

LEGGI E REGOLAZIONE IN MONTE-SQUIEU

PAOLO SLONGO

Laboratoire interdisciplinaire d'études sur les réflexivités - Fonds Yan Thomas (LIER-FYT) - EHESS, Paris

paolo.slongo@tiscali.it

ABSTRACT

The essay inquires about the notion of law in Montesquieu's work considered in its relationship with the larger theme of regulation. For the full understanding of the notion of law, connected with the other fundamental concepts of Montesquieu's political thought (custom, institution, government), we have to start from the problem of regulation in society, taking in consideration the production process of an order and the experience of violation of the rule. In this way, even before being the expression of a legitimate command, the law shows an originally operational character.

KEYWORDS

Law, Montesquieu, regulation, society, institution.

1. UNA POTENZA LIMITATA

«Tutti gli esseri – dice Montesquieu all'inizio del Libro I dell'*Esprit des lois* – hanno le loro leggi». Vale a dire seguono leggi che sono loro *proprie*. Ma tutti gli esseri non seguono le proprie leggi nello stesso modo: Dio agisce secondo regole che lui stesso ha creato, il mondo «formato dal movimento della materia» segue «regole costanti, o andrebbe distrutto» (*EL*, I, 1). Il rapporto degli uomini con le proprie leggi, considerate qui nel senso più generale, rivela una particolarità del «mondo intelligente» che si ritrova a non essere «aussi bien gouverné que le monde physique» (*ibid.*). Il mondo fisico intrattiene infatti un rapporto costante con le proprie leggi, esse stesse invariabili, mentre il mondo intelligente non segue costantemente le sue (*ibid.*). La ragione di questa dissimmetria è che «i singoli esseri intelligenti sono, per natura, limitati e quindi soggetti all'errore» e d'altra parte «il est de leur nature qu'ils agissent par eux-mêmes» (*ibid.*): essi esprimono una «potenza limitata», ovvero qualcosa di specificamente umano. Di conseguenza, gli uomini «ne suivent pas constamment leurs lois primitives» e non sempre seguono quelle fatte da loro stessi (*ibid.*).

È qui delineata un'antropologia nella quale è definito il rapporto degli uomini con il loro proprio agire. Agire che comporta anche il fatto delle leggi, di darsi delle leggi, che nello stesso tempo si rivela correlato al fatto di *non* seguirle sempre, a differenza di ciò che accade delle leggi universali della natura. Vi è, in qualche modo, una dimensione anti-normativa implicita per così dire nel cuore del fatto regolativo. La necessità di una regolazione e l'esistenza di *una regolazione*, sono poste nel momento stesso in cui è constatata la violazione e il continuo cambiamento delle leggi che sono supposte assicurare questa regolazione. A riprova del fatto che è da questa antropologia che deriva l'inquietudine e la tensione permanente in cui si trova l'uomo che agisce seguendo la sua natura, si può osservare come sia le leggi di Dio che le leggi che l'uomo «*établit lui-même*» siano entrambe ugualmente *violate*. Si tratta di una condotta generale prima ancora che di un comportamento rilevabile in questa o quella società particolare. Un'antropologia che è definita dal suo duplice aspetto: «*Il faut qu'il se conduise: et cependant il est un être borné; il est sujet à l'ignorance et à l'erreur, comme toutes les intelligences finies; les faibles connaissances qu'il a il les perd encore. Comme créature sensible, il devient sujet à mille passions*» (*EL*, I, 1). Constatate, perciò, che i comportamenti non seguono le regole, come si compiace di ripetere a ogni piè sospinto la storia sociale, scade in un semplice truismo perché ogni norma si costruisce storicamente in virtù dell'irriducibilità al fatto. Non si può ignorare infatti che i dispositivi giuridici creano una realtà anche quando il loro contenuto è disatteso. Necessità della *condotta* e *resistenza* a esser condotto: la regolazione deve intervenire nello spazio che si apre tra queste due disposizioni dell'essere umano «*borné*», la cui condotta è sempre *situata* e definita, tra «*faibles connaissances*» e «*ignorance*», in uno spazio nel quale egli è soggetto «*a mille passioni*», in quanto esposto a una vita «*sensibile*» che lo porta a violare le leggi. Montesquieu cita qui le leggi della religione, le leggi della morale, le leggi «*politiche e civili*». Il fatto che non siano poste distinzioni tra tutte queste norme, che non operano in modo simile e che non sono affatto della stessa natura, mostra come sia piuttosto la loro dimensione *regolativa* che è presa in considerazione e colta come loro tratto essenziale. Montesquieu apre dunque un campo – quello della relazione della norma alla sua stessa *azione regolatrice* e al corso problematico del suo esercizio – nel quale la legge o, meglio, *le* leggi partecipano alla regolazione delle condotte. “Regolazione” nel significato più generale del concetto – l'accordo, o la *convenance*¹, delle leggi con la “natura” e il “principio” di ogni regime. Nell'*Esprit des lois* è possibile intravedere, nell'operazione stessa del *regolare*, il significato più generale della legge come legge-rapporto tra *milieu* e azione, e *nell'ordine*² che essa produce *un ordine* che deriva «*dalla natura delle cose*».

¹ C. Spector, *Montesquieu. Liberté, droit et histoire*, Michalon, Paris 2010, p. 73 e G. Barrera, *Les lois du monde. Enquête sur le dessein politique de Montesquieu*, Gallimard, Paris 2009, p. 88.

² T. Gazzolo, *La scrittura della legge. Saggio su Montesquieu*, Jovene, Napoli 2014, pp. 54-56. Cfr. il nostro *Il movimento delle leggi. L'ordine dei costumi in Montesquieu*, Franco Angeli, Milano 2015.

Due riflessioni possono essere ricavate da questa premessa iniziale. Innanzitutto, la questione della permanenza di questa antropologia. Diciamo che essa resterà attiva in tutto il libro, e dunque si dovrà verificare la coerenza delle tracce di questa antropologia anche in altri luoghi del testo. Inoltre, bisogna comprendere come la legge non partecipa a questa regolazione dell'azione degli uomini senza essere essa stessa sottoposta a quell'altra maniera di agire che vuole che gli uomini «agissent par eux-mêmes». Se la legge deve essere operazione, essa non potrà esserlo partendo dal nulla, ma solo a partire da un agire che già esiste e perdura. Divengono, così, solidali in tutti i punti di applicazione che hanno a che fare con la legge sia ciò che deriva dall'azione della legge sia ciò che deriva da un agire più generale che opera *tramite* la legge.

2. REGOLAZIONE

Non si tratta di enfatizzare il tono, caratteristico della fine del secolo XVII³, nel quale è descritto frequentemente un uomo essenzialmente preda degli errori e delle passioni (*EL*, I, 1), dato che su questo piano *ontologico* fondamentale poggia un «homme en société», regolato dalla forma-di-legge. Ma si può verificare la costanza della concezione che anima Montesquieu su questo punto osservando ciò che divengono queste ipotesi nella presentazione dello «stato di natura» del Libro I. Sottolineiamo subito il paradosso di questa ricerca. Infatti, ciò che colpisce in questo “stato di natura” è che le leggi naturali che lo caratterizzano, «celles qui dérivent uniquement de la constitution de notre être», poggiano su una *debolezza* fondamentale dell'uomo. Si tratta di un essere *maldestro*, esposto all'errore, segnato da una parziale inettitudine, votato all'incertezza; se confrontato con l'*homme sauvage* dei boschi poco aggressivo e non dominante. Le quattro leggi di natura – la pace, il bisogno di nutrirsi, di riprodursi, e il desiderio di vivere in società – si realizzano in ogni modo senza sforzo. Ciò che accade qui è in un certo senso una neutralizzazione di questo agire per dir così *anti-regolativo* e massimamente capace di infrazione. Le leggi che conducono questo “essere intelligente” che è l'uomo sembrano agire *da sé*, perché il livello dell'azione dell'uomo, considerato nei rapporti che derivano dalla diversità delle relazioni che intrattiene col reale, è tale che egli ha solo un labile bisogno di essere regolato. La debolezza intrinseca al vivente umano è già, dunque, una prima forma di *regolazione*. Si potrebbe dire che vi sia qualcosa come una infra-socialità naturale a basso tenore di disordine, che aderisce ad un piano infra-passionale. Il passaggio alla società cambia tutto, certo, ma senza cambiare però questo rapporto di regolazione per mez-

³ Su questo momento cruciale della storia del diritto cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 104-113 e soprattutto G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, il Mulino, Bologna 1976, pp. 97-189.

zo delle leggi sullo sfondo di un agire dell'essere umano conveniente alla sua maniera d'essere e anti-regolativo, o *refrattario* alla regolazione.

Si vedono gli uomini perdere la loro debolezza, e si vede essenzialmente che ora «ha inizio lo stato di guerra» (*EL*, I, 3). Le leggi *positive* sono dunque l'espressione di quella necessità di *regolazione supplementare*, in qualche modo dettata dalla guerra «de nation à nation», da cui origina il diritto delle genti, il diritto politico e poi il diritto civile⁴. L'invenzione di queste leggi, in questa strana genealogia del Libro I, si svolge tutta all'interno della stessa necessità che si manifesta nella natura dell'agire umano immerso nell'ignoranza e nelle passioni. Si tratta di una necessità di mantenimento della società che produce sotto forma di invenzione necessaria delle leggi la legge stessa della sua conservazione. Per questo Montesquieu insiste sul «diritto delle genti» degli Irochesi («che mangiano i loro prigionieri»), il che indurrebbe a universalizzare la necessità della condotta secondo leggi, anche quando queste leggi non hanno l'aspetto di leggi identificabili come tali (*EL*, I, 3). Gli Irochesi di Montesquieu - che mangiano i loro prigionieri come i Cannibali di Montaigne - applicano un «diritto delle genti» qualificabile, come ogni altro, con la sola differenza che esso «n'est pas fondé sur les vrais principes» (*EL*, I, 3). La necessità regolatrice prende qui una strana direzione, contrassegnata da una necessità produttrice di estensione della nozione di normatività (leggiamo nella *Prefazione*: «Dapprima ho esaminato gli uomini, e ho ritenuto che, in una infinita varietà di leggi e di costumi, essi non fossero guidati unicamente alle loro fantasie»). Ciò che rende problematica l'idea di un comando della legge nello stato di natura è il fatto che si tratta di un'idea «si composée, et [qui] dépend de tant d'autres idées, que ce ne serait pas celle qu'il aurait d'abord» (*EL*, I, 2). D'altra parte gli uomini «giungono ad avere delle cognizioni» (*ibid.*), ben prima del passaggio alla società.

La *società* risulta dall'estensione delle conoscenze a cui si aggiunge un desiderio di socialità. Si vede come il passaggio alla società disloca il problema della natura imm modificabile dell'agire umano, e lo disloca attraverso l'introduzione delle leggi positive che, per definizione, non esistono se non nella loro istituzione. Appare, così, correlata all'agire dell'uomo e all'uso di sé, l'operazione della norma che si sovrappone a quell'agire, per dir così «naturale» e comune. Da questo punto di vista, la razionalità generale delle leggi ritrovata nel Libro I, come quella di leggi «talmente adatte ai popoli per i quali sono state istituite, che è incertissimo se quelle di una nazione possano convenire a un'altra» (*EL*, I, 3), va considerata nell'operare delle norme all'interno di *una* società, in cui essa dovrà convenire agli uomini e alle loro azioni⁵.

⁴ C. Larrère, *Le civique et le civil. De la citoyenneté chez Montesquieu*, in «Revue Montesquieu», 3, 1999, pp. 41-61.

⁵ «Un sistema giuridico - scrive Marcel Mauss - ha come scopo di regolamentare le relazioni materiali possibili tra i membri di una stessa società. Che si tratti di esprimere i diritti e i doveri rispettivi delle persone le une in rapporto alle altre (regime delle persone), o in rapporto alle cose fat-

Così, le leggi avranno a che fare con l'essere umano in generale, col suo non sapere e con il suo essere *affecté* da passioni, e con ogni singolo uomo affetto da circostanze particolari. Questo essere *affecté* si mostra come realtà concreta e determinata, cioè *situata*, generatrice di quelle leggi positive che agiscono a loro volta sulle *condotte*, sul modo di agire e di vivere degli uomini. Le leggi si *rapportano sempre* a questo modo di agire e di vivere determinato dalla "natura delle cose". Agire che, in definitiva, comporta due aspetti principali, che sono l'ignoranza (e dunque il rapporto non-sapere/conoscenza), e le passioni (e dunque il rapporto passioni/correzione). Non siamo qui all'interno dello schema dei *moralistes*, vale a dire di uno schema di riduzione delle passioni. Neppure si tratta di finalizzare le leggi alla produzione di un uomo migliore, o *reso migliore* in vista di un'ulteriore correzione. L'insistenza sulla distinzione tra virtù politica e virtù morale, e l'affermazione che *L'Esprit des lois* tratta della prima e non della seconda, può servire da traccia. La *regolazione* di cui parliamo non opera affatto in vista di una neutralizzazione della passioni a uno stato *accettabile* in una comunità politica fondata sull'universalità della ragione, come avviene nella teoria politica moderna⁶, ma invece sulla sua *contingenza*.

3. AZIONE PER MEZZO DI PASSIONE

L'affermazione di questo agire «passionale», della sua circostanza, della sua contingenza e insieme della sua ignoranza di sé, deve essere dunque mantenuta in tutta la sua forza assertiva. La tipologia politica di Montesquieu infatti tiene conto sempre di questa forza "affettiva" e delle sue "circostanze". Queste ultime sono le *variabili* che definiscono le passioni. Montesquieu distingue la natura del governo e il suo 'principio'. Fin dalle prime spiegazioni sulla natura del governo, si comprende che la "tipologia politica" di Montesquieu intrattiene una relazione molto stretta con il piano del rapporto ignoranza/conoscenza dei governati e dei governanti. Per questo bisogna fare l'attenzione a passaggi che non sembrano essere a prima vista al centro dell'esposizione⁷. La *democrazia*, ad esempio. Qui, «nella re-

te proprie dal gruppo o dagli individui (regime dei beni), le diverse istituzioni giuridiche e morali non fanno che esprimere alla coscienza collettiva le condizioni necessarie alla vita in comune. (M. Mauss, *Saggio sulle variazioni stagionali delle società eschimesi*, in E. Durkheim-M. Mauss, *Sociologia e antropologia*, Newton Compton, Roma 1976, p. 208).

⁶ Alla fine del suo corso sull'educazione morale Durkheim attacca frontalmente il razionalismo «simpliste» di ispirazione cartesiana. Trasferitosi nel pensiero politico del XVIII secolo, esso ha duramente impedito l'elaborazione di un vero pensiero sociale (E. Durkheim, *L'éducation morale*, PUF, Paris 2012, p. 220). Irriducibile a questo razionalismo astratto, che si rifletterà poi nei pensatori rivoluzionari, Montesquieu deve invece, per Durkheim, a buon diritto essere considerato il "precursore" della sociologia. Sulla lettura "sociologica" di Montesquieu si veda B. Karsenti, *Politique de la science sociale. La lecture durkheimienne de Montesquieu*, in Id., *La société en personnes. Etudes durkheimiennes*, Economica, Paris 2006, pp. 34-53.

⁷ Cfr. J. Ehrhard, «La chaîne de L'Esprit des lois» in Id., *L'esprit des mots*, Droz, Genève 1998, pp. 179-192.

pubblica, tutto il popolo detiene il potere sovrano» (*EL*, II, 2). In effetti, al cuore della natura della democrazia si trova la «capacità naturale» del popolo di «discernere il merito» di coloro che dovranno governare. Il popolo democratico *sa* che non può governare da solo, anche se «ha abbastanza capacità per farsi render conto dell'amministrazione altrui, non è adatto ad amministrare da sé (*à gérer par lui-même*)» (*ivi*). Esso non si può governare *direttamente* perché ha «sempre troppa attività, o troppo poca» (*ibid.*). Anche il popolo, che qui è sempre il popolo *romano* storicamente determinato, è costituito da un certo piano di realtà in cui si colloca il rapporto tra ignoranza e conoscenza. Si vede così come la natura della democrazia e la natura del popolo siano storicamente intrecciate. La natura della legge democratica – come ad esempio la necessità del suffragio pubblico in democrazia, dove bisogna che il «*petit peuple soit éclairé par les principaux*» (*ibid.*) – è determinata dalla natura dell'azione del popolo.

La legge, per operare bene in questo caso deve *conformarsi* a questa modalità d'azione caratteristica, *azione per mezzo di passione* si potrebbe dire. E così anche per le altre forme di governo: l'aristocrazia dev'essere costituita in modo che essa moderi «l'*ambition de quelques-uns*» (*EL*, II, 3), la monarchia instaura i poteri intermedi per evitare la «volontà momentanea e capricciosa di uno solo» (*EL*, II, 4), il dispotismo⁸ è l'esaltazione delle «più brutali passioni» che formano «un uomo a cui i suoi cinque sensi dicono senza posa che egli è tutto, e che gli altri non sono niente», e dunque egli è «pigro, ignorante e voluttuoso» (*EL*, II, 5). La legge è insomma sempre in rapporto con questo piano che possiamo dire *antropologico*. Per mezzo di una certa *regolazione* (democrazia, aristocrazia, monarchia) o per mezzo di un vuoto di regolazione, che lascia a un campo passionale dominato dalla paura la cura di quelli che potrebbero apparire come *effetti* di una regolazione. La *natura* nella «tipologia» politica di Montesquieu non esiste e non produce effetti se non è articolata a un'ontologia delle passioni e all'antropologia che le è sottesa. Cioè a una passione, a una *virtù* fondamentale, che si ritrova nel *tono* delle differenti società umane e che implica una regolazione dell'azione inseparabile dall'insieme dei rapporti in cui essa vive e a cui dà un certo *timbro*. La tipologia politica di Montesquieu si articola sempre, e si specifica, in relazione a questo *tono* e a questo timbro. *Ogni* forma di governo ha un *principio* oltre che una *natura*, che è definita come «ciò che lo fa agire» (*EL*, III,1) – la natura è la sua «struttura particolare», il principio «le passioni umane che lo fanno muovere» (*ibid.*).

Il principio è una «passione» e il suo *ordine* sarà l'organizzazione di una passione per mezzo delle leggi. È proprio prendendo sul serio questa dimensione passionale del principio che è possibile rendersi conto delle difficoltà particolari

⁸ D. Felice, *Per una scienza universale dei sistemi politico-sociali. Dispotismo, autonomia della giustizia e carattere delle nazioni nell'Esprit des lois di Montesquieu*, Olschki, Firenze 2005 e Id., «Dispotismo e libertà in Montesquieu», in Id., a cura di, *Dispotismo. Genesi e sviluppi di un concetto filosofico-politico*, Liguori, Napoli 2001-2002, t. 1, pp. 189-255.

che comporta *l'istituirsì* di un ordine. Così, la *virtù*, principio della democrazia antica, è «renoncement à soi-même», è «une chose très pénible», poiché è «l'amore delle leggi e della patria», la «preferenza continua verso l'interesse pubblico in confronto al proprio» (*EL*, IV, 5). Si tratta insomma di una passione che è difficile da sostenere, e difficile da mantenere, una passione che assorbe tutte le altre e le concentra in sé. Anche quello dell'aristocrazia è un regime costituzionale *instabile*, profondamente contraddittorio, poiché è fondato sulla capacità del corpo dei nobili al governo di autoregolarsi: «Ma per questo corpo è altrettanto facile reprimere gli altri, quanto è difficile reprimere se stesso. La natura di questa costituzione è tale, che sembra mettere le stesse persone sotto la potestà delle leggi, e insieme sottrarle ad essa» (*EL*, III, 4).

Questa instabilità costitutiva va intesa come interna al corpo intermedio stesso che esercita il governo⁹, e non come risultante dal confronto del popolo e dei nobili: essa è generata a partire dall'interno delle passioni stesse come effetto della loro modalità d'azione. «Non è sufficiente che in una monarchia esistano ordini intermedi; occorre anche un deposito di leggi. Questo deposito non può essere che nei corpi politici [i Parlamenti], i quali annunciano le leggi quando vengono fatte e le richiamano alla memoria quando vengono dimenticate» (II, 4). Ad entrare in tensione, infatti, può essere il rapporto tra l'ordinarsi dell'azione attraverso le leggi proprie del regime costituzionale e il *ressort* fondamentale che le anima, il tono e il *ritmo* che le determina. La soluzione allora è la *moderazione*, virtù inferiore alla virtù politica, che però è in grado di produrre una passione moderata¹⁰. La regolazione per mezzo della legge, e per mezzo di quella legge che è propria ad ogni specifica *forma di governo*, è una regolazione *delle* passioni per mezzo di una passione fondamentale, che Montesquieu chiama *ressort*: la virtù, l'onore o la paura. Siamo nell'ordine delle “passioni” più che del “sapere” qui. La regolazione sorge *nelle* passioni, cioè là dove soprattutto l'anima è *affectée* da una forza che la muove¹¹.

Facciamo a questo punto una breve deviazione. Nell'*Essai sur le goût* – scritto come voce per l'*Encyclopédie* e pubblicato postumo nel tomo VII dell'opera – leggiamo: «Esaminiamo, allora, la nostra anima, studiamola nelle sue azioni e nelle sue passioni, seguiamola nei suoi piaceri: è qui che essa maggiormente si rivela.»¹² E ancora: «Nel nostro attuale modo di essere, l'anima gusta tre tipi di piaceri: alcuni li trae dal fondo della propria stessa natura; altri derivano dalla sua unione

⁹ C. Larrère, «*Les typologies des gouvernements chez Montesquieu*», in «*Revue Montesquieu*», n. 5, 2001, pp. 157-172.

¹⁰ Su questo, ci permettiamo di rinviare al nostro *Liberté et gouvernement chez Montesquieu*, in «*Conceptos Historicos*», 4 (5), 2018, pp. 100-120.

¹¹ P. Vernière, *Montesquieu et l'Esprit des lois ou la raison impure*, SEDES, Paris 1977, p. 134 ssg.

¹² Montesquieu, *OC*, II, 1240; trad. it. *Saggio sul gusto, nelle cose della natura e dell'arte* (1753-1755 ca.), in Montesquieu, *Scritti postumi [1757-2006]*, a cura di D. Felice, testo francese a fronte, Bompiani, Milano 2017, p. 1385.

con il corpo; altri ancora si fondano sulle inclinazioni e i pregiudizi che le sono stati trasmessi da certe istituzioni, usi e abitudini (*que de certaines institutions, de certains usages, de certaines habitudes, lui ont fait prendre*)¹³. Le pieghe dell'istituzione, insomma, cristallizzano la tendenza ad un'espansione indefinita intrinseca al desiderio che «fuit les bornes», e fanno nascere il bisogno di regolazione: «Siccome ci piace vedere un gran numero di oggetti, vorremmo estendere la nostra vista, trovarci in diversi luoghi, percorrere più spazio; in breve, la nostra anima rifugge i limiti e vorrebbe, per così dire, estendere la sfera della propria presenza: e così è un grande piacere per lei spingere lontano la propria vista (*de porter sa vûe au loin*)».¹⁴

Si può seguire la traiettoria specifica di ogni passione particolare, la sua soggettivazione all'interno di un certo *modo* di governo e di un certo timbro assunto dalla maniera di vita, uno spazio in cui un gioco di forze produce una gamma varia e in continuo movimento di forme. E, quindi, di *formazioni* di compromesso. Prendiamo ad esempio l'ambizione. La si vede sospesa e in un certo senso *rimodellata* dalla virtù - «on y a de l'ambition, sans espérance d'être mieux» (*EL*, IV, 6, in Licurgo) - essa dovrà essere moderata nell'aristocrazia - mentre è esaltata e regolata nella monarchia, dove essa ha «de bons effets» e dove «donne la vie à ce gouvernement» (*EL*, III, 7) - infine essa è negata nel dispotismo che presuppone l'obbedienza e l'ignoranza (*EL*, IV, 3). E così, queste differenze nella potenza delle passioni fanno sì che ogni forma politica sia diversa dall'altra. L'ammirazione per quella repubblicana e la preferenza per quella monarchica possono dunque coesistere in Montesquieu. Da una parte quest'antropologia dice che è proprio dell'essere degli uomini «qu'ils agissent par eux-mêmes», dall'altra si dice che l'onore *monarchico* traveste le passioni a proprio vantaggio in modo che esso faccia «muovere tutte le parti del corpo politico» e che, quindi, «le lega con la sua zione stessa», producendo così una tessitura nella quale «ognuno va verso il bene comune, credendo di andare verso i propri interessi particolari» (*EL*, III, 7).

L'azione dell'onore, insomma, e il suo differenziale passionale, pare corrispondere perfettamente alla formulazione del Libro I nella misura in cui il tipo di *regolazione* che esso produce sembra lasciar agire gli uomini *da sé*. La differenza è che questo *agire da sé* si trova in questo caso al centro di un dispositivo sociale certamente artificiale come quello dell'*onore* - del quale infatti Montesquieu dice: «philosophiquement parlant, c'est un honneur faux» (*EL*, II, 7) -, ma nello stesso tempo riproduce in qualche modo un agire che è stato in qualche modo *naturalizzato* e che dà l'impressione di non rispondere che di sé. Nelle monarchie la pulsione, il «ressort» affermativo e differenziante è un *bizzarro* onore: «Questo bizzarro onore fa sì che le virtù siano ciò che esso vuole, e come le vuole; impone regole a suo talento su tutto ciò che ci è prescritto; estende o limita i nostri doveri a

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ivi*, p. 1244; trad. it. cit., p. 1391.

suo capriccio, sia che appartengano al campo della religione, della politica o della morale.» Tutto questo dà l'impressione che il campo d'applicazione della legge sia in fondo assai ristretto e che la sua *normatività* possa svilupparsi solo su un piano di "passionalità", cioè su un elemento di contingenza inaggirabile e, insieme e correlativamente, di "finzione" operativa.

4. L'AZIONE DELLE NORME

«Se la norma non è esteriore al suo campo d'applicazione, scrive Pierre Macherey, non è solo (...) in ragione del fatto che essa lo produce, ma è perché, producendolo, si produce essa stessa. Come la norma non agisce su un contenuto che sussisterebbe indipendentemente da essa e al di fuori di essa, così non è essa stessa indipendente dalla sua propria azione.»¹⁵ Anche in Montesquieu vi è nella legge "azione della norma". Semplicemente, bisogna riconoscere che questa è *circoscritta*, effettivamente limitata, e che dispiega la sua forza "nomica" solo nel corso del proprio esercizio. Al contrario del diritto naturale classico, che si sforza di dedurre dalla ragione le leggi mettendo in primo piano un vero e proprio *dover-essere* delle leggi, Montesquieu organizza l'empirico delle leggi a partire dal concreto della diversità¹⁶. In altri termini, la norma non può essere pensata che storicamente, in relazione al processo che la mette in opera. Montesquieu non perde mai di vista il campo di realtà antropologico, cioè l'agire passionale, che è implicato nell'intervento delle leggi positive, empiricamente e storicamente determinate e descrivibili; esse devono, se non piegarsi agli, almeno tenere conto degli effetti che producono con il loro intervento, visto che agiscono precisamente dentro quegli effetti.

Il principio che costituisce questo agire passionale, lascia alla legge il campo di intervento e l'efficacia del modo di regolazione di tutte le passioni particolari. Se la *virtù* è amore dell'uguaglianza e della frugalità, «perché si possano amare l'uguaglianza e la frugalità in una repubblica, bisogna che le leggi ve l'abbiano stabilite» (*EL*, V, 4). Nel dispotismo l'azione della norma legale è nulla o quasi, perché qui si può dire che non vi siano leggi – si tratta solo di ridurre le passioni fino a farne il capriccio di uno solo, che rappresenti l'istantaneità della volontà, e di annientare quelle stesse passioni in tutti gli altri¹⁷. Se, nella monarchia, l'onore da solo non può fare tutto, «unito alla forza delle leggi» esso può «condurre al fine del governo come la virtù stessa» (*EL*, III, 6). *Come se fosse la virtù stessa*, dice Montesquieu. La «bonne police» delle leggi si applica al popolo, poiché gli è ne-

¹⁵ P. Macherey, *Da Canguilhem a Foucault. La forza delle norme*, ETS, Pisa 2010, p. 88.

¹⁶ Sulla storia e le ragioni della distinzione tra «diritto» e «legge», si veda A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino 2005; C. H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit.; P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit.

¹⁷ S. Goyard-Fabre, *La Philosophie du droit de Montesquieu*, Klincksieck, Paris 1973, p. 362.

cessario poter regolare in questo modo l'esplosione sempre possibile delle sue passioni estreme – è esattamente quella forma di regolazione che manca ai principi dispotici, «i quali non hanno nulla che ponga una regola al cuore dei loro popoli, né al loro» (*EL*, V, 11).

Il problema si rovescia allora e diventa altrettanto importante sapere che cosa *si fa con* la legge. Comprendere cioè il tipo di causalità che definisce l'azione della norma. Che non è un rapporto di semplice successione che lega termini separati «*partes extra partes*», secondo il modello della legge nel determinismo meccanicista, *alla Hobbes*¹⁸, ma suppone invece simultaneità, coincidenza, presenza reciproca, gli uni fra gli altri, di tutti gli elementi eterogenei che entrano in gioco¹⁹ – clima, conformazione del territorio²⁰, costumi, modi di procurarsi la sussistenza, densità della popolazione, storia, commerci, *esprit général* del popolo – e dei rapporti particolari che questa simultaneità effettivamente esprime *in vista* della costruzione della legge. In una breve aggiunta all'*Essai sur le goût* intitolata «*Des Règles*» e pubblicata nelle *Œuvres posthumes* del 1798, leggiamo: «Benché ogni effetto dipenda da una causa generale, vi si mescolano tante altre cause, che ogni effetto ha, in certo qual modo, una sua causa propria (*que chaque effet a, en quelque façon, une cause à part.*)»²¹

Se la legge può svolgere un'azione *normativa* essa non è tuttavia la sola «istituzione» a farlo, perché Montesquieu colloca sotto quest'ultima categoria dell'istituzione sia le leggi che i costumi. Ci si trova, così, messi di fronte ad una specie di concorrenza tra le leggi e i costumi, sapendo che i costumi sono anch'essi un modo di regolazione. L'*istituzione*, leggi o costumi, è sempre *topica*, situata, locale, l'istituzione designa al contempo l'atto di produzione, il suo prodotto e le modalità della sua conservazione. L'originalità di Montesquieu su questo tema è stata non tanto quella di riprendere il classico problema della regolazione attraverso i costumi o attraverso le leggi, ma di non prendere partito per l'una o per l'altra delle regolazioni e di produrre il concetto della loro distinzione. Ritornando sulla distinzione delle regolazioni, distinzione antica certamente, Catherine Larrère ricorda l'opposizione tra *eu-nomia*, «il buon ordine, l'insieme armonioso di usi e costumi nel quale gli uomini si integrano», che è la regolazione per mezzo dei costumi, e *iso-nomia*, regolazione operata dalle leggi, fatta da cittadini che hanno uguale parte al governo²². Il richiamo a queste due modalità di regolazione, ben presenti a Montesquieu, fa apparire come questa distinzione si sovrapponga

¹⁸ D. de Casabianca, *Montesquieu. De l'étude des sciences à l'esprit des lois*, H. Champion, Paris 2008, pp. 161-283. Cfr. C. Schmitt *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio*, cit. p. 48.

¹⁹ L. Althusser, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, PUF, Paris 1959, cap. I.

²⁰ R. Minuti, *Una geografia politica della diversità. Studi su Montesquieu*, Liguori, Napoli 2015.

²¹ Montesquieu, *OC*, II, p. 1260. Trad. it. in *Montesquieu. Scritti postumi*, cit., p. 1419.

²² C. Larrère, *Droit et mœurs chez Montesquieu*, in C. Spector e T. Hocquet, a cura di, *Lectures de L'Esprit des lois*, Presses Universitaires de Bordeaux, Bordeaux 2004, p. 235.

nell'*Esprit des lois* a quella che distingue un regime politico proprio dell'antichità dal regime politico dei moderni. *Repubblica* per gli antichi (democrazia o aristocrazia), *monarchia* per i moderni, e a ciascuna epoca la sua regolazione, sembra dire Montesquieu: «Le leggi [nella monarchia] vi tengono luogo di tutte quelle virtù, di cui non si ha nessun bisogno; lo Stato ve ne dispensa: una azione che si compie senza chiasso è, in certo modo, senza conseguenze» (*EL*, III, 5). Ma il mondo storico dell'*Esprit des lois* non si riduce a questa classica opposizione degli Antichi e dei Moderni. Il Medio Evo, *ripensato* da Montesquieu negli ultimi libri "storici" dell'opera, comporta una ulteriore problematizzazione. L'età feudale non ha costituito un momento di pura transizione, e dunque un mondo senza regolazione. Si tratta di interrogarsi su quale tipo di regolazione abbia portato con sé la società feudale, come abbiamo visto.

Un esempio, ricavato dal groviglio complesso delle leggi feudali può aiutarci a formulare una risposta. Si tratta dell'esempio, che abbiamo già incontrato, delle prove giudiziarie per mezzo del duello, del fuoco e dell'acqua bollente. Montesquieu ammette subito lo stupore che si ricava dallo studio di queste leggi: «Stupirà di vedere che i nostri padri facessero dipendere così l'onore, la fortuna e la vita dei cittadini da cose che non erano di spettanza della ragione, bensì del caso; che impiegassero senza posa prove che non provavano nulla affatto, e che non avevano niente a che fare né con l'innocenza né col delitto» (XXVIII, 17). Osservazione tanto più importante se la si confronta con lo spazio che Montesquieu ha riservato a un pensiero e a una pratica dei diritti dell'accusato²³, garanzie necessarie per una sempre maggiore attenzione nell'instaurazione della libertà: «Nulla era più contrario al buon senso del duello giudiziario; ma una volta fissato questo punto, fu messo in esecuzione con una certa prudenza» (XXVIII, 23). Ora Montesquieu ci spiega che il «duello giudiziario» - parte di «un corpo di norme giuridiche tanto singolari» - era in realtà legato a «una certa ragione basata sull'esperienza», che consentiva in particolare di operare una suddivisione necessaria tra codardia e coraggio, sapendo che «in una nazione unicamente guerriera, la codardia presuppone altri difetti» (XXVIII, 17). Quanto alla prova del fuoco (o dell'acqua bollente), si trattava di vedere se tre giorni dopo esser stata inferta restava ancora qualche traccia della bruciatura sull'accusato.

Siamo di fronte a quella che Foucault ha chiamato una «pratica giudiziaria del Medioevo»²⁴. Montesquieu argomenta così: «Chi non vede che presso un popolo avvezzo a maneggiare le armi, la pelle rude e callosa non poteva ricevere l'impronta del ferro arroventato o dell'acqua bollente fino al punto di portarne le tracce tre giorni dopo?» (*ibid.*). Si vede qui come la legge in questione non sia razionale se la si pensa nel suo isolamento, separata in se stessa e confrontata solo a

²³ D. Ippolito, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli, Roma 2016, pp. 37-42.

²⁴ M. Foucault, *Mal fare, dir vero. Funzione della confessione nella giustizia. Corso di Lovanio (1981)*, Edizione a cura di F. Brion e B. Harcourt, Einaudi, Torino 2013, p. 191.

una razionalità astratta. Se la si colloca, invece, in relazione ad un nucleo che la connette ai costumi, essa in qualche modo *ridiventa*, per dir così, razionale. Piuttosto che indebolire la capacità di regolazione della legge attraverso una regolazione affidata al caso, le *coutumes* medievali ne costituiscono al contrario l'impulso razionale, o meglio l'inflessione specifica di razionalità "giuridica". Montesquieu suggerisce allora la struttura di un sistema *misto* in cui la legge si mantiene *sulla soglia dei costumi* che ne rendono ragione. Ciò non vuol dire tuttavia che Montesquieu dia credito assoluto a questo tipo di legge come risoluzione di ogni pendenza giudiziaria; mano a mano che il potere politico e il potere giudiziario si compenetrano storicamente, inevitabilmente le forme delle procedure giuridiche si modificheranno. In particolare, muta la procedura *accusatoria* attraverso la quale qualcuno accusa un altro di avergli recato torto. Questa procedura incentrava l'intero meccanismo penale sul confronto tra due avversari o due parti in gioco, che dovevano regolare il loro *litigio* secondo regole, come abbiamo visto.

5. COSTUME AGONISTICO E COSTUME GIUDIZIARIO

Dice Foucault nel corso di Lovanio del 1981: «Era la prova dell'acqua, del fuoco, il duello giudiziario, a permettere di decidere non propriamente quale fosse la verità, ma chi dovesse essere considerato come vincitore in questo confronto, in questa lotta, in questa tenzone, tra le due parti in gioco»²⁵. E in *Théories et institutions pénales*, il suo Corso al Collège de France del 1971-1972, parlando della pratica giudiziaria medievale aveva detto: «nel suo svolgimento, l'atto giudiziario ha continuato a conservare un carattere di guerra. Il problema era di sapere chi avrebbe vinto (nella sfida dei giuramenti, nel gioco della prova o nel duello) sotto lo sguardo di un giudice destinato soprattutto ad autenticare lo svolgersi del 'combatimento'»²⁶. Montesquieu fornisce un giudizio piuttosto sfumato su questa modalità di regolazione: «[...] vi fu un tale accordo fra queste leggi e i costumi, che queste leggi produssero meno ingiustizie di quanto non fossero ingiuste; e che gli effetti furono più innocenti delle cause; che esse offesero l'equità più di quanto non ne violassero i diritti; che furono più irragionevoli che» (*EL*, XXVIII, 17).

Protezione della libertà e disaccordo con la ragione dell'equità sono inseparabili qui, in una stessa singolare forma storica di razionalità *giuridica* e degli "effetti" che essa produce. Essa propone un sistema di regolazione, non tanto la giustizia, non la sentenza giusta, ma la giusta regolazione del litigio. Siamo nel mondo delle regole, nel mondo della risoluzione di un conflitto. Là dove c'è continuità tra il

²⁵ M. Foucault, *Mal fare, dir vero*, cit., p. 195.

²⁶ M. Foucault, *Théories et institutions pénales. Cours au Collège de France (1971-1972)*, édition établie sous la direction de F. Ewald et A. Fontana, par B. E. Harcourt, EHESS - Gallimard/Seuil, Paris 2015, p. 130 ; trad. it. *Teorie e istituzioni penali. Corso al Collège de France (1971-1972)*, a cura di D. Borca e P. A. Rovatti, Feltrinelli, Milano 2019, p. 147.

costume agonistico e il costume giudiziario vi è continuità, dice Foucault, «tra lo scontro della lotta e lo scontro giudiziario»²⁷.

Nell'*Esprit des lois* la "libertà" si articola sempre ai limiti che Montesquieu assegna all'estensione della legge. Cosicché essa sarà ad un tempo interna alla legge, cioè dipendente dalla sua costituzione interna - e qui si colloca la presa di posizione a favore della proporzionalità dei delitti e delle pene molto prima di Beccaria²⁸ -, ed *esterna*, vale a dire che vi sarà libertà di determinare tutto ciò che deve restare fuori dal dominio della legge. Montesquieu è assolutamente chiaro in proposito quando nota, ad esempio, che le leggi «qui font regarder comme nécessaire ce qui est indifférent ont cet inconvénient qu'elles font considérer comme indifférent ce qui est nécessaire» (*EL*, XXIV, 14). La legge è sottomessa alla conoscenza, proprio nella misura in cui ricava dalla conoscenza ciò che deve rimanere inaccessibile alla legge stessa o ciò che può, al contrario, costituire il suo spazio di estensione.

Che la legge sia forma di conoscenza tanto quanto operazione sulle condotte era stato già suggerito discretamente nel contesto teoreticamente decisivo del Libro I dello *Spirito delle leggi*. Montesquieu sottolineava qui, infatti, come gli animali «non hanno leggi positive, in quanto non sono uniti dalla conoscenza» (*EL*, I, 1). Si tratta di mettere in rilievo il legame tra legge e conoscenza anche al di là della necessità di articolare la scala degli esseri dal punto di vista delle loro leggi. Due conseguenze ne derivano. La prima concerne il modo di correzione che può essere applicato in vista di una nuova regolazione: correggere attraverso la legge o per mezzo dei costumi, per usare la formula classica. La seconda si colloca al livello dell'esigenza che dovrà incontrare la composizione delle leggi. In entrambi i casi sembra evidente che interviene un rapporto con la conoscenza, mobilitata in quell'*atto normativo* che la legge stessa è²⁹. Ma *non* da sola e *non* esclusivamente, com'è nella concezione *statualistica* del diritto, dove, identificandosi la norma giuridica con la norma posta, direttamente o indirettamente, dallo Stato, la figura dell'atto normativo trova la sua origine nell'elaborazione dottrinale della figura della legge: di quell'atto dello Stato, cioè, che, fuori di ogni dubbio e a prima vista, si presenta nella modernità come diretto a costituirne «l'ordinamento»³⁰, a dettare il sistema regolatore della condotta dei consociati, a definire e garantire le libertà individuali, e quindi come fonte del diritto, quasi per antonomasia.

La legge formale, dunque, emanata, come dirà Jellinek, non da qualunque, ma dalla suprema autorità dello Stato³¹. Se Montesquieu introduce a un pensiero della

²⁷ M. Foucault, *Mal fare, dir vero*, cit., p. 28.

²⁸ D. W. Carrithers, *La philosophie pénale de Montesquieu*, in «Revue Montesquieu», 1997, 1, p. 50.

²⁹ D. De Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris 1997, pp. 126-129.

³⁰ Cfr. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 44-45.

³¹ G. Jellinek, *Legge e decreto* (1887), Giuffrè, Milano 1997, p. 200 ss. Si veda al riguardo la valutazione di C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981, p. 118.

riduzione del campo di estensione della legge, apre anche e del tutto coerentemente a una riflessione sull'uso della legge a fini di correzione. E al rispetto della distinzione dei diversi campi di esercizio ai quali si applica concretamente l'operare della legge³². Lo *Spirito delle leggi*, in un capitolo su Pietro il Grande, fornisce a questo proposito una precisazione molto chiara: «quando un principe vuol fare grandi mutamenti nella sua nazione, bisogna che riformi con le leggi ciò che è stabilito dalle leggi, e che cambi con le usanze ciò che è stabilito dalle usanze (*par les manières ce qui est établi par les manières*): ed è una pessima politica quella di cambiare con le leggi ciò che dev'essere cambiato con le usanze» (*EL*, XIX, 14).

Pietro il Grande obbligava, attraverso la legge, a «a farsi tagliare la barba e accorciare i vestiti» e reprimeva violentemente coloro che contravvenivano al suo comando. Fu solo consentendo alle donne di vestirsi all'europea che il sovrano ottenne ciò che desiderava, accettando che la *moda* delle donne facesse «goûter aux hommes» questa nuova «maniera». Cambiare le maniere *per mezzo di maniere*, ecco una pratica di regolazione delle condotte che accoglie il movimento nelle forme di vita e una morale integralmente intra-mondana, che non promette salvezza *da* questo mondo ma definisce i modi in cui le cose *del* mondo si fanno forma del mondo. Dove anche l'uso di sé si iscrive nella sfera pubblica, accomunando il singolo vivente a una moltitudine più o meno estesa di suoi simili. Per questo anch'esso diviene un *fenomeno istituzionale*, tassello permanente delle istituzioni strettamente intese, inclini a ogni sorta di metamorfosi.

In questo rispetto degli ordini mobili dell'*istituzione* si gioca una vera e propria costante del pensiero di Montesquieu: quella di un'economia nell'uso della legge. Questa economia nell'uso coercitivo della legge in vista della correzione attraverso la legge ha a che fare con due realtà correlate:

- 1) l'applicazione della «novità» come criterio relazionale del buon livello dell'intervento della norma non può essere valutata se non si pone l'accento sulla commessione tra effetti e contenuto percepito dei diversi atti, nel quadro di una considerazione *dinamica* di un quadro giuridico dato;
- 2) l'imperativo di libertà che consiste nel lasciare fuori dalla legge tutto ciò che *non* deriva da essa, fuori da ogni illusione pan-legalistica.

Montesquieu a questo proposito conclude: «La legge non è un puro atto di violenza; le cose indifferenti per loro natura non sono di sua competenza» (*EL*, XIX, 14). Per questo Montesquieu consacra tutto un intero libro al lavoro del legislatore: il Libro XXIX intitolato «De la manière de composer les lois», che gli varrà,

³² C. Larrère, *Actualité de Montesquieu*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris 1999, p. 9.

come già abbiamo ricordato, l'aspra critica di Condorcet³³. Qui è chiarito che la legge dev'essere anche atto di conoscenza. Un «giudizio di costumi» (*EL*, V, 19) in una repubblica antica era «un sentimento e non una serie di nozioni» (V, 2). Montesquieu vi oppone la *qualificazione* dei crimini che interviene con l'instaurazione della monarchia a Roma. Qualificare i crimini vuol dire dare una definizione precisa che impegnerà tutti, e chiarire i criteri di questa definizione. Si tratta di un margine di novità nella statuizione giuridica - o di un elemento creativo del diritto - che il Libro XXIX cerca di pensare a partire dalla *composizione* delle leggi. Il libro esplicita essenzialmente, e innanzitutto, il fatto che è necessario al legislatore un «esprit de modération» (*EL*, XXIX, 1).

Quale rapporto vi è tra questa rivendicazione di *moderazione* e una determinazione qualificativa dei crimini³⁴?

Per coglierlo bisogna misurare bene il fatto che questo spirito di moderazione non è quello di un qualche “giusto mezzo”, o di un termine medio in una scala, anche se Montesquieu precisa che «le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites» (*ibid.*). Ad Atene e a Roma ad esempio, si trattava di distinguere per il legislatore ciò che era «loin des extrémités possibles», e cioè di avere ben compreso «l'estensione e i limiti che doveva dare alla sua legge» (XXIX, 7). La moderazione è soprattutto quell'operazione del diritto che si tiene lontano dall'eccesso³⁵, ma dall'eccesso in quanto questo fa uscire, fa debordare la legge dal suo campo definito in vista di un massimo di libertà. L'eccesso della legge è l'atto di *puro potere* da cui bisogna guardarsi, atto di forza che la legge per Montesquieu *non è*. Sarebbe in questo caso l'arbitrio di una *tabula rasa* dove non si tiene più alcun conto del contesto esistente, dell'agire collettivo, delle pieghe di *moeurs*, *coutumes*, abitudini comuni, desideri condivisi, cioè di *istituzioni* prodotte nel corso del tempo, regole in *uso*. Complesso di regole e comportamento contingente cui le regole si applicano. *Leggi e costumi* sono «institutions» che disegnano la topografia di *un* mondo, non tanto l'ordine “naturale” *delle* cose, quanto quello «di *questi* rapporti e di *queste* cose» (*EL*, I, 3). E così Montesquieu scrive: «siccome le leggi civili dipendono dalle leggi politiche, perché è sempre per un certo tipo di società che sono state fatte, sarebbe bene che, quando si vuol portare

³³ J.-A.-N. Condorcet, *Observations sur le XXIX^e livre de L'Esprit des lois* (1780, pubblicate da Destutt de Tracy nel 1819), in «Cahiers de philosophie politique et juridique», n. 7, Centre de publications de l'Université de Caen, Caen 1985.

³⁴ Cfr. C. Larrère, *Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria*, in *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, a cura di M. Porret, Droz, Genève 1997, p. 94. Si veda anche L. Delia, *Crime et châtement dans l'Encyclopédie. Les enjeux de l'interprétation de Montesquieu par de Jaucourt*, in «Dix-huitième siècle», 2009, 41, pp. 469-86 e Id., *Droit et philosophie à la lumière de l'Encyclopédie*, Voltaire Foundation, Oxford 2015.

³⁵ M. Porret, «*Les lois doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence*»: *Muyart de Vouglans versus Montesquieu* e anche D. W. Carrithers, *La philosophie pénale de Montesquieu*, cit. e D. Ippolito, *Lo spirito del garantismo*, cit., pp. 37-42.

una legge da una nazione a un'altra, si esaminasse in precedenza se hanno tutte e due le stesse istituzioni e lo stesso diritto politico» (EL, XXIX, 13).

6. AGGIUSTAMENTO E COMPOSIZIONE DELLE LEGGI

Non c'è da stupirsi, allora, che il Libro XXIX sulla "composizione delle leggi", che avrebbe dovuto nel disegno originario concludere l'opera anziché essere collocato tra due lunghi studi storici, definisca subito dopo i diversi registri per mezzo dei quali l'azione del comporre una legge deve evitare ogni forma di *eccesso*. Ciò che porta, d'altra parte, a riconoscere che una legge che ha l'apparenza dell'eccesso non è tuttavia colpevole di quest'ultimo. Così Solone, punendo per legge coloro che non prendono partito in una guerra civile – come aveva già osservato anche Montaigne prima di Montesquieu – non è responsabile, come legislatore, di un eccesso, ma piuttosto è attento alle «circostanze nelle quali si trovava allora la Grecia».

Il ragionamento di Montesquieu colloca perfettamente le ragioni di Solone in quel reticolo di circostanze: «c'era da temere che in una repubblica travagliata dalle lotte civili le persone più prudenti si mettessero al riparo, e che perciò le cose fossero portate all'estremo» (EL, XXIX, 3). Lungo tutto il Libro XXIX Montesquieu non smette di sottrarre la buona comprensione della moderazione delle leggi alle figure in cui esse si esprimono, cioè all'apparenza dell'*estremo*. La rivendicazione della chiarezza, della *leggibilità* della legge, del suo essere accessibile «per gente di mediocre intendimento» (EL, XXIX, 16), richiama in fondo le due esigenze che devono guidare la composizione delle leggi. Il rifiuto da un lato di un eccesso di sottigliezza, «le leggi non devono essere sottili»: regole semplici, stile chiaro e conciso, sul modello della legge delle Dodici Tavole («i fanciulli le imparavano a memoria», dice Montesquieu) – e dall'altro un gesto intellettuale per mezzo del quale «si sono fissate bene le idee delle cose» (*ibid.*). Luigi XIV fornisce a Montesquieu anche questa volta il contro-modello attraverso la sua pratica dei *Casi regi*, pratica che «fa rientrare nell'arbitrario donde si era appena usciti» (*ibid.*).

I *Casi regi* erano le cause civili o penali riservate alla giustizia regia. Secondo gli storici del diritto li si può raggruppare in due serie: quelli nei quali era interessato il re, in quanto sovrano, e i suoi domini, come per esempio il delitto di lesa maestà³⁶ e i delitti commessi sulle strade regie; e quelli che rientravano nell'ambito del-

³⁶ Montesquieu discute dei connotati formali e materiali del *crimen lesae majestatis humanae* in EL, XII. Su questo, cfr. C. Spector, *Souveraineté et raison d'Etat. Du crime de lèse-majesté dans l'Esprit des lois*, in L. Delia-G. Radica, a cura di, *Penser la peine à l'âge des Lumières*, fascicolo monografico di «Lumières», 2012, 20, pp. 55-72. Nel perimetro di questa figura giuridica il diritto penale di antico regime collocava una vasta serie di comportamenti. Si veda C. Sbriccioli, *Crimen lesae majestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Giuffrè, Milano 1974 e J. Chiffolleau, *Le crime de lèse-majesté. La politique et l'extraordinaire*, in *Les pro-*

la “pace del re”, che in qualità di “gran paciere” aveva la custodia generale del regno e doveva garantire la sicurezza delle persone e dei beni. Dice Foucault nel Corso del 1972: «Rivincita, vendetta, reazione stanno dalla parte dell'*injuria*, dal momento che la separazione tra *injuria* e *justitia* è la pace stabilita, conservata, garantita da un'autorità pubblica. La giustizia è confiscata dal giudiziario, da un giudiziario imposto da un'autorità pubblica. È questo l'effetto delle istituzioni di pace.»³⁷ L'ordinanza di Luigi XIV del 1670 vi incluse il sacrilegio con effrazione, il disturbo dei servizi religiosi e l'eresia³⁸. Anche se vi è un legislatore all'origine di quel fatto normativo che è la legge, ritroviamo anche nell'atto che produce la norma proprio quelle passioni e quegli affetti che erano posti alla base dell'agire in generale degli esseri umani nel Libro I dell'*EL*. Sempre, infatti, le leggi «incontrano sulla propria strada le passioni e i pregiudizi del legislatore»: talvolta «vi passano attraverso, e se ne impregnano», in altre circostanze «vi restano impigliate e vi si incorporano» (*EL*, XXIX, 19). Intesa in questo modo, la legge è disposizione, *aggiustamento* e *composizione* in cui si precisano via via le condizioni di positività³⁹, e non un puro atto di autorità. Queste *positività* possono essere ritrovate nel modo del suo operare⁴⁰, quando la legge – o meglio *le* leggi, nella loro circostanza – si compongono e si immaginano, producono e re-inventano regole proprio attraverso il filtro delle passioni e dei pregiudizi di cui sono intrise, dei *rappports* molteplici che le attraversano, ai quali non si sottraggono e all'interno dei quali anzi si producono, mutando continuamente, gli «oggetti» stessi delle norme. E anche le relazioni fra gli individui come esseri viventi e l'elemento *storico*, intendendo con questo termine l'insieme delle istituzioni, dei processi di soggettivazione, delle regole «que les lois n'ont point établis», in cui si concretizzano quelle relazioni che, *istituendosi*, si propagano nel corpo sociale.

Nella *Défense de l'Esprit des lois*, Montesquieu presenta la sua come «un ouvrage de pure politique et de pure jurisprudence». «*Jurisprudence*» può essere intesa, qui, nel senso di quel *sapere pratico* delle leggi⁴¹ che pensa la molteplicità dei casi e le differenze, con la *composizione* e i conflitti tra forze sociali, le circostanze e il mutamento che non si collocano nella sfera depurata della ragione pura pratica, ma nel mondo impuro delle relazioni sociali. Quel sapere perde allora ogni

cès politiques (XVI^e -XVII^e siècles), a cura di Y.-M. Bercé, Ecole française de Rome, Roma 2007, pp. 577-662.

³⁷ M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, p. 168 ; trad. it. cit., p. 186.

³⁸ J. Declareuil, *Histoire générale du droit français des origines à 1789*, Sirey, Paris 1925, p. 695.

³⁹ F. Martin, *Epreuves d'histoire. La normativité, la juridicité et la lente construction du droit moderne*, in N. Laurent-Bonne-X. Prévost, a cura di, *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes*, Lextenso LGDJ, Paris 2016, p. 146.

⁴⁰ Quelle che Yan Thomas chiama «operazioni del diritto». Cfr. Y. Thomas, *Les artifices de la vérité en droit commun médiéval*, in «L'Homme», 175-176, 2005, pp. 113-130. Si veda M. Croce, *The Politics of Juridification*, Routledge, Abingdon 2017.

⁴¹ Cfr. D. W. Carrithers, *Montesquieu and the Liberal Philosophy of Jurisprudence*, in D. Carrithers, M. A. Mosher, P. A. Rahe, a cura di, *Montesquieu's Science of Politics*, Rowman & Littlefield, New-York, Oxford 2001, pp. 291-354.

carattere astratto e, come Hegel riconoscerà, si adegua alla ricchezza concreta della vita. E cioè considera i *rapporti* innumerevoli che le leggi istituiscono con *cose* innumerevoli, come si legge in un passo del manoscritto di Montesquieu, dove il libro sulla composizione delle leggi comprendeva un capitolo, il XXVII, intitolato in un primo momento “Della formazione delle leggi”. Qui Montesquieu, a titolo di esempio, presentava le leggi romane sulla successione e le *operazioni* che esse effettuano⁴². All’inizio del capitolo scriveva: «Abbiamo visto, nel corso dell’opera, che le leggi hanno rapporti innumerevoli con cose innumerevoli. Cercare questi rapporti è studiare la giurisprudenza. Le leggi seguono questi rapporti e, come quelli variano senza posa, queste mutano continuamente. Non credo di poter concludere meglio quest’opera che fornendo un esempio. - Ho scelto le leggi romane e ho cercato quelle sulla successione. Si vedrà attraverso quante volontà e attraverso quali casi siano passate (*par combien de volontés et de hasards elles ont passé*). Quel che ne dirò varrà come una sorta di metodo per chi vorrà studiare la giurisprudenza».⁴³

⁴² Cfr. EL, XXIX, 8: «Le leggi che sembrano le medesime non hanno avuto sempre lo stesso motivo».

⁴³ OC, II, p. 1029.