, l'interprétation, c'est l'explication de la loi; interpréter, c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable de la loi. Ce n'est pas changer, modifier, innover; c'est déclarer, c'est reconnaître. L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse et subtile; elle peut même parfois prêter au législateur des vues, des intentions qu'il n'avait pas ..., meilleures ou moins bonnes; mais enfin il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir *inventé*; autrement, elle ne serait plus de l'*interprétation*⁹².

L'esegesi è, dunque, una prassi interpretativa legata alla codificazione napoleonica e ai nuovi principi politici nati dalla Rivoluzione. Né letterale, né sterile, essa è, in realtà, un metodo e un atteggiamento del giurista di fronte al testo giuridico o, detto altrimenti, l'ingresso a gamba tesa in un universo particolare di riferimenti e di giustificazioni. L'esegesi può, allora, essere definita come il metodo che permette di far parlare i testi e che "désigne l'art de 'faire sortir' d'un texte le contenu profond qu'il contient"⁹³. Ricostruzione del senso di un testo⁹⁴, essa offre una certezza che consente al giurista di costruire un ruolo accettabile nella società contemporanea.

Da "buon" positivista, Demolombe ricerca sempre i significati basati sul testo di legge, sulla volontà ipostatizzata in un testo del legislatore sovrano. Atto di conoscenza, la sua interpretazione permette di dichiarare, di riconoscere un significato preesistente. Ciò non è né inventare, perché l'invenzione è concettualmente proibita all'interprete, il quale "n'ajoute ni ne retranche rien au texte", né tradire, a rischio di perdere la relazione che è a fondamento della sua legittimità. Interpretare non è creare, l'interpretazione deve restare tale da non potersi confondere con l'opera legislativa, fatto che non impedisce in alcun modo all'autore di giocare con quei significati e di costruire dei sistemi interpretativi capaci di andare ben al di là della lettera o anche dello spirito del *Code*.

Lo statuto degli argomenti che egli propone deve, dunque, essere inteso come riferito ad una normatività testuale, anche se non è punto soddisfatto dai soli

⁹² *Cours*, I, n. 115.

⁹³ C. Grzegorzcyk, *La dimension positiviste*, cit., p. 39.

⁹⁴ P. Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris 1974, p. 96; *Leçons VII. Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit*, Paris 1988, p. 307.

argomenti legali. Le questioni relative all'ammissibilità degli argomenti saranno, dunque, sempre poste in termini di conformità, di compatibilità e di complementarità. È a questo prezzo che le opinioni divengono ammissibili e suscettibili di convergere o di divergere nel quadro di controversie che sono altrettante raccolte di risorse testuali e, dunque, di giustificazioni utilizzate dagli uni e dagli altri.

Storia, idee, valori, principi di ogni sorta, "jurisprudence des arrêts" e opinioni dottrinali, tutte le giustificazioni diventano così utilizzabili dal momento in cui entrano in equazione con la legge codificata. Poiché il testo dice pressoché nulla di se stesso, essendo la chiarezza della legge evidentemente una costruzione giuridica⁹⁵, come il famoso sillogismo del quale si cerca a fatica l'utilizzazione presso Demolombe e i suoi contemporanei, lo scritto dottrinale è in tutto e per tutto un commento correlato "au texte qu'il commente" o, detto altrimenti, una metatestualità, per riprendere il termine (concetto) di Gérard Genette⁹⁶. Quando l'intertestualità è "la présence littérale d'un texte dans un autre", il commento o la metatestualità è non solo un rituale, una mossa del giurista per far sì che il testo abbia un senso⁹⁷, ma anche un rapporto obbligato di giustificazione, che permette all'opinione formulata di guadagnare in giuridicità. Non è giuridicamente accettabile se non l'opinione o l'interpretazione che derivi, in un modo o nell'altro, dal testo di legge. È lì anche la possibilità di una letteratura secondaria, ossia derivata e reputata conforme al *corpus* giuridico stesso.

Come scrive Michel Foucault:

dans ce qu'on appelle globalement un commentaire, le décalage entre texte premier et texte second joue deux rôles qui sont solidaires. D'une part, il permet de construire (et indéfiniment) des discours nouveaux: le surplomb du texte premier, sa permanence, son statut de discours toujours actualisable, le sens multiple ou caché dont il passe pour être détenteur, la réticence et la richesse essentielles qu'on lui prête, tout cela fonde une possibilité ouverte de parler. Mais, d'autre part, le commentaire n'a pour rôle, quelles que soient les techniques mises en œuvre, que de dire enfin ce qui était articulé silencieusement *là-bas* [...] Le commentaire conjure le hasard du discours en lui faisant la part: il permet bien de dire autre chose que le texte même, mais à condition que ce soit ce texte même qui soit dit et en quelque sorte accompli⁹⁸.

È, allora, un testo della letteratura giuridica secondaria (all'occorrenza dottrinale, cioè non normativa), il testo scritto da un autore presunto competente in ragione delle sue qualifiche e dell'autorità che gli si vuole riconoscere, formulato secondo le regole accettate dalla comunità dei giuristi, che costituisce l'istanza interpretativa accreditante e, infine, iscritto non solo in una intertestualità che impiega dei riferimenti, ma soprattutto in una metatestualità, in quanto tale testo fa parlare altri testi che costituiscono una catena abilitante e pseudo-normativa.

Detto altrimenti, è giuridico il testo che fa parlare un altro testo giuridico, e la letteratura secondaria forma il complemento e il prolungamento dei testi primari propriamente giuridici, fatto che suppone una forma di positivismo. Questa letteratura dottrinale è intrinsecamente un'interpretazione: il giurista si considera come un

⁹⁵ Ci sembra, in effetti, che il *doyen* di Caen non creda minimamente alla massima *Interpretatio cessat in claris*. Per un'opinione *contra* v. C. Perelman, *Logique juridique*, cit., in particolare, p. 36.

⁹⁶ G. Genette, *op. cit.*, p. 80.

⁹⁷ Su questo punto v. P. Legendre, *L'amour du censeur*, cit., p. 92.

⁹⁸ *L'ordre du discours*, *op. cit.*, pp. 26-28.

interprete, un *inter partes*, un messaggero e un oracolo. Il contesto è, tuttavia, cambiato dopo il Medioevo per il fatto che la legge surclassa ogni altro riferimento e declassa gli altri testi al rango di indicazioni non prescrittive. Fra la legge e il cittadino s'innalza il giurista che la Rivoluzione non è riuscita a cacciare e a declassare⁹⁹, ma questi non può più accontentarsi di accumulare le citazioni e i testi in un insieme normativo più o meno determinato. Per dirlo ancora in altri termini, il ragionamento giuridico non mira a rappresentare la realtà (come la legge), ma ad integrare e ad ampliare quest'ultima, determinando il suo significato¹⁰⁰ in un commento. La novità non è beninteso assoluta, essendo, senza dubbio, il positivismo una tensione propria del diritto occidentale sin dalla sua origine¹⁰¹. Resta che è divenuto strutturante e che ha reso obsoleti i registri non normativi, e il fatto che il professore di Caen utilizzi poco il paratesto (note, varianti tipografiche, etc.) per rinviare ai suoi riferimenti, e che costruisca un discorso all'apparenza uniforme e lineare, non deve nascondere questa novazione dell'argomentazione.

Demolombe può, così, elaborare tutto un discorso sul diritto perché è autorizzato, all'occorrenza, fedele ai testi della legge che utilizza. Qui appare la struttura profonda della sua argomentazione. Il ricorso ai giureconsulti romani come all'"antica dottrina" permette di attingere dall'inestricabile cumulo di citazioni e di riferimenti giuridici per giustificare e convincere. Questo mantello giustificativo che è l'intertestualità è, tuttavia, solo uno strumento che permette ad ogni giurista di esprimersi sul diritto, senza, in realtà, né limitarlo né determinare le sue scelte personali. In qualche modo, le giustificazioni che egli mette in campo non sono più di diritto, ma dei semplici indici esterni che permettono di costruire un discorso sul diritto. Demolombe ce lo prova ampiamente, poiché egli utilizza queste citazioni e questi riferimenti tanto in un senso quanto in un altro, senza costanza e senza che i suoi omaggi conducano al minimo vincolo logico.

Contano, dunque, solo gli usi che egli ne fa. Ricorrere a questa intertestualità non ha, allora, altro significato se non di costruire un discorso passibile di guadagnare l'adesione del lettore o, più precisamente, della comunità interpretativa dei suoi lettori, siano essi studenti o esponenti delle professioni giuridiche e giudiziarie e, soprattutto, autori, come lui, della dottrina. Gli è necessario, dunque, raccogliere gli elementi costitutivi dell'autorità dottrinale, che sono il ricongiungimento al diritto positivo, il prestigio e le pezze giustificative delle sue opinioni, che sono le diverse giustificazioni. Il ricongiungimento al diritto positivo, elemento chiave del metodo esegetico, non è, dunque, comparabile alla ricerca del prestigio. Quest'ultima non è indispensabile se non per stabilire la presunzione di un sapere suscettibile di conferire l'autorità ricercata. Il discorso di Demolombe è così, nello stesso tempo, un commento della norma e un impiego dei saperi accettati dai suoi pari. Questo gli permette di giustificare le sue analisi con altrettanti luoghi comuni, riflessi della "verità" del diritto, della cui origine poco importa. Egli attinge, dunque, con entusiasmo da questo fondo

⁹⁹ A proposito v. J.-L. Halpérin, *Haro sur les hommes de loi*, in "Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques", 17 (1993), pp. 55-65.

¹⁰⁰ Il ragionamento giuridico è "un double de la loi qui, elle-même, est un double de la réalité" (G. Timsit, *Raisonnement juridique*, cit., pp. 1290-1291).

¹⁰¹ Su tale questione v. le osservazioni illuminanti di A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris 2008.

derivante principalmente dalla formazione giuridica e dal prestigio dell'Antichità o dei "grandi giuristi"¹⁰² del passato. L'accumulazione apre alla possibilità di interpretare in un senso o nell'altro, non curandosi affatto della verità storica. Poiché la storia fornisce esempi di tutto e può potenzialmente giustificare tutto¹⁰³, Demolombe vi attinge come da un grande magazzino di giustificazioni. Costruire un discorso giuridico significa, qui, leggere il testo di legge per realizzare un commento metatestuale, dunque, costruire un'opinione personale chiamata interpretazione e, infine, giustificare quest'ultima con l'ausilio delle risorse disponibili e accolte grazie all'intertestualità. Ma mentre l'intertestualità sotto l'*Ancien régime*, in un contesto di pluralità degli ordini giuridici, permette di giocare su dei registri multipli e rigidi, il monopolio della normatività contemporanea conduce ad una metatestualità in parte nuova, poiché legata a e condizionata da un testo quasi unico, fonte di ogni giuridicità. Quando la citazione gioca finalmente il ruolo di testo primario (per il fatto di contenere una parte di verità generalmente accettata), essa non diviene che un elemento utilizzato dal discorso secondario, il cui carattere veridico dipende solo dalla norma legislativa.

Occorre, dunque, massima prudenza di fronte all'accumulo dei riferimenti che è, d'altro canto, molto facilitato dalla forte stabilità legislativa e dalla prossimità dell'*Ancien régime*. Alla metà del secolo XIX, la rarità e la concentrazione di testi propriamente giuridici conduce inevitabilmente ad utilizzare ampiamente la dottrina antica, resa facilmente accessibile dalla sua abbondanza e dalla sua disponibilità. Questo, tuttavia, non significa affatto che le verità del mondo di ieri siano quelle di oggi, e che il passato domini il presente o, detto altrimenti, che vi sia continuità. I testi di Pothier e di tutti gli altri non sono che degli argomenti intercambiabili, degli strumenti del discorso¹⁰⁴. Quest'ultimo è, dunque, pienamente attuale, una ricostruzione della verità *hic et nunc*: Demolombe non è un antiquario che compila, ma un giurista che prevede e anticipa la reazione sociale organizzata di fronte alle azioni e situazioni di oggi e di domani.

2.2. L'*ordine* del discorso

Se si guardano da vicino i suoi riferimenti alla "dottrina antica", si osserva che egli vi pesca le sue giustificazioni come gli sembra meglio, senza mai essere vincolato da esse. Pothier ha, dunque, ragione o torto in funzione degli specifici bisogni del *doyen* di Caen. I giureconsulti romani esprimono l'equità o, al contrario, cadono in errore. La stessa opinione comune non contiene alcuna verità quando si può benissimo scegliere di interpretare altrimenti il *Code Napoléon*.

Quindi, è possibile non vedere in questo intensivo ricorso alla storia se non un elemento di un arsenale di giustificazioni più vasto, più coerente e gerarchizzato, detto altrimenti, un "ordine discorsivo". In prima linea, il che non significa al primo posto nell'ordine della sua esposizione, viene sempre la letteratura propriamente giuridica o primaria: i testi legali che sono altrettanti argomenti irrefutabili e vincolanti,

¹⁰² Su questa nozione v. L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un "grand" juriste? Essai sur les juristes et la pensée juridique contemporaine*, Paris 2012.

¹⁰³ V., in questo senso, le considerazioni di P. Valéry, *Regard sur le monde actuel*, Paris 1931, p. 19.

¹⁰⁴ V. anche J.-L. Halpérin, *La lecture de Pothier par la doctrine du XIX^e siècle*, cit., p. 65.

nonostante debba farli parlare e, dunque, aprire la porta alla discussione dottrinale. Sono i luoghi della giuridicità e della verità giuridica. In seconda linea, compaiono i testi secondari, vale a dire uniti ai testi primari. Troviamo, qui, i commenti dottrinali della legge, e specialmente della legge codificata, perché essi sono, allo stesso titolo delle opinioni di Demolombe, dei commenti legati al *corpus* primario. Su uno stesso piano vengono parimenti ad aggiungersi le verità accolte dall'autore; detto diversamente, ciò che egli considera incontestabile e che qualifica, talvolta, come "natura delle cose". Solo dopo, dunque in terza linea, intervengono le giustificazioni o riferimenti indicativi della storia, qui, la storia dottrinale. Per dirlo in altri termini, ci sono degli argomenti irrefutabili e degli argomenti refutabili dai quali si può attingere senza vincoli, e addirittura senza vergogna. Venendo meno il pluralismo dell'*Ancien Régime*, il monismo modifica, dunque, il discorso in profondità. Perché vi sia continuità del pensiero giuridico, bisognerebbe, quindi, che le idee anteriori alla Rivoluzione fossero su di un piano identico, o almeno simile, nel ragionamento con gli argomenti testuali o paratestuali (i commenti diretti del *Code*). Ma la lettura del suo *Cours de Code Napoléon* mostra che questo non è proprio il caso.

Se "on n'est dans le vrai qu'en obéissant aux règles d'une 'police' discursive qu'on doit réactiver en chacun de ses discours"¹⁰⁵, Demolombe impiega la dottrina giuridica antica o molto antica secondo delle modalità certo variabili, ma innegabilmente incomparabili con il suo rapporto ai testi legali e ai loro commenti. Per parlare del "vero", per stabilire una verità accettabile in un sistema giuridico codificato, Demolombe decostruisce, così, la dottrina antica; egli la taglia effettivamente in pezzi. Poiché non è più attuale, non si lega ad alcuna positività, essa non può valere che come frammento confutabile o ombra di verità, che si tratta di attualizzare e di potenziare per accumulo e soprattutto per compatibilità con il diritto positivo. Al riparo di filiazioni e genealogie, il giureconsulto di Caen, lungi dal riconoscere la minima autorità contrastante con il pensiero giuridico anteriore, lo distribuisce in un campo discorsivo che ricomponne interamente. I riferimenti antichi perdono tutta la densità, unità ed autonomia per divenire semplici argomenti in una condizione devalorizzata, malgrado tutti gli atti di riverenza e di omaggio che si continuano a rendere loro.

Per mettere alla prova le osservazioni che precedono, resta da approfondire una questione. Demolombe ricorre, in effetti, abbastanza regolarmente alla "natura delle cose", giustificazione suscettibile di provare, contrariamente alla presente dimostrazione, la sua ammissione di verità atemporali e, dunque, di una continuità del dire il "vero" in diritto o, se si preferisce, della tradizione come attualizzazione di verità che si pretendono poste nel passato¹⁰⁶.

Il discorso del professore di *Code civil* non esclude, in effetti, affatto il ricorso ai riferimenti e alle giustificazioni attinti dal registro dell'immutabile e del non contingente. La sua analisi dei diritti reali è significativa:

Le nombre des droits réels n'est pas nécessairement déterminé, pas plus que les différentes variétés possibles de ces droits ne sont définies par la nature même des choses. C'est là une

¹⁰⁵ M. Foucault, *L'ordre du discours*, cit., p. 37.

¹⁰⁶ Su questo punto v. E. Hobsbawm-T. Ranger, *The Invention of Tradition*, Cambridge 1983 (*L'invention de la tradition*, trad. par C. Vivier, Paris 2006).

œuvre de droit positif, sur laquelle le temps, les mœurs, le génie particulier des différents peuples, l'état plus ou moins avancé de la civilisation, et surtout la forme de l'organisation politique et sociale, exercent la plus profonde influence. Il est toutefois une nomenclature et une distribution des droits réels, qui, par sa simplicité, par son exactitude, par son ancienneté séculaire et traditionnelle, paraît être tout à fait conforme aux besoins universels et invariables des sociétés humaines¹⁰⁷. Nello stesso volume, egli afferma che le classificazioni dei beni sono certe “parce qu’elles résultent de la nature même des choses, et parce que le Code Napoléon lui-même, en beaucoup d’endroits, les reconnaît et s’y réfère¹⁰⁸”.

Queste “verità” sono, tuttavia, chiaramente distinte dal ricorso alla “giurisprudenza antica”. Non solo “i grandi principi naturali” non sono validi e ammissibili se non in quanto consacrati dalla legge civile¹⁰⁹, ma Demolombe distingue chiaramente, da una parte, i “fatti” del diritto naturale o dell’equità e, d’altra parte, la dottrina antica. Ciò che egli considera come la “realtà” obbliga, con tutta evidenza, l’interprete, ma appunto questa non coincide con il pensiero giuridico anteriore. Sono naturali le nozioni etiche, i fatti, i principi o le istituzioni, ma la “natura delle cose” non è il fatto della storia o anche della filosofia¹¹⁰. Sono, al contrario, le norme sociali “giuste” e/o legali. Egli separa, così, nettamente la tradizione storica, l’equità, il diritto naturale e il diritto¹¹¹.

¹⁰⁷ *Cours*, IX, n. 475.

¹⁰⁸ *Cours*, IX, n. 28. Per un altro esempio: “Si le mari est majeur, il est encore aujourd’hui, comme disait autrefois Lebrun, le *curateur-né* de sa femme [référence]. Telle est effectivement la disposition des presque toutes les coutumes [référence à Pothier]; et si le Code Napoléon ne la consacre pas dans un texte exprès, il la suppose du moins certainement. Rien d’ailleurs n’est plus naturel ni plus raisonnable” (*Cours*, IV, n. 229).

¹⁰⁹ V., per esempio, *Cours*, XXXI, n. 17. Un passaggio è, qui, illuminante: “Ce n’est qu’autant que la puissance publique a imprimé son autorité et sa sanction à ces préceptes, que l’accomplissement extérieur peut en être exigé. La suprême mission du législateur est précisément de concilier le respect dû à la liberté individuelle des citoyens avec le bon ordre et l’harmonie morale de la société. Et l’on peut dire qu’il emploie en général, pour atteindre ce but, trois moyens principaux: 1° Il imprime sa sanction aux plus grand nombre possible des devoirs de morale [...] 2° Il prive de tous effets légaux les conventions qui blesseraient les principes de la morale [...] 3° Il ne permet pas en général de revenir contre l’observation librement consentie de certains devoirs de morale [...] En dehors et au-delà de ces limites, les préceptes de la morale ne sont plus des lois, ne font plus partie du droit et ne peuvent pas exactement recevoir ces dénominations dans les ouvrages de jurisprudence” (*Cours*, I, n. 4). D’altro canto, il diritto naturale ammesso anteriormente non è in alcun modo una verità in sé: “Cette thèse de droit naturel et philosophique, qui consiste à savoir si les eaux courantes sont susceptibles de propriété privée, cette thèse n’a pas médiocrement contribué à répandre sur tout ce sujet les obscurités qui l’enveloppent elle-même depuis longtemps; et peut-être les divers s, qui ont été produits, se sont-ils, en général montrés trop exclusifs. Une vérité est certaine et incontestée, à savoir: que les rivières sont nécessairement soumises, par l’effet même de leur nature et de leur situation, à deux sortes de droits” (*Cours*, X, n. 143).

¹¹⁰ Due esempi, fra gli altri, sono qui interessanti: quando s’interroga su cosa sia un bene, egli contrappone il senso filosofico al senso giuridico, il “nous jurisconsultes aux philosophes” (*Cours*, IX, n. 11) e in materia di vizi del consenso, egli riconosce la “vérité philosophique” di una classificazione per considerarla poi “juridiquement très-fausse!” (*Cours*, XXIV, n. 184).

¹¹¹ Per qualche esempio v. *Cours*, XXIV, n. 88, n. 170 (in tema di dolo: “Si équitable que l’ancienne doctrine puisse paraître, elle ne serait donc plus juridique”), n. 178 (sulla malafede nei contratti: “Mais tout autre est le point de vue de la morale; et tout autre le point de vue de la loi civile!”) o ancora n. 320 (in materia di contratto a favore del terzo).

In ciò egli rispetta, in tutti i suoi sviluppi, le sue prese di posizione iniziali del titolo preliminare del suo *Cours*. Il diritto naturale è, così, nello stesso tempo, integrato nel *Code civil* e proprio di una data società e di un dato tempo¹¹². A proposito dell'applicazione del diritto francese agli stranieri, egli si esprime così:

les institutions mêmes du droit naturel sont organisées, formulées par chaque peuple, avant tout et d'abord, pour lui-même"¹¹³. Inizialmente egli aveva avvertito il suo lettore: "La religion, la morale, la philosophie, aussi bien que la législation, se proposent de tracer aux hommes des règles d'action et de conduite, auxquelles dès lors cette définition de la loi peut également convenir; aussi, est-il arrivé que beaucoup de préceptes de philosophie, de morale, de religion même, très-vrais assurément et très-respectables, mais qui enfin ne sont pas des lois, ne sont pas du *droit*, suivant l'acception technique et juridique de ces mots, ont cependant trouvé place, non pas sans quelque confusion, dans les livres de jurisprudence [...] Il est facile de voir que ces maximes générales, ainsi formulées, constituent des préceptes de *morale*, mais non pas des règles de *droit*, c'est-à-dire des règles légalement et juridiquement obligatoires"¹¹⁴.

Se, dunque, secondo la scelta dell'autore che ne usa abbastanza liberamente, la

¹¹² Stonatura del discorso, egli afferma, pertanto, almeno in un'occasione: "Le droit naturel est: 1° Préexistant et obligatoire, indépendamment de toute promulgation; 2° Universel et applicable en tous les lieux et à tous les hommes, sans distinction de pays et de nationalité; 3° Enfin, immuable et de tous les temps, il ne peut pas être abrogé, changé" (*Cours*, I, n. 6). Notiamo, tuttavia, che il suo obiettivo è, qui, indubitabilmente di distinguere, caratteristica per caratteristica, questo diritto naturale dal diritto positivo che costituisce il suo unico soggetto.

¹¹³ *Cours*, I, n. 12.

¹¹⁴ *Cours*, I, n. 3. Egli prosegue: "il me semble qu'il serait plus exact, plus logique, et aussi plus prudent de dire que la loi véritable, c'est-à-dire la règle civilement obligatoire, est toujours positive, et que, sous ce rapport, nous n'avons qu'une espèce de droit, qu'une espèce de lois, savoir: le droit, les lois, sanctionnées par la puissance publique. Parmi ces lois, il est vrai, les unes, les plus nombreuses, les plus essentielles, ne sont que la consécration de ces grandes règles d'humanité, de sociabilité que Dieu a gravées dans tous les cœurs, et qui sont les conditions communes de l'existence et du développement de toutes les associations, de toutes les relations humaines: comme les lois sur le mariage, sur la famille, sur la propriété, sur la plupart des conventions, etc., etc. Les autres, plus accidentelles, plus spéciales, sont, par cela même aussi, l'œuvre plus arbitraire, la création plus immédiate du législateur humain. Cette distinction est profonde et considérable sans doute; et elle devra exercer, en effet, une grande influence dans l'interprétation, dans l'application. Mais je crois aussi qu'elle ne serait plus exacte et qu'elle pourrait devenir dangereuse, si on voulait en faire résulter une source principale et directe, une cause indépendante et immédiate de règles civilement obligatoires, c'est-à-dire des lois véritables, en dehors et à côté des lois sanctionnées par la puissance publique" (*Cours*, I, n. 8). Ed aggiunge inoltre: "je crois devoir pourtant signaler encore un autre danger de la doctrine qui accorde aux règles du droit naturel une puissance obligatoire, nécessairement et indépendamment de la sanction législative. C'est que, selon moi, il ne convient pas d'attribuer au droit naturel ces caractères absolus, qui le représentent comme un droit préexistant, toujours immuable, toujours universel. N'est-ce pas là effectivement raisonner en philosophe, en moraliste plutôt qu'en jurisconsulte ? [...] Le jurisconsulte, en effet, ne doit pas s'attacher à un modèle plus ou moins parfait, à un type plus ou moins idéal; il ne doit pas considérer les règles des actions humaines *a priori*, d'une manière abstraite, absolue, spéculative, mais bien relativement à l'état présent de la société, à ses besoins, à ses mœurs et aux lois positives elles-mêmes, qui la gouvernent. Le droit naturel pour lui n'est pas toujours le meilleur ni le plus excellent peut-être; mais c'est le droit naturel possible, praticable, réalisable; c'est celui surtout qui se conforme et s'assimile le mieux à l'esprit, aux principes et aux tendances générales de la législation écrite; et voilà pourquoi je pense que c'est toujours dans cette législation même qu'il faut puiser, directement ou indirectement, toutes les règles des solutions juridiques" (*Cours*, I, n. 10).

“natura delle cose” può sostenere il commentatore¹¹⁵, essa non si ritrova ipostatizzata in una tradizione normativa o nelle idee giuridiche del passato. La sua analisi della lesione contrattuale mostra anche che egli rigetta “les traditions anciennes sur cette matière” in nome della “vérité juridique” e de “l’intérêt social”, e che egli oppone un diritto naturale limitato al “for intérieur” ad un diritto positivo che governa il “for extérieur”¹¹⁶. Quando affronta la teoria dei rischi, egli distribuisce meglio i suoi argomenti: “La preuve en résulte, suivant nous, soit des précédents historiques; soit des vrais principes du droit; soit enfin des textes même de notre Code, qui témoignent que le législateur nouveau n’y a pas dérogé”¹¹⁷. All’interno della categoria dei “précédents historiques” egli colloca gli antichi giureconsulti, fra cui Cujas e Pothier, ma anche il diritto naturale. I “vrais principes du droit” sono ciò che è “conforme à la logique du droit et aux règles de l’équité”. Egli cita, allora, la dottrina antica quando essa esprime ciò che per lui è logico, cioè rispettoso del principio del contratto sinallagmatico, ed equo, in questo caso, ciò che è concretamente accettabile. Infine, i testi del *Code* sembrano i soli determinanti, anche se non sono altro che il recupero di una regola più antica. Di nuovo, una lettura rapida di questo passaggio del *Cours de Code Napoléon* potrebbe facilmente ingannare perché l’“ancienne maxime” è messa in evidenza. È, ancora una volta, trascurare una struttura narrativa la quale gerarchizza rigorosamente le giustificazioni che il discorso mescola anche più abilmente di quanto sembri. L’evidenza dell’opinione di Demolombe è giustamente prodotta dalla

¹¹⁵ Per un esempio ambiguo ma rivelatore v. l’analisi dell’azione *de in rem verso* (*Cours*, XXXI, nn. 43 e s.): “Cette action, toute romaine, est absolument étrangère à notre organisation sociale et à notre droit. Il n’est, pour nous, question que de l’action *de in rem verso*, qui est fondée sur cette règle d’éternelle équité, d’après laquelle nul ne doit s’enrichir aux dépens d’autrui. Voilà précisément ce qui explique comment elle est limitée à la mesure du profit existant encore au moment de son exercice, et en quoi elle diffère de l’action proprement dite de gestion d’affaires”. Per Demolombe due sono le giustificazioni possibili: “On pourrait dire d’abord que l’action *de in rem verso*, puisqu’elle est en dehors des conditions du quasi-contrat de gestion d’affaires, n’a pour cause que *l’équité naturelle*, suivant le mot de Pothier. Il est vrai que l’équité ne saurait, à elle seule, sous un régime de lois codifiées comme le nôtre, devenir la source d’un droit ni d’une obligation, si l’application n’en est pas consacrée par un texte. Mais de nombreux textes consacrent cette maxime, l’une des plus sacrées, que nul ne peut s’enrichir aux dépens d’autrui; et il n’y a, en une telle matière, rien d’excessif à dire que les textes qui la consacrent, en sont seulement des applications démonstratives, et doivent être étendus à tous les cas semblables. La seconde explication que, pour notre part, nous croyons devoir proposer, consiste à dire que l’action *de in rem verso*, quoique se trouvant en dehors des conditions du quasi-contrat de gestion d’affaires, n’en doit pas moins être considérée comme une action en quelque sorte auxiliaire de l’action *negotiorum gestorum*, lorsque, par une circonstance quelconque, le fait juridique, qui s’est produit, ne réunit pas toutes les conditions requises pour constituer le quasi-contrat de gestion d’affaires. Tel a toujours été, en effet, son caractère, d’après les traditions les plus anciennes; et c’est là, certes, un argument considérable dans un sujet qui est entré, tout entier, dans nos lois modernes avec le cortège des règles romaines” (*ibid.*, n. 49).

¹¹⁶ “Que, dans le *for intérieur*, le droit naturel proteste contre cette différence, et qu’il décide qu’elle peut devenir une cause de rescision des conventions, on le conçoit! Mais tout autre est le point de vue *du for extérieur*! Ce qui doit surtout préoccuper le législateur, dans le gouvernement des intérêts humains, c’est le bon ordre de la société, dont la liberté et la stabilité des conventions sont l’une des bases fondamentales! Concluons donc, que, dans le droit positif, la rescision pour cause de lésion ne saurait être admise en principe, et qu’il ne peut y avoir lieu seulement de l’admettre dans les cas exceptionnels, où les dangers, qui l’accompagnent, n’offriront pas le même caractère de gravité” (*Cours*, XXIV, n. 194).

¹¹⁷ *Cours*, XXIV, n. 424.

sovrapposizione dei registri. La storia, i principi e la norma positiva sono presentati come convergenti ineluttabilmente verso la “buona” conclusione. Il discorso acquisisce, così, tutta la “verità” richiesta per convincere. Ora ciò non significa affatto che questi registri si confondano e abbiano lo stesso valore argomentativo. Demolombe distingue ben tre registri in un ordine decrescente di potere vincolante e di valore interpretativo: la legge, il commento e la “natura delle cose” e, infine, le opinioni della “dottrina antica”.

Insomma, è necessario distinguere di fatto due cose nella costruzione del discorso dottrinale, che non possono essere confuse sotto pena di perdere ogni intelligibilità. La prima è la cultura, nella quale è immancabilmente immerso Demolombe e che gli fa ammettere un certo numero di “verità” di natura politica, economica, sociale o religiosa. Egli le utilizza senza ombra di dubbio e le considera come delle prove che dipendono dalla “natura” o dall’“ordine delle cose”. Vederci una sopravvivenza del pensiero giuridico antico e della tradizione giuridica suppone un atto di fede dell’osservatore che non è altro se non l’ammissione dell’esistenza atemporale di queste “verità”, ciò che lo storico non può affatto constatare o anche presumere. Inoltre, Demolombe distingue costantemente le une e le altre, confermando, così, tanto la gerarchizzazione quanto le distinzioni in essere nel suo discorso. La seconda è, dunque, differente dal momento che si tratta dello statuto delle citazioni nel discorso del professore di Caen. All’occorrenza, se si vuole ammettere che questi riferimenti alla dottrina antica sono distinti dalla natura delle cose, il loro statuto è tutt’altro, poiché i riferimenti antichi non producono che delle fragili presunzioni di verità, alle quali l’autore non ricorre se non secondo le sue esigenze argomentative, senza vincolo né rigore. Se non sono né di diritto né di verità, le opinioni dei giuristi del passato divengono degli argomenti non superflui, ma piuttosto intercambiabili e non decisivi. La dottrina antica e la cultura giuridica che essa veicola, a voler supporre, inoltre, che essa possa essere considerata come unica ed univoca, fatto di cui si può fortemente dubitare, non è altro che uno strumento argomentativo, destinato più a conferire uno statuto all’autore e un’aura “scientifica” al discorso, piuttosto che a costruire la sua opinione e soprattutto a darle fondamento o, detto altrimenti, a conferirle una qualsivoglia giuridicità. Così la citazione è declassata e l’opinione dottrinale del giurista di Caen diviene una costruzione che perde ogni fungibilità, diviene singolare e iscritta nel suo tempo e, con ciò, reintrodotta in una storia che non è più quella del “Diritto” ma di un pensiero giuridico fluttuante. Affermare che Demolombe partecipa al pensiero giuridico francese e, più ampiamente, occidentale, e che utilizza delle categorie e degli argomenti forgiati da altri molto prima di lui, non significa identità e continuità né del suo discorso né della sua cultura.

L’analisi del *Cours* di Demolombe come discorso, come testo e argomentazione, il cui fine è di convincere il lettore della veridicità delle sue affermazioni, porta, così, a gerarchizzare le giustificazioni che egli impiega. Se è certo che si tratta di una classificazione dinamica e non rigida, rimane il fatto che egli opera un declassamento delle idee della dottrina di *Ancien Régime* a beneficio di un’attualizzazione che respinge nella storia tutto ciò che precede la codificazione. Poiché non utilizza delle note a piè di pagina per giustificare il suo discorso¹¹⁸, egli mette in campo delle giustificazioni in corpo testo, perché legittimino e garantiscano le sue opinioni, senza che queste ultime

¹¹⁸ Notiamo che questo è un tratto comune della dottrina almeno fino agli inizi del XX secolo.

siano davvero determinanti, la giuridicità non appartenendo che alle norme positive e, molto limitatamente, ai loro commenti.

La dottrina antica non s'impone più all'interprete del *Code civil*. Senza negare la possibilità di continuità¹¹⁹, non fosse altro per il fatto della possibilità che questa rottura sia nella continuità del “*tournant décisif dans l'histoire de la pensée juridique française [qu'] est la naissance du droit français*”¹²⁰, soprattutto perché il crescente positivismo genera un'emancipazione forse comparabile al superamento dello *ius commune*, Demolombe rappresenta un momento dottrinale che non potrebbe essere inteso come un semplice adattamento dei metodi giuridici antichi. I registri del suo discorso non sono più quelli dei suoi predecessori: egli inventa un discorso del tutto adattato alla cultura dei giuristi suoi contemporanei¹²¹. Distinguere intertestualità e metatestualità permette, qui, di meglio comprendere tanto l'esegesi che il positivismo legalista del XIX secolo. La rottura prevale, pertanto, sulla continuità, e sembra proprio che vi sia una cesura nella storia del pensiero giuridico, che si può collocare intorno agli anni 1830-1850, fatto che è, d'altronde, confermato dalla storia dell'insegnamento del diritto e delle Facoltà di diritto¹²². Ora, questa rottura tende inevitabilmente a confermare, almeno parzialmente, quella della storia delle culture giuridiche.

¹¹⁹ Gérard Genette, per fare solo il suo esempio, osserva a proposito della letteratura: “je persiste à penser que le relativisme absolu est un sous-marin à voiles, que l'historicisme tue l'histoire, et que l'étude des transformations implique l'examen, et donc la prise en considération, des permanences. Le parcours historique n'est évidemment pas déterminé, mais il est en grande partie balisé par le tableau combinatoire” (*op. cit.*, p. 77).

¹²⁰ J.-L. Thireau, *Le comparatisme et la naissance du droit français*, in “Revue d'Histoire des Facultés de Droit”, nn. 10-11 (1990), in particolare pp. 189 e 191. V. anche dello stesso, *L'alliance des lois romaines avec le droit français*, in *Droit romain, jus civile, droit français*, J. Krynen (cur.), Toulouse 1999, pp. 347-374.

¹²¹ Per un'interessante comparazione: “L'étude de la culture est de fait *notre* culture: elle opère à travers nos formes, crée dans nos termes, emprunte nos mots et nos concepts pour produire du sens et nous recrée à travers notre travail” (R. Wagner, *L'invention de la culture*, Paris 2014, p. 38). V. anche P. Veyne, *op. cit.*, pp. 97-99.

¹²² F. Audren-J.-L. Halpérin, *La culture juridique française*, pp. 47-57.