

MONTESQUIEU  
E IL DIBATTITO  
GIUSFILOSOFICO  
SUL DIRITTO PENALE

MATTEO **ZATTONI**



# Montesquieu e il dibattito giusfilosofico sul diritto penale

Montesquieu and the discussion on penal law  
from a juridical and philosophical point of view

MATTEO ZATTONI

Dottore di ricerca in “Filosofia del Diritto”, Centro di ricerca interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità (CRID) – Unimore  
Email: [matteo.zattoni@unimore.it](mailto:matteo.zattoni@unimore.it)

## ABSTRACT

La dottrina di Montesquieu in ambito penalistico deve essere calata all'interno di un dibattito polifonico, di tipo giusfilosofico, che si sviluppa dal Seicento all'Ottocento, al fine di inquadrarne correttamente innovazioni e limiti. Il fulcro di tale dibattito è costituito dal rapporto tra due opere centrali: *De l'esprit des lois*, da un lato, e *Dei delitti e delle pene*, dall'altro.

Attraverso la rilettura del volume di Ippolito, *Lo spirito del garantismo*, il presente studio si incarica di mettere in luce i principali snodi problematici del *chef-d'oeuvre* montesquieuiano, in correlazione con la successiva opera di Beccaria, ma anche con un insieme più ampio di contributi teorici dell'epoca: dai giusnaturalisti volontaristici al movimento illuminista.

In order to understand innovations and limits of Montesquieu's doctrine in the penal field, it is necessary to examine it in the light a polyphonic discussion of a juridical as well as philosophical nature. The cornerstone of such a discussion, which develops from the 17th century until the 19th century, consists in the relationship between two main works: *De l'esprit des lois*, on one side, and *Dei delitti e delle pene*, on the other.

Through the reinterpretation of Ippolito's work, *Lo spirito del garantismo*, this paper aims at throwing some light on the most problematic aspects of Montesquieu's *chef d'oeuvre*, in correlation with both Beccaria's later work and a wider landscape of theoretical contributions of that time: from voluntarism in natural law to the illuminist movement.

## KEYWORDS

Montesquieu, garantismo, Ippolito, riforma del diritto penale, *Dei delitti e delle pene*

Montesquieu, guarantism, Ippolito, reform of the penal law, *Dei delitti e delle pene*

# Montesquieu e il dibattito giusfilosofico sul diritto penale

MATTEO ZATTONI

1. Lo studio che Dario Ippolito dedica al tema del garantismo<sup>1</sup>, parafrasando fin dal titolo il *chef-d'œuvre* montesquieuiano, occupa uno spazio di rilievo nel panorama di rinascanti studi sul pensiero del Bordoiese in Italia<sup>2</sup>. Nel medesimo tempo, però, pur passando analiticamente in rassegna tutti gli snodi problematici che emergono dalle pagine del *Président* (e prendendo posizione, su taluni, in modo inedito), non si risolve “unicamente” nell’analisi di un autore e, tantomeno, di una singola opera, sebbene monumentale, come l’*Esprit*.

Ippolito, in effetti, ricostruisce, pur nella sintesi, i tratti di un dibattito *polifonico* che vede i suoi primi germogli nel Seicento con i giusnaturalisti volontaristici<sup>3</sup>, esplose nel Settecento con Montesquieu e Beccaria e con il movimento illuminista<sup>4</sup>, per vedere i suoi frutti politicamente maturi tra il finire del Settecento<sup>5</sup> e l’Ottocento. Se è evidente che le due opere centrali nel dibattito sono, da un lato, *De l’esprit des lois* del 1748 (anticipato dalle *Lettres persanes* del 1721) e, dall’altro, *Dei delitti e delle pene* del 1764<sup>6</sup>, l’autore dello studio è attento a ricostruire anche le reazioni e le riflessioni,

\* Nota critica a IPPOLITO D. 2016. *Lo spirito del garantismo*, Roma, Donzelli, 2016.

<sup>1</sup> Già in precedenza l’autore aveva affrontato il tema, da varie prospettive: IPPOLITO 2007, 525-542; IPPOLITO 2008; IPPOLITO 2010, 6-14; IPPOLITO 2011; IPPOLITO 2014a, in particolare *Introduzione* e cap. 1; ID. 2014b, XIII-XX.

<sup>2</sup> Tali studi hanno ripreso vigore a partire dalla pubblicazione della nuova traduzione di tutti gli scritti del *Président* in MONTESQUIEU 2014, proseguendo per quanto attiene al *côté* italiano con GAZZOLO 2014 e SLONGO 2015.

<sup>3</sup> Fra questi, oltre a Hobbes e Pufendorf, va segnalato soprattutto Christian Thomasius come precursore delle critiche al carattere confessionale del diritto penale, che culminarono nell’opera *De crimine magiae* del 1701.

<sup>4</sup> Fra i contributi dei *Philosophes* è importante segnalare quello di Voltaire, non solo per quanto concerne la difesa della tolleranza religiosa, ma anche per la piena e immediata adesione alle tesi di Beccaria in particolare sulla tortura e sulla pena di morte, che lo portarono a farsi promotore di campagne d’opinione in alcuni casi giudiziari: VOLTAIRE 1994.

<sup>5</sup> Va ricordato che l’abolizione della pena di morte nel Granducato di Toscana, da parte del granduca Pietro Leopoldo, risale al 30 novembre 1786. È il primo Stato a procedere a tale abolizione, benché la pena di morte sia poi reintrodotta da Leopoldo nel 1790, ma solo per i “crimini eccezionali”.

<sup>6</sup> In coincidenza con i duecentocinquanta anni dalla pubblicazione, va segnalata una rifioritura degli

spesso sdegnose e inquisitorie, che tali opere hanno fatto scaturire dalla penna delle figure oppostive di quel periodo: da Monsignor Giovanni Gaetano Bottari all'avvocato penalista Pierre-François Muyart de Vouglans<sup>7</sup>.

Sullo sfondo, ma sempre interagenti, vi sono i grandi paradigmi filosofici dell'epoca la cui validità è messa alla prova per spiegare l'origine delle pene: *giusnaturalismo* e *contrattualismo*. Per un verso le tesi di Grozio – nel cui orizzonte, secondo Ippolito, ricade lo stesso Montesquieu – incarnano una concezione oggettivistica dell'etica; da quest'ultima deriva, a sua volta, la concezione retributivistica della pena, al cui interno trova naturale collocazione il principio di omogeneità delle pene rispetto ai delitti. Per l'altro verso, vi sono le tesi del contratto sociale, che connotano molti esponenti dell'*Encyclopédie*, i quali dunque propendono decisamente per una giustificazione in chiave utilitaristica, che accetta il principio di omogeneità (pur in assenza dei presupposti retributivistici) in nome dello scopo di prevenzione generale.

Dando conto di questa complessa trama di voci e di macroconcezioni, l'opera riesce a restituire in modo agile la complessità e la portata storica del cambiamento in atto a metà del Settecento rispetto all'ideologia conservatrice sottesa alla legislazione penalistica allora vigente, che era ancora fermamente improntata al *criterio della deterrenza terroristica*.

2. Ippolito preannuncia, fin dal prologo, l'intenzione di recuperare il termine “garantismo” dalle incrostazioni che il tempo e gli abusi hanno depositato, citando – non a caso – uno dei massimi alfieri del garantismo contemporaneo, Luigi Ferrajoli<sup>8</sup>. Per ricaricare dei suoi significati originari un tema così spesso invocato a sproposito e mostrarne invece tutta l'urgenza, l'autore ricalca il metodo *maieutico*, non imponendo una verità precostituita, bensì stimolando il sorgere graduale della consapevolezza nel lettore attraverso una serie incalzante di interrogazioni.

«[C]onosci tutte le proibizioni penali?»<sup>9</sup>. «Se il confine tra il proibito e il permesso non è determinato con precisione, come posso essere certo di non espormi a una punizione?»<sup>10</sup>. Si va dalla messa in crisi del concetto di conoscibilità della legge penale<sup>11</sup> all'analisi dei rischi della mancata tassatività<sup>12</sup>; una formulazione

studi in materia: AUDEGEAN 2014; BARBERIS et al. 2014; IPPOLITO 2014c, 589-620; 2014d, 53-61; CURTI 2015; PISANI 2015; CHIODI, GARLATI 2015; PISANI et al. 2015; BELLINI 2015; PICOTTI 2015.

<sup>7</sup> MUYART DE VOUGLANS 1785, 79.

<sup>8</sup> Sul tema, si vedano almeno FERRAJOLI 1989, specie la parte quinta; FERRAJOLI 2007; 2013a.; 2013b, 537-541; 2014; GIANFORMAGGIO 1993; IPPOLITO 2008.

<sup>9</sup> IPPOLITO 2016, 5.

<sup>10</sup> IPPOLITO 2016, 6.

<sup>11</sup> Il noto brocardo *ignorantia legis non excusat* ha trovato una concreta trasposizione nell'art. 5 del Codice penale italiano: «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale». È appena il caso di accennare che il dibattito in sede dottrinale sull'eccessivo rigore della norma e i parziali temperamenti

inesatta o non rigorosa della legge, come è noto, aumenta a dismisura la discrezionalità interpretativa dei giudici, che devono attenersi strettamente a essa, sulla base della loro soggezione alla legge<sup>13</sup>.

Da ultimo Ippolito giunge all'amara, quanto realistica, considerazione che «[n]eanche la legislazione penale migliore, tuttavia, è in grado di assicurare completamente l'innocenza dall'ingiustizia»<sup>14</sup>; è nel suo statuto di essere umano che il giudice rivela tutta la sua fallibilità, non diversa da quella riscontrabile in ogni altra professione, con la decisiva differenza che l'errore giudiziario incide direttamente sulla libertà personale dell'individuo, con esiti che investono potenzialmente tutti gli ambiti della sua esistenza (dalla reputazione al lavoro, dalla famiglia alle relazioni).

Se il garantismo può essere pacificamente definito come «dottrina della limitazione giuridica del potere punitivo»<sup>15</sup>, le sue radici vanno ricercate nella riflessione illuministica del diritto penale che segna il passaggio dalla tradizionale *potestas legibus soluta*, tipica dello Stato assoluto, al paradigma dello Stato di diritto in una prospettiva *ex parte civium*<sup>16</sup>. In questa riflessione un ruolo centrale è senz'altro svolto dal pensiero del Bordolese che, partendo dalle sferzate ironiche delle *Lettres persanes*<sup>17</sup>, approda all'icastica e ormai proverbiale definizione del potere giudiziario come «invisible & nulle»<sup>18</sup>.

3. Nei nove capitoli, in cui è suddiviso il libro di Ippolito, l'opera più sistematica di Montesquieu<sup>19</sup> diviene il punto di innesco per sviscerare, a una a una, tutte le princi-

apportati dalla giurisprudenza (solo per i reati contravvenzionali) convinsero, infine, la Corte Costituzionale a emettere la sentenza 24 marzo 1988, n. 364. Tale sentenza ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5 «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile», ossia l'ignoranza insuperabile da chiunque si fosse trovato nella medesima situazione. Posto l'adempimento del dovere di informazione, l'errore di diritto scusabile, dovuto a ignoranza inevitabile, si configura solamente nel caso di una oggettiva e insuperabile oscurità della norma (o del complesso di norme) da cui deriva il precetto penalmente violato.

<sup>12</sup> Si noti come entrambe le distorsioni qui citate – superfetazione legislativa, da un lato, e carenza di tassatività delle fattispecie, dall'altro – siano riconducibili al momento della formazione della legge penale e, dunque, secondo la nota tripartizione delle funzioni, alla funzione legislativa, imputabile nell'architettura costituzionale italiana all'asse dei poteri legislativo-esecutivo.

<sup>13</sup> Art. 101, co. 2, Cost.: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge».

<sup>14</sup> IPPOLITO 2016, 6.

<sup>15</sup> IPPOLITO 2016, 7.

<sup>16</sup> Si tratta della transizione epocale dal “governo degli uomini” al “governo delle leggi”, cui fa riferimento, fra gli altri, BOBBIO 1984, 169-194.

<sup>17</sup> Considerazioni, pur frammentarie sul diritto penale, di Montesquieu si ritrovano in quattro passi delle *Lettres persanes*, rispettivamente MONTESQUIEU 1721, LXXVI, LXXX, XC e CII.

<sup>18</sup> MONTESQUIEU 1748, 1222.

<sup>19</sup> Se il *Président* concentra la trattazione principale del diritto penale in una *sedes materiae*, ossia il libro XII dell'*Esprit*, dedicato alle «Leggi che formano la libertà politica nel suo rapporto col cittadino», molte

pali questioni di diritto penale dell'epoca, rivelandone spesso l'attualità dei principi.

In via preliminare, nel capitolo I, l'autore muove dalla definizione di "libertà politica", distinguendola tanto dalla libertà filosofica (o autonomia morale), quanto dalla libertà civile<sup>20</sup>. Tuttavia, parlando di un "lessico personale"<sup>21</sup>, egli mette subito l'accento sulle ridefinizioni semantiche operate dal Bordolese, sia rispetto alle oscillazioni nell'uso del termine "libertà politica" nella letteratura francese antecedente, sia rispetto all'uso successivo che ne faranno gli scrittori del tardo Illuminismo e della rivoluzione francese<sup>22</sup>.

Per il fine della libertà politica, così circoscritta, assume sommo valore la certezza del diritto, per ottenere la quale servono norme precostituite a cui i tribunali devono attenersi per le loro decisioni, ma anche la garanzia istituzionale del bilanciamento dei poteri<sup>23</sup>, con particolare attenzione «alla separazione organica, alla distinzione funzionale e alla delimitazione legale della funzione giudiziaria»<sup>24</sup>. Nemmeno la separazione dei poteri e la soggezione del giudice alla legge, però, determinano la piena condizione di sicurezza (in senso oggettivo e come opinione soggettiva), che ha bisogno di una garanzia ulteriore derivante dal contenuto delle leggi: si crea così quel vincolo trilaterale tra *libertà*, *sicurezza* e *legge penale*.

Procedendo per brevi cenni significativi sull'opera, i capitoli II e III appaiono collegati, in quanto il primo affronta la questione dei rapporti tra il *Président* e le concezioni giusnaturalistiche, mentre il secondo ne applica gli esiti al tema della derivazione dei castighi dai delitti. Col supporto di un campionario di argomentazioni testuali<sup>25</sup>, l'autore confuta recisamente la tesi della completa e volontaria estraneità di Montesquieu rispetto ai concetti del diritto naturale: pur non appartenendo *stricto sensu* alla tradizione giusnaturalistica, il Bordolese si serve infatti di essi nell'elaborare un paradigma scientifico che faccia da *tertium genus* – sotto il profilo tanto metodologico quanto epistemologico – rispetto sia alla

altre importanti osservazioni sui meccanismi dello Stato di diritto, sulla composizione delle leggi e sulle norme penali presenti nelle forme di governo tipiche o in alcuni Stati geograficamente determinati sono disseminate in varie parti dell'opera; a mero titolo esemplificativo: libri VI, XI (inizialmente unito al XII), XIX (in particolare cap. 14), XXV (specie cap. XII), XXIX.

<sup>20</sup> Quest'ultima tipologia di libertà, secondo l'autore, non si applica ai rapporti tra individuo e autorità politica, bensì alle relazioni tra soggetti privati, denotando «lo status di chi è immune dal *dominium* di un padrone»: IPPOLITO 2016, 21.

<sup>21</sup> IPPOLITO 2016, 17.

<sup>22</sup> Chiamando a proprio sostegno, fra i molti possibili, un brano di Nicolas Bergasse, Ippolito ritiene sovrapponibile il concetto di "libertà politica", secondo l'uso che ne fa Montesquieu, con quello di "libertà civile", così come adottata dagli esponenti del tardo Illuminismo: IPPOLITO 2016, 20.

<sup>23</sup> Con tale presa di posizione, Ippolito pare dunque rientrare tra quanti, sulla scorta di Eisenmann, sostengono l'interpretazione *politique* o *antiséparatiste* del principio della divisione dei poteri montesquieuiano (in opposizione alla tradizionale interpretazione *juridique* o *séparatiste*): GOLDONI 2005, 759-774.

<sup>24</sup> IPPOLITO 2016, 24.

<sup>25</sup> Si vedano, per tutti, i capitoli 1 e 2 del libro I, intitolati rispettivamente *Sulle leggi, nel rapporto che hanno con i diversi esseri* e *Sulle leggi naturali*.

giurisprudenza tradizionale (basata sull'*interpretatio*) sia alla scuola del diritto naturale basata sulla *demonstratio*.

È dall'esordio del capitolo 4, libro IV, dell'*Esprit*<sup>26</sup> che si ricava in particolare il principio di omogeneità (qualitativa) tra la natura dei delitti e le pene. Per rendere plasticamente l'idea dell'impatto macroscopico di tale principio nel dibattito sulla riforma penale, Ippolito passa brevemente in rassegna alcune tra le molte opere in cui esso ha trovato concreta attuazione: dal *Nakaz* (1767) dell'Imperatrice di Russia Caterina II al *Plan de législation criminelle* (1780) di Jean-Paul Marat, dall'*Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle* (1781) di François-Michel Vermeil al progetto di codice penale presentato nel 1791 all'Assemblea costituente dal deputato Louis-Michel Lepeletier fino al Beccaria di *Dei delitti e delle pene* (1764), in cui però i presupposti retributivistici sono sostituiti da quelli utilitaristici di prevenzione generale.

Il principio di omogeneità è utilizzato da Montesquieu per sostenere due direttrici di riforma: la laicizzazione e la mitigazione del diritto penale. Alla prima delle due istanze riformatrici si collegano i capitoli IV e V dello *Spirito del garantismo*, mentre alla seconda si possono far ricondurre il capitolo VI e, in senso proprio, i capitoli VII e VIII.

Ippolito analizza il carattere confessionale del diritto penale nella sua duplice manifestazione: da un lato, la criminalizzazione della devianza dogmatica, che si esplica nel vietare opinioni incompatibili con la dottrina della fede (capitolo IV); dall'altro, l'orientamento verso una ortoprassi improntata all'ortodossia e la conseguente sanzione dei comportamenti antinomici rispetto alle interdizioni religiose e in particolare del suicidio (capitolo V). L'aspetto più originale di questo "dittico" consiste nella proposta metodologica di una *lettura tra le righe* di alcuni passi dell'*Esprit*, proposta che ritornerà anche nel cap. VI e che può richiamare gli ammonimenti di Leo Strauss<sup>27</sup>.

Per questa via, Ippolito ridimensiona il peso della clausola cautelativa inerente all'eresia<sup>28</sup>, prendendo nettamente le distanze da quel filone interpretativo minoritario che, per bocca del suo più autorevole esponente Giovanni Tarello, non considera Montesquieu «né un teorico umanitario né un teorico liberale o preliberale»<sup>29</sup> in merito alle sue dottrine penalistiche. Di converso l'autore dello *Spirito del garantismo* ritiene che non vi siano adeguati fondamenti testuali per sostenere – come

<sup>26</sup> «Si ha il trionfo della libertà quando le leggi penali traggono ogni pena dalla natura particolare del delitto. Tutto ciò che vi è di arbitrario viene a cessare; la pena non deriva più dal capriccio del legislatore, ma dalla natura delle cose, e l'uomo non fa violenza all'uomo»: MONTESQUIEU 1748, 1283.

<sup>27</sup> STRAUSS 1952, 20-34.

<sup>28</sup> «Non ho detto qui che non si debba punire l'eresia; dico che bisogna essere molto cauti nel punirla»: MONTESQUIEU 1748, 1291.

<sup>29</sup> TARELLO 1975, 206.

pure fa Tarello – l’inserimento, da parte del Bordolese, di magia ed eresia nella quarta classe di crimini (che offendono la sicurezza dei cittadini)<sup>30</sup>.

A suffragare la lettura tra le righe di Ippolito vi è anche la reazione che suscita la lettera di riprovazione di Usbek sul suicidio<sup>31</sup>, con la dura presa di posizione dell’abate Jean-Baptiste Gaultier nel suo *Lettres persanes convaincues d’impiété* del 1751; tale (ennesimo) attacco porterà il *Président* a cautelarsi dall’accusa d’irreligione aggiungendo nella nuova edizione delle *Lettres persanes* una lettera supplementare di risposta a Usbek, contenente l’apologia del divieto (religioso e giuridico) del suicidio, per bocca di Ibben<sup>32</sup>. Resta però aperta la questione, sollevata da Luigi Delia<sup>33</sup> e sostenuta da Domenico Felice<sup>34</sup>, di un eventuale mutamento di opinione di Montesquieu sul tema, in seguito alla sua adesione al cristianesimo e allo stoicismo di Marco Aurelio.

4. Nel capitolo VI dello *Spirito del garantismo* (“Garantismo versus dispotismo”), l’autore dà risalto a uno degli aspetti innovativi della dottrina montesquieuiana, ossia il riconoscimento del dispotismo come forma autonoma di governo (e non come semplice “abuso” della monarchia, secondo la lezione di Voltaire<sup>35</sup>): tale inedita classificazione si ottiene combinando il tradizionale criterio della titolarità del potere sovrano (repubblica/monarchia) con quello delle modalità del suo esercizio (monarchia/dispotismo). Lungi dall’essere appannaggio esclusivo dei più servili popoli orientali, il dispotismo – «senza legge e senza regola» e basato sul principio della paura – insidia ogni forma di governo, compresa la monarchia francese di cui Montesquieu è suddito: da qui, come nota acutamente l’autore dello studio, la sua «insistita riflessione sulle tecniche istituzionali di limitazione del potere politico»<sup>36</sup>.

Proprio nel tentativo di inquadrare correttamente la discussione del *Président* sui connotati formali e sostanziali del *crimen laesae maiestatis humanae*, Ippolito suggerisce nuovamente il ricorso al metodo straussiano che consente di giustificare in termini di “scelta cautelativa” l’annacquamento della *vis polemica* riscontrabile nel libro XII. Nonostante l’intenzionale disseminazione di esemplificazioni e aneddoti, Montesquieu pone in questa sede due fondamentali principi metalegislativi

<sup>30</sup> Data la nozione più estesa che Montesquieu adotta per il termine “sacrilegio”, Ippolito conclude che magia ed eresia – in modo inequivocabile per la prima e, con qualche cautela in più, per la seconda – rientrano entrambe nella prima categoria dei delitti (quelli che offendono la religione), a cui corrispondono sanzioni meramente religiose.

<sup>31</sup> MONTESQUIEU 1721, 210-215.

<sup>32</sup> MONTESQUIEU 1721, 428-431.

<sup>33</sup> DELIA 2015, 1-15.

<sup>34</sup> MONTESQUIEU 1721, 430, nt. 1.

<sup>35</sup> VOLTAIRE 1768, 851; 2011.

<sup>36</sup> IPPOLITO 2016, 67.

del garantismo (tassatività e materialità dell'azione), a cui va ad aggiungersi nel libro XIX il principio di necessità della legge penale<sup>37</sup>, «ancorato ai postulati del giusnaturalismo e contrapposto alle pretese del volontarismo giuridico»<sup>38</sup>. Ippolito precisa anche le modalità con cui quest'ultimo principio interagisce e si sviluppa nell'opera di Beccaria, assumendo una duplice valenza normativa: principio utilitaristico della pena minima necessaria (in relazione all'entità della pena) e principio di offensività (in rapporto alla legittimità delle figure di reato).

L'azione sinergica di questi tre principi comporta una limitazione della potestà del sovrano e tende logicamente verso un sistema di moderazione delle pene. Come ricostruito da Ippolito nel capitolo VII, tale "invenzione" del Bordonese gli attira gli strali del criminalista Muyart de Vouglans, il quale attacca in pari tempo le sue asserzioni e la sua persona, azionando una moderna *macchina del fango* per colpirne la reputazione<sup>39</sup>.

5. Il nucleo della riflessione montesquieuiana *de iure condendo* consiste, in primo luogo, nell'evidenziare l'effetto solo transitorio dell'inasprimento delle pene, dovuto alla progressiva abitudine dell'immaginazione umana<sup>40</sup>; in secondo luogo, nello spostare la causa della moltiplicazione dei crimini dalla moderazione delle pene all'impunità dei delitti<sup>41</sup> (osservazione sviluppata con più larghezza da Beccaria); in terzo e ultimo luogo, nel tentativo di introdurre un criterio di proporzionalità quantitativa tra entità dei delitti e severità dei castighi<sup>42</sup>.

All'interno di tale istanza mitigatrice del diritto penale si colloca come caso particolare ed emblematico la "morte come pena", trattata nel capitolo VIII. Questo è forse il punto in cui l'autore dello studio, raccogliendo abilmente l'invito introduttivo di Beccaria<sup>43</sup>, riesce a distinguere maggiormente i passi del maestro da quelli dell'allievo. Partiamo dal primo dei due. Montesquieu infrange il criterio della proporzionalità della giustizia penale del suo tempo – legato al *quantum* e non al *genus* della pena –, affermando il principio di omogeneità *qualitativa* come canone fondamentale della giustizia naturale. Tuttavia questo stesso criterio che, per un verso, conduce alla «riduzione drastica delle fattispecie sanzionate con la pena

<sup>37</sup> «Ogni pena che non derivi dalla necessità è tirannica. La legge non è un puro atto di forza; le cose per loro natura indifferenti non sono di sua competenza»: MONTESQUIEU 1748, 1535.

<sup>38</sup> IPPOLITO 2016, 73.

<sup>39</sup> IPPOLITO 2016, 76 s.

<sup>40</sup> Si prenda ad esempio l'effetto dell'introduzione del supplizio della ruota per le rapine lungo le grandi strade: MONTESQUIEU 1748, 1081.

<sup>41</sup> «Si esamini la causa di tutti i rilassamenti e si vedrà che essa deriva dall'impunità dei delitti, e non certo dalla moderazione delle pene»: MONTESQUIEU 1748, 1081.

<sup>42</sup> Si veda il paragone tra le pene previste per i ladri e quelle per gli assassini rispettivamente in Cina e in Moscovia: MONTESQUIEU 1748, 1092-1095.

<sup>43</sup> FRANCONI 1984, 25.

capitale»<sup>44</sup>, per l'altro, ne legittima l'esercizio, sia pure limitato alle sole offese alla sicurezza dei cittadini, in virtù della *lex talionis*<sup>45</sup>. Non solo: secondo il *Président*, l'eliminazione fisica del condannato costituirebbe il *pharmakon* penale attraverso il quale guarire l'intera società. Chiude il suo ragionamento una constatazione: la legge che prevede la pena di morte è stata istituita anche in favore dell'assassino, poiché da essa anch'egli «è stato tutelato durante il corso della sua vita»<sup>46</sup>.

Di tutt'altro segno è, invece, la riflessione dell'*allievo* Beccaria che porta con sé implicazioni ben più innovative. In effetti questi, superando tanto la visione giusnaturalistica sottesa al principio di omogeneità quanto il canone retributivistico, approda concettualmente alla razionalità utilitaristica delle pene; ciò gli consente di chiedere – neppure due decenni dopo l'*Esprit* – non solo la limitazione, ma addirittura l'*abolizione* della pena di morte, negandone la presunta attitudine a garantire sicurezza (e, dunque, l'utilità) e mostrando l'effetto controproducente che essa determina sulla società come esempio di crudeltà di Stato. È l'inizio della rivoluzionaria stagione culturale denominata da Michel Porret “momento Beccaria”<sup>47</sup>.

Il IX capitolo, infine, è incentrato sulla fase processuale, che ricopre una posizione preminente nella riflessione montesquieuiana. Preliminarmente Ippolito mette in guardia dalla tentazione di sovrapporre la nostra cultura giuridica a quella del *Président*, andando alla ricerca di una «dicotomia categoriale diritto sostanziale/diritto processuale»<sup>48</sup>, che è invece estranea alla sua epoca. L'unitarietà di trattamento del problema penale è confermata dalla struttura del libro XII dell'*Esprit des lois*, che, dopo due rapide notazioni sul numero dei testimoni necessario e sul tipo di maggioranza richiesta per il collegio giudicante, non offre un'analitica discussione sui canoni del giusto processo. Ma è nei reati considerati liberticidi da Montesquieu che emergono nuovamente i suoi principi: annovera, per esempio, i reati a fattispecie indeterminata, perché contrari al principio di tassatività, nonché i reati di opinione, in quanto non soddisfano il principio di materialità. Conclude la trattazione un elenco dei principali elementi della concezione montesquieuiana del giudizio penale, disseminati nelle varie partizioni dell'*Esprit* e puntualmente estrapolati da Ippolito.

6. Qual è, dunque, lo “spirito del garantismo”, cui l'autore dello studio si riferisce nel titolo? È opportuno ricavare la risposta dalle stesse parole di Montesquieu: è «lo spirito della moderazione»<sup>49</sup> che deve ispirare il legislatore penale (e, si

<sup>44</sup> IPPOLITO 2016, 87.

<sup>45</sup> Su tale conclusione montesquieuiana convergono i maggiori esponenti dell'Illuminismo penale e lo stesso Kant, con la sola accortezza di risparmiare al condannato qualsiasi trattamento disumano nell'esecuzione della pena capitale.

<sup>46</sup> IPPOLITO 2016, 93.

<sup>47</sup> PORRET 2003, 99.

<sup>48</sup> IPPOLITO 2016, 97.

<sup>49</sup> MONTESQUIEU 1748, 2052 s.

aggiunga, il giudice) degli Stati moderati. In proposito non sfugge a Ippolito il paradosso, evidenziato al termine dell'Epilogo, per cui «la filosofia giuridica di un ideologo della moderazione influenzò l'opera legislativa degli artefici della rivoluzione»<sup>50</sup>. Eppure, dopo aver ripercorso insieme all'autore l'intero arco del dibattito settecentesco sul diritto penale, resta ancora da chiedersi se basterà tale moderazione, rafforzata dai principi legislativi e dalle ben note tecniche di limitazione del potere, a impedire o quantomeno *ridurre*, da un lato, l'arbitrio consapevole da parte dell'autorità e, dall'altro, il fatale errore giudiziario; se il garantismo sarà applicato strumentalmente solo a vantaggio dei soggetti forti, come accaduto nella nostra storia repubblicana con la c.d. «legalità a doppio binario»<sup>51</sup>, oppure se – come il presente studio auspica e fa sperare – si eleverà nel dibattito a urgenza paritaria e, al tempo stesso, unica risorsa del soggetto debole che è tratto a processo.

<sup>50</sup> IPPOLITO 2016, 108. È questo uno degli effetti dell'eterogenesi dei fini, che, unita a una certa ambiguità dell'*Esprit*, ha fatto sì che l'opera si prestasse ai più svariati usi ideologici, come rilevato criticamente da TARELLO 1975, 205.

<sup>51</sup> In riferimento alle scelte legislative e di pubblica sicurezza dell'ultimo periodo della XIII legislatura e dell'intera XIV legislatura, Giuliano Pisapia ha parlato di «Una legalità a doppio binario, caratterizzata da una maggiore repressione dei più deboli e da uno strumentale pseudo-garantismo per i più forti»: PISAPIA 2003, 28.

*Riferimenti bibliografici*

- AUDEGEAN P. 2014. *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma, Carocci, 2014.
- BARBERIS M., CARCATERRA G., IPPOLITO D., PUNZI A., RICCIARDI M., TREGGIARI F., TUZET G., VELLUZZI V. 2014. «Un pacifico amatore della verità». 250 anni dopo *Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, fasc. monografico della «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», V, 4, 2014.
- BELLINI F. 2015. «*Alcuni avanzi di leggi...*»: *divagazioni su Beccaria e dintorni*, Assago: Wolters Kluwer, Padova, CEDAM, 2015.
- BOBBIO N. 1984. *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, in ID., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2012, 169 ss.
- CHIODI G., GARLATI L. (eds.) 2015. *Dialogando con Beccaria: le stagioni del processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2015.
- CURTI S. (ed.) 2015. *Rileggere Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, Padova, CEDAM, 2015.
- DELIA L. 2015. *Le problème du suicide chez Montesquieu*, in «Montesquieu.it», 7, 2015, 1 ss. Disponibile in: <https://montesquieu.unibo.it/article/view/5858> (consultato il 9 aprile 2017).
- FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, prefazione di N. Bobbio, Roma-Bari, Laterza, 2011.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 3 voll., 2013.
- FERRAJOLI L. 2013a. *La democrazia attraverso i diritti: il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- FERRAJOLI L. 2013b. *Illuminismo e garantismo: riflessioni a partire da alcuni studi recenti*, in «Filosofia politica», 3, 2013, 537 ss.
- FERRAJOLI L. 2014. *Il paradigma garantista: filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- FRANCIONI G. 1984. *C. Beccaria: dei delitti e delle pene*, in FIRPO L., FRANCIONI G. (eds.), *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, vol. 16, Mediobanca, Milano, 1984.
- GAZZOLO T. 2014. *La scrittura della legge. Saggio su Montesquieu*, Napoli, Jovene Editore, 2014.
- GIANFORMAGGIO L. (ed.) 1993. *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993.

- GOLDONI M. 2005. *Dal potere “separato” a quello “distribuito”: Charles Eisenmann lettore dell’Esprit des lois*, in FELICE D. (ed.), *Montesquieu e i suoi interpreti*, Pisa, ETS, vol. II, 2005, 759 ss.
- IPPOLITO D. 2007. *El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria*, in «Doxa», 30, 2007, 525 ss.
- IPPOLITO D. 2008. *Garantismo: un accostamento all’opera di Luigi Ferrajoli*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008.
- IPPOLITO D. 2010. *Itinerarios del garantismo*, in «Jueces Para La Democracia», 69, 2010, 6 ss.
- IPPOLITO D. 2011. *Garantismo e libertà*, Torino, Giappichelli, 2011.
- IPPOLITO D. (ed.) 2014a. *La libertà attraverso il diritto: Illuminismo giuridico e questione penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- IPPOLITO D. 2014b. *Presentazione* in FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista: filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, XIII ss.
- IPPOLITO D. 2014c. *Contratto sociale e pena capitale. Beccaria vs. Rousseau*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», V, 4, 2014, 589 ss.
- IPPOLITO D. 2014d. *Filosofia e diritto penale in Cesare Beccaria. Intervista a Philippe Audegean*, in «Notizie di Politeia», 2014, 53 ss.
- IPPOLITO D. 2016. *Lo spirito del garantismo*, Roma, Donzelli, 2016.
- MONTESQUIEU C.-L. DE S. 1721. *Lettres persanes* in ID., *Tutte le opere (1721-1754)*, ed. D. Felice, Milano, Bompiani, 2014, 3 ss.
- MONTESQUIEU C.-L. DE S. 1748. *De l’esprit des lois*, in ID., *Tutte le opere (1721-1754)*, ed. D. Felice, Milano, Bompiani, 2014, 883 ss.
- MONTESQUIEU C.-L. DE S. 2014. *Tutte le opere (1721-1754)*, ed. D. Felice, Milano, Bompiani, 2014.
- MUYART DE VOUGLANS P.-F. 1785. *Lettre sur le système de l’auteur de l’Esprit des lois touchant la Modération des Peines*, in «Revue Montesquieu», 1, 1997, 77 ss.
- PICOTTI L. 2015. *Alle radici del diritto penale moderno: l’illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2015.
- PISANI M. 2015. *Cesare Beccaria: studi*, Milano, Giuffrè, 2015.
- PISANI M., PADOVANI T., ZAGREBELSKY V., ARROYO ZAPATERO L., GARCIA RAMIREZ S., FENG H., DE FARIA COSTA J.F., MANACORDA S., DI RENZO VILLATA M.G. 2015. *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione: la lezione di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè, 2015.
- PISAPIA G. 2003. *Giustizia e politica: un difficile equilibrio tra poteri*, in BURGIO A. (ed.), *La forza e il diritto: sul conflitto tra politica e giustizia*, Roma, DeriveApprodi, 2003, 17 ss.

- PORRET M. 2003. *Beccaria: il diritto di punire*, il Mulino, Bologna, 2013 (ed. or. *Beccaria: le droit de punir*, Paris, Editions Michalon, 2003, trad. it. di M. Ferri ed E. Salvi).
- SLONGO P. 2015. *Il movimento delle leggi: l'ordine dei costumi in Montesquieu*, Milano, Franco Angeli, 2015.
- STRAUSS L. 1952. *Scrittura e persecuzione*, Venezia, Marsilio, 1990 (ed. or. *Persecution and the Art of Writing*, Glencoe, Ill., The Free Press, 1952, tr. it. di G. Ferrara e F. Profili).
- TARELLO G. 1975. *Montesquieu criminalista*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», V, 1975, 201 ss.
- VOLTAIRE 1768. *A. B. C.*, in ID., *Scritti politici*, ed. R. Fubini, Torino, UTET, 1964, 841 ss.
- VOLTAIRE 2011. *Commentario sullo Spirito delle leggi*, ed. D. Felice, Pisa, ETS, 2011.
- VOLTAIRE 1994. *Commentario sul libro Dei delitti e delle pene*, ed. G. Francioni, Como-Pavia, Ibis, 1994.