

SCIENZA & POLITICA

per una storia delle dottrine



Genealogie della consuetudine nell'epoca delle guerre di religione in Francia

Genealogies of the «Coutume»
in the Age of the Wars of Religion in France

Paolo Slongo

Lier – (EHESS)

paolo.slongo@tiscali.it

A B S T R A C T

La redazione delle consuetudini e la loro riforma nella seconda metà del XVI secolo in Francia aprono la via a numerosi commenti dei giuristi, tanto riguardo al loro contenuto quanto riguardo alla loro origine, alle loro caratteristiche e ai loro rapporti con le altre fonti del diritto. Il saggio offre un tracciato delle definizioni della *coutume* e dei commenti che alcuni dei più grandi giuristi francesi del Cinquecento, e soprattutto Montaigne, propongono delle consuetudini e della loro normatività a partire dalla loro redazione scritta e cerca inoltre di mettere in evidenza le difficoltà di risolvere un certo numero di problemi. Questi concernono in particolare il rapporto delle consuetudini con il tempo, con le leggi emanate dal re, con le comunità locali e con il territorio, dal momento in cui emergono una ben precisa prospettiva spaziale e una altrettanto specifica temporalità del progetto politico moderno fondato sulla funzione della legge.

PAROLE CHIAVE: Consuetudini; Diritto; Normatività; Guerre di religione; Montaigne.

The writing of customs and their reform in France in the second half of Sixteenth century generate numerous comments by the jurists, concerning their content as well as their origin, their characteristics and their relations with other sources of law. This essay presents some definitions of the *coutume* and the comments that some of the greatest French jurists of the Sixteenth century, and especially Montaigne, propose of the customs and their normativity. It also tries to highlight the difficulties involved in solving a number of problems. The latter concern in particular the relationship of customs with time, with the laws issued by the King, with local communities and with the territory, during the rise of a precise spatial perspective and a specific temporality of the modern theory based on the function of law.

KEYWORDS: Customs; Law; Normativity; Wars of Religion; Montaigne.

SCIENZA & POLITICA, vol. XXX, no. 58, 2018, pp. 155-176

DOI: <https://doi.org/10.6092/issn.1825-9618/8404>

ISSN: 1825-9618



Gérard Cornu, nel suo *Vocabulaire juridique*, definisce la *coutume* come «norme de droit objectif fondée sur une tradition populaire qui prête à une pratique constante un caractère juridiquement contraignant». Si tratta insomma di una «veritable règle de droit mais d'origine non étatique que la collectivité a fait sienne par habitude dans la conviction de son caractère obligatoire»¹. In un manuale recente di storia del diritto, la *coutume* è descritta ancora come «un usage non écrit et répété (comme disait Loysel, «une fois n'est pas coutume»), consacré par le temps et de force obligatoire sur un territoire donné»². Così come essa emerge nel Medioevo la consuetudine è, dunque, un diritto non scritto nato dall'uso. Essa copre il campo del diritto civile e del diritto feudale: statuto delle persone, regime matrimoniale, modi di detenzione dei beni, successioni, obbligazioni e contratti; essa integra in sé anche le relazioni feudali-vassallatiche. Coesiste, inoltre, con altre fonti del diritto. La redazione delle *coutume* in Francia, e poi la loro riforma nella seconda metà del XVI secolo e le edizioni che si susseguono aprono la via ai numerosi commentari dei giuristi, tanto riguardo al loro contenuto che alla loro origine, le loro caratteristiche e i loro rapporti con le altre fonti del diritto. Le definizioni e i commenti³ che i giuristi di questa transizione dalla prima alla seconda modernità propongono delle consuetudini, a partire dalla loro redazione scritta, mettono in evidenza le difficoltà che vi sono a risolvere un certo numero di problemi concernenti in particolare il loro rapporto con il tempo e con il territorio, dal momento in cui emerge una ben precisa prospettiva spaziale e una altrettanto specifica temporalità del progetto moderno⁴.

1. La volontà regia di mettere per iscritto le *coutume* è già formulata al paragrafo 125 dell'ordinanza di Montils-les-Tours del 1454 sulla riforma della giustizia. Essa costituisce un atto fondativo dell'entrata della consuetudine nella glossa. Altre ordinanze regie seguiranno, per definire le modalità di que-

¹ G. CORNU (ed), *Vocabulaire juridique*, Parigi, PUF, 2001, alla voce «*Coutumes*», p. 241.

² A. RIGAUDIERE, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Parigi, Economica, 2006.

³ André Tournon ha mostrato, a partire dall'analisi delle opere di Alciat e Cujas, di Bohier e Coras, come il meccanismo del commento giuridico e della glossa – ben noti a Montaigne nella sua pratica di magistrato alla Chambre des *Enquêtes* del Parlamento di Bordeaux – agisca in profondità nella scrittura degli *Essais* (A. TOURNON, *Montaigne. La Glose et l'essai*, Parigi, H. Champion, 2000). In generale, sul commento giuridico e sulla Glossa, si veda almeno E. CORTESE, *Tra glossa, commento e umanesimo*, «Studi senesi», 104, 1992, pp. 458-503; F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, Milano, Giuffrè, 1954, in quest'opera è indicata la bibliografia sulle singole figure dei Commentatori; F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951. Sull'ermeneutica giuridica dei Commentatori, cfr. V. PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretatio iuris nei Commentatori*, «Annali di storia del diritto», II, 1958, pp. 29 e sgg.

⁴ Cfr. P. SCHIERA, *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna, Clueb, 2004, spec. pp. 107-115.



sta messa per iscritto, fino alla procedura definitiva fissata nel 1499⁵. I giuristi, i magistrati dei Parlamenti, hanno operato per pensare il luogo della feudalità in una società che cambia e per dare alle *coutume* redatte lo statuto di diritto comune del regno, nella dinamica della costruzione della nuova realtà statale⁶. Questo grande cantiere porta a ripensare le categorie del diritto: nominare, classificare e alla fine costruire una nuova architettura del diritto, che deve tuttavia confrontarsi sempre con la diversità delle consuetudini, delle trame amministrative e dei poteri effettivamente presenti sul territorio del regno. Dal lavoro dei giuristi emerge così e si forma una nuova visione della società e delle sue norme. Fatti e diritto non coincidono e nell'intervallo che li separa si situa il lavoro dell'interpretazione⁷. Il primo obiettivo di questa pratica del diritto è quello di conoscere le consuetudini, vista la loro grande diversità, poi di chiarirle, e anche di interpretarle, e infine nell'ultima formulazione di farle passare allo statuto di legge. Un'assemblea dei rappresentanti dei tre ordini di ogni provincia, o baliaggio, leggerà il *cahier* della *coutume* preparato dagli esperti locali, discuterà di ogni articolo e darà il suo assenso per la costituzione di un *cahier* finale depositato presso la cancelleria del Parlamento e convalidato dal re. Due elementi di questa procedura meritano la nostra attenzione: da una parte la consuetudine così redatta è il frutto di un consenso del popolo e partecipa alla politica contrattualistica della monarchia; dall'altra, queste redazioni si svolgono sotto il controllo di grandi magistrati regi, grandi giuristi del Parlamento, che affermano in questo modo il ruolo del re nella produzione del diritto e della legge, pur rimanendo formalmente intoccata la piattaforma "costituzionale" delle consuetudini⁸. Precisiamo subito questo punto, prima di procedere.

In effetti, e per molto tempo, il re legifera innanzitutto su ciò che attiene al *suo* dominio, i suoi diritti, la procedura dei tribunali: tutti universi legali che non concernono che indirettamente la vita quotidiana della maggior parte dei francesi. Sebbene fin dal tempo di Enrico II i re avessero stabilito leggi sui

⁵ J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Parigi, Montchrestien, 2009, p. 108.

⁶ Cfr. R. DESCIMON – A. GUERY, *Un Etat des Temps modernes ?*, in A. BURGUIERE – J. REVEL, *Histoire de la France. La longue durée de l'Etat*, Parigi, Seuil, 2000, pp. 209-608 ; J.L. GAZZANIGA, *Rédaction des coutumes et codification*, «Droits», 26/1998, pp. 71-80 ; J. GILISSEN, *La Coutume, Typologie des sources du Moyen Age Occidental*, fasc. 41, *Brepols*, Turnhout, 1982.

⁷ «L'interprète commence par réduire les faits en leur imposant une forme convenable à l'emprise de la règle et en projetant sur eux les contours de celle-ci» (Y. THOMAS, *Présentation*, «Annales HSS», 57, 6/2002, « Histoire et droit », pp. 1425-1428).

⁸ N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, il Mulino, 2016, Capitolo III, in part. pp. 47-51, qui p. 50. Cfr. D. QUAGLIONI, *La consuetudine come costituzione*, in P. NERVI (ed), *Domini collettivi e autonomia*, Atti della quinta riunione scientifica (Trento 11-12 novembre 1999), Padova, Cedam, 2000, pp. 11-35. Sul punto, soprattutto P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 87-93.

matrimoni, fu necessario attendere le grandi ordinanze della seconda metà del secolo successivo perché la legislazione reale si rivolgesse ai testamenti, alle donazioni e alle norme essenziali di «diritto privato». Molti spazi relativi allo svolgimento della vita concreta della società sfuggivano all'attività legislatrice del potere regale e erano retti da altri sistemi giuridici. La redazione delle consuetudini è la grande questione all'inizio del secolo XVI. Benché fosse prevista già dall'ordinanza di Montils-lès-Tours, essa produsse i suoi effetti più importanti sotto il regno di Luigi XII. Queste consuetudini vengono riformate all'epoca delle guerre di religione su iniziativa del primo Presidente del Parlamento di Parigi, Christophe de Thou. Redazione e riforma delle consuetudini erano effettuate nelle assemblee degli stati in cui i tre ordini del bailliaggio discutevano dei loro rispettivi diritti e li mettevano per iscritto sotto il controllo dei magistrati reali, generalmente giuristi provenienti dai Parlamenti. Così, nel momento stesso in cui l'autorità, di fronte al problema delle guerre civili, si dota di strumenti teorici che servono ad affermare la potenza *absoluta* del re, essa interviene nel campo della *coutume* seguendo le pratiche rappresentative della monarchia temperata. L'operazione permette di estendere la legislazione reale agli usi locali, e di facilitare così l'inserimento del diritto privato nella sfera del diritto pubblico, governato e controllato dal re.

Essenzialmente, la *coutume* riveste il carattere di un contratto tra i tre stati. René Filhol, autore di un libro fondamentale sull'argomento, riporta l'apprezzamento dell'avvocato François Delporte, il nonno materno del cardinale di Richelieu: «Poiché si tratta di un contratto che deve essere recepito per convenzione comune dei tre Stati (*par convention commune des trois Etats*), è necessario che i contraenti parlino davanti ai notai: i notai sono i commissari e i cancellieri della sede che devono ricevere *vota municipium*, e a maggior ragione *vota* del Clero e della Nobiltà, con i quali vi deve essere una convenzione uniforme, altrimenti vi sarebbe un perversimento d'ordine»⁹. Le procedure di redazione, e poi di riforma delle consuetudini, non si inscrivono ancora nel dispositivo assolutistico che si affermerà poi con Luigi XIV. È nel corso del XVII secolo che la monarchia impone tutta la sua autorità su questo terreno. E François Dumont lo sottolinea: «Quant aux coutumes et statuts du royaume, la royauté s'estimera de plus en plus libre à leur égard dans le domaine du droit privé comme dans celui du droit public»¹⁰. Per il momento,

⁹ R. FILHOL, *Le Premier Président Christofle de Thou et la Réformation des coutumes*, Parigi, Sirey, 1937, p. 81.

¹⁰ F. DUMONT, *Royauté française et monarchie absolue au XVII^e siècle*, «XVII^e Siècle», 58-59, 1963, p. 20. La tesi è criticata da Jacques Kryniën, il quale sostiene invece che già la redazione delle consuetudini costituiva un segno eclatante dell'interventismo della monarchia nella sfera del diritto privato. A suo avviso, «la maîtrise royale de la coutume a été originelle et constante» e «a toujours été encouragée par une doctrine de l'omnipotence normative du souverain». È, così, lo stesso concetto di pluralismo giuridico applicato al regno di Francia che Kryniën arriva a negare (J. KRYNIËN, *Voluntas domini regis in suo regno facit jus. Le roi de France et la coutume*, in A.



anche se la loro espressione è mediata dai giureconsulti, le *coutume* dei luoghi sono efficaci solo se sono oggetto di un largo e riconosciuto *consenso*.

La *coutume* è definita, così, come un uso ripetuto nel tempo, riconosciuto da una comunità su un territorio limitato. Tra la parola tramandata e la parola scritta si inserisce l'elemento del tempo. Usi e costumi portano in sé un tempo "immemorabile", eterogeneo e denso, per fondare la loro legittimità, la loro *auctoritas*. L'argomento del tempo immemorabile serve a legittimare delle pratiche, delle regole, a partire dall'oblio delle loro origini. Questo il problema. Sta qui una delle maggiori difficoltà incontrate dai giuristi, quella di spiegare l'autorità della consuetudine, come sa bene il giurista che è stato Montaigne:

«una volta, dovendo far valere una nostra tradizione (*quelqu'une de nos observations*), accolta con piena autorità (*reçue avec absolue autorité*) e in una zona assai estesa intorno a noi, e non volendo, come si usa fare, imporla soltanto con la forza delle leggi e degli esempi, ma cercando invece di risalire fino alla sua origine, scopersi che il suo fondamento era così debole che poco mancò che me ne disgustassi, io che dovevo inculcarla (*moy qui avois à la confirmer*) in altri»¹¹.

In questo celebre capitolo dei *Saggi* dedicato alla *coutume* – ma in realtà in tutta l'opera – Montaigne lo afferma chiaramente e a più riprese, e anzi il piano giuridico della questione si riflette in profondità nel suo discorso sull'abitudine e sull'uso. A conclusione del nostro percorso ci ritorneremo. L'immemorabile fornisce una risposta, ma essa è insufficiente. I giuristi, ancora oggi, continuano ad interrogarsi su ciò che fonda l'autorità della consuetudine. Se essa, una volta diventata fonte di diritto, trova la sua autorità nel passato fondatore, nel tempo della lunga durata immemorabile, allora essa non ha un'origine conosciuta, *non ha autore*. Di qui la domanda su che cosa rende la sua forza obbligatoria: è la sua antichità, la creazione collettiva, la ragione, il senso comune, o la volontà del re che a partire da un certo momento convalida le buone consuetudini e condanna le cattive? La ripetizione e il consenso nato dalla sua origine supposta popolare non sono sufficienti a fare di una pratica una consuetudine, è necessaria ormai una legittimazione ulteriore ricavata da un'istanza terza, il potere del sovrano¹².

IGLESIA FERREIROS (ed), *El dret comú i Catalunya*, Barcellona, Associació Catalana d'Història del Dret, 1998, pp. 59-89).

¹¹ M DE MONTAIGNE, *Saggi*, I, 23, *Della consuetudine e del non cambiar facilmente una legge accolta*, pp. 151, 116.

¹² A. JOUANA, *Le Pouvoir absolu. Naissance de l'imaginaire politique de la royauté*, Parigi, Gallimard, 2013, p. 43. Cfr. V. DE CAPRARIIS, *Propaganda e pensiero politico nella Francia delle guerre di religione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1959; R. SCHNUR, *Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts, Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des modernen Staates*, Berlino, Duncker & Humblot, 1962. Ulteriori, interessanti osservazioni sul tema si possono trovare nell'importante lavoro di D. KELLEY, *Foundations of Modern Historical Scholarship: Language, Law, and History in the French Renaissance*, New York, Columbia University Press, 1970.

Ciò che è certo è il fatto che la redazione fissa il *punto zero* di una nuova origine della consuetudine, il testo così fissato è ormai la sua memoria raccolta e, in un certo senso, la sua morte, nella misura in cui essa mette un termine alla creazione continua. La messa per iscritto appare antinomica rispetto alla stessa natura della consuetudine. Gli effetti saranno molteplici e i commentatori, i giuristi, non smetteranno di tentare di risolvere questo paradosso tra una creazione continua delle consuetudini, la cui origine è sconosciuta, e questo momento fondatore che rappresenta la volontà regia di metterle per iscritto. Nella formulazione del disegno della monarchia che i commentatori riprendono – fare della consuetudine una legge perpetua – è evidente la contraddizione tra «legge» e «perpetua». Perché, se la consuetudine è destinata a divenire legge è proprio per staccarla dal tempo supposto irrigidito della ripetizione e per farla entrare nel tempo *mobile* della legge. Scrive a questo proposito Vincenzo Piano Mortari:

«ancora una volta bisogna sottolineare la funzione immobilizzatrice esercitata dalla compilazione delle *coutumes* nei confronti dello svolgimento del *droit coutumier* che in precedenza si era sempre liberamente sviluppato. Il fenomeno nel suo aspetto paradossale è stato messo assai bene in evidenza di recente: istituzioni storicamente in declino ottennero la precisazione dei loro contorni giuridici proprio in un'epoca in cui si rivelavano sempre più in fase di superamento e in cui pertanto il rigore teorico degli schemi, attraverso cui venivano astrattamente configurate, non corrispondeva alle trasformazioni intrinseche alla loro applicazione concreta»¹³.

Tutto questo fa pensare che non si possa considerare la compilazione ufficiale delle *coutume* solo dal punto di vista della politica regia.

La storia francese del Cinquecento ha uno dei suoi aspetti più significativi nella capacità di resistenza dei ceti, interessati alla conservazione del particolarismo provinciale e municipale, ai programmi politici della monarchia. Accanto al diritto del re vi era infatti un *altro diritto*, dipendente e indipendente, privato e pubblico, che il monarca non aveva ancora potuto assorbire, ma che minacciava con il suo strapotere¹⁴: l'antico diritto consuetudinario del paese, che fino ad allora aveva continuato a svilupparsi accanto alla *lex* del primo. D'altro canto, proprio questo rapporto ha costituito problema per il giurista ottocentesco (e novecentesco), ancora preso dal carattere panlegalistico, o legicentrico, del diritto codificato, in una sorta di ossessiva autoreferenzialità della legge¹⁵.

¹³ V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel sec. XVI*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 91. Cfr. V. PIANO MORTARI, *Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento*, «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1, 1972, pp. 132-175 e V. PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese: lineamenti generali*, Napoli, Liguori, 1990.

¹⁴ «I ceti si scagliavano dunque in primo luogo contro l'arbitrio contrario al diritto del principe e contro la creazione unilaterale del diritto da parte del medesimo» (W. NÄF, *Le prime forme dello Stato moderno*», in A. ROTELLI – P. SCHIERA (eds), *Lo Stato moderno, I*, Bologna, il Mulino, 1971, p. 56).

¹⁵ Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.



2. Di fatto, molti giuristi sembrano in realtà accordarsi sullo statuto propriamente “ancillare”, o di supplenza, della consuetudine. Nel caso in cui la legge faccia difetto o in cui essa manchi di chiarezza, è legittimo interrogarla e farvi ricorso. Le dichiarazioni in questo senso abbondano. Matteo d’Afflitto dice semplicemente della consuetudine che essa è l’interprete della legge nei casi dubbi («Consuetudo in casu dubio est legum interpres»¹⁶), esplicitando così un’idea che si ritrova fin dai giuristi del XII secolo. Scriveva Irnerio, richiamandosi al *Digesto*: «Sed consuetudo legum dicitur interpres»¹⁷. Si ricorrere alla consuetudine come a una stampella della legge, in certi casi – rari per un giurista del Rinascimento, come ha mostrato Ian Maclean¹⁸ – in cui è necessario «interpretare» la legge, vale a dire nei casi in cui la legge non è chiara o nei casi sui quali essa non si è pronunciata. D’altronde, è a questo titolo che Cujas le accorda una certa legittimità: «consuetudo proprie nihil aliud est, quam jus quod lex scripta praetermisit»¹⁹. In una parola, se la consuetudine è un utile aiuto, si tratta comunque di un aiuto subalterno che non serve che ad ovviare ai (rari) difetti della legge. Se un secolo dopo l’ordinanza di Montilsles-Tours una tale concezione era ancora perfettamente plausibile, non sarà più così alla fine del XVI secolo, perché quel punto di vista “antico” è entrato ora in collisione con una nuova realtà, e tra consuetudine e legge il confronto assume un’asprezza inedita. Le ingiunzioni ripetute da parte della monarchia a mettere per iscritto la *coutume* proseguono²⁰, e i tentativi giuridici di costituire a partire da queste ingiunzioni un codice civile francese, come le forti resistenze che si manifestano, rivelano il nuovo spettro ampio del potere e fanno delle *coutume*, nel momento del grande ritorno del diritto comune francese, una posta in gioco e un terreno specifico di scontro particolarmente intenso, dal momento che «lo studio di questo diritto privato assumeva una

¹⁶ M. D’AFFLITTO, *Decisiones sacri regii consilii neapolitani*, Lione, A. Giunta, 1566, p. 145, CLXXIII, 3.

¹⁷ IRNERIO, *Quaestiones de juris subtilitatibus*, p. 18.

¹⁸ «Modern proponents of philosophical hermeneutics would, of course, claim that there is no *degré zéro* of interpretation: but Renaissance jurists and their medieval predecessors do not agree. Bartolus following DI. 3. 12 e D 1. 3.23 claims that judges may interpret the law *nisi verba essent plana, quia tunc non potest aliter interpretari quam verba loquuntur*» (I. MACLEAN, *Interpretation and Meaning in the Renaissance: The Case of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 89).

¹⁹ J. CUJAS, *Opera quae de jure fecit, et edi voluit*, Ginevra, Philippe Albert & Alex. Pernet, 1609, 3. 672. b.

²⁰ J. KRYNIEN, *Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume*, «Cahiers des Recherches Médiévales», 7, 2000, e F. MARTIN, *Justice et législation sous le règne de Louis XI - La norme juridique royale à la veille des temps modernes*, Parigi, Édition de la Fondation Varenne, 2010.

rilevanza costituzionalistica nella misura in cui si toccavano i temi attinenti alla *justice* e alla *police*»²¹.

Cercheremo di ritornare su questo processo interrogando ciò che fa problema nella resistenza di alcuni giuristi riguardo al riemergere di una norma consuetudinaria, e provando a ricostruire rapidamente le condizioni del dibattito che ha luogo in quel contesto. Quale significato attribuire a una norma consuetudinaria che vige soltanto in una parte del regno, e che tuttavia vorrebbe, nelle intenzioni del monarca, diventare in futuro la norma di tutto il regno? Possiamo distinguere diversi atteggiamenti giuridici, e filosofico-politici, in rapporto a questo processo storico in alcuni giuristi contemporanei di Montaigne.

Questo attraversamento dovrebbe consentirci, in conclusione, di interrogare l'originalità della posizione dell'autore dei *Saggi*, riguardo al nesso legge-costumi. Per procedere in questa indagine distingueremo due atteggiamenti estremi: il primo che si attesta decisamente sulla promozione della *coutume* – posizione incarnata dagli autori del *droit coutumier*, come ad esempio Etienne Pasquier o Guy Coquille – e l'altro atteggiamento, più inquieto e problematico, rappresentato da un altro grande giurista come Louis le Caron, detto Charondas. Ritornando su questo grande dibattito giuridico-politico che si svolge nel pieno delle guerre civili di religione in Francia, e sullo spazio *strategico* che definisce la posta in gioco politica nel sapere giuridico, quello dei tribunali, dei procuratori, dei giureconsulti, dei cancellieri, dei commissari del re, oltre a quello dei grandi legisti. E cercando di ricostruire i principali argomenti di questi ultimi, forse si comprenderà meglio la singolarità del pensiero filosofico-politico espresso da Montaigne negli *Essais*.

3. Alla fine della sua vita, Étienne Pasquier (1529-1615), uno dei grandi legisti francesi del Cinquecento, redige, si dice per i suoi figli, un'opera, *L'interprétation des Institutes de Justinian*, che intende spiegare il diritto e i suoi fondamenti. Molto pedagogicamente, Pasquier incomincia con una storia della genesi del diritto francese la sua genealogia “gallica”, e fa subito della consuetudine il «diritto antico e originale dei Francesi»:

«dopo avere parlato *de jure scripto*, l'imperatore arriva a parlare del diritto *non scripto*, che è ciò che noi diciamo in Francia CONSUETUDINE (*COUSTUME*), il diritto antico e originale dei Francesi, a nostro avviso; visto che di fatto Giulio Cesare lo colloca all'inizio delle sue Memorie della Gallia. E, per comprendere ampiamente le regole generali di questo diritto, bisogna fare ricorso al titolo del Codice: *Quae sit longa consuetudo* (l. VIII, tit. 53) che sembra essere stato collocato *in loco peregrino*, nel Codice. Del resto, l'ordine che in questo modo si segue, se si vuole credere a Giustiniano, alla legge 1 (§ 10), *De vet. Jure enucleando* (Cod. Just.

²¹ N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà*, p. 48.



l. 1, tit. 17), era di seguire innanzitutto la Consuetudine (*Coustume*) dei luoghi di ogni provincia, e, in mancanza di questa, ricorrere al diritto generale di Roma»²².

Se, certo, la legge scritta ha dalla sua parte una certa *maestà*, d'altro lato il vero privilegio dell'antichità spetta, in Francia, proprio alla consuetudine, «fondamento primo del nostro diritto», dice Pasquier. Il colpo di forza è notevole, poiché è presentato come un fatto acquisito quello che sembra invece un rovesciamento assai problematico della gerarchia tradizionale. Questa prestazione teorica – che certo è rivolta a consolidare l'idea del potere della monarchia con l'autorità della storia – fece probabilmente problema a qualcuno dei suoi contemporanei. Essa infatti arrivava fino al punto di fare del diritto romano un diritto secondo in rapporto alle consuetudini galliche, descritte come se fossero davvero un corpo coerente di norme di cui rintracciare la *genealogia*.

Un altro vantaggio essenziale possiede la consuetudine sul diritto scritto: per Pasquier essa possiede anche a suo merito, grazie ai re di Francia, l'essere una sintesi sociale armoniosa. In una forma ordinata, essa fa cooperare il re, i magistrati e i differenti *estat* della società. La consuetudine rappresenta, quindi, un elemento di coesione prezioso del corpo sociale e dispone dunque di una forza politica superiore a quella della legge, della quale Pasquier sostiene di non conoscere l'origine. Per lui, paradossalmente, l'origine della consuetudine è tanto illustre in quanto l'origine della legge risulta oscura. L'opera di redazione delle *coutume* certifica l'integrità di questa origine. Leggiamo:

«L'ordine che si segue in Francia, a questo scopo e per regolare ogni provincia nella sua consuetudine, è che il Re attribuisca le lettere patenti, in forma di commissione, agli uni e agli altri presidenti delle Corti Sovrane, per regolarsi diversamente nelle provincie, i quali trovandosi nel seggio presidiale di ogni provincia, fanno riunire i rappresentanti dei tre stati in un luogo pubblico; vale a dire il clero, la nobiltà e quegli esponenti del terzo stato che sono i principali del popolo comune, e lì, essendo riuniti in assemblea con il seggio presidiale e i principali giudici della provincia, essi rivedranno quale era l'antica Consuetudine; e ripassando su ogni articolo, riconoscendo in che cosa, con il tempo, esso ha ricevuto un'estensione o una diminuzione, e secondo ciò che è decretato tra loro, ne fanno un nuovo articolo, oppure restano all'antico, se non vi è stata alcuna alterazione; e di tutto questo avendo compilato un processo verbale, redigono un corpo della Consuetudine, il quale sarà chiuso e decretato nel detto luogo, ed è poi trasportato al parlamento di Parigi e registrato dal cancelliere di quello, con il consenso del procuratore generale. Fatto ciò, lo si pubblica, con diverse stampe, *ut omnibus innotescat*, e soprattutto è portato al cancelliere del seggio presidiale del luogo, affinché si possa estrarne fedelmente, quando la necessità lo richiederà, ciò di cui sarà questione»²³.

²² E. PASQUIER, *L'interprétation des Institutes de Justinian*, L. 1, Chap. XIV, § Ex non scripto, Ginevra, Slatkine Reprints, 1970, p. 29. Cfr. V. PIANO MORTARI, *Il pensiero politico dei giuristi del Rinascimento*, in L. FIRPO (ed), *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, Milano, UTET, 1987, vol. III, *Umanesimo e Rinascimento*, pp. 436-437 e V. PIANO MORTARI, *Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento*, pp. 136-137.

²³ *Ivi*, pp. 35-36.

Se, allora, come afferma Pasquier, il diritto nazionale francese consiste di quattro fonti – ordinanze regie, consuetudini dei diversi distretti provinciali, massime generali del diritto romano «trapiantate» in Francia e decreti di ciascun parlamento – non vi è dubbio che per lui la consuetudine detiene una posizione preminente in questo ordinamento giuridico²⁴. Ci si inganna d'altronde, egli aggiunge, quando si afferma che vi sono due ordinamenti giuridici differenti in Francia, un paese retto dal *droit coutumier* al Nord e un paese retto dal *droit romain* al Sud. In realtà, la frase di Pasquier è costruita in maniera così singolare che si ha l'impressione che la consuetudine abbia stabilito ovunque il suo dominio. Si tratta di un'ambiguità voluta che fa apparire il *droit écrit* come una forma di *coutume*:

«l'altra specie di diritto, nella nostra Francia, risiede nelle Consuetudini, e di queste ne abbiamo di due tipi; poiché vi sono certi paesi nei quali il diritto scritto dei Romani è preso per Consuetudine, di questo genere è il paese della Languedoc, della Provenza, e ancora del Lyonnais e Forestz, sotto la giurisdizione del parlamento di Parigi; e questi sono propriamente detti paesi di diritto scritto. Tutto il resto della Francia è detto consuetudinario, poiché vi sono diverse Consuetudini stabilite dai tempi antichi nell'una o nell'altra sede presidiale, le quali devono essere religiosamente osservate dagli abitanti del contado e dai cittadini dei luoghi»²⁵.

Nei *pays de droit coutumier* si ricorrerà insomma al diritto giustiniano unicamente come ad una *ratio scripta (raison écrite)*, cioè ad un complesso di principi superiori di giustizia e razionalità giuridica utilizzabili solo quando un'interpretazione estensiva della consuetudine locale, e poi di quella regionale e, infine, dal XVI secolo in avanti, di quella di Parigi, non dia risultato.

4. Se per Guy Coquille (1523-1603), il celebre giurista del Nivernais, non si può dire che il *droit coutumier* sia il “diritto antico” dei Francesi, si deve comunque riconoscere a questa forma di diritto numerosi meriti. Se certamente la forma giuridica è talvolta imperfetta (il suo carattere orale ne è uno dei segni) è tuttavia grazie all'antica grandezza dei nostri antenati, scrive Coquille, più occupati nelle grandi prodezze necessarie allo stabilimento del regno che a precisare nel dettaglio delle regole giuridiche, che si è potuta conservare in Francia una monarchia “costituzionale”, i cui poteri sono trasmessi dal popolo per creare le leggi fondamentali dello stato secondo l'antica costituzione:

²⁴ L'universo giuridico dell'antica monarchia non si limita evidentemente a queste leggi. Vi erano anche le leggi dette «fondamentali» che erano ritenute indisponibili da parte del monarca. Si è pensato che le leggi fondamentali del regno funzionassero, così, come una sorta di «costituzione consuetudinaria», come effettivamente qualcuno ha proposto. Come la citazione di Pasquier ha richiamato, il termine di “legge” ricopre nel regno di Francia molteplici insiemi normativi la cui coesistenza creava un vero e proprio “pluralismo giuridico”. Questo concetto può essere definito come «une représentation théorique suivant laquelle à la pluralité des groupes sociaux correspondent des systèmes juridiques multiples agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation» (N. ROULAND, *L'Etat français et le pluralisme*, Parigi, Odile Jacob, 1995, p. 13). La normatività non è cioè riducibile a una matrice legale e romana del diritto, essa oppone alla forma del comando e della sanzione il modo della misura e della *convenienza*.

²⁵ *Ivi*, Cap. XVI, par. *Des Coustumes*, p. 34.



«questa Monarchia, dunque, stabilita dagli antichi Francesi Sassoni, è stata governata da determinate leggi che per la maggior parte non sono state scritte, perché gli antichi Francesi, grandi guerrieri e buoni Politici, si dedicavano di più a fare e a fare bene (*à faire & bien faire*), che a dire e a scrivere»²⁶.

Poiché dunque, questo è l'argomento di Coquille, i grandi re dei primi tempi della Francia ebbero di meglio da fare che emanare delle leggi, è ai loro discendenti che spetta di farsi carico di questa importante missione di redigere ufficialmente in iscritto ciò che è *silenziosamente* articolato nelle *coutumes*²⁷. Ma oggi il lavoro sembra compiuto e abbiamo un diritto civile francese – dice Coquille –, costruito a partire dalle nostre consuetudini, paragonabile per dignità e efficacia al diritto romano:

«le Consuetudini delle Provincie di Francia, che si chiamano *Coutumières*, sono il vero Diritto Civile e Comune, e possono essere chiamate Diritto scritto quelle che secondo il consenso del popolo dei tre Ordini (che si dice Stato) sono state stabilite, messe per iscritto e autorizzate dai Commissari che il re ha delegato. Come a Roma erano le leggi che il popolo aveva approvato dopo la proposta di legge del Console o del Tribuno del popolo minuto: con questa differenza, che il popolo romano solamente dava l'autorità e vigore di legge, poiché era una Repubblica Democratica: e da noi il Re vi ispira vigore di legge, poiché questa forma di governo è Monarchica (*parce que cette domination est Monarchique*)»²⁸.

L'entusiasmo di Coquille per la consuetudine è d'altronde così grande che lo spinge a fare l'elogio delle leggi «brevi e sostanziose delle nostre Consuetudini», che non sono soggette «a tante ansietà e incertezze» come il diritto romano e che riflettono le «mœurs & humeurs» di ogni Provincia del regno, e per questo sono il «nostro vero Diritto Civile», e cioè il *droit commun et originnaire* del paese²⁹. La volontà apologetica della consuetudine porta Coquille a sottolineare sistematicamente i punti di accordo tra le *coutumes* delle differenti provincie della Francia e ad esaltare il pilastro del regime positivo in Francia nel particolarismo *coutumier*³⁰. Il che appare perfettamente logico all'interno della sua strategia discorsiva, poiché, emanando da uno stesso popolo francese originale e da uno stesso re di Francia, la *coutume* ha potuto registrare e trattenere nel corso dei secoli un diritto di cui egli non fa che riscoprire – a partire dalle sue vestigia, si potrebbe dire – la profonda e meravigliosa unità, il suo statuto di discorso sempre riattualizzabile, la sua permanenza, il senso nascosto di cui è il *deposito*. In effetti, la redazione delle *Coutumières*

²⁶ G. COQUILLE, *Institution au droit des François*, Parigi, 1607, p. 2.

²⁷ Cfr V. PIANO MORTARI, *Il pensiero politico dei giuristi del Rinascimento*, p. 478.

²⁸ G. COQUILLE, *Les Coutumes du pays et comte de Nivernois [...]*, Bordeaux, Cl. Labottiere, t. 2, 1703, p. 1.

²⁹ G. COQUILLE, *Questions et responses sur les articles des Coutumes*, in *Les Œuvres de M. Guy Coquille*, (*La Coutume de Nivernois, Les Institutions au droit des François, Les Questions & Responses sur toutes les Coutumes de France*), Parigi, A. De Cay, 1646, pp. 1-6. V. PIANO MORTARI, *Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento*, pp. 169-170.

³⁰ V. PIANO MORTARI, *Il pensiero politico dei giuristi del Rinascimento*, p. 478.

è anche un'impresa di archeologia del diritto gallico primitivo: «Toutes les Coustumes de France s'accordent que ...»; «aussi presque toutes les Coustumes s'accordent que...»; «La reigle commune des coustumes est que...», ripete ad ogni passo Coquille nell'*Institution au droit*³¹. Gli elenchi dei casi servono nella sua strategia discorsiva come argomento definitivo per fissare la norma che ormai dovrà essere rispettata in tutto il regno: «Così dice Parigi, art. 26. Melun, art. 52, 53. Sens, art. 200, 221. Auxerre, art. 79. Berry, dei feudi art. 16. E 41. Touraine, art. 151, 190. Blois, art. 87. Troyes, art. 33. Vitry, art. 30, Laon, art. 179. Reims, art. 82»³². Dopo di che, le precisazioni che può apportare questa o quella singola consuetudine appaiono poco più che sfumature senza importanza nell'elogio delle antiche istituzioni politico-amministrative del regno.

François Hotman, l'autore nel 1573 della *Franco-Gallia*, aggiungerà alla difesa della consuetudine di Pasquier e di Coquille un argomento decisivo, l'inadeguatezza fondamentale del diritto antico al contesto storico del suo tempo³³. Solo la *coutume* è in grado di rispondere ai problemi del presente:

«che si leggano ora le raccolte consuetudinarie della Francia, per comprendere quanta convergenza vi sia tra la loro dottrina e quella di Giustiniano e che si giudichi a partire da qui in quale misura la gioventù francese è costretta da quelli che le fanno perdere il suo tempo nello studio di cose nelle quali non vi è alcun profitto né uso per la vita umana, e (come Giustiniano le chiama) nelle vecchie favole. Perché sarebbe come se i preti e i monaci di ora insegnassero ai loro novizi il modo di danzare nelle processioni solenni, così come i preti dei Salî a Roma avevano costume di fare»³⁴.

5. Louis Charondas le Caron (1534-1613) assume una posizione diversa rispetto agli autori che abbiamo visto fin qui, e in particolare a Pasquier. Mentre il grande avvocato di Parigi era aperto alla consuetudine, fondamento legittimo del diritto francese, segno e deposito della prima grandezza del popolo, a Charondas la *coutume* sembra soltanto una debole soluzione di ripiego:

«questa divisione che esiste in Francia sembra procedere dalle maniere di vivere delle due città della Grecia, cioè di Atene e di Sparta: quelle che si governano alla maniera degli Spartani collocano piuttosto nella memoria le cose che essi osservano come leggi attraverso la consuetudine (*par coutume*), mentre gli Ateniesi osservano le cose ordinate dalle leggi scritte, come Giustiniano scrive, e conferma Giuseppe Flavio nel *Contro Apione*, libro secondo»³⁵.

³¹ G. COQUILLE, *Institution au droit*, pp. 28, 85, 91.

³² *Ivi*, p. 70.

³³ N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà*, pp. 59-63.

³⁴ F. HOTMAN, *Antitribonian* (1567), Saint-Etienne, Université de Saint-Etienne, 1980, pp. 31-32. Cfr. G. ROSSI, *François Hotman VS Triboniano. Una critica radicale al diritto romano nella Francia del XVI secolo*, «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, 2015, pp. 253-299.

³⁵ L. LE CARON, *Pandectes ou digestes du droit françois*, Lione, Jean Veyrat, 1593, pp. 390-391.



La simmetria qui descritta è, evidentemente, solo una falsa simmetria, ma consente a la Caron di sottolineare la superiorità – che la storia ha reso evidente – della seconda *attitudine* sulla prima. La memoria orale non può avere alcun ruolo in un diritto moderno e la promulgazione scritta della legge evita proprio tutte le contestazioni che provoca la consuetudine. Essa fissa definitivamente una norma che si impone a tutti, invece di raccogliere un'infinita varietà di *coutumes*, una più bizzarra dell'altra, senza arrivare mai a canalizzarne il fluire continuo: «Le consuetudini non contengono che un diritto particolare della provincia nella quale esse sono introdotte, in questo consiste la differenza tra queste e il diritto universale di Francia, fondato sulle leggi e le ordinanze generali dei Re»³⁶.

E ancora, la legge si impone ovunque perché procede *da uno solo*, il re, che, al di là di interessi di parte, promulga per tutti la stessa regola, mentre la consuetudine non è nient'altro che il travestimento giuridico più o meno abile di un rapporto di forze troppo evidentemente favorevole ai tiranni locali:

«tuttavia vi è grande differenza tra la legge e la consuetudine: poiché la legge è un'ordinanza generale, e per definirla in modo esatto bisogna dire che se non è giusta (*si elle n'est juste*) e prodotta da giusta ragione (*de la droicte raison*) non può essere reputata legge: ma la consuetudine è una comune osservanza che si trasmette dolcemente per tacito consenso da parte di coloro che ne hanno usato, e qualche volta per il profitto o comodità dei più potenti piuttosto che per giusta e retta ragione e sovente non è generale, ma particolare del paese in cui essa ha preso forza e autorità: così che contro l'opinione di Dione, io paragono la legge al re e la consuetudine al tiranno. Poiché (come dice Platone) il tiranno si insinua dolcemente e a poco a poco si stabilisce, rifiutando il nome di tiranno: ma essendosi rafforzato egli usa la forza e il comando. Al contrario, il Re governa con pieno potere (*le Roy gouverne de pleine puissance*), non con la forza, ma con la legge. La consuetudine ha spesso per ragione soltanto l'uso: ma la legge è fondata sulla ragione»³⁷.

«Paragono la legge al re e la consuetudine al tiranno»: la formula retorica adottata da Le Caron, è costruita evidentemente per colpire i suoi lettori e istituisce una relazione strettissima tra il re e la legge. La quale è qui separata nettamente dalla consuetudine: «La consuetudine, qualora abbia anche forza di legge, perché è ritenuta legge da coloro che ne usano e lungamente ne hanno usato, non è tuttavia propriamente legge»³⁸. Il tiranno, l'immagine defor-

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*. Scrive Jean Bodin (nel 1576): «Je répons que la coutume prend sa force peu à peu, et par longues années d'un commun consentement de tous, ou de la plupart ; mais la loi sort en un moment, et prend sa vigueur de celui qui a puissance de commander à tous: la coutume se coule doucement, et sans force, la loi est commandée et publiée par puissance, et bien souvent contre le gré des sujets. Et pour cette cause, Dion Chrysostome compare la coutume au Roi, et la loi au tyran; davantage la loi peut casser les coutumes, et la coutume ne peut déroger à la loi, que toujours le magistrat, et ceux qui ont la charge de faire garder les lois, ne puissent quand bon leur semblera, les faire exécuter; la coutume ne porte loyer ni peine, la loi emporte toujours loyer, ou peine, si ce n'est une loi permissive, qui lève les défenses d'une autre loi» (J. BODIN, *Les Six Livres de la République*, I, 10, Parigi, Fayard, 1986, t. I, pp. 307-308).

³⁸ *Ibidem*.

me del re, ne è anche la parodia sinistra e insieme l'indice. La consuetudine, allo stesso modo, pretende di dire il giusto, ma favorisce in realtà gli interessi di coloro che la promulgano. Questa critica non è certamente nuova e numerosi erano stati i teologi e i canonisti che avevano sottolineato che una consuetudine non vale se non in quanto esprime il giusto³⁹. Non si può dunque costruire su di essa il diritto del regno. Ma, avendo equiparato giustizia e legge, è possibile ora per Le Caron affermare che «le vray fondement de toute République est la Loy»⁴⁰. L'autore moltiplica allora gli esempi di consuetudini inique per screditarne il valore di "droit de nature":

«così le Corti sovrane hanno talvolta corretto la consuetudine, poiché essa era contraria al diritto di natura: come appare da una notevole sentenza del Parlamento di Rouen, in favore dei figli di coloro che erano nati da un sangue dannato, vale a dire da padre o madre condannati a morte, i quali, senza averlo meritato, erano per la consuetudine di Normandia privati della successione dei loro avi, o di altri loro parenti deceduti dopo. Ma il Parlamento ha abrogato la suddetta consuetudine barbara, incivile e irragionevole (*coustume barbare, incivile & desraisonnable*)»⁴¹.

In prospettiva, per le Caron, è in realtà augurabile che le consuetudini spariscono. Di questo auspicio la *dispositio* della sua raccolta, sottolineata dallo stesso autore, sembra fornire un'ulteriore conferma⁴². Al capitolo primo del libro, che mette l'accento sulla «vera causa» dell'istituzione della *République* e della legge, sembra rispondere l'ultimo che fa della consuetudine il livello più degradato e mediocre delle norme giuridiche.

6. Louis le Caron era stato, però, anche l'autore all'epoca di un celebre commentario sulla *Consuetudine* di Parigi. Riconoscendo implicitamente l'apparente paradosso, l'autore sente il bisogno di precisare il suo pensiero. Per lui, ciò che vi è di più odioso nella consuetudine è, da una parte, la sua diversità, e dall'altra il suo carattere misterioso, che rende possibili tutti gli abusi e i privilegi:

«si può ricavare un'altra ragione della diversità della Consuetudini, procedendo dalla varietà dei giudizi degli uomini e da come le diverse scuole e sette dei Giuriconsulti Romani (senza parlare dei Filosofi) hanno portato grande confusione nella Giurisprudenza, e ancora di più ne hanno portata quei Pratici che erano per la maggior parte ignoranti delle buone lettere. Tuttavia le Consuetudini erano per loro segretamente osservate e non essendo scritte e pubblicate da nessuno, dipende-

³⁹ D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 43-53. Si veda P. GROSSI, *Giustizia e diritto tra medioevo e età moderna*, «Filosofia politica», 15/2001, pp. 51-56 e, nello stesso numero della rivista, G. DUSO, *La libertà moderna e l'idea di giustizia*, pp. 5-28 e H. HOFMANN, *Il diritto e il giusto. La questione della giustizia*, pp. 57-70. Cfr. P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, 2000, pp. 67-68.

⁴⁰ L. LE CARON, *Pandectes*, p. 388.

⁴¹ *Ivi*, p. 394.

⁴² «Je commenceray ce dernier tltre par la reprise du premier», *ivi*, p. 388.



vano dai loro responsi e testimonianze, o piuttosto dai loro oracoli, come se essi fossero stati dei venerabili Druidi»⁴³.

Una simile interpretazione del “buon diritto del regno”, il suo depotenziamento a un deposito tutt’altro che coerente di costumi, consente di negare ad esso il valore di vincolo giuridico inviolabile. *A contrario*, a partire dal momento in cui le consuetudini sono rese pubbliche da un re che ama il bene comune come Enrico IV (a cui questo progetto è stato ispirato da «quelque secretes providences de Dieu reservee», «apres les grans troubles & guerres civiles de la France»), a partire cioè dal momento in cui cioè la loro diversità è stata ridotta, solo allora la consuetudine *vale* come la legge. Meglio, essa *diviene* legge e potrebbe anche, a certe condizioni, essere applicata universalmente:

«poiché la Francia, che non riconosce che un solo Re e reputa la città di Parigi come il capo del regno, non dovrebbe avere che una sola e medesima legge o Consuetudine (*qu’une seule & mesme loy ou Coustume*): e uniformarsi così al diritto parigino, principalmente per il fatto che esso è generale, e può convenire e rapportarsi a tutte le altre Provincie»⁴⁴.

Come si vede, la partita in corso è complessa. Ritornando anche lui, come gli altri giuristi suoi contemporanei, sui primi tempi del sistema giuridico francese, Louis le Caron ammette che, se effettivamente vi sono state un tempo delle consuetudini in Francia, quell’epoca è durata fortunatamente solo per il breve spazio di una parentesi nella storia della «Gallia» tra l’abbandono delle *primitive* leggi romane e l’adozione delle leggi franche. La determinazione del sistema giuridico “primitivo” è evidentemente essenziale alla strategia discorsiva e alla retorica di questi autori, poiché dalla sua definizione e dal ruolo costituzionale che si attribuisce alle consuetudini all’interno di questo spazio strategico, dipendono la legittimità del progetto politico attuale e l’affermazione di un certo ordine del discorso sull’insegnamento del diritto⁴⁵. Louis le Caron ha dunque tutto l’interesse, come fa nelle *Pandectes*, a mettere in dubbio i discorsi dei suoi predecessori prima di esporre la propria ricostruzione storica:

«se le antichità sono un luogo di congettura, mi sembra che, sia che i franchi siano stati i Galli originari, oppure abbiano conquistato i Galli dopo la caduta e la dissoluzione dell’Impero Romano, avendo fin dall’inizio stabilito il loro regno nella Gal-

⁴³ L. LE CARON, *Nouveau commentaire [...] sur la coutume [...] de Paris*, Avant-propos, Parigi, E. Richer, 1637.

⁴⁴ *Ibidem*. Sul ruolo “costituzionale” del Parlamento di Parigi negli anni delle guerre civili di religione in Francia, si veda S. DAUBRESSE, *Le parlement de Paris ou la voix de la raison (1559-1589)*, Ginevra, Droz, 2005.

⁴⁵ M. FOISIL, *La loi et le monarque absolu selon les Pandectes ou Digestes du droit français de Charondas le Caron (XVIe s.)*, in Atti del III Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto (Firenze, 25-29 aprile 1973), *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, Olschki, 1977, vol. I, pp. 221 e ss.

lia Belgica e fino alla Celtica, per abolire la potenza e il dominio dei Romani essi abbiano anche abrogato e soppresso le loro leggi: così che il popolo da allora avrebbe incominciato a farsi delle consuetudini e delle forme di vita (*à se faire des coutumes & formes de vivre*), prendendo sia dalle leggi Romane che dai costumi Francesi (*prenant & des loix Romaines & des mœurs Françaises*), ciò che stimava essere utile e sufficiente per mantenersi e conservarsi, e siccome gli uomini sono estremamente differenti nelle loro opinioni (*sont grandement différens en opinions*), essi usano anche costumi e consuetudini diverse (*ils usent aussi de mœurs & coutumes diverses*): di qui può avere avuto origine la diversità delle consuetudini che vi sono in Francia, aiutate e sostenute a loro volta dalle diverse interpretazioni dei Giudici e dei pratici»⁴⁶.

Per Le Caron il dramma è tutto qui, perché quello che egli scopre al termine della sua impresa storico-genealogica è proprio l'*odiosa* diversità delle opinioni, incompatibile secondo lui con la maestà della legge. Malgrado l'accentuato processo di accentramento dei poteri pubblici nelle mani della monarchia e dei suoi funzionari, il regno di Francia lungo il secolo XVI era lungi dal costituire un insieme omogeneo all'interno del quale tutte le parti componenti fossero sottoposte alle stesse norme e regolate in maniera identica (*une seule & mesme loy ou Coutume*). Ciò che alla fin fine mostra quella diversità *coutumière* che le Caron deve riconoscere pur deplorandola non è, dunque, altro che l'estrema varietà delle opinioni degli uomini e delle loro forme di vita («*formes de vivre*»), che comporta l'estrema diversità degli ordinamenti, «*de mœurs & coutumes diverses*». E cioè una proliferazione frammentata e pluralistica di sistemi normativi.

7. In molti passi dei *Saggi*, Montaigne sembra concordare con la constatazione di Louis le Caron. Nei casi migliori, la consuetudine non è altro che il segno desolante della confusione del mondo, nei peggiori è la maschera terribile dell'ingiustizia, che nasconde il volto "furioso" della sua *tirannide*. In esordio del capitolo del Primo libro dedicato alla consuetudine, Montaigne scrive infatti:

«mi sembra che abbia assai ben compreso la forza della consuetudine (*la force de la coutume*) colui che per primo inventò quel racconto d'una contadina che, avendo preso ad accarezzare e portar tra le braccia un vitello fin dalla nascita, e continuando sempre a farlo, arrivò per l'abitudine (*par l'accoutumance*) a questo, che sebbene fosse ormai un grosso bue, lo portava ancora. Infatti la consuetudine è in verità una maestra di scuola prepotente e traditrice. Ci mette addosso a poco a poco, senza parere, il piede della sua autorità; ma da questo dolce ed umile inizio, rafforzato e ben piantato che l'ha con l'aiuto del tempo (*planté avec l'aide du temps*), ci rivela in breve un volto furioso e tirannico (*un furieux et tyrannique visage*), di fronte al quale non abbiamo più neppure la libertà di alzare gli occhi»⁴⁷.

Montaigne si applica a produrre in molte pagine una lunga lista delle consuetudini più diverse e sconcertanti. Esse avrebbero dovuto provocare un ef-

⁴⁶ L. LE CARON, *Pandectes*, p. 389.

⁴⁷ M. DE MONTAIGNE, *Saggi* (1966), Milano, Adelphi, 2002, libro I, cap. 23, p. 140.



fetto di sbalordimento sui lettori della sua epoca. In questo cruciale capitolo “*De la coutume et de ne changer aisément une loi reçue*” (I, 23), Montaigne si diverte a compilare uno dei suoi straordinari elenchi che mostrano la varietà⁴⁸ e la vastità dell’«*empire de la coutume*»:

«la ragione umana è una tintura data in ugual misura, o quasi, a tutte le nostre opinioni e usanze, di qualsiasi specie siano (*à toutes nos opinions et moeurs de quelque forme qu’elles soient*). Infinita come materia, infinita come varietà (*infinie en matière, infinie en diversité*) [...] Dove eredi non sono i figli, ma i fratelli e i nipoti; e altrove i nipoti soltanto, salvo nella successione del sovrano. Dove per regolare la comunanza dei beni che vi è praticata, alcuni magistrati supremi hanno la responsabilità generale della coltivazione delle terre e della distribuzione dei frutti, secondo il bisogno di ciascuno. Dove si piange la morte dei fanciulli e si festeggia quella dei vecchi. Dove dormono in dieci o dodici in un letto insieme alle mogli. Dove le donne che perdono i mariti per morte violenta possono risposarsi, le altre no. Dove si tiene in così cattiva considerazione la condizione delle donne, che si uccidono le femmine che nascono e si comprano donne dai vicini per il proprio bisogno. Dove i mariti possono ripudiare senza allegare alcuna ragione, le mogli no, per nessuna ragione. Dove i mariti hanno diritto di venderle se sono sterili»⁴⁹.

La lista – un *topos* classico dello scetticismo antico – è molto più lunga dell’estratto che abbiamo citato (sono settanta le *coutumes* censite qui!) e capace di far vacillare le certezze del più ostinato dei dogmatici. Montaigne replicherà, d’altronde, questo vertiginoso esercizio di relativismo nel capitolo 49 del libro I, “*Des coutumes anciennes*”. Impossibile, dopo questi repertori di bizzarrie e stranezze, difendere le consuetudini – e tutte le forme di consuetudine d’altronde, perché abilmente la lista passa dai costumi più strani dei luoghi più lontani che sembrano non riguardarci in alcun modo, a delle questioni giuridiche molto meno esotiche e ben più immediatamente comprensibili ai lettori dell’epoca di Montaigne, concernenti la trasmissione dei beni, i matrimoni, il cerimoniale che accompagna i giuramenti, ecc. Una volta che si sia compresa la relatività delle regole e la nostra incapacità a dire il giusto con certezza⁵⁰, ciò che così si è acquisito «non è apprendimento da poco»⁵¹. Montaigne si avvicina insomma a le Caron nella denuncia vigorosa del carattere relativo delle consuetudini, ma va ben oltre nella radicalità della sua critica. Mentre infatti Louis le Caron, in nome di una Legge superiore, criticava le

⁴⁸ Sulla “varietà” in Montaigne, cfr. P. DESAN, *Montaigne. Les formes du monde et de l’esprit*, Parigi, PUPS, 2008, pp. 190-198 e N. PANICHI, *I vincoli del disinganno. Per una nuova interpretazione di Montaigne*, Firenze, Olschki, 2004.

⁴⁹ M. DE MONTAIGNE, *Saggi*, I, 23, pp. 145-146; l’edizione francese di riferimento è M. DE MONTAIGNE, *Les Essais*, Parigi, PUF, 2004.

⁵⁰ La giustizia *en soi* è «regolata altrimenti» rispetto alla «justice spéciale». La dialettica tra leggi e costumi è legata alla sua irriducibilità a essi: «la justice en soi, naturelle et universelle, est autrement réglée, et plus noblement que n’est celle autre justice spéciale, nationale, contrainte au besoin de nos polices» (*Les Essais*, III, 1, p. 796). Questa «justice en soi» tuttavia non irrompe *messianicamente* negando l’ordine, ma dev’essere fatta agire nella contingenza che caratterizza l’ordine esistente, agendo sulle leggi e tenendo conto dei costumi, e della loro trasformazione.

⁵¹ M. DE MONTAIGNE, *Saggi*, I, 26, p. 285.

consuetudini la cui diversità e bizzarria era il sintomo della debolezza umana, in Montaigne è la legge stessa a non essere immune dai difetti che si rimproverano alla consuetudine. Le leggi, a loro volta, sono spesso caratterizzate dall'iniquità: «sono fatte spesso da gente sciocca, più spesso da persone che, per odio dell'eguaglianza, mancano di equità, in ogni caso sempre da uomini, autori vani e incerti. Non c'è nulla di così gravemente e largamente né così frequentemente fallace come le leggi»⁵². Questo spiega molto bene perché per Montaigne la capacità di discernimento, che nella teologia morale del suo tempo è delegata a trasmettere i precetti della legge naturale nella coscienza di ciascun individuo, non sia più capace di svolgere questa funzione: «le leggi della coscienza, che noi diciamo nascere dalla natura, nascono dalla consuetudine (*Les lois de la conscience que nous disons naître de nature, naissent de la coutume*): ciascuno, infatti, venerando intimamente le opinioni e gli usi approvati e acquisiti intorno a lui, non può disfarsene senza rimorso né conformarvisi senza soddisfazione»⁵³.

Dunque è illusoria la pretesa di sapere che cosa significa davvero giudicare giustamente. Solo l'orgoglio crede di poter *davvero* decidere moralmente. Le schiere degli eserciti cattolici e ugonotti sono composte da folli, che confondono continuamente giusto e ingiusto⁵⁴. Come si può, in queste condizioni, continuare ad essere magistrato? Se non si crede almeno un po' nella giustizia delle norme in nome delle quali si applica il diritto, come si può far decapitare colui che si è condannato?

Ciò detto, questa diffidenza di Montaigne sia riguardo alla consuetudine che alla legge non esaurisce, mi pare, la complessità della questione, e sarebbe errato restare fermi a questo primo livello del problema, dal momento che Montaigne, proprio mentre attacca la follia degli uomini, resa evidente dalla diversità delle loro concrete definizioni del giusto, afferma a chiare lettere il suo rispetto per quelle regole – nelle quali rientrano indistintamente sia la consuetudine che la legge –, e questo per due ragioni principali. Innanzitutto, perché queste regole sono preferibili concretamente a ogni innovazione che pretenda di essere migliore e che in realtà si rivela spesso peggiore del male. E, inoltre, perché queste regole, per quanto imperfette siano, sono comunque, e nonostante tutto, degli «indicatori» di giustizia. In un certo senso, la stessa cattiva legge indica, nelle sue pieghe e nelle sue *lacune*, la traccia della buona

⁵² M. DE MONTAIGNE, *Saggi*, III, 13, pp. 1433-1434.

⁵³ *Ivi*, p. 150.

⁵⁴ Su questo, A.M. BATTISTA, *Alle origini del pensiero politico libertino: Montaigne e Charron*, Milano, Giuffrè, 1966; e, soprattutto, A.M. BATTISTA, *Nuove riflessioni su "Montaigne politico"*, ora in A.M. BATTISTA, *Politica e morale nella Francia dell'età moderna*, Genova, Name, 1998, pp. 249-291. Sulla politica in Montaigne si veda, in generale, P. DESAN – H. CHAMPION (eds), *Montaigne politique*, Paris, Gallimard, 2006, (in particolare i contributi di M.-L. DEMONET, F. BRAHAMI, N. PANICHI, T. BERNS).



legge. Le consuetudini o le leggi non sono, dunque, delle forme corrotte di una Legge supposta “vera”, esse piuttosto sono dei segni o delle “marche” che suppongono e *indicano* un ordine “giusto” delle cose senza mai tuttavia poterlo raggiungere. Si comprende meglio perciò perché il capitolo 23 del Libro I associa in un nesso sconcertante proprio ciò che i trattati dei giuristi contemporanei di Montaigne hanno cura di separare, cioè la consuetudine e la legge⁵⁵. Della consuetudine e del non cambiar facilmente una legge accolta. Il problema, in una qualche misura, è lo stesso: la *normatività* di un regime e la sua *giuridicità*⁵⁶.

L'antico magistrato del Parlamento di Bordeaux⁵⁷ si impone di rispettare la consuetudine o la legge ingiusta malgrado i loro evidenti difetti, poiché in esse si manifesta un ordine che oltrepassa la loro immediata realtà storica e tutte le loro imperfezioni. Montaigne tiene conto però anche di un altro aspetto della *coutume*, considerando, al di qua delle sue disposizioni, la sua origine così come è intesa dai giuristi del Rinascimento: essa emana dalla collettività che è chiamata a governare, e che la ratifica silenziosamente di anno in anno attraverso un «commun consentement à son observation et obéissance»⁵⁸. Per questo essa implica l'*autonomia* di questa collettività, che nei limiti del territorio in cui vige la sua capacità auto-normativa produce, liberamente, il proprio diritto.

Si tratta, in fondo, della posizione che aveva espresso anche Guy Coquille, il quale non esita a trarre le conseguenze di questo principio anche sul piano politico-costituzionale:

«il popolo di ciascuna provincia ha diritto di stabilire legge su di sé (*le peuple de chaque province a droit d'établir loi sur soi*), e questo sono le Consuetudini e il diritto non scritto. Così, i commissari istituiti dal re per presiedere queste assemblee degli stati le hanno dotate di un'autorità ispirando loro forza di legge (*puissance de loi*). Ma in effetti è il popolo che fa la legge, ciò che è una marca dell'antico ordinamento (*une marque de l'ancien établissement*) di questa comunità politica francese, che è un regime misto (*mêlée*) di Democrazia, Aristocrazia e Monarchia»⁵⁹.

⁵⁵ Sul rapporto legge-consuetudine in Montaigne si veda alla voce «*Coutume*», curata da A. Tournon, nel *Dictionnaire de Michel de Montaigne*, a cura di P. Desan, Parigi, H. Champion, 2007, pp. 266–269. Sulla legge in Montaigne, ci permettiamo di rinviare a P. SLONGO, *Governo della vita e ordine politico in Montaigne*, Milano, Franco Angeli, 2010, pp. 203–238.

⁵⁶ Sulla distinzione dei due regimi pratico-discorsivi, cfr. P. NAPOLI, *Foucault et l'histoire des normativités*, «Revue d'histoire moderne et contemporaine», 60, 4/2013, pp. 29–48.

⁵⁷ Sulla “carriera” pubblica di Montaigne, P. DESAN, *Montaigne. Une biographie politique*, Parigi, Odile Jacob, 2014.

⁵⁸ M. DE MONTAIGNE, *Les Essais*, I, 23, p. 122.

⁵⁹ G. COQUILLE, *Les Questions & Responses sur toutes les Coutumes*, p. 1. La stessa tesi era stata formulata all'inizio del secolo XVI ne *La Grand Monarchie de France* di Claude de Seyssel, e sarà ripresa nel 1560 da Pasquier nel suo *Pourparler du Prince*. Si veda A. BIRAL, *Dal diritto di resistenza alla ragion di Stato*, in A. BIRAL, *Storia e critica della filosofia politica moderna*, Milano, Franco Angeli, 1999, in part. pp. 24–25; M. GAILLEE-NIKODIMOV (ed), *Le gouvernement mixte: de l'idéal politique au monstre constitutionnel en Europe (XIIe –XVIIe siècles)*, actes du colloque organisé à l'ENS de Lyon les 7 et 8 novembre 2003, Saint-Étienne, Publications de l'Université de

Montaigne, a sua volta, si sforza di assimilare le consuetudini alle leggi e, più precisamente, alle «lois reçues», vale a dire accettate dai governati dal momento in cui i Parlamenti le hanno registrate⁶⁰; e, anzi, arriva a omettere il ruolo del principe nella promulgazione delle leggi, applicando a queste ultime quel lento processo di tacito consolidamento che era riservato alle consuetudini: «e hanno vero credito (*sont en leur vrai crédit*) solo le leggi alle quali Dio ha dato qualche antica durata; di modo che nessuno conosca la loro vera origine (*ne sache leur naissance*), né se esse siano mai state diverse»⁶¹. Le leggi, o le consuetudini, non si rispettano *perché* sono giuste, ma perché «sono», e in quanto «sono» esprimono la “verità” dell’istituzione all’interno della quale esse sono prese e la *ancienne durée* di una costituzione⁶² da cui ricevono il loro “credito”:

«ora, le leggi mantengono il loro credito non perché sono giuste, ma perché sono leggi. È il fondamento mistico della loro autorità; non ne hanno altri. E torna a loro vantaggio. Sono fatte spesso da gente sciocca. Più spesso da persone che, per odio dell’eguaglianza, mancano di equità, in ogni caso sempre da uomini, autori vani e incerti. Non c’è nulla di così gravemente e largamente né così frequentemente fallace come le leggi. Chiunque obbedisca loro perché sono giuste, non obbedisce loro giustamente come deve»⁶³.

L’imperfezione delle regole (ancora più evidente nel caso della consuetudine) non autorizza in alcun modo la disobbedienza⁶⁴, come ci si aspetterebbe

Saint-Étienne, 2005. E, specificamente su Seyssel, si veda E. SCIACCA, *Le radici teoriche dell’assolutismo nel pensiero del primo Cinquecento (1498-1519)*, Milano, Giuffrè, 1975.

⁶⁰ Étienne Pasquier lo aveva notato nelle *Recherches de la France*: «Chose pleine de merveille, dès lors que quelque Ordonnance a été publiée & vérifiée au Parlement, soudain le peuple François y adhère sans murmure: comme si cette compagnie fût le lien qui nouait l’obéissance des sujets avec le commandement de leur prince» (E. PASQUIER, *Les Recherches de la France*, Parigi, Chez Laurens Sonnius, 1621, liv. II, 4, p. 62). Cfr. V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia*, pp. 85-94.

⁶¹ M. DE MONTAIGNE, *Saggi*, I, 43, p. 352. Corsivo nostro. Da notare che Montaigne adotta qui la parola «crédit», che connota la fiducia accordata dai governati, al posto di «force» o di «autorité», che connotano il potere del re che legifera attraverso «ordonnances».

⁶² L’esistenza di “leggi fondamentali”, intese come regole indisponibili e imprescrittibili (la «loi immuable» di cui parla Hotman nella sua *Franco-gallia*), che il re stesso è impedito a trasgredire senza mettere in pericolo la propria legittimità, ha autorizzato a parlare a proposito della Francia di una «costituzione del regno» (cfr. ad esempio C. BEAUNE, *Naissance de la nation France*, Parigi, Gallimard, 1985, p. 289 e A. JOUANA, *Le Devoir de révolte. La noblesse française et la gestation de l’état moderne (1559-1661)*, Parigi, Fayard, 1989, pp. 281-340). L’adozione dell’idea di una «constitution coutumière» fa cadere, evidentemente, l’opposizione tradizionale nella scienza politica tra «assolutismo» e «costituzionalismo» (cfr. N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in N. BOBIO – N. MATTEUCCI – G. PASQUINO (eds), *Dizionario di politica*, Torino, UTET, 1983, pp. 270-282). Sul tema della “costituzione” in Montaigne, ci permettiamo di rinviare a P. SLONGO, *Montaigne et le problème de la constitution*, «Montaigne Studies», «Montaigne et la philosophie politique», Ed. P. Desan, XXVIII, 1-2, 2016, pp. 49-63.

⁶³ M. DE MONTAIGNE, *Saggi*, III, 13, p. 1433-1434. Cfr. J. DERRIDA, *Dal diritto alla giustizia*, in J. DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell’autorità»* (1994), Torino, Bollati Boringhieri, 2003, pp. 60-61.

⁶⁴ Sull’obbedienza in Montaigne, cfr. J. DUHAMEL, *L’obéissance contre la tyrannie: Montaigne et le soubassements civiques de la modération*, «Montaigne Studies», XXVIII, n. 1-2, pp. 79-94 e J. DUHAMEL, *Montaigne, Hobbes et les vertus de l’obéissance*, in T. Gontier – E. Ferrari (eds), *L’Axe Montaigne-Hobbes. Anthropologie et politique*, Classiques Garnier, Paris 2015, pp. 171-189.



dalla radicalità dell'analisi di Montaigne. Il tipo dell'*ethos* montaignano infatti è Socrate, che si sottomette alle leggi della città senza discutere:

«la società non sa che farsene dei nostri pensieri (*la société publique n'a que faire de nos pensées*); ma quello che resta, cioè le nostre azioni, il nostro lavoro, i nostri beni e la nostra propria vita, bisogna prestarlo e abbandonarlo al suo servizio e alle opinioni comuni. Così quel buono e grande Socrate rifiutò di salvarsi la vita con la disobbedienza a un magistrato (*par la desobeissance du magistrat*), e proprio a un magistrato assai ingiusto e iniquo. Poiché è regola delle regole (*Car c'est la regle des regles*) e legge generale delle leggi (*et generale loy des loix*) che ognuno osservi quelle del luogo in cui si trova (*que chacun observe celles du lieu où il est*)»⁶⁵.

Le leggi, e più ancora le consuetudini, sono certo fatte da autori “vani e incerti”: per odio dell'eguaglianza esse mancano di equità, «e sarebbe meglio far volere alle leggi quello che possono, poiché non possono quello che vogliono»⁶⁶. Eppure, è proprio attraverso di esse che passano «le nostre azioni, il nostro lavoro, i nostri beni e la nostra propria vita», cioè tutto ciò che dobbiamo «prestare» alla società. Le leggi possono certo essere infondate, e lo sono, proprio come le consuetudini, «che non hanno altro sostegno che la barba bianca e le rughe dell'uso che le accompagna»⁶⁷. Ma, una volta che queste regole siano *accettate*⁶⁸, bisogna seguirle e anzi (qui Montaigne cessa di essere pirroniano⁶⁹) bisogna fare di più: è necessario farle rispettare. Perché, nonostante la loro imperfezione, le *finzioni* di quelle leggi non sono soltanto «una marca» del diritto antico, ma piuttosto – per Montaigne – un suo *supplemento*: «e perfino il nostro diritto, si dice, ha finzioni legittime sulle quali fonda la verità della sua giustizia»⁷⁰. Esse sono invenzioni, costruzioni, artifici funzionali alla salvaguardia delle relazioni, *fictions* necessarie alla conservazione e alla produzione della vita sociale, *legitimes* proprio come lo sono le consuetudini, che – in mancanza di una “vera” legge di natura⁷¹ – sono diventate per

⁶⁵ M. DE MONTAIGNE, *Saggi*, I, 23, p. 154.

⁶⁶ *Ivi*, p. 160.

⁶⁷ *Ivi*, p. 152.

⁶⁸ *Ivi*, p. p. 154. Montaigne aveva letto la *Politica* di Aristotele nella celebre traduzione di Luis Le Roy, pubblicata una prima volta nel 1568, e poi nel 1576. In questa traduzione si legge: «Car la loy n'a aucune force pour se faire obeïr, que la coustume (*tò ethos*), qui n'est confirmé que par la longueur de temps» (*Les Politiques d'Aristotele, esquelles est montree la science de gouverner le genre humain en toutes especes d'estats publiques*, Parigi, Loys Le Roy, Chez Michel de Vascosan Imprimeur, 1576, II 8, 1268 b 24, p. 136).

⁶⁹ Sul “pirronismo” di Montaigne, cfr. F. BRAHAMI, *Le Scepticisme de Montaigne*, Parigi, PUF, 1997, pp. 63-67.

⁷⁰ M. DE MONTAIGNE, *Saggi*, II, 12, p. 708. La *fictio legis*, inventata dal diritto romano, è oggetto nei secoli XVI e XVII di una vasta riflessione giuridica. Cfr. O. GUERRIER, *Les fictions juridiques et leurs avatars humanistes*, «Pallas. Revue d'études antiques», 91, 2013, pp. 135-144. Sulle «*fictions legis*» nel diritto romano si veda Y. THOMAS, *Fictio legis. La finzione romana e i suoi limiti medievali* (1995), Macerata, Quodlibet, 2016, p. 53.

⁷¹ «De vrai, la pudicité est une belle vertu, et de laquelle l'utilité est assez connue: mais de la traïter et faire valoir selon nature, il est autant malaisé, comme il est aisé de la faire valoir selon l'usage, les loix et les preceptes» (M. DE MONTAIGNE, *Les Essais*, I, 23, p. 117).

noi, nel corso del tempo⁷², una “seconda natura”. «Come le donne si servono dei denti d’avorio, quando mancano loro quelli naturali (*les leurs naturelles leur manquent*) e, invece del loro colorito vero, se ne fabbricano uno (*en forgent un*) con qualche sostanza estranea, [...] si abbelliscono di una bellezza fittizia e presa a prestito (*fauce et empruntée*)».

Così fa la scienza, e così fa il *diritto*. La tecnica che, fabbricando “finzioni”, forgiando categorie, trasformando la “prima natura”, in qualche modo ne produce un’altra *empruntée*, dandoci «in pagamento e per postulati quelle cose che essa stessa ci insegna essere invenzioni (*les choses qu’elle mesme nous apprend estre inventées*)»⁷³.

⁷² Y. THOMAS, *Fictio legis*, p. 80, nota 91. Cfr. Y. THOMAS, *L’institution de l’origine. Sacra principiorum populi romani* (1990), in Y. THOMAS, *Les opérations du droit*, Parigi, Seuil-Gallimard-EHESS, 2011, pp. 41-67. Sul problema del tempo in Montaigne, cfr. F. JOUKOVSKY, *Montaigne et le problème du temps*, Parigi, Nizet, 1972, in part. cap. V, sulla «continuità» dell’esperienza (pp. 169-191).

⁷³ M. DE MONTAIGNE, *Saggi*, II, 12, p. 708, traduzione lievemente modificata. «Ainsi faict la science (et notre droict mesme a, dict-on, des fictions legitimes, sur lesquelles il fonde la vérité de sa justice) elle nous donne en payement et en presupposition les choses qu’elle mesme nous apprend estre inventées» (*Les Essais*, p. 537). È colta perfettamente da Montaigne, qui, l’operazione giuridica della *fictio legis*.