

CAPITOLO 1 L'ABORTO NELLA DISCIPLINA DEL VECCHIO CONTINENTE

SOMMARIO: 1. L'ARTICOLO 17 DEL CODE PÉNAL DEL 1791; 2. LAVORI PREPARATORI AL CODE PÉNAL DEL 1810; 3. L'ARTICOLO 317 DEL CODE PÉNAL DEL 1810; 4. APPLICAZIONI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI; 5. I PARAGRAFI DA 128 A 132 DEL CODICE PENALE AUSTRIACO DEL 1803 E LA DISCIPLINA DEL CODICE DEL 1852; 6. APPLICAZIONI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI.

1. L'ARTICOLO 17 DEL CODE PÉNAL DEL 1791

Il codice penale del 1791 è il primo corpo normativo francese in materia penale. L'*ancien droit*, con il '*flétrissure*' (marchio di infamia), la frusta e la confisca, cedono il posto ad un nuovo diritto che si preoccupa della funzione di prevenzione generale positiva della pena, dell'indurre la collettività al bene, come emerge dalla frequenza di punizioni esemplari, arricchite dal *pathos* della teatralità dell'esecuzione pubblica. La privazione della libertà personale, nelle forme della morte, della galera, della reclusione in un carcere duro, della *gêne* (carcerazione meno dura della *maison de force*), della detenzione, della deportazione e della gogna¹, assolve alla funzione pedagogica della sanzione penale, che è centrale al sistema di valori enucleato nel codice. Mario Cattaneo, in merito al rapporto tra parte generale e parte speciale, afferma che "il codice francese del 1791 è praticamente privo di parte generale, ed è sostanzialmente formato da un'unica parte speciale: esso prevede, per ogni reato, una sola

¹ S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell'Ottocento: I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Cedam, Padova, 1993, p. 41.

pena ‘edittale’, senza possibilità, per il giudice di spaziare, nel caso concreto, tenuto conto delle singole circostanze, tra un minimo e un massimo della pena. È una reazione alla grande incertezza giuridica dell’*ancien régime*: il codice del 1791 porta all’estremo i principi dell’illuminismo giuridico”².

Il reato di aborto è disciplinato dal codice all’articolo 17³, e non può non far riflettere il trattamento sanzionatorio previsto, ossia quello di venti anni di reclusione a differenza della pena di morte con cui si punisce l’omicidio premeditato o volontario o anche solo tentato (articoli 11, 12 e 13⁴). Si tratta d’altra parte di una disposizione lapidaria, in quanto si limita a criminalizzare la condotta abortiva senza dare in realtà una definizione compiuta del reato. Non sono infatti precisate le modalità di esecuzione della condotta, essendo esplicitati soltanto – senza d’altra parte inserire un *numerus clausus* – i mezzi che possono essere impiegati perché si integri la fattispecie criminosa (“*par breuvage, par violence, ou par tous autres moyens*”). Non si è neppure espresso il *discrimen* tra consumazione e tentativo di reato: la condotta incriminata, in base al tenore letterale della norma, sembrerebbe quella integrante la versione consumata del reato. *Quid iuris* inoltre nel caso in cui il soggetto tenga la condotta di cui all’articolo 17 nei confronti di una donna non in stato interessante? Si incrimina il soggetto per la mera *voluntas criminis* o è necessario l’elemento materiale della condotta, ossia la lesione del bene vita del feto?

² M. A. CATTANEO, *Modernità e autoritarismo nel ‘Regolamento’ Penale Gregoriano*, in *I Regolamenti Penali di papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1831)*, Cedam, Padova, 2000, p. 23.

³ L’articolo recita: “*Chiunque con bevande, con violenza o con qualunque altro mezzo, avrà procurato l’aborto di una donna incinta, sarà punito con venti anni di reclusione*”; in lingua originale: “*Quiconque sera convaincu d’avoir, par breuvage, par violence, ou par tous autres moyens, procuré l’avortement d’une femme enceinte, sera puni de vingt années de fers*”.

⁴ Gli articoli 11, 12 e 13 recitano rispettivamente: “*L’homicide commis avec pré méditation, sera qualifié d’assassinat et puni de mort*”; “*L’homicide commis volontairement par poison, sera qualifié de crime d’empoisonnement, et puni de mort*”; “*L’assassinat quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l’article 11, lorsque l’attaque à dessein de tuer aura été effectuée*”.

Emerge inoltre il disvalore della sola condotta del soggetto che compie l'aborto, risultando quindi – stando sempre al significato *strictu sensu* della norma – impunita la medesima condotta se posta in essere dalla gestante stessa. Nessuna attenzione è poi rivolta alla sostanziale differenza se la donna sia consenziente o meno alla procedura. La donna appare quindi come un ‘soggetto muto’, della cui volontà nessuno, nemmeno il legislatore, si cura. È evidente come questa disposizione sia intrisa della concezione della *femme* che si respira al tempo della redazione del codice, in una società soltanto apparentemente “liberata” dalla Rivoluzione del 1789, ancorata ad una *forma mentis* fortemente maschilista⁵. L'abbandono dell'*Ancien Régime* determinato dalla rivoluzione del ‘Terzo Stato’ produce radicali cambiamenti: in primo luogo la famiglia, non più allargata ma mononucleare, composta da genitori e figli; la società, non soltanto quanto alla egemonia politica ma anche alla maggiore attenzione alla salute della donna e, nell'ambito di una forte laicizzazione della cultura favorita dai rivoluzionari, alla riduzione delle gravidanze, soprattutto nell'alta società, in seguito alla diffusione di nuove forme di contraccezione⁶. Si affermano inoltre le prime proteste femministe, come si evidenzia nei *Cahiers de doléances* del tempo. Le richieste avanzate in essi dal ‘gentil sesso’ mirano ad una rivalutazione del ruolo della donna non solo nel focolare domestico ma anche nel mondo sociale, come il diritto al lavoro, all'istruzione, al divorzio, a misure di sostegno delle donne abbandonate e delle ragazze madri⁷. È in questo fermento ideologico che va collocata la redazione del codice del 1791, e l'ambigua disciplina dell'aborto contenuta nell'articolo 17.

⁵ Sulla condizione della donna nel primo Ottocento cfr. O. DE GOUGES, *Declaration des droits de la Femme et de la Citoyenne*, Ed. Emanuel Gaulier, Paris, 2003; M.- F. BRIVE, *Les Femmes et la Révolution française: L'Effet 89*, PU du Mirail, Toulouse, 1991; G. DUBY - M. PERROT, *Storia delle donne in Occidente. Dal Rinascimento all'età moderna*, Ed. Economica Laterza, Bari, 1995.

⁶ J. RABAUT, *Histoire des féminismes français*, Stock, Paris, 1978, p. 39.

⁷ M. ALBISTUR - D. ARMOGATHE, *Histoire du féminisme en France du Moyen Age à nos jours*, Editions de femmes, Paris, 1977, p. 223.

2. LAVORI PREPARATORI AL CODE PÉNAL DEL 1810

Nella discussione preliminare al codice napoleonico si evidenzia la particolare delicatezza della questione, con particolare riferimento alla legittimità del frutto del concepimento, in ragione del fatto che “la natura ha coperto di un velo impenetrabile il momento della trasmissione dell’esistenza. I molteplici sforzi e il notevole progresso del genio umano, concentrato sulla conoscenza empirica, poco possono di fronte a questo imperscrutabile mistero”⁸. Il legislatore ha quindi dovuto definire la questione in via presuntiva, non essendo accessibile la via sperimentale.

La materia dell’aborto è una delle più spinose, e nella redazione del codice del 1810 il legislatore ha cercato di porre rimedio ad alcune scelte ‘fallaci’ del 1791: Louis Joseph Faure, in un suo commento al libro terzo del progetto del codice penale, sottolinea come primo pensiero dei progettisti sia quello infatti di eliminare la confusione destata dall’articolo 17 del 1791, in quanto “*elle punit de la même peine indistinctement toute personne coupable de ce crime. Celle confusion n’existera point dans la nouvelle loi*”, stabilendo una disciplina più rigorosa, con aggravamento di pena per soggetti ‘qualificati’ dal loro particolare ruolo sociale (medici, chirurghi, esercenti attività sanitarie)⁹. Di questo orientamento è stato

⁸ “*La nature a couvert d’un voile impénétrable la transmission de notre existence. On ne peut réfléchir sur un sujet aussi grand, sans s’humilier dans un respect religieux devant l’Intelligence suprême, qui connoît tout, parce qu’elle atout produit. Les fastes de la terre célèbrent les efforts du courage et les conquêtes du génie: dans la succession des siècles, l’homme a soumis à l’empire de sa force ou de ses perceptions, tout ce que ses sens peuvent atteindre: anature elle-même a rusouventveculersedes barrières et pénétrer ses secrets*” cfr. J. G. LOCÈRE, *Esprit du Code Napoléon tire de la discussion ou conference historique analytique et raisonnée du projet du Code Civil*, V, De l’Imprimerie Impériale, Paris, 1807-1814, p. 96.

⁹ “*L’article du nouveau Code relatif à l’avortement offre aussi plusieurs modifications importantes. La nécessité de punir ce crime n’a pas besoin d’être démontrée. La loi de 1791 ne l’a pas oublié. Mais elle punit de la même peine indistinctement toute personne coupable de ce crime. Celle confusion n’existera point dans la nouvelle loi. La femme coupable du crime d’avortement sera punie de la réclusion. Mais une peine plus rigoureuse, celle des travaux forcés à temps, aura lieu contre les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé qui auront procuré à la femme les moyens de se faire avorter. Ils sont en effet plus coupables que la femme même, lorsqu’ils font usage, pour détruire, d’un art qu’ils ne doivent employer qu’à conserver*” cfr. *Texte et exposé des motifs par M Faure du projet de loi contenant le titre I livre III chapitre III du Code*

antesignano Henri François D'Aguesseau – cui fa riferimento Faure – il quale puntualizzava come Ippocrate nel noto giuramento ponesse l'aborto come uno dei più gravi delitti che potessero essere commessi da un medico¹⁰. Charles Monseignat, nel commentare i lavori preparatori, concorda con “*les rédacteurs de la loi*” nella scelta di non aver punito il tentativo di aborto, in forza del fatto che “è molto difficile constatare secondo diritto un'intenzione quasi sempre incerta, un tentativo troppo spesso equivoco, soprattutto nel presupposto dell'inefficienza della causa e della nullità dei suoi risultati”¹¹, e di aver voluto adottare un aggravamento di pena per “*chirurgiens, médecins, pharmaciens et autres officiers de santé, qui auront indiqué ou fourni les breuvages ou médicaments destructeurs de l'œuvre de la nature, et fait usage pour détruire d'un art qu'ils ne doivent employer qu'à conserver*”¹².

Nella discussione preliminare all'approvazione del codice *in primis* si discute sulla distinzione tra tentativo e aborto consumato: Louis Emmanuel Corvetto propone di generalizzare la depenalizzazione del tentativo di aborto, “*lorsque les moyens qu'elle a employés n'ont pas produit l'avortement*”, ma il suo emendamento è considerato superfluo da Théophile Berlier, che sostiene che tale depenalizzazione sia già insita nell'espressione “*quiconque aura produit l'avortement*”, dalla quale si desume l'incriminazione del solo aborto consumato

des délits et des peines in *Archives Parlementaires de 1787 a 1860*, Librairie administrative de Paul Dupont, X, Paris, 1867, p. 533; cfr. J. G. LOCRÈ, *La Législation civile commerciale criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Tomo XXX, De l'Imprimerie De Crapelet, Paris, 1832, p. 380; L. RONDONNEAU, *Corps de droit français, civil commercial, criminel*, de l'Imprimerie de J. P. Jacob, Paris, 1811, p. 528.

¹⁰ *Texte et exposé des motifs par M.Faure*, cit., p. 533.

¹¹ “*Ce crime porte souvent sur des craintes et quand il n'est pas consommé, outre que la société n'éprouve aucun tort, c'est qu'il est fort difficile de constater légalement une intention presque toujours incertaine, une tentative trop souvent équivoque, surtout dans la supposition de l'impuissance de sa cause et de la nullité de ses résultats*” cfr. *Rapport par M.Monseignat sur le cinquième projet de loi du Code des délits et des peines contenant le livre III titre II chapitre II*, in *Archives Parlementaires de 1787 a 1860*, Librairie administrative de Paul Dupont, X, Paris, 1867, p. 599.

¹² *Rapport par M.Monseignat*, cit., p. 599; Quest'ultima espressione è piuttosto comune tra gli studiosi. V. *Texte et exposé des motifs par M.Faure*, cit., p. 533; J. E. BOITARD, *Leçons sur les codes pénal et d'instruction criminelle contenant le commentaire complet de ces codes*, Cotillon Libraire, Paris, 1863, p. 342.

to¹³. Auguste Regnaud di Saint Jean d'Angely sottolinea la lacunosità della disposizione con riferimento alla condotta abortiva del medico, che rimarrebbe così impunita, riflessione cui obietta Philippe Antoine Merlin, per il quale si può ottenere l'incriminazione dell' esercente attività sanitarie attraverso la norma che punisce il tentativo¹⁴. Jean Baptiste Treilhard ritiene convincente la tesi di Merlin, mentre Berlier afferma che *“les observations de M. Merlin l'engagent à revenir sur son premier avis et à adopter l'amendement de M. Corvetto”*¹⁵. Sebbene le osservazioni di Regnaud siano convincenti, in quanto *“a seul exprimé le désir que la simple que simple tentative fut punie comme l'avortement même”*, a confutare questa tesi si pone l'interesse sociale, in quanto se lo scopo perseguito dal legislatore è di far sì che i costumi si purifichino, deve anche aver paura di indirizzare verso procedure sconosciute e che conducono frequentemente, qualsiasi sia l'esito delle stesse, molto scandalo¹⁶. L'incriminazione del tentativo è una questione piuttosto spinosa, perché implica il *“pénétrer dans une matière aussi mystérieuse”*, e la scelta di quale via percorrere *“quand le crime n'aura pas été suivi de son effet”*. La commissione appare 'soddisfatta' della formulazione del progetto, in quanto *“c'est bien assez qu'on poursuive les auteurs d'un avortement consommé et la na-*

¹³ *“M. Corvetto demande qu'on généralise la disposition qui exempte de peine la femme, lorsque les moyens qu'elle a employés n'ont pas produit l'avortement. M. le comte Berlier dit que ces expressions, “quiconque aura produit l'avortement”, ne laissent pas de doute que leur application se borne aux avortements consommés ; ce qui rend l'amendement inutile”* cfr. J. G. LOCRÈ, *La Legislation*, cit., p. 380; A. CHAUVEAU, *Code pénal progressif: Commentaire sur la loi modificative du code pénal*, Chèz L'Editeur, Paris, 1832, p. 289.

¹⁴ *“M. le comte Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) dit qu'alors l'article n'est pas suffisant : un chirurgien qui ne réussirait pas demeurerait impuni, et néanmoins on ne peut pas prétendre qu'il soit innocent. M. Merlin répond que ce médecin serait atteint par la disposition qui punit la tentative de crime”* cfr. J. G. LOCRÈ, *La Legislation*, cit., p. 380; A. CHAUVEAU, *Code pénal progressif*, cit., p. 289.

¹⁵ J. G. LOCRÈ, *La Legislation*, cit., p. 380; cfr. A. CHAUVEAU, *Code pénal progressif*, cit., p. 289.

¹⁶ *“Aufond, M. Regnaud a seul exprimé le désir que la simple tentative fût punie comme l'avortement même; mais si le législateur doit désirer que les mœurs s'épurent, il doit craindre aussi de donner ouverture à des procédures indiscrètes, et qui amèneraient souvent, pour tout résultat, beaucoup de scandale”* cfr. J. G. LOCRÈ, *La Legislation*, cit., p. 380; A. CHAUVEAU, *Code pénal progressif*, cit., p. 289.

ture des choses prescrit de s'en tenir là”, ed è quindi un risultato sufficiente a non sollecitare interventi ulteriori¹⁷: “*l'article est adopté*”¹⁸.

Dibattuta è anche la distinzione tra infanticidio¹⁹ e aborto, in ragione della ‘consistente’ differenza di trattamento sanzionatorio tra le due ipotesi, come anche della differenziazione tra omicidio e infanticidio. Con riferimento a quest’ultimo binomio di reati, nei lavori preparatori in materia di uccisione di neonati non sono mancate le riflessioni sulla necessaria distinzione di sanzione, in quanto, come afferma Jean Jacques Régis de Cambacérès, “*le meurtre d'un enfant nouveau, né d'un être sans défense, est un crime encore plus horrible que l'homicide, qu'il ne doit donc pas être puni moins sévèrement*”, in quanto “*La pudeur ne doit donc point servir d'excuse pour une aussi grande atrocité*”²⁰. Anche nell’infanticidio, come nell’aborto, si evince una certa *pietas* nei confronti delle donne che commettono questi gesti così turpi e allo stesso tempo così ‘giustificati’ dagli studiosi del tempo²¹, in ragione del disonore per la prole illegittima. Si cela infatti una falsa filantropia nel sanzionare tali reati commessi dalla donna, che, pur essendo determinata da motivi ‘comprensibili’, tiene una condotta deprecabile, contro il buon costume, contro la legge, e contro la natura stessa che dà alla madre l’istinto di conservazione della progenie. Va tuttavia puntualizzato che, in base alla concezione dell’epoca e soprattutto alle nozioni di medicina legale del tempo²², il feto non era considerato un’entità vitale a tutti gli effetti, piuttosto

¹⁷ “*Comment, en effet, pénétrer dans une matière aussi mystérieuse? et comment croire qu'on voudra s'y engager quand le crime n'aura pas été suivi de son effet? c'est bien assez qu'on poursuive les auteurs d'un avortement consommé, et la nature des choses prescrit de s'en tenir là*” cfr. J. G. LOCRÈ, *La Législation*, cit., p. 380; A. CHAUVEAU, *Code pénal progressif*, cit., p. 289.

¹⁸ cfr. J. G. LOCRÈ, *La Législation*, cit., p. 380; A. CHAUVEAU, *Code pénal progressif*, cit., p. 289.

¹⁹ L’infanticidio è così definito da Chauveau e Hélie: “le meurtre commis par la mère ses enfants”. Cfr. A. CHAUVEAU - F. HELIE, *Théorie du code pénal*, III, Cosse et Marchal, Place Dauphine, 1862, p. 62.

²⁰ *Procès verbaux du Conseil d'État: séance du 12 novembre 1808*, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Librairie administrative de Paul Dupont, X, Paris, 1867, p. 383.

²¹ V. sul punto p. 16 ss. del presente capitolo.

²² M. MAHON, voce *Cordon Ombilical*, in *Encyclopédie méthodique*, Tomo V, C. L. F. Panckoucke éditeur, Parigi, 1892, p. 124; N. P. ADELON - F. P. CHAUMETON, voce *Fœtus*, in *Dictionnaire*

una parte del corpo della donna – gli antichi romani parlavano di *portio mulieris vel viscerum* – di cui ella poteva disporre, come se si trattasse di qualsiasi altro brandello di carne. Conseguentemente anche nel progetto del codice del 1810 si evidenzia un κλ□μαξ ascendente di gravità del reato nel confronto tra infanticidio e aborto, e nel processo verbale è palese il maggior interesse verso il primo piuttosto che verso il secondo, ridotto a mero ‘effetto collaterale’ del mal di vivere del tempo.

Nei lavori preparatori in materia di infanticidio si evidenzia una particolare attenzione sul trattamento sanzionatorio e sulla distinzione tra tale fattispecie e l’aborto procurato. Con riferimento al primo si apre un aspro dibattito tra i commissari: Antoine-François de Fourcrot avanza delle perplessità sulla pena di morte, che “*avoir de grands inconvénients*”, ma al contrario Faure risponde che questa pena è ‘rivendicata’ dalla giurisprudenza “*parce que le crime d’infanticide devient de jour en jour plus fréquent*”, e Antoine Jacques Claude Joseph Boulat sostiene che non si tratta di una sanzione eccessiva in quanto il reo “*qui tue un malheureux enfant sans défense*”²³. La questione non è di facile soluzione, in quanto, afferma Treilhard, che di certo tale pena non è irrogata nei confronti di “*une mère que la crainte du déshonneur a égaré*”, mentre Jacques Joseph Defermon opta per la sua applicazione alle sole donne sposate, che potrebbero servirsi dell’infanticidio per occultare l’adulterio commesso, o le figlie che, per paura dei genitori o spinte da falso pudore, commetterebbero tale reato cadute in “*une sorte de délire*”²⁴. Berlier si chiede se sia più opportuno punire l’infanticidio con la pena di morte o piuttosto con la deportazione: ci sono in-

naire des sciences medicales, Tomo XVI, C. L. F. Panckoucke éditeur, Parigi, 1816, p. 50; A. DELPEAU, voce *Accouchement*, in *Traité complet de l’art des accouchemens*, terza edizione, Chez H. Dumont éditeur, Bruxelles, 1835, p. 223; D. J. JOULIN, *Traité complet d’accouchement*, F. Savy éditeur, Parigi, 1867, p. 662; Contra C. G. A. OMODEI - C. A. CALDERINI - R. GRIFFINI, *Annali universali di medicina legale*, XVI, Società degli Editori degli Annali Universali delle Scienze e dell’industria, Milano, 1855, p. 683.

²³ *Procès verbaux du Conseil d’État: séance du 12 novembre 1808*, cit., p. 382.

²⁴ *Procès verbaux du Conseil d’État: séance du 12 novembre 1808*, cit., p. 383.

fatti tanti aspetti “*pour ne pas infliger la peine suprême à une fille devenue mère et qui le plus souvent ne s’est portée à l’action atroce de détruire son enfant, que pour cacher son déshonneur*”, la cui posizione non è affatto comparabile a quella di un assassino o di un delinquente abituale²⁵. Quanto al secondo aspetto, Jean Jacques Régis de Cambacérès, insignito “*le prince archichancelier de l’empire*”, afferma che tuttavia non bisogna, come fa il progetto, confondere l’aborto con l’infanticidio. Nello stato di rilassamento in cui si trovano i costumi è possibile che una madre, sedotta da una falsa vergogna, creda di prevenire piuttosto che annientare l’esistenza del bambino che ella porta in grembo, ma causare la morte di un bambino dopo la sua nascita è un atto di barbarie il cui orrore non può essere mascherato dall’illudersi che questo crimine merita certamente la morte²⁶. Berlier, aderendo alla posizione di Cambacérès in merito alla “*distinction entre l’infanticide et l’avortement procuré*”, puntualizza che lo stesso progetto adotta con ragione tale distinzione “*en infligeant des peines différentes à l’un et à l’autre de ces crimes*”²⁷.

²⁵ *Procès verbaux du Conseil d’État: séance du 12 novembre 1808*, cit., p. 384.

²⁶ “*Néanmoins, il ne faut pas, comme fait le projet, confondre l’avortement avec l’infanticide. Dans l’état de relâchement où sont les mœurs, il est possible qu’une mère séduite par une fausse honte, croie plutôt prévenir qu’anéantir l’existence de l’enfant qu’elle porte dans son sein, mais donner la mort à son enfant après qu’il est né est un acte de barbarie, dont l’horreur ne saurait être palliée par aucune illusion ce crime mérite certainement la mort*” cfr. *Procès verbaux du Conseil d’État: séance du 12 novembre 1808*, cit., p. 383.

²⁷ *Procès verbaux du Conseil d’État: séance du 12 novembre 1808*, cit., p. 383.

3. L'ARTICOLO 317 DEL CODE PÉNAL DEL 1810

Nel *code pénal* del 1810 si riversano le delusioni e le rimostranze avanzate dai deputati della Costituente che forse avevano riposto troppe aspettative nel *code* del 1791, rimanendone per lo più delusi. Insoddisfacenti erano stati infatti i risultati delle nuove istituzioni, in primo luogo quello della giuria, e di altri mezzi di repressione, inidonei a redimere il reo. Ciò determina il ripristino di pene dell'*ancien droit*, tra cui la mutilazione del pugno, il marchio, la morte civile e la confisca generale²⁸, come anche la restituzione ai giudici del potere discrezionale legale di definizione del trattamento sanzionatorio in materia di pene temporanee, che ritornano alla loro originaria collocazione tra pena di morte e pene perpetue. Alberto Cadoppi, nel commentare il codice napoleonico, afferma che “il codice francese del 1810 è codice dalla struttura semplice ma solida. Esso contiene una parte generale stringata, ove la dimensione scientifica sembra restare in secondo piano, e viceversa spiccano minuziose prescrizioni nel capitolo delle pene. La parte speciale si sviluppa secondo criteri di economicità del linguaggio”²⁹. Definisce poi nello specifico le due caratteristiche di questo *corpus* normativo, ossia “essenzialità della parte generale”, e “perentorietà dei comandi contenuti nella parte speciale”, affermando che “le fattispecie sono in realtà dei ‘nudi imperativi’ rivolti ai cittadini, laddove le definizioni e le descrizioni sembrano ridotte al minimo. La struttura di questo codice rispecchia la funzione cui esso mirava. I suoi destinatari sembrano essere direttamente i cittadini, non dei giuristi. Le sue norme sembrano porsi essenzialmente quali ‘regole di condotta’, e non di ‘aggiudicazione’, ossia di ap-

²⁸ S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell'Ottocento*, cit., p. 45.

²⁹ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale: A proposito del “Regolamento sui delitti e sulla pena” del 1832, il ‘brutto anatroccolo’ dei codici penali della Restaurazione*”, in *I Regolamenti Penali di papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1831)*, Cedam, Padova, 2000, p. 62.

plicazione delle norme da parte degli operatori”³⁰. Da ciò deriva che “nel caso del codice francese, il diritto penale ed i suoi contenuti sono frutto di una decisione politica del sovrano. È Napoleone che decide cosa proibire e cosa comandare, e i cittadini debbono obbedire a ciò che viene loro perentoriamente imposto, come i figli debbono obbedire ai genitori. Non importa se tutto ciò è conforme a qualcosa di superiore, ad un diritto naturale patrimonio di tutti e di ognuno. L’importante è che sia scritto a chiare lettere nel codice. I cittadini debbono comunque obbedire”³¹. Cadoppi puntualizza tuttavia che non si tratta di un principio valido in assoluto, e che si debba piuttosto dire che “Il codice francese era in realtà diretto sia ai cittadini che ai giudici, ma in particolar modo tenendo presente le esigenze dei cittadini”³².

La maggiore attenzione alla repressione dei reati si evidenzia anche nell’impegno profuso dal legislatore del 1810 – rispetto a quello del 1791 – nella definizione della fattispecie criminosa, come emerge palesemente proprio dal confronto delle rispettive disposizioni in materia di aborto: l’articolo 17 era, come affermato da Chauveau ed Helie³³, evidentemente lacunoso e insoddisfacente; l’articolo 317³⁴ contiene invece una disciplina più corposa, sebbene anch’essa non del tutto risolutiva. Risulta penalmente rilevante la condotta abortiva se tenuta, in base al primo comma, da un qualsiasi soggetto, in base al secondo comma, dalla gestante su se stessa, in base al terzo comma, con ag-

³⁰ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 62.

³¹ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 63.

³² A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 68.

³³ “*Cette disposition, évidemment incomplète, ne punissait que l’agent et non la femme, et la peine était la même, quoiqu’elle eût ou non consenti?*” cfr. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Théorie du code pénal*, Cosse et Marchal, Place Dauphine, 1862, IV, p. 52.

³⁴ L’articolo recita: “*Chiunque con alimenti, bevande, medicamenti, violenze, o con qualunque altro mezzo avrà procurato l’aborto di una donna incinta, abbia, o no, questa acconsentito, sarà punito colla reclusione. La stessa pena sarà pronunciata contro alla donna che avrà procurato da se stessa l’aborto o che avrà acconsentito a far uso dei mezzi ad essa indicati o apprestati a quest’effetto, se ne è seguito l’aborto. I medici, i chirurghi ed altri uffiziali di sanità, come anche gli speciali che avranno indicato o amministrato questi mezzi, saranno condannati alla pena dei lavori forzati a tempo nel caso in cui non avesse avuto luogo l’aborto?*”.

gravamento di pena, da un medico o altro soggetto esercente attività sanitarie. Nel primo caso, in cui si incrimina la procedura abortiva compiuta da un qualsiasi soggetto, si enunciano come strumenti impiegabili per la commissione del reato “*aliments, breuvages, médicaments, violences*”. Rispetto alla precedente versione sono inseriti ‘*ex novo*’ gli alimenti e i preparati farmacologici, che hanno di per sé proprietà terapeutiche, ma che somministrati a donne in stato interessante determinano l’interruzione della gravidanza. L’estensione della portata dei mezzi, di per sé leciti, che possono essere adoperati per procurare l’aborto, appalesa una *vis* incriminatoria più pressante, tesa a coprire eventuali margini di ‘depenalizzazione’. Oltre a questa elencazione esemplificativa, il codice francese riporta anche una locuzione generica per comprendere tutti gli altri mezzi idonei allo scopo. Non sono mancate elucubrazioni molto vivide in materia tra i giuristi: Jacques Frédéric Rauter³⁵ sostiene che anche un repentino spavento possa provocare l’aborto; conseguentemente sarebbe incriminato anche chi fa uso di questo ‘mezzo’ per determinare l’interruzione della gravidanza. Non è chiaro inoltre se possa inserirsi nell’espressione “qualsiasi mezzo idoneo” anche l’omissione dell’impiego di mezzi idonei ad evitare l’interruzione della gravidanza.

Il codice del 1810, parimenti al *code* del 1791, non pone l’accento sul consenso della donna alla procedura, come emerge dalla previsione di un eguale trattamento sanzionatorio sia che il reo agisca col consenso della donna sia che commetta il reato *invita vel ignorante ea*, nonostante sia palesemente più grave proprio quest’ultima ipotesi³⁶.

Nel secondo comma si incrimina la condotta abortiva compiuta dalla donna su se stessa o che abbia collaborato alla procedura, impiegando i mezzi

³⁵ J. F. RAUTER, *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, II, Charles Ingray Editeur, Paris, 1836, p. 40.

³⁶ Sulle ragioni che probabilmente hanno indotto il legislatore a questa disposizione si rimanda alle riflessioni già espresse sull’articolo 17 del 1791 p. 3.

idonei allo scopo. Con questa disposizione si colma un'importante lacuna contenuta nel codice del 1791, in cui non si prevedeva esplicitamente l'ipotesi di aborto 'auto-procurato'.

Nel terzo comma si stabilisce un aggravamento di pena in presenza del *quid pluris* della qualità del reo consistente nell'esercizio dell'attività di medico, di "uffiziale di sanità" e di attività sanitarie accessorie³⁷. La probabile *ratio* dell'inasprimento del trattamento sanzionatorio risiede nell'importante ruolo sociale ricoperto dal medico, il cui ausilio nel compimento di questa procedura può determinare un'importante spinta psicologica, dato il fondato timore della donna verso tale intervento, particolarmente delicato e così facilmente letale. Soltanto nel terzo comma si statuisce la penalizzazione non solo del reato consumato ma anche del tentativo. Nei primi due commi le espressioni "se avrà procurato", "se ne è seguito l'aborto" inducono a ritenere che si incrimini la sola versione consumata, anche se non mancano interventi della dottrina e della giurisprudenza in senso contrario.

³⁷ "La qualità di medico, chirurgo od uffiziale di sanità, essendo una circostanza aggravante del crimine, deve, a pena di nullità, costituire oggetto di una analisi distinta dei giurati". Cass. 10 dicembre 1835, cfr. A. CHAUVEAU - F. HELIE, *Theorie*, cit., p. 55.

4. APPLICAZIONI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI

Cambacérés³⁸ afferma la necessità di non confondere l'aborto con l'infanticidio³⁹. E' infatti possibile che una madre, per vergogna, preferisca prevenire piuttosto che distruggere l'esistenza del bambino che porta in grembo. Si tratta di un'opinione diffusa nella dottrina, che vede concordi anche Adolphe Chauveau e Faustin Hélie⁴⁰, secondo i quali "dare la morte al suo bambino dopo la nascita è un atto di barbarie il cui orrore non può essere attenuato da alcuna illusione. Questa distinzione è ovvia: la donna incinta non è ancora madre, non può essere trattenuta dall'amore di un bambino che non conosce, è più scusabile quando si lascia trascinare dal solo timore del disonore; la sua azione è meno atroce, perché ci sono meno ripugnanze da superare; e quindi è certo che quest'essere che ella ha distrutto avrebbe continuato a vivere e si sarebbe formato? Il crimine è dunque meno grave, i risultati meno disastrosi. Queste due ragioni hanno dovuto mettere l'aborto, agli occhi del legislatore, al di sotto dell'infanticidio". Merlin è di orientamento diverso: non dovrebbe essere stabilita una pena più leggera per l'aborto ed una più grave per l'infanticidio, in quanto in entrambi i casi "si estingue la speranza di un padre, la memoria del suo nome, l'appoggio della sua famiglia, l'erede dei suoi beni; si priva anche la natura di un uomo e lo Stato di un cittadino. Nel primo caso si ha un omicidio, nel secondo un omicidio avanzato. Si potrebbe aggiungere poi che la malizia è uguale nel distruggere la speranza di un uomo e l'uomo già formato", tuttavia non va dimenticato che c'è una differenza estrema tra questi crimini dal punto di vista religioso anche se non sussiste dal

³⁸ Intervento di J. J. Cambacérés nel procès-verbal du Conseil d'Etat, séance du 8 nov. 1808.

³⁹ Sulla differenza degli elementi costitutivi dell'aborto e dell'infanticidio v. Cass. 16 octobre 1817 e 30 janvier 1851 cfr. P. A. MORIN, *Répertoire général et raisonné du droit criminel*, II, Chez A. Durand Éditeur, Paris, 1851, p. 219.

⁴⁰ A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Theorie*, cit., p. 52.

punto di vista politico⁴¹. Destriveaux sostiene invece che, tra il crimine della gestante che abortisce all’ottavo–nono mese di gravidanza e quello della donna che uccide il figlio a poche ore dal parto non vi è una differenza tale da giustificare la distanza tra la reclusione e la pena di morte. Lo studioso, tra il legislatore del 1791 – che punisce l’aborto con la pena di morte – e quello più mi-
te del 1810 – che prevede venti anni di reclusione – sembra più in sintonia con il primo: sebbene non ritenga opportuno reintrodurre la pena di morte, propone una modifica *in peius* del trattamento sanzionatorio⁴².

Manca nel codice un riferimento attento al consenso da parte della donna alla procedura. Tale distinzione non è di poco conto, ed è ben sottolineata da Pierre Joseph Destriveaux⁴³: “Colui che procura l’aborto ad una donna col suo consenso viola le leggi civili e naturali riguardo al bambino; ma chi fa abortire una donna a sua insaputa o contro la sua volontà viola le stesse leggi con riguardo sia al bambino che alla donna; e la espone inoltre ad una grave accusa, quella di passare per complice del suo crimine. Si metterà sullo stesso piano colui che fa abortire una donna clandestinamente incinta con il

⁴¹ “*Il ne paraît pas que la peine de celui qui procure un Avortement avant le temps de la formation, doive Être plus légère que la peine de ceux qui donnent la mort à un enfant déjà formé. Le dessein des uns et des autres est également criminel. Ils éteignent également l’espérance d’un père, la mémoire de son nom, l’appui de sa famille, l’héritier de ses biens. Ils privent également la nature d’un homme, et la république d’un citoyen. L’un fait mourir un homme déjà formé; l’autre l’empêche de se former. L’action du premier est un véritable homicide; le crime du second est un homicide avancé. Cependant on peut répondre, d’un autre côté, que, quand on conviendrait que la malice est égale dans celui qui détruit l’espérance d’un homme, et dans celui qui fait mourir un homme déjà formé, il faut néanmoins reconnaître que, dans les principes de la foi catholique, il y a toujours une extrême différence entre ces deux crimes; et que, s’ils sont égaux par rapport à la politique, l’un est beaucoup plus atroce que l’autre, par rapport à la religion*” cfr. P. A. MERLIN, *Rèpertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Garnery Libraire Editeur, Paris, 1827, p. 669.

⁴² “*Entre le crime d’une femme qui se fait avorter au septième ou au huitième mois de sa grossesse, et celle qui tue son enfant au moment où il vient de naître, il n’existe pas une distance aussi grande qu’entre la réclusion et la mort. L’une de ces peines pourroit être augmentée, et l’autre réduite comme nous l’avons dit. L’avortement étoit anciennement puni de mort; sous le Code pénal de 1791, il étoit puni de vingt années de fers; d’autres ont distingué si le fœtus détruit étoit animé ou ne l’étoit pas; mais cette distinction, quelquefois utile, a disparu de nos lois. Sans admettre la peine de mort, je crois que l’on pourroit faire un retour à plus de sévérité, en maintenant de salutaires proportions; mais l’art. 317 devoit, dans tous les cas, éprouver des changemens*” cfr. P. J. DESTRIVEAUX, *Essais sur le code pénal*, Collardin imprimeur de l’université, Liège, 1818, p. 127.

⁴³ P. J. DESTRIVEAUX, *Essais*, cit., p. 127.

suo consenso, e colui che farà abortire all'insaputa dello sposo legittimo la donna che porta in grembo la speranza di una famiglia?". D'altra parte, come sottolineato da Chauveau e Hélie, la donna può essere spinta all'aborto da ragioni diverse che possono anche muovere a compassione, ma colui che compie l'aborto ed è estraneo alla gestante non può essere giustificato in alcun modo. Sarebbe quindi opportuno differenziare il grado di disvalore delle condotte. Poco è utile quindi la delineazione in tre distinte condotte riconducibili a colui che compie la procedura (prevedendo un aggravamento di pena quando si tratti di medico o altro esercente attività sanitarie che partecipino all'intervento) e alla donna, se poi tale differenziazione non si concretizza in un diverso trattamento sanzionatorio. Gli elementi essenziali della prima fattispecie criminosa sono la "*volonté coupable qui constitue l'élément moral du crime*", ossia l'*animus* che si verifichi l'evento lesivo, e il verificarsi della lesione del bene protetto, indipendentemente dal consenso della donna e nell'ambito dei mezzi stabiliti dalla legge⁴⁴. Chauveau e Hélie si interrogano poi sulla qualificazione giuridica dell'ipotesi in cui l'aborto sia stata la conseguenza di una condotta violenta verso la donna ma non diretta volontariamente a recare nocimento al feto. Secondo Claude Sébastien Bourgignon Dumolard⁴⁵ si tratterebbe di omicidio preterintenzionale; Daniel Jousse⁴⁶ distingue invece tra l'intenzionalità o meno della condotta: nel primo caso va imposta la pena di morte, nel secondo *la peine doit être arbitraire*. Chauveau e Hélie in proposito affermano: "Ed infatti, come il crimine potrebbe esistere se l'agente non aveva l'intenzione di commetterlo? La qualificazione e la pena prenderebbero dunque per base unica il fatto materiale, a prescindere dalla moralità? L'agente ha commesso violenze,

⁴⁴ "Il faut que l'agent ait eu la volonté de faire avorter la femme; il faut ensuite qu'il ait procuré l'avortement, quel que soit le moyen qu'il ait employé, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, et soit que la femme ait ou non consenti à l'emploi de ces moyens" cfr. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Theorie*, cit., p. 56.

⁴⁵ C. S. BOURGIGNON - DUMOLARD, *Manuel d'instruction criminelle*, D'Antoine Bavoux Editeur, Paris, 1825, p. 675.

⁴⁶ D. JOUSSE, *Traité de matieres criminelles*, Debure, Paris, 1771, p. 22.

ne è responsabile; deve essere punito in ragione della loro gravità; ma può essere responsabile dell'aborto che queste violenze hanno potuto causare, se ignorava la gravidanza⁴⁷?”. Anche la magistratura⁴⁸ percepisce questa difficoltà nell'accertare l'intenzionalità della condotta abortiva, elemento essenziale perché si configuri la fattispecie incriminata, e ciò è palese in numerose sentenze, che avvalorano così la tesi della dottrina in merito alla necessità di quest'ulteriore elemento.

Quanto alla possibilità di incriminare non solo il delitto consumato ma anche il tentativo, *“l'article 317 qui a prévu et punit le crime d'avortement doit être entendu et exécuté dans le sens qui résulte clairement de son texte”*, e conseguentemente l'articolo 2 del code pénal⁴⁹, che dispone il medesimo trattamento sanzionatorio per entrambe le ipotesi, non si applica alla sola condotta della gestante, *“que le législateur a eu des motifs graves pour traiter avec indulgence les personnes du sexe enceintes, lorsque le crime n'a pas été consommé”*. Le altre condotte incriminate dall'articolo 317 sono quindi connotate da un aggravamento di pena in caso di reato consumato⁵⁰. Si tratta tuttavia di un'interpretazione del testo codicistico elaborata dalla giurisprudenza, in ragione del fatto che se questa si fosse attenuta al tenore letterale della norma, *“La pena dei lavori forzati, che questa disposizione pronuncia contro i medici, non è applicabile se non in caso di aborto consumato; la conseguenza naturale di queste parole è che il tentativo di*

⁴⁷ *“Et en effet, comment le crime pourrait il exister si l'agent n'avait pas l'intention de le commettre? La qualification et la peine prendraient donc pour base unique le fait matériel, abstraction faite de la moralité? L'agent a commis des violences, il en est responsable; il doit être puni a raison de leur gravité; mais peut il être responsable de l'avortement que ces violences ont pu causer, s'il ignorait la grossesse?”* cfr. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Theorie*, cit., p. 58.

⁴⁸ Cass. 18 ottobre 1850, Bull, n. 362 cfr. A. CHAUVEAU – F. HÉLIE, *Theorie*, cit., p. 58.

⁴⁹ L'articolo recita: *“Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même”*.

⁵⁰ Contra J. M. LEGRAVEREND, *Traité de la Législation Criminelle*, I, Société typographique belge, Bruxelles, 1839, p. 121; M. CARNOT, *Commentaire sur le code pénal*, II, De Mat P.J., Bruxelles, 1835, p. 63; J. F. RAUTER, *Traite*, cit., p. 39; cfr. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Theorie*, cit., p. 58.

aborto e l'aborto mancato non sono suscettibili di nessuna pena con riguardo ai medici e ai semplici privati⁵¹. Conseguentemente “la corte di cassazione ne ha tratto un altro corollario; non poteva ammettere che il tentativo restasse impunito nei confronti del medico, tentativo che invece sarebbe stato suscettibile di pena se commesso da ogni altra persona; ha dichiarato che questo medico, la cui pena si trova aggravata dalla terza parte dell' articolo, se l'aborto era stato eseguito, doveva rientrare, in caso di semplice tentativo, nella disposizione del primo comma⁵²”. Tuttavia applicando tale disposizione verrebbe meno l'aggravamento di pena derivante dalla qualità soggettiva di medico ed esercente attività sanitarie: se la condotta abortiva, posta in essere dal medico, si arrestasse al tentativo, verrebbe punita in modo meno grave del delitto consumato (se compiuto proprio dal medico). Chauveau e Hélie esprimono i loro dubbi in merito a tale soluzione: “Ma come ammettere una deroga così formale al principio che vuole che il tentativo sia punito come il crimine stesso? Come ammettere che il tentativo e l'esecuzione dell'aborto, che determinerebbero l'applicazione della medesima pena in ogni altra persona, determinano una pena diversa nel medico?”. È difficile effettivamente comprendere come si possa giustificare tale deroga all'articolo 2 *code pénal*. Tali contraddizioni scompaiono se si applica ai tre commi il trattamento sanzionatorio dell'aborto tentato, con riguardo alla donna, ai terzi e ai medici, allo stesso modo di quello della versione consumata, in quanto il senso dell'articolo appare più chiaro, e

⁵¹ “La peine des travaux forcés, que cette disposition prononce contre les hommes de l'art, n'est applicable que dans le cas où l'avortement aurait eu lieu ; la conséquence naturelle de ces termes est que la tentative de l'avortement et l'avortement manqué ne sont passibles d'aucune peine à l'égard des hommes de l'art comme à l'égard de toutes autres personnes” cfr. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Theorie*, cit., p. 63.

⁵² “La cour de cassation en a tiré un autre corollaire; elle ne pouvait admettre que la tentative restât impunie chez le médecin, tandis qu'elle aurait été passible d'une peine chez toute autre personne; elle a déclaré que ce médecin, dont la peine se trouve aggravée par la troisième partie de l'article, si l'avortement s'est effectué, devait rentrer, au cas d'une simple tentative, dans la disposition du premier paragraphe” cfr. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Theorie*, cit., p. 63.

le sue disposizioni si conciliano perfettamente tra di loro: non si assiste più all'incriminazione della donna in caso di tentativo allorchè abbia agito sola, e la depenalizzazione della medesima condotta se commessa con l'aiuto di complici; e si elimina la sostanziale *contradictio in terminis* secondo la quale i medici sono puniti con aggravamento di pena se l'aborto è stato compiuto, e come semplici privati se è mancata la consumazione; i principi elementari del codice non sono alterati dall'interpretazione di poco attenti operatori del diritto, volendo far rientrare 'forzosamente' un'ipotesi tra quelle eccezionali previste dalla legge, quando in realtà tra esse non figura⁵³. Molto probabilmente nella redazione del primo comma dell'articolo la *ratio* seguita dal legislatore è stata quella di contemplare anche le ipotesi del tentativo, in quanto si tratta di un attentato dei più gravi che possano essere rivolti alla persona, ed era opportuno punire in caso di lesione del bene vita del nascituro sia potenziale che effettivo, anche in ragione della difficoltà probatoria di ricostruire gli elementi del reato tentato. Tuttavia tale volontà non emerge esplicitamente dall'articolo, dal cui tenore letterale si desume che la sola condotta suscettibile di pena è quella di aborto consumato e non tentato. Non pochi sono stati però i giudici⁵⁴ che hanno tentato di incriminare il tentativo, basandosi sulla prova dell'intenzionalità della condotta esteriore (l'articolo 2 parla di atti esterni), il cui arresto deve essere dovuto a cause indipendenti dall'autore, e dello stato interessante della donna, in mancanza del quale verrebbe meno il disvalore della condotta per impossibilità del reato. La stessa Corte di Cassazione di

⁵³ “*Si l'on admet comme une règle commune aux trois paragraphes que l'avortement n'est puni, soit à l'égard de la femme, des tiers et des médecins, qu'autant qu'il s'est effectué le sens de l'article devient simple, naturel, et ses dispositions se concilient parfaitement entre elles : nous ne voyons plus la femme punie à raison de la simple tentative lorsqu'elle a agi seule, impunie lorsqu'elle a pris des complices; nous ne voyons plus les médecins incriminés comme médecins si l'avortement a été suivi d'effet, et comme simples particuliers si l'effet a été manqué ; nous ne voyons plus enfin les principes élémentaires du code bouleversés par voie d'interprétation, et sans que la loi ait pris soin d'écrire l'exception qu'elle créait à ses propres règles*” cfr. A. CHAUVEAU-F. HÉLIE, *Theorie*, cit., p. 63.

⁵⁴ Cass. 16 giugno 1853, Bull. n.212 cfr. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Theorie*, cit., IV; Cass. 6 gennaio 1859, Bull. n.2 cfr. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Theorie*, cit., p. 63.

Seine-et-Oise ha assunto una posizione contraddittoria, ammettendo l'incriminazione del tentativo in precedenti decisioni e poi escludendolo nella sentenza del 16 ottobre 1817⁵⁵, non solo nel primo ma anche nel secondo comma dell'articolo 317. Si deve quindi ritenere che la corte in quel caso abbia deciso di interpretare la norma nel senso più ristretto e favorevole⁵⁶.

Nel secondo comma l'articolo incrimina l'aborto procurato dalla donna su se stessa o con complici: entrambe le ipotesi sono configurate nella versione consumata e non tentata della condotta. Il consenso della donna non depenalizza la condotta del complice, perché la violenza ha ad oggetto l'aborto e non la volontà della gestante. L'aggravamento di pena previsto invece nel terzo comma derivante dalla qualità soggettiva di medico attiene alla violazione da parte del soggetto non soltanto della legge ma anche dell'etica professionale, in quanto come affermano Chauveau e Hélie nella loro opera, "*Ils sont en effet plus coupables que la femme même, lorsqu'ils font usage, pour détruire, d'un art qu'ils ne doivent employer qu'à conserver*". L'aggravamento non ha però nulla a che fare con l'incriminazione del tentativo, in quanto il reato si configura in presenza, come detto sopra, del fatto materiale dell'aborto e della volontà di commetterlo; la maggiore gravità del trattamento sanzionatorio è determinata anche dal fatto che la collaborazione del medico è un notevole stimolo per la donna ad abortire, in quanto abbandonata alle sue esigue conoscenze mediche, abbandonerebbe più facilmente il suo proposito. Va tuttavia esaminata la particolare ipotesi in cui il medico non sia consapevole della gravidanza (celata dalla gestante allo scopo di procurarsi l'aborto) e faccia assumere alla donna un medicinale che determina così l'interruzione della gravidanza. Data la necessità della *volun-*

⁵⁵ Cass. 16 ottobre 1812, Bull. n. 245, cfr. C. S. BOURGIGNON - DUMOLARD, *Jurisprudence des codes criminels*, III, D'Antoine Bavoux Éditeur, Paris, 1825, p. 290.

⁵⁶ "*Il est donc présumable que lorsque la question se présentera désormais, la Cour de Cassation n'admettra point de tentative d'avortement volontaire, non plus pour la femme que pour ses complices, et qu'elle reviendra à sa propre doctrine consistant à n'interpréter la loi pénale que dans le sens le plus restreint et le plus favorable*" cfr. C. S. BOURGIGNON - DUMOLARD, *Jurisprudence*, cit., p. 291.

tas criminis come elemento essenziale del reato, in questo particolare caso il medico non risponde del reato commesso. Ma necessario è anche lo stato di gravidanza della donna: Destriveaux definisce un pleonasma l'espressione "far abortire una donna incinta"; si può far abortire infatti una donna che non sia incinta⁵⁷? È stata affrontata dalla giurisprudenza anche l'ipotesi di aborto derivato come conseguenza non voluta da atti di lesione personale su una gestante al secondo mese di gravidanza. Questo caso è riportato da Bourgignon che afferma: "Quando l'aborto è stato causato da violenze esercitate volontariamente, ma tuttavia senza intenzione di produrlo, l'autore di queste violenze deve essere punito con la pena prevista dall'articolo 317?" Il caso è stato giudicato dalla Corte di Cassazione che l'8 ottobre 1812, ha deciso della causa di un individuo che aveva colpito con mantice e piedi il ventre di una donna sposata, incinta di due mesi, con la quale stava litigando; la corte giudicò che queste violenze, che hanno causato l'aborto di questa donna, hanno integrato una fattispecie simile a quella di omicidio causato da violenze volontarie e senza intenzione di dare la morte⁵⁸". La Corte di Cassazione ha infatti statuito come espediente per la risoluzione della questione l'analisi della intenzione dell'agente nel momento in cui questi ha tenuto la condotta⁵⁹.

⁵⁷ P. J. DESTRIVEAUX, *Essais*, cit., p. 127.

⁵⁸ V. nello stesso senso, Cass. 20 août 1815, 19 avril 1839, 30 janvier 1851 cfr. P. A. MORIN, *Répertoire*, cit., p.218; Contra 14 février 1812, au rapport De Lamarque, 22 octobre 1812, au rapport De MM. Aumont et Oudart; 2 juillet 1819, au rapport de M. Olliveri; cfr. Bull. 1819 p. 253 e C. S. BOURGIGNON - DUMOLARD, *Jurisprudence*, cit., p. 292.

⁵⁹ "L'intenzione criminosa, è necessaria per costituire la colpevolezza e deve essere espressamente dichiarata dai giurati?". Cass. 27 giugno 1806, cfr. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Theorie*, cit., p. 58.

5. I PARAGRAFI DA 128 A 132 DEL CODICE PENALE AUSTRIACO DEL 1803 E LA DISCIPLINA DEL CODICE DEL 1852

Il codice penale universale austriaco, promulgato nel 1803, è stato fortemente influenzato dalla codificazione Giuseppina del 1787 e da quella rivoluzionaria del 1791. La volontà di far tesoro dell'esperienza dei predecessori si evince proprio dalle parole di Francesco II poste a prefazione del codice⁶⁰. Questo *corpus* ospita la *summa divisio* tra i delitti, che occupano la prima parte, e le gravi trasgressioni di polizia, che impegnano la seconda parte. Cadoppi afferma che l'opera asburgica abbia per destinatari più i giuristi che i cittadini: “si tratta di un codice dalle ambizioni scientifiche, che si manifestano soprattutto nell'ampia e tassonomica parte generale, ed anche nella didascalica e sovrabbondante parte speciale. Il codice austriaco sembra più la sintesi di un trattato di diritto criminale che una legge puramente destinata a comandare o a vietare certe azioni. Dalla struttura alla funzione: il codice austriaco sembra meno rivolto ai cittadini, e maggiormente ai giuristi, giudici, avvocati, magari persino professori. Esso sembra contenere le regole ‘di aggiudicazione’, più che quelle di condotta”⁶¹. Si tratta quindi di un codice dalla “forte impronta teorico scientifica”, dalla quale emerge il peculiare “modo di considerare il diritto penale ed i cittadini, nonché il rapporto di essi col diritto penale”⁶²: “Il codice austriaco è sì espressione della volontà del sovrano, ma la volontà del sovrano ‘illuminato’ è condizionata a sua volta dai superiori principi del diritto naturale” e conseguentemente “i precetti penali non debbono essere pensati

⁶⁰ “Essendo Noi persuasi, che alla Legislazione in generale, ma specialmente a quella, che riguarda la punitiva giustizia, debba procurarsi una maggiore perfezione, secondo l'esperienza avuta dalle leggi esistenti, secondo il progresso delle cognizioni, e della coltura de' Popoli, e secondo il cambiamento delle circostanze. Ci siamo determinati sull'esempio dei Nostri Predecessori, a pubblicare un nuovo codice sui delitti e sulle trasgressioni di polizia” cfr. FRANCESCO II, *Codice Penale Universale Austriaco coll'appendice delle più recenti norme generali, Parte I Dei delitti*, seconda edizione ufficiale, Imperiale Regia Stamperia, Milano, 1815, p. 2.

⁶¹ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 62.

⁶² A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 62.

per un fruitore ‘cittadino’ ma bensì per i giuristi, veri ‘fruitori’ del codice”⁶³. Ciò tuttavia è valido in linea tendenziale, in quanto “anche il codice austriaco era in realtà diretto sia ai cittadini che ai giudici, ma in particolar modo tenendo presente le esigenze dei giudici”⁶⁴. Emerge, anche mediante l’analisi degli articoli dedicati all’aborto, una maggiore cura dei dettagli, un legislatore “più presente” sulla materia. In primo luogo il codice assegna ben cinque paragrafi, al contrario dell’unico articolo (17 e poi 317) del *code pénal* francese. *In secundis* non si limita ad incriminare la condotta abortiva limitatamente alla gestante e al privato (con aggravamento di pena se medico), bensì delinea tutte le possibili figure di reo incriminabili: si distingue tra la gestante che si procuri l’aborto volontariamente (§128), il *Vater* (§130⁶⁵) – che subisce tra l’altro un aggravamento di pena – e il soggetto estraneo (§§131e 132⁶⁶) – che se provoca, oltre all’aborto, un grave danno alla salute o un pericolo per la vita della donna è punito ancor più severamente. Il paragrafo 128⁶⁷ incrimina infatti la condotta abortiva posta in essere dalla donna che intraprende *absichtlich* – deli-

⁶³ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 63.

⁶⁴ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 68.

⁶⁵ Il paragrafo 130 dispone: “*Zu eben dieser Strafe, jedoch mit Verschärfung, ist der Vater des abgetriebenen Kindes zu verurtheilen, wenn er mit an dem Verbrechen Schuld trägt*”. La versione ufficiale del codice, stampata a Milano dalla Stamperia Imperiale Regia, nella seconda edizione del 1815, recita: “*Alla stessa pena, ma con esasperazione, vien condannato il padre dell’abortito bambino, se è correo del delitto*”.

⁶⁶ I §§131 e 132 stabiliscono rispettivamente: “*Dieses Verbrechens macht sich auch derjenige schuldig der aus was immer für einer Absicht, wider Wissen und Willen der Mutter, die Abtreibung ihrer Leibesfrucht bewirkt, oder zu bewirken versucht*”; “*Ein solcher Verbrecher soll mit schwerem Kerker zwischen einem und fünf Jahren, und wenn zugleich der Mutter durch das Verbrechen Gefahr am Leben, oder Nachtheil an der Gesundheit zugezogen worden ist, zwischen fünf und zehn Jahren bestraft werden*”. La traduzione contenuta nel codice previamente citato è: “*Si fa pur reo di questo delitto chi per qualunque siasi fine, senza saputa e contro la volontà della madre, le cagiona, o tenta di cagionarle l’aborto; Un tal delinquente è punito col carcere duro tra uno e cinque anni, e nel caso, che dal delitto sia derivato alla madre un pericolo nella vita, o nel pregiudizio nella salute, tra cinque, e dieci anni*”.

⁶⁷ Il paragrafo 128 stabilisce: “*Eine Weibsperson, welche absichtlich was immer für eine Handlung unternimmt, wodurch die Abtreibung ihrer Leibesfrucht verursacht, oder ihre Entbindung auf solche Art, dass das Kind todt zur Welt kommt, bewirkt wird, macht sich eines Verbrechens schuldig*”. La traduzione contenuta nel codice di cui sopra è: “*Una donna, che intraprende determinatamente un’azione qualunque, per cui le si cagioni l’aborto, o dispone in tal modo il suo parto, che il bambino venga al mondo privo di vita, si fa rea d’un delitto*”.

beratamente – una condotta tale da provocare l’aborto o anche da provocare anzitempo il parto – *dass das Kind todt zur Welt kommt* – determinando tuttavia la morte del feto. Inoltre si pone una maggiore attenzione al consenso della donna, in quanto rileva, ai fini dell’incriminazione del soggetto che determina l’aborto, che questi agisca all’insaputa o contro la sua volontà. Degna di nota è anche l’esplicita incriminazione della condotta sia nella forma consumata che nella forma tentata, con altrettanta esplicita previsione di un diverso trattamento sanzionatorio (§129⁶⁸). Si riscontra una certa continuità tra il dettato normativo del codice del 1803 e quello successivo del 27 maggio 1852. Quest’ultimo ha incontrato la critica di molti studiosi coevi che pur apprezzandolo per “ordinata condotta, precisione dei concetti e sana filosofia”, lo definiscono “abbruttito” dal dispotismo di cui si rende fautore: Buccellati parla addirittura di “pene inumane⁶⁹ e di determinazione dei reati che hanno la loro ragion d’essere nella paura del tiranno⁷⁰”.

In esso la disciplina dell’aborto è contenuta nei paragrafi da 144 a 148. Nel paragrafo 144⁷¹ si statuisce l’incriminazione della donna che volontariamente ponga in essere qualsiasi forma di azione atta a cagionarsi l’aborto o la morte prematura del feto dato alla luce. Nel §145⁷² si distingue il trattamento sanzionatorio tra il reato consumato e tentato: “*Ist die Abtreibung versucht, aber*

⁶⁸ Il paragrafo 129 statuisce: “*Ist die Abtreibung versucht aber nicht erfolgt, so soll die Strafe auf Kerker zwischen sechs Monaten und einem Jahre ausgemessen, die zu Stande gebrachte Abtreibung mit schwerem Kerker zwischen einem und fünf Jahren bestrafet werden*”. La parafrasi in lingua italiana riportata nel codice è: “La pena dell’aborto attentato, ma non seguito, è del carcere tra sei mesi, ed un anno; quella dell’aborto consumato è del carcere duro da uno fino a cinque anni”.

⁶⁹ “Il codice penale austriaco del settembre 1803 riattivò la pena capitale, che dapprima era stata abolita nei paesi arciducali” cfr. C. NEGRI, *Del vario grado d’importanza degli stati odierni*, Tipografia di Giuseppe Bernandoni di Gio, Milano, 1841, p. 510.

⁷⁰ A. BUCCELLATI, *Somme principi di diritto penale*, Vallardi editore, Milano, 1865, p. 41.

⁷¹ Il §144 stabilisce: “*Eine Frauensperson, welche absichtlich was immer für eine Handlung unternimmt, wodurch die Abtreibung ihrer Leibesfrucht verursacht, oder ihre Entbindung auf solche Art, dass das Kind todt zur Welt kommt, bewirkt wird, macht sich eines Verbrechen schuldig*”; il testo italiano recita: “Una donna che deliberatamente intraprende un’azione qualunque, per cui le si cagioni l’aborto, o per cui il parto segua in modo che il bambino venga alla luce morto, si fa rea di un crimine”.

⁷² Il §145 statuisce: “La pena dell’aborto tentato, ma non eseguito, è il carcere tra sei mesi e un anno; la pena dell’aborto consumato è il duro carcere tra uno a cinque anni”.

nicht erfolgt, so soll die Strafe auf Kerker zwischen sechs Monaten und einem Jahre ausgemessen; die zu Stand gebrachte Abtreibung mit schwerem Kerker zwischen einem und fünf Jahren bestraft werden”.

Il paragrafo 146 prevede un inasprimento della pena quando sia il padre a compiere l'aborto, se “*Verbrechen Schuld trägt*”. Questa espressione desta qualche problema interpretativo: *strictu sensu* se l'aborto è commesso dal padre senza la volontà della madre dovrebbe essere punito ex § 145 con lo stesso trattamento sanzionatorio previsto per la madre che si procura l'aborto deliberatamente; sembrerebbe quindi che con la collaborazione della gestante verrebbe punito più gravemente rispetto all'agire senza il suo consenso.

Il paragrafo 147 incrimina la condotta abortiva tenuta da un *extraneus*, con previsione di aggravamento di pena (§148) “*und wenn zugleich der Mutter durch das Verbrechen Gefahr am Leben oder Nachtheil an der Gesundheit zugezogen worden ist*”⁷³.

⁷³ I paragrafi 146, 147 e 148 dispongono rispettivamente: “*Zu eben dieser Strafe, jedoch mit Verschärfung, ist der Vater des abgetriebenen Kindes zu verurtheilen, wenn er mit an dem Verbrechen Schuld trägt*”; “*Dieses Verbrechens macht sich auch derjenige schuldig, der aus was immer für einer Absicht, wider Wissen und Willen der Mutter, die Abtreibung ihrer Leibesfrucht bewirkt, oder zu bewirken versucht*”; “*Ein solcher Verbrecher soll mit schwerem Kerker zwischen einem und fünf Jahren; und wenn zugleich der Mutter durch das Verbrechen Gefahr am Leben oder Nachtheil an der Gesundheit zugezogen worden ist, zwischen fünf und zehn Jahren bestraft werden*”; la parafrasi in italiano è la seguente: “*Alla stessa pena, ma con asprimento, viene condannato il padre del bambino, di cui fu procurato l'aborto, se è correo del crimine*”; “*Si fa parimenti reo di questo crimine chi, per qualunque siasi il fine, senza o contro la volontà della madre, le procura o tenta di procurarle l'aborto*”; “*Il reo di questo crimine è punito col duro carcere tra uno a cinque anni, e tra cinque a dieci anni, se col crimine siasi inoltre portato alla madre un pericolo nella vita, od un pregiudizio alla salute*”.

6. APPLICAZIONI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI

Wilhelm Theodor Frühwald analizza la fattispecie criminosa di cui al §144 affermando che “sono suoi requisiti la sussistenza di una gravidanza, nella mancanza della quale si qualifica il fatto a conato; un feto già vivente (...); un’azione sull’organismo della donna incinta, tale che possa ben anco produrre un precoce disgravamento, per effetto sia di violenza meccanica, sia del mangiare o del bere, sia d’intensa commozione d’animo – le moderne legislazioni si attengono ad un nesso causale, anche soltanto verosimile; nel qual caso non può più parlarsi di attentato, ammenoché la legge espressamente non lo statuisca – un parto prematuro o che muore prima o dopo di essere uscito dall’alvo materno”⁷⁴. Lo studioso sostiene inoltre che, come si richiede la vitalità nell’infanticidio, allo stesso modo deve pretendersi per l’aborto. Concordando poi con Mittermaier, disapprova che si attribuiscono i medesimi diritti al feto e al neonato. Secondo lo studioso non è attendibile la distinzione tra *foetus animatus et non animatus*, data la presunzione legale che sia animato dal quarantesimo giorno del concepimento⁷⁵. Sempre in merito al §144, afferma che “è mezzo abortivo quel qualunque, che di sua natura è capace di produrre la prematura eiezione del feto, sebbene del resto non si dia alcun sicuro agente abortivo; e rimane pur sempre difficile il constatare un nesso causale fra il mezzo abortivo adoperato ed il seguitone aborto. Verificandosi questo solamente nelle donne veramente gravide, non si dà nel caso, che si tratti di mola. È consumato colla prematura sgravidanza, ancorché il neonato non muoia e se muore quando ciò avviene in conseguenza dei mezzi adoperati”⁷⁶. In merito al § successivo sul tentativo, afferma che “il decidere poi se per l’attentato basti o meno il verosi-

⁷⁴ W. T. FRÜHWALD, *Manuale sul processo generale penale austriaco*, tradotto da F. Zangiacomi, parte III, Tipografia Cecchini, Torino, 1855, p. 192.

⁷⁵ W. T. FRÜHWALD, *Manuale sul processo*, cit., p. 192.

⁷⁶ W. T. FRÜHWALD, *Manuale sul processo*, cit., p. 193.

mile effetto, ciò dipenderà dalle caratteristiche generali dell'attentato legale”⁷⁷, aggiungendo che “la compera ed il preparare il mezzo abortivo sono atti meramente preparatori”⁷⁸, e non rientrano quindi nel tentativo incriminabile.

Il giurista puntualizza poi che il reato è previsto solo nella forma dolosa e non anche colposa, semmai “nei casi di lesioni corporali esso costituisce una circostanza aggravante; in caso, che la madre muoia, si avrà una concorrenza ideale di procurato aborto consumato e di colposa uccisione”⁷⁹. Perché si applichi la minor pena per il reato dell'*extraneus* di cui al §148, lo studioso osserva che “si avrà una necessaria difesa nel caso di aborto, procuratosi nell'intendimento di evitare un male maggiore”, soggiungendo appunto che “del resto non è costitutivo lo scopo finale bastando il sapere che una persona è gravida ed il volerne la prematura sgravidanza: nè occorre che questo sia particolarmente determinato avverandosi anche quando si maltratta villanamente o si percuote etc. una donna gravida”. Filippo Ambrosoli appoggia la scelta del legislatore austriaco di attribuire *ex* § 147 un aggravamento di pena a colui che agisce *invita vel ignorante ea*, “perché a lui devono essere imputati gli sconcerti che reca alla costituzione della donna e le conseguenze che ne derivano, e perché in lui non possano trovarsi i motivi impellenti che ha una donna, massime se illecitamente incinta”⁸⁰. Questa espressione, con cui lo studioso sottolinea la parziale elisione dell'antigiuridicità della condotta in caso di filiazione illegittima, ben si attaglia alla riflessione di Angelo Messedaglia, il quale afferma: “Il procurato aborto, ascritto nelle tavole statistiche a questa categoria dei crimini ‘diversi’, così denominati e distinti a ragione dell'impulso vario da cui sono determinati, si attiene, per intimo nesso causale od occasionale, come più sopra notavasi, ai reati e disordini contro il costume; però senza dimenticare che il reato stesso

⁷⁷ W. T. FRÜHWALD, *Manuale sul processo*, cit., p. 193.

⁷⁸ W. T. FRÜHWALD, *Manuale sul processo*, cit., p. 193.

⁷⁹ W. T. FRÜHWALD, *Manuale sul processo*, cit., p. 193.

⁸⁰ F. AMBROSOLI, *Studi sul codice penale toscano confrontato specialmente coll'austriaco*, Stabilimento tipografico Negretti, Mantova, 1857, p. 129.

può dipendere anche da esagerazione di pudore, laddove appunto il disordine è men comune e men compatito⁸¹”. Messedaglia sottolinea come nei paesi germanici vi sia una maggiore frequenza di reati quali infanticidio ed altri ‘crimini di libidine’, come anche l’aborto procurato, proprio in corrispondenza di un numero più frequente di nascite illegittime, segno di poca moralità e onestà di costumi.

Della stessa opinione, ma con riferimento all’Italia, è Carl Joseph Anton Mittermaier, che relaziona i costumi e lo stato morale di un popolo alla commissione di reati gravi, come quello dell’interruzione ‘forzosa’ della gravidanza⁸². Particolarmente interessante è anche l’attenzione che viene posta alla natura ‘legittima’ del concepimento, sia riguardo all’aborto sia quanto all’infanticidio. Dalla natura legittima della prole deriva infatti il ‘trattamento’ sociale e giuridico che gli viene riconosciuto⁸³.

Come affermano infatti i civilisti Gioachino Basevi e Carlo Francesco Gabba “i figli illegittimi non godono generalmente dei diritti di famiglia e di consanguineità; essi non possono pretendere al nome di famiglia del padre né alla nobiltà né alle armi gentilizie né ad altre prerogative dei genitori, ma assumono soltanto il nome di famiglia della madre”⁸⁴, parafrasando il §165 del codice civile del 1811⁸⁵.

⁸¹ A. MESSEDAGLIA, *Le statistiche criminali dell'impero austriaco nel quadriennio 1856-1859*, Priv. Stab. Naz. di Giuseppe Antonelli, Venezia, 1867, p. 218.

⁸² Mittermaier sostiene infatti che “è dalle fondamenta scosso il benessere civile se viene meno la purezza de’ costumi nelle donne, e se si è indifferenti alla lor vita. Nell’animo che è avvezzo a sfrenatezze di tal maniera, mettono bentosto radice anche altri malvagi germi. La statistica criminale di tutti i paesi fa vedere, come sovente si uniscono gravi delitti a costumi rotti ad ogni lascivia”: cfr. C. J. A. MITTERMAIER- P. MUGNA, *Delle condizioni d’Italia*, Tendler & Chäfler, Milano e Vienna, 1845, p. 126.

⁸³ Sul trattamento giuridico dei figli illegittimi previsto dal codice civile austriaco cfr. almeno M. A. SALOM, *Sui diritti dei figli illegittimi nati o concepiti sotto l'impero del codice austriaco*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, Tipografia dell’Archivio Giuridico, Pisa, 1876, p. 586 – 597.

⁸⁴ G. BASEVI – C. F. GABBA, *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco*, Domenico Bolchesi Editore, Milano, II edizione, 1859, p. 85.

⁸⁵ Il Codice austriaco del 1811 (*Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* o ABGB) è il codice civile approvato sotto l’impero di Francesco II. Cfr. E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile: Il Code civil (1804) e l’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) (1812)*, Giappichelli,

Essi puntualizzano che “l’avverbio “soltanto” non si legge nel testo originale. Ciò si nota onde non si abbia ad argomentare che a ciò si restringa la connessione dei rapporti di diritto fra la madre ed il figlio naturale, mentre dal complesso delle disposizioni del Codice risulta che in tutto la condizione debba essere pari, lo che ha un effetto pratico nella quistione degli alimenti e dell’educazione”⁸⁶. Ed inoltre “si dice “generalmente” perché sono da eccettuarsi i legittimati e quelli che, nati da un matrimonio invalido, sono però da considerarsi per legittimi per l’abolizione dell’impedimento o per la buona fede almeno di uno dei coniugi, a termine dei §§160 e 752”⁸⁷.

Gli studiosi, parafrasando il §166 – che recita: “hanno però i figli illegittimi diritto di esigere dai genitori alimenti educazione e collocamento in proporzione delle loro sostanze. I diritti dei genitori sui figli illegittimi si estendono a tutto ciò che lo scopo dell’educazione richiede: essi figli illegittimi non sono però propriamente soggetti alla patria potestà di chi li ha generati, ma sono assistiti e rappresentati da un tutore” – puntualizzano che l’obbligo di mantenimento viene meno in assenza del requisito della penuria di mezzi di

Torino, 2000; P. CARONI, *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa: atti del convegno internazionale*, Pavia, 11-12 ottobre 2002, a cura di Pio Caroni e di Ettore Dezza, Cedam, Padova, 2006.

Il paragrafo 165 recita: “*Uneheliche Kinder sind überhaupt von dem Rechten der Familie und der Verwandtschaft ausgeschlossen; sie haben weder auf den Familien Nahmen des Vaters, noch auf den Adel, das Wappen und andere Vorzüge der Aeltern Anspruch; sie führen den GeschlechtSnahmen der Mutter*”.

⁸⁶ G. BASEVI – C. F. GABBA, *Annotazioni pratiche*, cit., p. 85.

⁸⁷ Tali paragrafi dispongono rispettivamente: “*Kinder, die zwar aus einer ungültigen, aber aus keiner solchen Ehe erzeugt worden sind, der die in den §§62 – 64 angeführten, wenn das Hindernisse entgegen stehen, sind als eheliche anzusehen, wenn das Gbehinderniß in der Folge gehoben worden ist, oder, wenn wenigstens Einem ihrer Aeltern die schuldlose Unwissenheit des Gbehinderniffes zu Statten kommt; doch bleiben in dem letzteren Falle solche Kinder von Erlangung desjenigen Vermögens ausgeschlossen, welches durch Familien Anordnungen der ehelichen Abstammung besonders vorbehalten ist*”; “*Außer der Ehe geborne und durch nachher ersolgte Vermählung ihrer Aeltern legüimirt Kinder; wie aueh diejenigen, welchen, ungeachtet eines be der Verehretichung ihrer Altern bestandenen Hindernisses, die besondere Begünstigung des §160 zukommt, genießen unter den in eben diesem §160, und dem §161, enthaltenen Beschränkungen aueh in Rückstcht der gesetzlichen Erbsolge die Rechte ehelicher Kinder*”.

sostentamento⁸⁸, e quanto al collocamento, “non si può intendere altro che aver cura che l’illegittimo, secondo le circostanze della madre, venga posto in qualche ufficio, o servizio, o venga istruito in qualche mestiere, arte o professione”⁸⁹: conseguentemente, ad esempio, la figlia illegittima non ha diritto alla dote, e per obbligo di collocamento si intende “dispendio necessario per collocare l’illegittimo in qualche stato da cui col suo lavoro possa ritrarre uno stabile sostentamento”⁹⁰. In merito poi alla prova della natura illegittima della prole, si presume la legittimità della stessa se posta all’interno del matrimonio, sempre che “il marito che sostiene di non essere padre dell’infante nato dalla di lui moglie” non impugni, entro il termine legale, la legittimità della progenie, dimostrando “l’impossibilità che l’infante sia stato per opera sua concepito”⁹¹, impossibilità che deve essere fisica⁹². Mittermaier sottolinea come statisticamente sia provato che alla natura illegittima della prole è correlata la maggiore propensione a delinquere dei figli illegittimi, che “malamente educati, privi de’vantaggi che offre all’educazione il vivere familiare, sono a prima giunta inclinati a battere la via del delitto” e della madre stessa, che spesso è condotta a delitti che alla natura illegittima della prole sono connessi, quali l’aborto, l’infanticidio, l’esposizione dei fanciulli, o, spinta dalla penuria di mezzi con

⁸⁸ “L’obbligo degli alimenti cessa quando l’obligato abbia appena il necessario per sé stesso e quando l’alimentando può provvedere a sé stesso col proprio lavoro. Si veda anche il 672§ la decisione suprema riferita nella *Gazzetta dei tribunali* del 19 gennaio 1856 n.9” cfr. G. BASEVI - C. F. GABBA, *Annotazioni pratiche*, cit., p. 85.

⁸⁹ G. BASEVI - C. F. GABBA, *Annotazioni pratiche*, cit., p.86.

⁹⁰ G. BASEVI - C. F. GABBA, *Annotazioni pratiche*, cit., p. 86.

⁹¹ G. BASEVI - C. F. GABBA, *Annotazioni pratiche*, cit., p. 80.

⁹² Basevi puntualizza la necessaria natura fisica dell’impossibilità, “com’era espresso nel § 312 del *Codice Napoleone*”, sostenendo che essa non può derivare che dall’assenza dall’impotenza, come stabilisce la legge VI, de bis qui sui vel alieni, ecc. “Un marito non impotente, che nell’intervallo posto nel § 138 per la presunzione di legittimità, avesse dimorato nella stessa città in cui si trovasse la moglie, non potrebbe impugnare la legittimità della prole, se non si fosse fatto guardare a vista, e con testimonianza irrefragabile provasse di non essersi mai trovato in quel tempo con la moglie”. Basevi puntualizza quindi che “la legge richiede la prova della impossibilità”. Impossibilità fisica può essere intesa anche “l’impotenza naturale a procreare”, che deve essere tuttavia dimostrata “col mezzo di periti”: cfr. G. BASEVI - C. F. GABBA, *Annotazioni pratiche*, cit., p. 80.

cui allevare il minore, si trova spesso ad essere punita per furto⁹³. Ambrosoli, confrontando la disciplina asburgica con quella toscana⁹⁴, afferma che “il codice austriaco ammette l’infanticidio anche su figlio legittimo e lo punisce più gravemente, ma sempre meno dell’omicidio⁹⁵; perché se manca nella madre legittima la spinta della vergogna, non cessa però d’essere minore l’imputabilità, per lo stato fisico e morale procedente dal parto. L’opinione che riconosce l’infanticidio nel suo significato particolare soltanto quando cade su prole illegittima, e l’omicidio quando su prole legittima è ancora ricevuta da insigni scrittori e anche dal codice toscano”⁹⁶. Ambrosoli si sofferma molto sul problema della definizione di infanticidio, per la peculiarità della fattispecie delittuosa e per l’attinenza al diverso crimine di aborto. La distinzione in tanto è importante in quanto determina delle notevoli disparità di trattamento sanzionatorio sia tra aborto e infanticidio sia tra quest’ultimo e l’omicidio, in ragione della minore imputabilità in cui versa la donna e del particolare stato psicologico in cui si trova prima dopo e durante il parto⁹⁷.

La frequenza poi con cui i parti non avevano buon fine a quel tempo, e la difficoltà ancor maggiore in caso di parto cesareo si appalesa in un frammento del testo di Sella, in cui si riporta un caso particolare di ‘aborto terapeu-

⁹³ C. J. A. MITTERMAIER - P. MUGNA, *Delle condizioni d’Italia*, cit., p. 126.

⁹⁴ “L’articolo 316 dichiara rea d’infanticidio la donna che, nel tempo del parto, o poco dopo di esso, ha dolosamente o colposamente cagionato la morte della sua prole illecitamente concepita. Si scorge pertanto che la legge ha considerato come elemento essenziale dell’infanticidio la qualità della spinta in forza della quale fu commesso, e questa spinta la riconobbe nella vergogna”. Cfr. F. AMBROSOLI, *Studi sul codice penale toscano*, cit., p. 127.

⁹⁵ Il codice austriaco del 1803 disciplina l’infanticidio al § 122, che dispone: “La madre che nel parto toglie di vita il proprio figlio o che, ommettendogli deliberatamente i soccorsi necessari in occasione del lo lascia perire, è punita, se il figlio è legittimo, col perpetuo carcere durissimo; se è illegittimo, ha luogo, nel caso che abbia data la morte, la pena del duro carcere da dieci fino a vent’anni; ed avendolo lasciato perire colla deliberata omissione dei necessari soccorsi, da cinque fino a dieci anni”. L’omicidio è invece regolato dai §§117 e 119, che recitano: “Quegli, che colla risoluzione di ammazzare una persona, la tratta in modo che le ne derivi necessariamente la morte, si fa reo del delitto d’omicidio”; “Ogni omicidio consumato è punito colla pena di morte, tanto nell’immediato autore, come in quello che lo ha in qualche modo ordinato, od ha prestato aiuto ad eseguirlo”.

⁹⁶ F. AMBROSOLI, *Studi sul codice penale toscano*, cit., p. 127.

⁹⁷ F. AMBROSOLI, *Studi sul codice penale toscano*, cit., p. 127.

tico' dibattuto in dottrina⁹⁸. D'altra parte, come afferma lo stesso Carl Joseph Anton Mittermaier, "mentre l'uovo fecondato soggiorna nell'utero fino a che, per le leggi della natura, viene emesso, il frutto é soggetto a molte influenze, le quali impediscono o che diventi feto o che proceda regolarmente e naturalmente la gravidanza. Ciò può essere prodotto da circostanze le quali danno luogo a premature contrazioni dei muscoli della matrice, e quindi ad una prematura emissione del feto, od impediscono lo sviluppo organico del frutto"⁹⁹. La morte del feto può quindi accadere per cause svariate e indipendenti dalle azioni della gestante o di *extranei*, "anche in seguito a malattie dell'uovo od a stati morbosì degli organi della matrice o dell'organismo dell'incinta o ad influenze le quali generano violente convulsioni. Con ciò si spiega la frequenza dei parti mancati, i quali succedono in donne sensibili, sebbene adoperino ogni cautela, e sono spesso la conseguenza di violente commozioni d'animo"¹⁰⁰.

Mittermaier, riferendosi ai §§ 144 e 145, asserisce che: "il Codice penale d'Austria del 1853 vuole che l'emissione del feto sia provocata dall'atto o che il parto succeda in modo che il fanciullo venga alla luce morto. Con tutta esattezza si può ammettere compiuto il reato d'aborto: quando la madre si sgravidà di un bambino immaturo o non vitale; quando si sgravidà di un figlio morto; quando il bambino muore dopo il parto per effetto dei mezzi applicati"¹⁰¹. Sottolinea tuttavia che il codice austriaco, come in realtà quasi tutte le altre

⁹⁸ Cfr. A. SELLA, *Provocazione dell'aborto come mezzo terapeutico*, in *Giornale delle scienze mediche*, XIV, Accademia medico chirurgica di Torino, 1852, p. 173 ss.; "Nella dottrina del procurato aborto è pure l'esperienza che vi hanno dei casi tra i quali, a cagione di alcuni stati morbosì della incinta, a cagione della conformazione speciale del corpo, per esempio della ristrettezza del bacino, il medico può fin dapprima determinare che l'incinta, col procedere della gravidanza, correrà grave pericolo di vita o che rimanendo il feto pel tempo normale nel seno materno, e giungendo a completa maturità, essa non sarà in grado di spingere nel bacino il feto per la sproporzione tra la grandezza del bacino e il feto, e perderà quindi probabilmente la madre e correrà grave pericolo quella del figlio" cfr. C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato di procurato aborto secondo la giurisprudenza moderna*, in *Gazzetta dei Tribunali*, VII, Stabilimento tipografico della Gazzetta dei Tribunali, Genova, 1855, p. 449.

⁹⁹ C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 447.

¹⁰⁰ C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 447.

¹⁰¹ C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 450.

codificazioni, trascura quest'ultima ipotesi, in quanto non è del tutto improbabile la circostanza in base alla quale "il mezzo abortivo agisce sul feto in modo che il fanciullo viene al mondo realmente vivo, ma poco dopo muore perché i mezzi applicati hanno alterato le condizioni della vita, o il fanciullo, in un tempo in cui poteva essere bensì capace di vita, ma perché troppo presto emesso dal seno materno, viene alla luce vitale sì, ma con una vita così debole che si spegne poco dopo il parto. In questo caso la difficoltà consiste nel dimostrare che la morte dopo la nascita fu una conseguenza dell'aborto; è tuttavia provato che succedono casi di tal fatta ai quali la legge deve provvedere"¹⁰². D'altra parte l'incriminazione anche del solo tentativo di aborto è indispensabile, in quanto "in un gran numero di casi di aborto, secondo quanto si disse precedentemente sul non effetto dei mezzi abortivi, si può ammettere soltanto il tentativo. Esso si verifica: quando, ad onta dei mezzi abortivi somministrati, il bambino non viene emesso fuori dal seno materno prima dell'epoca determinata dalle leggi della natura"; quando viene alla luce vivo e capace di vita e non muore anche in seguito all'aborto; quando la morte del bambino, o il seguito aborto deve attribuirsi ad un'altra causa e non ai mezzi somministrati per provocare l'aborto"¹⁰³.

Chauveau e Hélie attribuiscono invece al codice austriaco – riferendosi tuttavia anche ad altre codificazioni – un importante merito, quello di aver posto un *distinguo* tra l'ipotesi in cui la donna esprime il consenso alla procedura e l'ipotesi contraria, in forza della maggiore gravità della condotta se commessa nei confronti della gestante non consenziente all'aborto¹⁰⁴.

¹⁰² C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 450.

¹⁰³ C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 450.

¹⁰⁴ "Une deuxième distinction établie par les lois étrangères est relative au consentement de la femme; la peine s'aggrave si l'avortement a été procuré sans son consentement : ainsi dans le code d'Autriche la peine s'élève d'un an à cinq ans; dans celui de Naples, de la relégation à la reclusion; dans le code de Prusse, la détention temporaire dans le premier cas peut se prolonger à vie; enfin, dans les lois américaines, les peines sont doublées" cfr. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Théorie*, cit., p. 60.

Non si tratta tuttavia dell'unico elogio ascrivito alla codificazione asburgica dagli studiosi francesi: in un altro passo del trattato si sottolinea l'importante differenziazione di disciplina operata dal legislatore austriaco tra tentativo 'tentato' e tentativo consumato, che il paragrafo 129 punisce rispettivamente con la pena da 6 mesi a un anno e da uno a cinque anni¹⁰⁵.

Non sempre all'impiego di sostanze abortive segue il prodursi dell'aborto, in quanto "la natura la quale protegge come dappertutto provvidamente le sue opere, e non permette alla forza degli uomini di turbare arbitrariamente il processo regolare determinato dalle leggi della natura, ha pur difeso in modo meraviglioso contro ogni influenza esterna anche l'organo in cui si sviluppa la vita del feto"¹⁰⁶. L'efficacia di tali sostanze dipende infatti da una congerie di concause, che possono influire sull'esito della procedura, facendo arrestare la condotta alla fase del tentativo¹⁰⁷. Anche quando i mezzi siano ef-

¹⁰⁵ "Les lois modernes des pays étrangers ont été plus explicites. Plusieurs législations distinguent d'abord la tentative d'avortement et l'avortement consommé: la tentative non suivie d'effet ou l'avortement manqué n'est puni que d'un emprisonnement d'un mois à un an, dans les codes d'Autriche (art.129) et de Prusse (art.985). Le code de la Louisiane élève dans le même cas la peine à trois ans (art.471). Les lois de Naples distinguent la simple tentative dont l'exécution est suspendue par la volonté, et le crime manqué dans son effet: dans le premier cas la peine est d'un à six mois, dans le second de six mois à deux ans (art.398)" cfr. A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Théorie*, cit., p. 54.

¹⁰⁶ C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 447.

¹⁰⁷ Mittermaier, nella disamina delle sostanze abortive, trae inizio dalla descrizione di quelle "che agiscono internamente per es. la sabina, la ruta, l'aloé" la cui "efficacia dipende da circostanze le quali non si possono esattamente calcolare, di guisa che un medico coscienzioso non può facilmente osare di qualificare l'avvenuto aborto come conseguenza dell'uso di certe sostanze". Sottolinea tuttavia che "in tutti i paesi, in Germania, in Inghilterra, in America, in Italia è invalsa l'opinione ammessa già dai medici i più distinti, non esservi sostanze abortive nello stretto senso che esse cioè in ogni circostanza e sotto ogni rapporto possano produrre l'aborto dell'incinta senza alcun pericolo di vita per lei (come certi medicinali somministrati in date malattie)". Accanto a queste sostanze vene sono altre che determinano "maggiore o minore sicurezza, con un pericolo più o meno immediato per l'incinta, o producono la morte immediata del feto per es. nell'utero o possono togliere l'unione tra il feto e la madre (con copiose cavale di sangue o colla violenza delle contrazioni della matrice) e possono produrre anzitempo l'emissione del feto". Fra questi "la sabina viene dichiarata anche dai più esperti medici come un potente mezzo abortivo, e sono pure come i mezzi più acconci la traforazione della placenta pungendo il canale della matrice e lo strettoio fungoso, l'applicazione della elettricità o del galvanismo alla matrice": cfr. C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 447.

ficaci, va puntualizzato che è piuttosto difficile accertare il nesso di causalità tra mezzo ed effetto¹⁰⁸.

Mittermaier descrive poi l'ipotesi peculiare di tentativo di aborto che si determina quando la donna, in assenza dei sintomi che inequivocabilmente conducono all'aborto, si auto-convince di impiegare tali sostanze abortive, data la loro duplice valenza, per ripristinare il flusso mestruale, e non per provocare l'aborto¹⁰⁹.

Ipotesi diversa si ha invece quando la donna fa uso di sostanze abortive credendo erroneamente di essere incinta, e ciò può accadere, afferma Mittermaier, “per due ragioni: perchè in grazia di altri stati morbosi, per es. l'idropisia, si manifestano certi fenomeni, che appaiono nella gravidanza reale, e quindi nella donna che sa di aver avuto poco prima commercio con un uomo, possono indurre l'opinione che essa sia gravida, e possono ingenerare la risoluzione di procurare l'aborto, mentre più tardi si rende evidente che la persona non era incinta; Perciò che la persona può essere gravida di una così detta mola”¹¹⁰. Da quest'ultima vanno poi distinte le cd. “false mole”, “le quali non dipendono da alcun concepimento, non contengono alcun embrione ma sono formate piuttosto da sangue coagulato, da idatidi o da polipi della matrice, come pure da una raccolta di membrane e formano una massa che spesso rimane lungo tempo nel corpo, la presenza della quale produce i segni della

¹⁰⁸ Mittermaier sottolinea infatti “*come in pochissimi casi soltanto un mezzo effettui sicuramente l'aborto, e che in genere anche coi più energici mezzi abortivi l'effetto dipende da una serie di circostanze in modo che secondo l'avviso di moltissimi non è quasi possibile al medico di provare che la morte del feto sia stata conseguenza del mezzo applicato*”: cfr. C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 456.

¹⁰⁹ Mittermaier commenta la probatio diabolica che viene a determinarsi in tali casi particolari, affermando che “*siccome molti dei mezzi che sono adoperati per l'aborto sono anche medicinali atti a rievocare la mestruazione, lo stato della volontà delle persone che applicano dei mezzi siffatti è tutto particolare: esse acquietano la loro coscienza, dicendo di aver voluto soltanto rimettere in corso la mestruazione, e sebbene nell'intimo le punge anche il pensiero di poter essere incinte e che la sostanza inghiottita potrebbe produrre l'aborto, tuttavia il loro scopo prossimo non era diretto al reato. In casi di tal fatta il giudice deve istituire l'esame il più cauto, giacché un esame fatto con dimande avventate e suggestive può condurre ad ammettere erroneamente il dolus, dando luogo alle più ardite ipotesi*”: cfr. C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 448.

¹¹⁰ C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 448.

gravidanza e nella persona che si crede realmente incinta può indurre il proposito di appigliarsi a mezzi abortivi: e a questo riguardo sorsero molte controversie nella medicina legale e nelle ricerche giuridico – penali per determinare se la persona nella quale fu trovata una mola della prima specie debba considerarsi come incinta, e se la persona che si credette incinta, mentre non aveva in sé che una mola della prima o della seconda specie e che applicò dei mezzi abortivi possa essere dichiarata colpevole di un atto punibile”¹¹¹.

La disciplina del tentativo di reato assume una particolare importanza nell’aborto, in forza del fatto che sono maggiori le ipotesi di reato putativo: si tratta delle ipotesi in cui “l’incinta può adoperare mezzi incapaci ai quali essa però attribuisce una efficacia; o una persona adopera de’mezzi che sarebbero efficaci ma restano senza conseguenze perchè essa non è realmente incinta mentre si credeva tale”¹¹². Si tratta di fattispecie che rimangono impunte salvo esplicita incriminazione da parte del legislatore: Mittermaier afferma infatti che “allora si ha una legge penale particolare per l’opportunità della quale possano militare da’buoni motivi, perchè in certi casi, secondo le circostanze, anche solo intraprendendo alcuni atti con malvagia intenzione, si può far luogo ad una inquietezza generale, si può turbare l’ordine legale”¹¹³.

¹¹¹ C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 448.

¹¹² C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 450.

¹¹³ C. J. A. MITTERMAIER, *Tentativo del reato*, cit., p. 455.

CAPITOLO 2 L'ITALIA PREUNITARIA

SOMMARIO: 1. IL CODICE PENALE DELLE DUE SICILIE; 2. IL CODICE PENALE PARMENSE; 3. IL REGOLAMENTO PENALE GREGORIANO; 4. IL CODICE CRIMINALE ESTENSE; 5. I CODICI PENALI SARDO PIEMONTESI; 6. IL CODICE PENALE TOSCANO; 7. IL CODICE PENALE SARDO MODIFICATO COL DECRETO LUOGOTENENZIALE DEL 1861

1. IL CODICE PENALE DELLE DUE SICILIE

Il codice penale napoletano del 1819 trae le sue radici dal codice napoleonico del 1810, del quale mantiene l'impostazione illuminista pur costituendo un'importante innovazione rispetto ad esso. Il re Ferdinando è ben consapevole dell'ineluttabile modernizzazione dello Stato, che pur restando assoluto deve aprirsi verso strade più moderate, e soddisfare l'esigenza, sentita dalla classe borghese, di garanzie politiche e costituzionali¹¹⁴. Il corpo normativo si prefigge l'obiettivo di “costruire uno stato custode attento alle libertà civili, dove siano compensate colle certezze del diritto le limitazioni della libertà politica”¹¹⁵. Questo è il compito affidato alla commissione istituita il 2 agosto 1815 per la redazione della nuova codificazione, entrata in vigore il 1° settembre del 1819. La volontà di girare pagina rispetto al passato normativo è resa palese dall'approvazione, nel maggio successivo, di una legge con cui “si dichiarò, in più ampia forma, l'abolizione di ogni parte dell'antica legislazione,

¹¹⁴ S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell'Ottocento: I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Cedam, Padova, 1993, p. 188.

¹¹⁵ R. FEOLA, *Dall'Illuminismo alla restaurazione. Donato Tommasi e la legislazione delle Sicilie*, Jovene, Napoli, 1977, p. 291.

che s'intenderebbe interamente cessata col primo dell'anzidetto settembre"¹¹⁶. Ciò emerge non soltanto dalle parole di Sclopis, giurista del secolo XIX, ma anche dalla posizione assunta oggi dalla dottrina moderna, come Daniela Novarese, che afferma in proposito: “Contrariamente agli orientamenti espressi ancora nel 1810, inclini a percorrere la strada della consolidazione normativa e quasi contraddicendo le stesse affermazioni dei redattori, che facevano ambigualmente riferimento ad una ‘riforma del codice criminale’, il progetto appariva invece pervaso da una chiara ‘vocazione sostitutiva’ ed abrogativa del diritto previgente”¹¹⁷. Quanto poi al modello cui il codice fa riferimento, “al di là delle dichiarazioni espresse nel Discorso preliminare¹¹⁸, il testo proposto dalla commissione sembrerebbe aver individuato nel *code pénal* dell’Impero del 1810, e non in quello ‘rivoluzionario’ del 1791, il suo ‘naturale’ modello di riferimento”¹¹⁹. Novarese puntualizza però che “si trattava, tuttavia, di una scelta la cui esclusività era, di fatto, più apparente che reale. Non si può negare che, ad un primo approccio, il progetto palermitano, risulti modellato sull’archetipo francese. Una circostanza che si rinviene non soltanto nell’articolazione del progetto (diviso, come il codice penale napoleonico in quattro libri, per un totale di 791 §§., comprese le disposizioni generali), ma anche nel fatto che taluni articoli della bozza palermitana risultano semplici traduzioni di norme del *code pénal*”¹²⁰. Novarese sottolinea poi che “il codice napoleonico non costituisce l’unico archetipo da cui la commissione aveva tratto spunto”,

¹¹⁶ F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, Parte Prima, Volume III, Unione tipografico editrice, Torino, 1864, p. 671.

¹¹⁷ D. NOVARESE, *Costituzione e codificazione nella Sicilia dell'Ottocento*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 85; EIUDEM, *Istituzioni e processo di codificazione nel Regno delle Due Sicilie: Le ‘Leggi Penali’ del 1819*, Giuffrè, Milano, 2000.

¹¹⁸ “Infatti, il §. 791 delle disposizioni generali del progetto siciliano recitava: Un mese dopo la pubblicazione di questo codice cesseranno d'avere vigore tutte le leggi penali finora osservate nei tribunali, né da quel tempo in poi potranno allegarsi o valere nei giudizi se non le leggi contenute in questo codice”: cfr. D. NOVARESE, *Costituzione*, cit., p. 85.

¹¹⁹ D. NOVARESE, *Costituzione*, cit., p. 85.

¹²⁰ D. NOVARESE, *Costituzione*, cit., p. 86.

in quanto anche se manca un esplicito riferimento, la *Legge sui delitti e sulle pene* del 1808 e il codice austriaco hanno certo fornito un importante contributo alla codificazione napoletana¹²¹. Conseguentemente si può affermare che il codice del Regno delle Due Sicilie è frutto della esperienza francese, ‘filtrata’ dai giuristi partenopei secondo il loro retaggio culturale¹²². Anche Padoa Schioppa sostiene l’influenza del modello napoleonico, ponendo riferimento alla normativa prima civile e poi penale¹²³. Alberto Cadoppi, tessendo le lodi di questo *corpus* normativo, afferma che “il codice napoletano del 1819 aveva mostrato gli squarci di luce della indiscussa tradizione giuridico-penale partenopea, sino ad essere imitato dai francesi, nel 1832, nella riforma del blasonato *code pénal*”¹²⁴.

¹²¹ Daniela Novarese afferma infatti che “*la Legge sui delitti e sulle pene, emanata a Napoli il 20 maggio del 1808, forniva un’importante ‘griglia’ da tenere in considerazione e, forse, l’archetipo più importante, per quanto meno ‘vistoso’, nel senso che attraverso quel testo legislativo venivano trasfuse nel progetto palermitano soluzioni normative assai differenti, e sotto il profilo contenutistico e sotto quello più squisitamente tecnico*”. Sottolinea poi che “*appare, ad esempio, più di una coincidenza la circostanza che, proprio come il ‘codice’ partenopeo, il progetto siciliano classificava tutte le azioni criminose come delitti*”. Con riferimento invece al modello austriaco, sostiene che “*se è vero che le ‘leggi penali’ napoletane, maturate nel clima del ‘decennio francese’, erano riconducibili all’esperienza coagulatasi nel progetto milanese del 1806, espressione di un ambiente che proseguiva nella tradizione lombarda, ancor improntata all’approccio scientifico-filosofico di matrice austriaca, pur permeato della tradizione criminalistica italiana e già sensibile alle sviluppando riforme napoleoniche, si può affermare che, forse, proprio attraverso il ‘codice penale’ partenopeo, la commissione palermitana ‘recuperava’ in qualche misura anche il modello austriaco*”: cfr. D. NOVARESE, *Costituzione*, cit., pp. 88 e 89.

¹²² Novarese sottolinea che l’influenza francese deriva “*non dal testo promulgato da Napoleone quanto, piuttosto, dagli incisivi, seppure limitati, interventi che i giuristi partenopei avevano operato sul codice penale francese in occasione della sua introduzione nel Regno da parte di Giocchino Murat nel 1812*”: cfr. D. NOVARESE, *Costituzione*, cit., p. 90.

¹²³ “*Il contenuto della codificazione napoletana è direttamente esemplato sul modello napoleonico, dal quale una gran parte delle norme viene derivata alla lettera. Tuttavia non mancano regole differenti rispetto alla matrice francese, alcune delle quali vennero introdotte ancor prima dell’approvazione dei codici. (...) Il Codice penale segna anch’esso una serie di differenze rispetto al codice napoleonico. La pena capitale è irrogata con modalità di crescente ferocia per i reati più gravi. Però il tentativo è sanzionato in misura minore rispetto al reato perfetto, secondo il modello italiano di lontana derivazione longobarda*” cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa dal Medioevo all’Ètà Contemporanea*, Società Editrice il Mulino, Bologna, 2007, p. 483.

¹²⁴ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale: A proposito del “Regolamento sui delitti e sulle pene” del 1832, il ‘brutto anatroccolo’ dei codici penali della Restaurazione*”, in *I Regolamenti Penali di papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1831)*, Cedam, Padova, 2000, p. 56.

La disciplina in materia di aborto è contenuta negli articoli da 395 a 399: nella prima disposizione¹²⁵ si incrimina la condotta abortiva tenuta dall'estraneo con il consenso della donna e quella compiuta dalla gestante stessa o per sua volontà; l'articolo 396¹²⁶ si occupa della peculiare ipotesi in cui all'impiego dei mezzi abortivi consegue, sia o no avvenuto l'aborto, la morte della donna, aggravando la pena in caso di dissenso della stessa; l'articolo 397¹²⁷ prevede la fattispecie in cui la condotta criminosa sia "qualificata" dall'esercizio, da parte del soggetto agente, di attività sanitaria, quali "il medico, il cerusico, lo speziale, la levatrice e qualunque altro ufficiale di sanità"; l'articolo 398 differenzia il trattamento sanzionatorio in caso di aborto mancato, "punito contra chiunque col secondo al terzo grado di prigionia", o tentato, "punito col primo grado di prigionia"; l'articolo 399 prevede una riduzione di pena quando il reato sia stato "diretto ad occultare per cagion di onore una prole illegittima"¹²⁸.

Con riferimento all'articolo 396 Francesco Saverio Arabia afferma che "ciò che distingue questo caso dall'omicidio propriamente detto è l'intenzione del colpevole, che qui limitasi a procurare l'aborto, e per colpa, o per impru-

¹²⁵ L'articolo 395 recita: "*Chiunque con alimenti, con bevande, con medicamenti, con violenze o con qualunque altro mezzo abbia fatto eseguire l'aborto di una donna incinta, se costei vi abbia acconsentito, sarà punito colla rilegazione. La stessa pena sarà pronunziata contro alla donna che abbia ella stessa fatto seguire in sua persona l'aborto, o abbia acconsentito a far uso di mezzi pei quali l'aborto è seguito. Se la donna non vi abbia acconsentito, il colpevole sarà punito colla reclusione*".

¹²⁶ L'articolo 396 dispone: "*Se da' mezzi usati, sia o non sia avvenuto l'aborto, segua la morte della donna, il colpevole sarà punito col primo al secondo grado dei ferri nel presidio, quando la donna abbia acconsentito a far uso de' mezzi anzidetti: quando non vi abbia acconsentito, il colpevole sarà punito col terzo al quarto grado de' ferri nel presidio*".

¹²⁷ L'articolo 397 statuisce: "*Il medico, il cerusico, lo speziale, la levatrice e qualunque altro ufficiale di sanità che abbia scientemente indicato o somministrato i mezzi pei quali è seguito l'aborto, soggiacerà alle pene stabilite negli articoli precedenti, accresciute di un grado, e ad un'ammenda da trenta a trecento ducati*".

¹²⁸ Gli articoli 398 e 399 dispongono rispettivamente: "*L'aborto mancato è punito contra chiunque col secondo al terzo grado di prigionia: l'aborto tentato è punito col primo grado di prigionia. Contra gli uffiziali di sanità alle dette pene sarà aggiunta la multa da venti a dugento ducati*"; "*Nel caso dell'aborto diretto ad occultare per cagion di onore una prole illegittima le pene stabilite negli articoli precedenti discenderanno di un grado*".

denza ne viene la morte della donna incinta. Per ciò la pena è minore di quella dell'omicidio volontario"¹²⁹, puntualizzando tuttavia che "il dirsi sia o non sia seguito l'aborto, significa sia che la morte della donna avvenga prima, sia che avvenga per conseguenza dell'aborto ma in ogni caso il feto non può più vivere".

Quanto poi alla figura degli "ufficiali di sanità" di cui agli articoli 397 e 398, Arabia afferma che "questo articolo è un'applicazione dell'articolo 77"¹³⁰. La qualità personale di medico ecc., rendendo più facile il reato, aggrava la pena del complice"¹³¹.

In materia di distinzione tra mancato e tentato aborto di cui all'articolo 398 non dovrebbe che applicarsi la disciplina generale sul reato mancato e sul reato tentato, come affermerà più tardi Vincenzo Cosentino¹³²: la distinzione tra le due fattispecie inerisce la *voluntas* dell'agente, che nel primo caso tiene la condotta illecita perfezionando l'*iter* richiesto dal legislatore per la qualificazione giuridica del fatto come illecito, non vi è quindi spazio per un ravvedimento del reo, per la sua desistenza o recesso attivo¹³³, in quanto ha impiegato ogni mezzo in suo potere perché alla condotta seguisse il fine lesivo perseguito,

¹²⁹ F. S. ARABIA, *I principi del diritto penale applicati al codice del Regno delle Due Sicilie*, Tipografia della sirena, Napoli, 1859, p. 292.

¹³⁰ L'articolo 77 recita: "Le circostanze materiali che aggravano la pena di un reato non nuocciono che agli autori, o a coloro tra' complici i quali ne hanno avuto la scienza nel momento dell'azione, o della cooperazione costitutiva della loro reità".

¹³¹ F. S. ARABIA, *I principi*, cit., p. 292.

¹³² "I caratteri costitutivi dell'aborto mancato sono quelli comuni ad ogni altro reato tentato o mancato. E relativo così alla donna che ai suoi complici?" cfr. V. COSENTINO, *Breve commentario al Codice penale italiano annotato*, Presso Gabriele Sarracino, Napoli, 1866, p. 347.

¹³³ Il recesso attivo o pentimento operoso si ha quando il soggetto agente, esaurita la condotta criminosa, cerca di impedire l'evento tipico del reato, mediante azioni contrarie a quelle compiute, che interrompano il processo causale sorto dal comportamento precedentemente realizzato. Requisito fondamentale è la volontà di interrompere il processo causale, interruzione che non deve essere determinata da fattori imprevedibili e indipendenti dall'agente; la desistenza si ha quando il reo, prima che si sia perfezionata il comportamento esecutivo del reato, rinuncia a portare a compimento la condotta lesiva. È perciò necessario che l'agente, dopo aver compiuto atti che già di per sè costituiscono tentativo punibile, muti proposito ed operi in modo che il delitto non si compia.

che non si è verificato per circostanze – fortuite – non riconducibili all'agente¹³⁴. La *ratio* su cui si fonda quindi il trattamento sanzionatorio più grave nel reato mancato è ben espresso da Pellegrino Rossi: “l'autore dell'ultimo atto ha la certezza fisica del successo. Se il reato manca, questo avviene per una cagione messa fuori dell'umano anti vedere, ed è un caso fortuito. Ora ha egli il diritto di avvantaggiarsi del caso fortuito? No, come del pari egli non ha il debito di render ragione del male prodotto da un accidente, soprattutto qualvolta egli non sia stato cagione dell'accidente. Vero è che il male materiale non è stato prodotto, ma il fatto materiale che doveva prearlo è compiuto”. Nel caso di specie tuttavia la difficoltà, riconosciuta dallo stesso Marini con le parole “come distinguere negli aborti i caratteri del tentato e del mancato misfatto?”¹³⁵, nasce dall'ardua ricostruzione probatoria della distinzione tra le due ipotesi. Alla difficoltà di accertamento di segni evidenti di tentato aborto, che è possibile apprendere esaminando i manuali medico legali dell'epoca¹³⁶, si aggiunge, nel caso del mancato aborto, la penuria di mezzi di prova tali da ricostruire la presenza di una causa estranea alla volontà del soggetto che impedisce il ‘successo’ prefissato¹³⁷.

¹³⁴ Vedi nello stesso senso P. ROSSI, *Trattato di diritto penale per Pellegrino Rossi*, a cura di E. Pessina, Tipografia Gaetano Bozza, Torino, 1859, p. 359.

¹³⁵ C. MARINI, *Sul diritto pubblico e privato del Regno delle Due Sicilie*, Tipografia Giuseppe Barone, Napoli, 1848, p. 207.

¹³⁶ Cfr. J. L. CASPER - C. DEMARIA, *Manuale teorico pratico di medicina legale*, I, Tipografia eredi Botta, Torino, 1858, pp. 186 e 187; F. PUCCINOTTI, *Lezioni di medicina legale*, Per Borroni e Scotti, Milano, 1856, p. 64; A. POMA, voce *Aborto*, in *Dizionario anatomico-medico-legale*, editore Coi tipi della Minerva, Padova, 1834, p. 2; G. BARZELLOTTI, *Questioni di medicina legale*, Terza edizione, I, Ranieri Prospero Stampatore, Pisa, 1836, p. 192.

¹³⁷ Particolarmente interessante è il caso esaminato da Balocchi, che sottolinea la natura singolare della questione e soprattutto gli impedimenti, talora insuperabili, alla complessità della ricostruzione probatoria dell'avvenuto aborto. Si tratta di una donna morta presumibilmente cinque ore dopo aver ingerito delle sostanze ritenute abortive che le hanno provocato un'emorragia fatale. Tuttavia dall'esame cadaverico non si è rinvenuto il feto né si è accertato il nesso di causalità tra l'ingestione e la morte della donna. Cfr. V. BALOCCHI, *Tentativo di aborto seguito da morte*, in *Sperimentale: Giornale critico di medicina e chirurgia*, V, Federico Bencini Editore, Firenze, 1858, pp. 353 e 354.

Poma, esaminando l'infanticidio, sottolinea la necessità di non confonderlo con l'aborto procurato impiegando come criterio discretivo la vitalità del feto al momento del parto¹³⁸.

Con riferimento alla cagione d'onore interessante è poi la disamina compiuta da Nicola Nicolini nella sua opera *Questioni di diritto* in materia di infanticidio: "La legge del 20 maggio 1808 avea preveduto l'aborto e l'esposizione dei fanciulli per causa d'onore: non ammise però questa causa per l'infanticidio, contenta solo della distinzione tra l'infanticidio commesso da genitori e quello commesso dagli estranei; commesso da questi ultimi, la pena rientrava nella categoria ordinaria delle pene per gli omicidi. Le nuove nostre leggi penali rigettano questa distinzione¹³⁹. Ma nell'escludere dagli infanticidi ogni altra scusa, concede sol quella della causa d'onore (...) La legge non presume mai un fatto di scusa: in questo, come in ogni altro reato di sangue, la scusa dev'essere provata"¹⁴⁰. Nicolini sottolinea la necessaria circospezione con cui il magistrato deve, tuttavia, accordare questa scusante. Egli puntualizza il notevole disvalore di questo reato in quanto commesso nei confronti di un soggetto innocente, e sia compiuto da una donna che, 'contro natura', non agisce secondo l'istinto di conservazione della propria prole, e che non può neppure essere mossa da rabbia verso un essere così indifeso; lo studioso ritiene che la scusante possa quindi essere riconosciuta solo quando si rinvenzano nella donna sia la pietà verso la propria creatura, sia la necessità ineluttabile di compiere tale gesto¹⁴¹. La scusante opera inoltre solo se il reo agisce d'impeto, e "mai quando vi si abbia a ruminarvi sopra, speso alcun

¹³⁸ Poma osserva che affinché il delitto possa configurarsi l'infanticidio "*il bambino dev'esser venuto alla luce coi caratteri che l'avrebbero reso atto a continuare la vita anche fuori dell'utero*", e deve quindi essere vitale a tutti gli effetti: cfr. A. POMA, voce *Infanticidio*, in *Dizionario anatomico-medico-legale*, editore Coi tipi della Minerva, Padova, 1834, p. 236.

¹³⁹ Nicolini pone riferimento all'articolo 387 che statuisce: "*Nell'infanticidio la pena di morte discenderà al terzo grado de'ferri nel solo caso in cui sia stato diretto ad occultare per cagione di onore una prole illegittima*".

¹⁴⁰ N. NICOLINI, *Questioni di Diritto*, Collezione di opere legali, I, Livorno, 1849, p. 445.

¹⁴¹ N. NICOLINI, *Questioni*, cit., p. 446.

tempo, e molto studio e molt'opera". Nicolini afferma poi che "è necessario in primo luogo, che risulti in possesso la donna della stima altrui, e che se non fu pudica quale dovea, sia caduta per fragilità o per violenza, e non abbia perduta mai, fino al momento del parto quella opinione, nella quale il volgo ripone l'onore; (...) Il secondo fatto che dev'essere provato, è che chi uccide l'infante, non avea modo come occultarlo altrimenti"¹⁴². Lo studioso 'suggerisce' le case degli esposti, che rispettano la 'riservatezza' di chi lascia i bambini, non dovendo infatti "palesare il nome di chi ve li raccomanda". Si deve inoltre indagare che la donna non potesse "legittimar la prole con un susseguente matrimonio". Questi due elementi operano come *condicio sine qua non*, in assenza dei quali la donna non può trovare riparo nella scusante d'onore. Non secondaria è poi la distinzione tra onore e pudore. Nicolini afferma che "quando poi nell'art. 387 – la legge – parla di scusa per cagione d'onore"¹⁴³, al termine "onore" va attribuita l'accezione 'pubblica' di stima, e nel caso di specie la stima "che nasce dalla virtù delle donne, anzi da quella in specialità ch'è la base in esse d'ogni virtù, ed il primo fonte del pubblico costume, la pudicizia (...). Il sentimento che ha il reo stesso di questa pubblica stima, e della necessità di conservarla qual parte integrale della sua vita civile. Ed appunto perché è sentimento di chi si crede dover essere avuto in pregio degli altri, prende origine dal pudore, e si confonde sovente con esso"¹⁴⁴. Si deve poi distinguere tra pudore e pudicizia, il primo riferito alla 'contaminazione del corpo', il secondo alla sua 'corruzione'¹⁴⁵. Pellegrino Rossi sul tema della scusante d'onore affer-

¹⁴² N. NICOLINI, *Questioni*, cit., p. 448.

¹⁴³ N. NICOLINI, *Questioni*, cit., p. 447.

¹⁴⁴ N. NICOLINI, *Questioni*, cit., p. 448.

¹⁴⁵ Nicolini definisce compiutamente la nozione di pudore, distinguendo tre gradi di questo sentimento: "In rapporto alla pudicizia comincia il pudore, come per ogni altra virtù, dal dubbio delle proprie forze, e dal timore non pure di facile attacco, ma di ogni ombra più lieve d'ogni sospetto, d'ogni pensiero anche involontario che possa macchiarla. Questo genera la modestia, e nella modestia sta il primo grado del sentimento cui chiamiamo vergogna. Ella poi diventa ritrosia schiva e disdegno, quando o dentro di noi o al di fuori si sente già qualche fomite o pericolo: Questo è il secondo grado della vergogna. Viene l'ultimo, ch'è il rimorso, quando di tal pericolo sentiamo d'essere in colpa. Modestia, disdegno, rimorso, non

ma che “le condizioni che si riecheggiano per la scusa dell’infanticidio a cagione di onore si riducono a tre: che la prole uccisa sia frutto di illegittimo congiungimento; che lo scopo del reato sia stato quello di nascondere un oggetto di disonore; che la donna sia stata prima in possesso dell’altrui stima senza perdere fino al momento del parto quell’opinione in che il volgo ripone l’onore”¹⁴⁶. È evidente l’assonanza con la posizione di Nicolini, al cui pensiero lo studioso pone esplicito riferimento, pur distaccandosene in un punto: mentre il giurista abruzzese sostiene la contrazione della scusante alla sola ipotesi in cui la donna non potesse perseguire altra via se non quella criminosa per poter occultare l’esistenza del neonato, Pellegrino Rossi suggerisce di soffermarsi sul tenore letterale dell’articolo 387¹⁴⁷ e di estenderla anche al di fuori dell’estrema necessità¹⁴⁸. Enrico Pessina afferma che “la giustizia punitrice riconosce come omicidio qualificato l’infanticidio. Ma spesse volte, anzi quasi sempre, egli accade che vengano troncati i giorni di un essere appena uscito a respirare le aure vitali nel fine di togliere il documento della impudicizia di una madre, perché ella non perda la pubblica estimazione. Epperò la legge deve tener conto di questa efficacia che esercita il sentimento di conservazione dell’onore. E la nostra legge vien temperando il rigore dell’estremo supplizio quando si avveri l’infanticidio per siffatta causale. E per fermo l’art. 387 delle Leggi Penali diminuisce sino al 3° grado dei ferri la pena dell’infanticidio nel solo caso in cui è stato diretto ad occultare per cagion d’onore una prole ille-

*sono che gradi della vergogna, figlia del pudore, sentimenti concessi al solo uomo, su’ quali può ben influire l’altrui giudizio, ma che nascono dal fondo intimo del cuore, indipendentemente da questo”: cfr. N. NICOLINI, *Questioni*, cit., p. 448.*

¹⁴⁶ P. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 282.

¹⁴⁷ L’articolo 387 del Codice del Regno delle due Sicilie dispone: “*La pena di morte pronunciata per l’infanticidio sarà ridotto a quella del terzo grado di ferri, se il crimine fu commesso allo scopo di celare un parto illegittimo per ragion d’onore?*”.

¹⁴⁸ Rossi puntualizza infatti che “*se il legislatore avesse voluto restringere al solo caso di necessità, non avrebbe adoperato la parola diretto, ma avrebbe detto la pena dell’infanticidio discenderà nel solo caso in cui sia stato necessario ad occultare per cagione d’onore una prole illegittima?*”: cfr. P. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 282.

gittima”¹⁴⁹. Definisce poi le condizioni di operatività della scusante, con parole simili se non identiche a quelle impiegate dallo studioso nella trasposizione in lingua italiana del trattato di Rossi¹⁵⁰. Puntualizza poi che la scusante si applica non solo alla condotta della donna ma anche all’infanticidio compiuto da *extranei* “che o per proprio interesse di onore abbian commesso l’infanticidio o cooperato al medesimo, o vi abbiano cooperato senza proprio interesse di onore e solo per mantenere occulta a cagione d’onore una illegittima prole”¹⁵¹.

Arabia circoscrive la portata della scriminante nel procurato aborto alle medesime condizioni in cui opera per l’infanticidio: è necessario che la donna “godesse di buona fama” ed avesse quindi effettivamente una reputazione da difendere¹⁵². Afferma poi che sembra poco accettabile ‘in via analogica’ la sua estensione al “padre della donna, ai suoi fratelli, e a tutti quegli stretti parenti che si considerano come parte della famiglia”¹⁵³. Marini afferma in proposito: “perché punir di morte l’infanticidio”¹⁵⁴, mentre l’aborto procurato negli ultimi periodi da una incinta e che tanto si confonde col primo punito colla relegazione? Perché non render comune all’infanticidio minorazione di pena sanzionata per l’aborto consumato per causa d’onore, mentre questo nell’uno e nell’altro caso è causa del reato commesso da colui che trovandosi tra l’infamia e la morte, si determina a portar la mano colpevole su di quegli esseri

¹⁴⁹ E. PESSINA, *Propedeutica al diritto penale*, cit., p. 36.

¹⁵⁰ “Le condizioni di questa attenuazione sono tre: che la prole uccisa sia frutto di illegittimo congiungimento; che lo scopo del reato sia stato quello di nascondere un argomento di disonore; che la donna sia stata prima in possesso dell’altrui stima senza perdere fino al momento del fatto quella opinione in cui l’universale degli uomini fa consistere l’onore” cfr. E. PESSINA, *Propedeutica al diritto penale*, cit., p. 37.

¹⁵¹ E. PESSINA, *Propedeutica al diritto penale*, cit., p. 37.

¹⁵² F. S. ARABIA, *I principi*, cit., p. 102.

¹⁵³ F. S. ARABIA, *I principi*, cit., p. 103.

¹⁵⁴ Gli articoli 349 e 352 del Codice del Regno delle due Sicilie dispongono: “L’omicidio volontario è qualificato per infanticidio, quando è commesso in persona di un fanciullo di recente nato e non ancora battezzato, o inscritto sui registri dello stato civile”; “Sarà punito colla morte: il parricidio, col terzo grado di pubblico esempio; il veneficio, col primo grado di pubblico esempio; l’infanticidio; l’omicidio premeditato; l’omicidio in persona di chi non è l’offensore dell’omicida, per vendicare un’offesa da altri ricevuta; l’omicidio che abbia per oggetto l’impunità o la soppressione della pruova di un reato, o la facilitazione di un altro reato, benchè l’oggetto non se ne sia ottenuto; l’omicidio per altrui mandato, sia mercenario, sia gratuito”.

infelici che possono sentire ancora il beneficio della vita mettendo in pericolo talora la vita propria?”¹⁵⁵. Arabia, commentando l’articolo 349, afferma che perché operi è necessario che si tratti di un fanciullo “di recente nato e non ancora battezzato o iscritto sui registri dello stato civile. Ove il fanciullo fosse di qualche età, o ne fosse stata in modo solenne pubblicata la nascita, mancherebbero le due condizioni che vuole la legge a qualificare l’infanticidio; poiché la principale se non l’unica ragione per cui l’infanticidio è punito di pena più grave, è la facilità che si ha di commettere il reato verso un essere che ancora ignoto può dare al colpevole la speranza che il misfatto non sia scoperto. Gli è per questo appunto che l’uccisione di un fanciullo comunque nato di fresco, ma già iscritto nei registri della Parrocchia, o in quelli dello stato civile, non è più qualificata per infanticidio”¹⁵⁶. Asserisce poi, quasi rispondendo a Marini, che “se questo vale per la pena, dee anche valere per la scusa: l’uccisione di un fanciullo il cui stato sia noto per l’età, o per l’iscrizione negli atti dello stato civile, non può essere scusato secondo l’articolo 387. Perché questa scusa si dà all’infanticidio; ed in questa ipotesi non vi è infanticidio; perché l’onore della madre è già macchiato nella pubblica opinione, e l’omicidio non potrebbe esser diretto a salvarla dalla vergogna della sua debolezza. È necessario perché si goda della scusa che l’infanticidio abbia per movente una cagione di onore. Ma una donna che viva abitualmente una vita rotta al vizio, che non abbia avuto nessuna cura di celare la sua gravidanza, che in fine abbia agli occhi del pubblico perduto ogni stima di donna onorata, non può pretendere di godere della benignità della legge, e di farsi credere in caso di costringimento dalla forza della voce di quell’onore, ch’ella avea già obbliato”¹⁵⁷.

In conclusione, la regolamentazione dell’aborto contenuta nel codice del Regno delle Due Sicilie si connota per la generale ‘indulgenza’ del legisla-

¹⁵⁵ C. MARINI, *Sul diritto pubblico e privato*, cit., p. 207.

¹⁵⁶ F. S. ARABIA, *I principi*, cit., p. 102.

¹⁵⁷ F. S. ARABIA, *I principi*, cit., p. 102.

tore napoletano, che non prevede la “galera perpetua” – irrogata per il medesimo reato da altri testi normativi, come quelli gregoriano ed estense¹⁵⁸ – neppure nel caso più grave dell’aborto provocato da esercenti attività sanitarie. Si intravede invece lo ‘stampo’ francese della codificazione *in prima facie* nel tenore letterale dell’articolo 395, che sembra parafrasare l’articolo 317 del *code napoléonico*¹⁵⁹, dal quale si distingue tuttavia per un aspetto fondamentale: l’agire *invita ea*, che nel codice francese non determina nessuna conseguenza sul piano sanzionatorio, nella legislazione napoletana produce una modifica *in peius* della pena cui è condannato il reo.

¹⁵⁸ Vedi sul punto rispettivamente p. 61 e p. 57 del presente capitolo.

¹⁵⁹ Vedi sul punto p. 10 del precedente capitolo.

2. IL CODICE PENALE PARMENSE

Il codice penale per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla promulgato il 15 novembre 1820 presenta lo stampo del codice napoleonico del 1810 sebbene subisca anche l'influenza del quasi coevo *corpus* normativo vigente nel Regno delle Due Sicilie.

Si tratta di un testo definito dagli studiosi contemporanei e della seconda metà dell'Ottocento 'moderato'¹⁶⁰, caratterizzato da un trattamento sanzionatorio piuttosto mite del tentativo, del concorso nel reato, dell'imputabilità del minore, e dall'abolizione delle pene più inclementi quali la berlina, il bollo o il bando. In realtà la mitezza di questo codice è rilevata da giuristi del passato ma anche 'del presente': Cadoppi, ad esempio, afferma che "il codice parmense del 1820 – nato in un clima raddolcito dalla presenza di una duchessa mite e svagata come Maria Luigia – si mostrava, se non prodotto tecnicamente perfetto, almeno come un modello di indulgenza e di tolleranza penale"¹⁶¹. Sergio Vinciguerra sottolinea invece l'impostazione francese, che, a dire dello studioso, si evince da una serie di elementi: la distinzione dei reati in crimini, delitti e contravvenzioni; la *summa divisio* tra reati pubblici e privati; le fattispecie di parte speciale che costituiscono un *melius* rispetto alle corrispondenti francesi (le norme sono più tassative e la ricostruzione tecnica dei crimini mostra un'attenzione maggiore di quella esplicitata nel *code pénal*)¹⁶². Antonio Padoa Schioppa in una prospettiva poliedrica, analizzando la codificazione parmense civile e penale, afferma che di entrambi i codici, prodotti dalla sintesi del modello francese e austriaco, "il risultato fu notevole, perché venne raggiunto un

¹⁶⁰ P. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 36.

¹⁶¹ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 56.

¹⁶² S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell'Ottocento*, cit., p. 228.

equilibrio tra tendenze non facilmente conciliabili”¹⁶³. Vinciguerra sostiene poi che lo stesso non possa dirsi del codice austriaco del 1803, che, secondo lo studioso, non ha certo ispirato i compilatori parmigiani: alla maggiore crudeltà delle pene si affianca un minor sforzo del legislatore nella definizione delle fattispecie criminose ed una diversa configurazione delle stesse sia nella forma che nel contenuto, oltre alla bipartizione in delitti e gravi trasgressioni politiche, queste ultime profondamente diverse dalle contravvenzioni parmensi, intrise di un disvalore decisamente meno importante, sebbene lo stesso studioso ammetta che si possano trovare dei casi sporadici di assonanza¹⁶⁴. Quando infatti nel 1816 i ducati di Parma, Piacenza e di Guastalla sono sottoposti all’egemonia dell’arciduchessa Maria Luigia d’Austria, il primo atto del governo è quello di mantenere provvisoriamente le leggi dell’impero francese, incaricando tuttavia prontamente una commissione per la redazione, in primo luogo, del codice civile (1819) e poi i codici di procedura civile e penale ed il codice penale¹⁶⁵. Alberto Cadoppi asserisce che, eccettuata l’appendice, il codice parmense “non era tutto sommato un prodotto disprezzabile. Visti i tempi, i compilatori del codice del 1820 avevano fatto del loro meglio per costruire un sistema penale equilibrato, che mediava moderatamente tra le opposte istanze indubbiamente caratterizzanti il periodo: quella protesa verso l’immediato passato rivoluzionario e verso il futuro, e dunquepregna di ansie liberali ed ‘italiane’, e quella rivolta al disperato quanto anacronistico tentativo di conservazione del presente assetto di Restaurazione, e dunque rea-

¹⁶³ A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto*, cit., p. 484.

¹⁶⁴ In materia di concorso nel reato il codice parmense dà una soluzione simile rispetto a quella del codice austriaco. Gli articoli 82 e ss. del primo richiamano il contenuto dell’articolo 5 del secondo: si distingue tra complici ed autori del reato, con la previsione del medesimo trattamento sanzionatorio solo per i complici necessari, e non anche per quelli non necessari per i quali si applica una riduzione di pena.

Come anche in materia di duello, fattispecie criminosa non prevista dal codice francese, il codice parmense, negli articoli 358 e ss., riproduce in alcune parti il testo degli articoli 140 e ss. del codice asburgico. Cfr. S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell’Ottocento*, cit., p. 228.

¹⁶⁵ F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, cit., p. 414.

zionaria ed autoritaria”¹⁶⁶. Cadoppi, nel descrivere i pregi di questo elaborato normativo, puntualizza che si tratta del secondo, sul piano cronologico, dei codici preunitari, e che può essere definito certamente un testo “relativamente moderato rispetto agli altri, con “soluzioni tecniche non prive di razionalità e di originalità”, e “ben scritto”¹⁶⁷. Questi ed altri aspetti, afferma lo studioso, hanno fatto sì che questo codice ‘abbia lasciato in eredità’ molti istituti: “Basti pensare che il codice albertino del 1839 – da cui ebbe origine il simile codice sardo – italiano del 1859, che a sua volta fu, con quello toscano, il principale modello del codice Zanardelli del 1889 – utilizzò non poche soluzioni del codice parmense, e di quest’ultimo adottò soprattutto, in più di un’occasione, la forma linguistica”¹⁶⁸. Secondo Cadoppi quindi “le origini della codificazione penale italiana sono dunque effettivamente anche ‘lombarde’. E sono state tramandate sino al codice Zanardelli ed a quello del 1930 di codice in codice, anche tramite il codice penale parmense del 1820”¹⁶⁹.

La disciplina dell’aborto è contenuta negli articoli 328, 329 e 330. L’articolo 328 incrimina la condotta abortiva tenuta dall’estraneo o dalla donna gestante su di sé o con la complicità dell’estraneo; l’articolo seguente prevede un aggravamento di pena in presenza della qualità personale del reo di esercente attività sanitarie; l’articolo 330 tratta dell’ipotesi in cui dalla procedura abortiva si determina, indipendentemente dall’esito dell’aborto, la morte della donna¹⁷⁰.

¹⁶⁶ A. CADOPPI, *Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, Cedam, Padova, 1991, p. 69.

¹⁶⁷ A. CADOPPI, *Codice penale per gli Stati di Parma*, cit., pp. 72 e 73.

¹⁶⁸ A. CADOPPI, *Codice penale per gli Stati di Parma*, cit., p. 74.

¹⁶⁹ A. CADOPPI, *Codice penale per gli Stati di Parma*, cit., p. 74.

¹⁷⁰ Gli articoli statuiscono rispettivamente: “È comminata la reclusione da 3 a 5 anni a chiunque, abbia o no la donna acconsentito, avrà fatto seguire l’aborto, ed alla donna che se lo sarà procurato da sé o avrà acconsentito a servirsi dei mezzi indicatili o somministrabili, purchè ne sia conseguito l’effetto”; “La stessa pena da 5 a 10 anni colpisce i medici, i chirurghi, ecc., che abbiano indicati o somministrati i mezzi”; “Se dai mezzi usati sia, avvenuto o no l’aborto, derivata la morte della donna, la pena applicabile è

Non si comprende la ragione per la quale il legislatore, nella prima delle tre disposizioni, non abbia differenziato l'ipotesi in cui l'estraneo agisca con il consenso della donna da quella in cui abbia procurato l'aborto contro la sua volontà, distaccandosi dai coevi codici, come l'articolo 395 del codice del Regno delle Due Sicilie, e riprendendo invece l'articolo 317 del codice napoleonico. Parimenti alle legislazioni contemporanee prevede invece le "circostanze aggravatrici che si fondano o nell'evento maggiore che ne derivi o nel soggetto delinquente"¹⁷¹. Manca tuttavia la incriminazione del tentativo di aborto: l'articolo 328 statuisce infatti "purchè ne sia conseguito l'effetto".

È però necessario individuare la distinzione tra aborto commesso a gravidanza inoltrata e prossima al parto e feticidio: tale differenziazione non può che avvenire sul piano empirico servendosi dell'ausilio del medico legale. Poma definisce compiutamente "i segni che in generale fanno distinguere l'aborto a gravidanza inoltrata dal feto condotto a termine"¹⁷².

L'impiego delle conoscenze di medicina legale diventa indispensabile quando la gravidanza sta giungendo al termine in quanto "quei feti che nascono prima del settimo mese di gravidanza muoiono per la maggior parte poco dopo esser venuti alla luce, e molti ancora prima di essere espulsi dal seno ma-

dai 5 ai 10 anni di lavori forzati se la donna acconsentì a far uso dei mezzi anzidetti; in caso diverso la pena è dai 10 ai 20".

¹⁷¹ E. PESSINA, *Propedeutica al diritto penale delle due Sicilie*, Stabilimento tipografico dei classici italiani, Napoli, 1858, p. 51.

¹⁷² Tali segnali sono molteplici: "il dimagrimento, l'asciuttezza, la flaccidità e la mobilità della pelle; il colore rosso, ed anche porporino, nei luoghi in cui essa è più sottile, come sono le palme delle mani e le piante dei piedi; la mancanza più o meno completa dei piccoli peli che coprono la pelle del feto giunto a termine; la diminuita aderenza dell'intonaco sebaceo, il quale, simile ad una peluria fioccosa, occupa specialmente le parti laterali della faccia, il dorso, le spalle ed i lombi; le aperture delle fontanelle, che sono in generale assai maggiori nell'aborto che nel feto a termine; la più grande mobilità nelle ossa del cranio; i lineamenti della faccia poco sviluppati; l'aspetto di vecchiaia, di tristezza; le labbra e le orecchie porporine; la lingua pure assai rossa; i capelli rari, corti, e quasi bianchi affatto; la mancanza o lo sviluppo assai incompleto delle unghie; l'assenza quasi totale delle sopracciglia o delle ciglia; le palpebre incollate, e le pupille coperte da una membrana; lo scroto assai increspato, di colore di porpora, e quasi sempre vuoto; le labbra della vulva gonfie, i capezzoli appena percettibili, senza areole; il peso pure del feto stesso può in qualche circostanza essere calcolato; ma sono tante le anomalie nel peso e nel volume dei feti, che questo criterio non deesi valutare gran fatto nel decidere di un aborto": cfr. A. POMA, voce *Aborto*, cit., p. 4.

terno. Si hanno però esempi, quantunque assai rari, di feti nati nel sesto mese, nel quinto, e taluno assicura pure nel quarto mese di gravidanza, i quali sebbene generalmente a quest'epoca non vengano riconosciuti per vitabili, pure poterono essere conservati, e vissero lungo tempo. Simili esempi però lasciano sempre i più ragionevoli dubbi sulla loro verità¹⁷³. Si richiede la stessa accortezza anche per distinguere l'aborto come parto 'immaturo' dal parto precoce o 'prematuro', in quanto in quest'ultimo caso il feto, raggiunto il sesto mese di gravidanza, è formato a sufficienza da poter essere suscettibile di vita autonoma¹⁷⁴. La vitalità, definita da Poma come quello "stato del feto, in cui la sua organizzazione giunse ad un così alto grado di perfezione da potersi sperare che, uscito dall'utero, avrà a favore della sua esistenza un numero di probabilità pari a quello che accade per tutti gli altri uomini"¹⁷⁵. Questa si accerta già nei feti nati dopo sei mesi e mezzo di gestazione, e la probabilità di vita aumenta esponenzialmente con il procedere della gravidanza sino al nono¹⁷⁶. Poma descrive i tratti caratteristici della vitalità del feto: si tratta di caratteri legati alla dimostrazione, da parte del neonato, di interagire col mondo esterno e con la madre, come ad esempio le grida o i pianti, che costituiscono una sorta di primo riflesso automatico del neonato al momento in cui viene alla luce, o tratti esteriori come la conformazione di capelli, peli o unghie¹⁷⁷.

¹⁷³ A. POMA, voce *Aborto*, cit., p. 4.

¹⁷⁴ A. POMA, voce *Aborto*, cit., p. 4.

¹⁷⁵ A. POMA, voce *Vitalità*, in *Dizionario anatomico-medico-legale*, editore Coi tipi della Minerva, Padova, 1834, p. 398.

¹⁷⁶ Poma sottolinea che tuttavia "non si può indicare in modo preciso l'epoca della gestazione nella quale incomincia a godere di tale facoltà, essendo la vitalità subordinata allo sviluppo degli organi, in particolare dei respiratori, imperocchè viene ammesso quale principio, sì dai medici come dai pubblicisti, essere la respirazione compiuta ed essa sola che costituisce la vita": cfr. A. POMA, voce *Vitalità*, cit., p. 398.

¹⁷⁷ A. POMA, voce *Vitalità*, cit., p. 399; cfr. J. L. CASPER - C. DEMARIA, *Manuale teorico*, cit., p. 563 ss.; G. BARZELLOTTI, *Questioni di medicina legale*, III, Ranieri Prospero Stampatore, 1836, p. 476 ss.

Non è inoltre prevista la scusante d'onore, a differenza dell'infanticidio: l'articolo 308¹⁷⁸ dispone infatti la pena di morte per l'uccisione dell'infante, irrogando lo stesso trattamento sanzionatorio imposto per il reato di omicidio (articolo 306¹⁷⁹), ma riduce la pena quando la donna sia stata spinta dall'intento di occultare la prole illegittima.

Come afferma l'avvocato Ermanno Salucci, “però la scienza odierna se vuole anche essa severamente punito il delitto d'infanticidio, non approva che questo come all'omicidio premeditato si applichi la stessa pena. I principi di dolcezza che dirigono i rari intelletti allo studio della scienza criminale e che si vedono seguiti dai magistrati, non permettono di parificare nelle conseguenze penali il delitto d'infanticidio all'omicidio commesso con precedente e maturo consiglio e deliberazione, nel quale si manifesta tutta quella empietà e scelleratezza di che può esser capace la mente abbrutita di un uomo, mentre nel delitto dell'infanticidio spesso l'agente opera e delinque dietro un sentimento di dolore e uno stimolo di passione o dietro un'idea di onore. Egli è tale un delitto nel quale il tumulto degli affetti può avere un'azione, che non doveva nè poteva dimenticarsi nel giudicarlo”¹⁸⁰. Lo studioso aggiunge poi, facendo riferimento all'articolo 308, che al codice parmense va ascritto il merito di distinguere “se il figlio era illegittimo o legittimo noverando fra gli omicidi il delitto della madre legittima che uccide il proprio figlio”¹⁸¹.

Appare poco comprensibile quindi la *ratio* seguita dal legislatore parmense, che non ha esteso l'operatività della scriminante anche all'aborto procurato.

¹⁷⁸ L'articolo recita: “L'uccisione di un bambino nato di fresco, è infanticidio, ed è punita di morte. La pena dell'infanticidio potrà essere ridotta al primo o al secondo grado immediatamente inferiore alla pena di morte, nel solo caso in cui la madre sia indotta a commetterlo nella sua prole illegittima, e rimanga provato ch'essa non avea altro mezzo con cui salvare la vita o l'onore”.

¹⁷⁹ L'articolo dispone: “L'omicidio con premeditazione è assassinio, ed è punito colla morte”.

¹⁸⁰ E. SALUCCI, *Questioni sul delitto d'infanticidio*, in *La Temi: giornale di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Tipografia Barbera Bianchi, Firenze, 1855, p. 231.

¹⁸¹ E. Salucci, *Questioni sul delitto*, cit., p. 231.

Inoltre nella codificazione di Maria Luigia c'è un *quid pluris* rispetto a quelle coeve: perché operi la scriminante nell'infanticidio è necessario provare che la stessa “non avea altro mezzo con cui salvare la vita o l'onore”. Opera cioè anche quando la donna è indotta all'infanticidio dalla volontà di salvare non l'onore ma piuttosto la propria vita, ipotesi che le altre codificazioni non prevedono in materia di infanticidio¹⁸².

Dalla disciplina parmense dell'aborto emerge una minore attenzione – rispetto agli altri codici preunitari – nella regolamentazione della fattispecie delittuosa, essendo impunito il tentativo e previsto un trattamento sanzionatorio piuttosto mite. Occorre tuttavia porre l'attenzione su un aspetto degno di nota: alla generale ‘clemenza’ in termini sanzionatori del legislatore non si correla l'‘ingombrante’ dimenticanza della scusante d'onore.

¹⁸² L'articolo 276 del regolamento gregoriano dispone: “L'infanticidio, solo quando lo abbia commesso la madre, onde occultare per sentimento d'onore un parto illegittimo, è punito colla reclusione in vita”; l'articolo 387 del codice del Regno delle due Sicilie statuisce: “Nell'infanticidio la pena di morte discenderà al terzo grado de'ferri nel solo caso in cui sia stato diretto ad occultare per cagione di onore una prole illegittima”; l'articolo 351 del codice estense stabilisce: “La morte di un infante neonato e concepito illegittimamente, procurata dalla madre all'oggetto di occultare il parto, è infanticidio”; l'articolo 532 del codice sardo piemontese dispone: “La pena dell'infanticidio potrà essere diminuita da uno a tre gradi riguardo alla madre che lo abbia commesso sulla prole illegittima”; l'articolo 318 del codice toscano stabilisce: “Quando per altro l'infanticidio doloso sia stato commesso per evitare sovrastanti servizie, si decreta la casa di forza da 5 a 10 anni e da 5 a 7 giusta le distinzioni fatte nell'articolo precedente”.

3. IL REGOLAMENTO PENALE GREGORIANO

La normativa criminale adottata sotto il pontificato di Gregorio XVI risponde all'esigenza di un *corpus* normativo valido che si sostituisce alle disposizioni penali, antecedenti alla codificazione napoleonica, ripristinate al termine della dominazione francese.

Il Regolamento gregoriano, adottato con l'editto del Segretario di Stato del 20 settembre 1832, risente fortemente dell'influenza del *code pénal*: evidenti sono le corrispondenze nella parte generale, ad esempio l'aver riservato una sezione alla definizione dei principi generali della legge penale, ma anche nella parte speciale, con particolare riferimento al tentativo di reato e all'incriminazione dei soli atti esecutivi e non anche di quelli preparatori. Non va tuttavia dimenticato che il regolamento in questione è pervaso dai principi religiosi della fede cattolica e si distacca profondamente in questo dalla laicità della codificazione francese¹⁸³. Secondo alcuni studiosi¹⁸⁴ poi non mancano fattispecie mutuate dal codice austriaco. Mario Cattaneo sostiene la vicinanza del regolamento più al codice francese della Rivoluzione che a quello del 1810, quanto alla sua struttura: "si tratta di un codice penale che contiene poche indicazioni di carattere generale, che ha cioè una parte generale assai limitata: queste sono contenute nel libro I "Dei delitti e delle pene in generale", il quale stabilisce una serie di principi concernenti il tentativo (il delitto tentato, o conato), la correità, il concorso in reati, le circostanze aggravanti e attenuanti, le pene in generale e simili. Si passa poi alla parte più corposa, ovvero alla parte

¹⁸³ S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell'Ottocento*, cit., p. 292.

¹⁸⁴ F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, cit., p. 465; M. Pujos, *De la législation civile, criminelle et administrative des Etats Pontificaux*, Cotillon, Parigi, 1862, p. 15.

speciale, contenuta nel libro II “Dei delitti in specie e della loro punizione”¹⁸⁵. “La struttura di questo testo normativo è quindi simile a quella del codice penale della Rivoluzione francese, emanato nel 1791, che era privo di parte generale come oggi la intendiamo, e dedicava la prima parte all’elenco delle pene in generale, alla recidiva, alla contumacia, alla prescrizione, e simili: in nessuno di questi due codici sono inseriti principi generali riguardanti l’elemento soggettivo del reato”¹⁸⁶. Lo studioso aggiunge inoltre che “che il codice pontificio del 1832 sta piuttosto sul versante del codice francese, e quindi dal lato della certezza. Si può notare quindi che anche questo codice – come quello austriaco del 1803 – risente, per quanto riguarda la struttura, l’indicazione abbastanza precisa delle fattispecie, dell’influsso dell’illuminismo e degli avvenimenti legati alla Rivoluzione francese”¹⁸⁷. Cadoppi sostiene che “del codice francese sembra ripetere la parca estensione della parte generale; la scarsa propensione per le definizioni; numerosi profili contenutistici, soprattutto nella parte speciale”, mentre “dal codice austriaco deriva talune norme della parte generale – ad esempio il capitolo sulle circostanze, che con tale nome fa il suo ingresso per la prima volta nel mondo codicistico, quantomeno in Italia – e qualche istituto sparso nella parte speciale, come la regolamentazione espressa dell’ubriachezza (artt. 287-289)”¹⁸⁸, sebbene non manchi di originalità rispetto a tali codificazioni straniere¹⁸⁹ e a quelle coeve¹⁹⁰. Cattaneo non manca di sottolineare una notevo-

¹⁸⁵ M. A. CATTANEO, *Modernità e autoritarismo nel ‘Regolamento’ Penale Gregoriano*, in *I Regolamenti Penali di papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1831)*, Cedam, Padova, 2000, p. 23.

¹⁸⁶ M. A. CATTANEO, *Modernità e autoritarismo*, cit., p. 23.

¹⁸⁷ M. A. CATTANEO, *Modernità e autoritarismo*, cit., p. 24.

¹⁸⁸ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 59.

¹⁸⁹ Tali caratteri autonomi sono registrati da Cadoppi, in primis nella previsione della pena fissa, tipica del codice francese del 1791, “*codice che peraltro proprio per questa caratteristica aveva meritato le critiche di tutto il mondo penalistico del tempo*”. In secondo luogo nella mancata descrizione dei reati, dei quali “*il legislatore si limita ad enunciare il nomen iuris: si trattava di una prassi talora seguita in altri codici preunitari, ma in nessun caso con tale ripetitività*”: cfr. A. Cadoppi, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 59.

le mancanza in termini di certezza del diritto: non è esplicitamente indicato il principio *nullum crimen nulla poena sine lege*'. Si tratta tra l'altro di un punto che ha destato l'interesse anche di Cadoppi, che tuttavia ritiene che sia rilevante "approfondire il problema e domandarsi se tale omissione implicasse la volontà papale di privare i suoi sudditi di tale fondamentale garanzia; forse così non era; resta strana la mancata previsione espressa del principio"¹⁹¹. Cadoppi definisce l'elaborato normativo gregoriano 'disorientante' per gli studiosi, data la molteplicità dei modelli di riferimento, sebbene non sia riconducibile esclusivamente a nessuno di essi¹⁹². Un ultimo aspetto di assoluta singolarità riguarda la mancata suddivisione in categorie dei reati¹⁹³.

Si tratta di un testo considerato da studiosi coevi 'moderato', elogiato per la precisione con cui sono specificati i delitti e per la "generale mitezza

¹⁹⁰ Cadoppi pone riferimento "alla previsione di tre gradi della colpa (artt. 290-292), e di tre gradi della provocazione (artt. 281-283); anche se attuate nella parte speciale, nei delitti contro le persone. Non si tratta di istituti di per sé inopportuni, o necessariamente mal disciplinati: si tratta però di soluzioni aliene alla tradizione codicistica del tempo, e dunque in un certo senso 'eccentriche': cfr. A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 60.

¹⁹¹ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 60.

¹⁹² Cadoppi rileva quale principale peculiarità del Regolamento l'ingente numero dei modelli di riferimento: "se i codici di Napoli del 1819 e quello di Parma dell'anno successivo si erano basati precipuamente sul 'modello' del code pénal del 1810, altri codici di inizio secolo avevano preso maggiormente spunto dal 'modello' del codice austriaco del 1803: ad esempio, l'importante progetto milanese per il Regno italico del 1806, ed il pur effimero codice napoletano del 1808. I compilatori del codice gregoriano, viceversa, non sembrano prediligere un modello sull'altro. In realtà, il Regolamento non è né una 'copia del codice parmense' – come scrisse il Pessina – né una miscela tra i codici francese, napoletano e parmense, come adombrò il pur solitamente infallibile Mittermaier. Neppure ha visto giusto chi ha descritto il nostro codice come una "riproduzione del codice francese, coll'unione di alcune disposizioni tolte dal codice penale austriaco". Ad una considerazione più attenta, il codice del 1832 sfugge all'inquadramento in uno o nell'altro modello, o in tutti e due insieme": cfr. A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 58.

¹⁹³ Cadoppi sottolinea che mentre "il codice francese aveva operato una tripartizione tra crimini delitti e contravvenzioni, tripartizione ripresa sia a Napoli (ove i crimini erano stati chiamati 'misfatti') che a Parma" e "il codice austriaco aveva diviso i reati in delitti e gravi trasgressioni di polizia, separando il codice in due parti, l'una dedicata ai primi e l'altra alle seconde" il regolamento gregoriano "non prevede che una categoria di reati, i 'delitti', e nel 'calderone' dei delitti riversa illeciti di ogni tipo e gravità, dall'omicidio aggravato al nuoto "a corpo ignudo" in luoghi pubblici (art. 187)". Commenta questa singolare scelta ricordando che "una tale soluzione era stata adottata dagli stessi compilatori del lodato progetto milanese del 1806, ma in tale contesto si era trattato, come gli stessi compilatori avevano avuto modo di avvertire, quasi scusandosene, di scelta obbligata da questioni procedurali. Qui no, era pura e semplice sciatteria legislativa": cfr. A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 60.

delle pene inflitte”¹⁹⁴. Queste valutazioni vanno tuttavia contestualizzate nel pensiero ‘limitato’ di giuristi che avevano come parametro di riferimento i codici contemporanei e i loro archetipi: i cultori moderni non aderiscono a questa visione piuttosto ‘eufemistica’ del regolamento pontificio. Cadoppi lo definisce ‘il brutto anatroccolo’ delle codificazioni preunitarie¹⁹⁵: “troppe le arretratezze e le asperità di questo documento legislativo; troppe le commistioni tra sacro e profano, tra morale e diritto, tra ragion di stato e fattispecie penali; troppe le *gaffes* dogmatiche e gli infortuni sistematici; troppi gli squilibri tra le varie parti, per non suscitare un senso di delusione nel penalista, antico o moderno, che si avventurasse nella lettura di un simile prodotto normativo”¹⁹⁶.

La volontà della commissione redattrice di segnare un importante distacco col passato si evince dall’editto elaborato dal segretario di Stato il 2 aprile 1831¹⁹⁷ e dal *memorandum*¹⁹⁸ della conferenza del 21 maggio 1831, tenuta

¹⁹⁴ F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, cit., p. 465.

¹⁹⁵ “Sarebbe lungo l’elenco dei difetti di tale compilazione legislativa, e non si può non rinviare sul punto a quel maestro della comparazione che fu il Mittermaier e alla sua assai articolata analisi critica del codice romano. Invero – nonostante qualche recente tentativo di riabilitazione scientifica di tale codice, e salvo quanto anche in questa sede sarà evidenziato – che quello qui considerato debba considerarsi (e sia stato rettamente considerato) il ‘brutto anatroccolo’ dei codici italiani della Restaurazione non può essere messo seriamente in dubbio” cfr. A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 56.

¹⁹⁶ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 57.

¹⁹⁷ “Sollecito il santo Padre di eseguire ciò che già aveva annunciato a’ suoi popoli, si occupava premuroso e d’investigare i bisogni per rimediarsi prontamente con quelle disposizioni benefiche, le quali in pro di tutti nella sua generosità e sapienza aveva ideato in parte, ed in parte era per adottare, appena che più accurate notizie sulle particolari circostanze dei luoghi potessero additargli quali potessero essere le più opportune. Incominciare un’era novella” cfr. *Annali d’Italia dal 1750 al 1861*, compilati da A. COPPI, VI, Tipografia di Giuseppe Giusti, Lucca, 1845, p. 330.

¹⁹⁸ “Sembra che nell’interesse generale dell’Europa, due punti fondamentali si dovessero considerare nello Stato ecclesiastico: 1) che il governo pontificio fosse fondato sopra basi solide coi miglioramenti meditati ed annunziati dallo stesso santo Padre sin dal principio del suo pontificato; 2) che questi miglioramenti, costituendo secondo l’espressione dell’editto del cardinale Bemolti, un’era novella, fossero per mezzo di una garanzia interna posti al sicuro dei cambiamenti inerenti alla natura d’ogni governo elettivo. Per giungere a questo scopo salutare, e che per causa della posizione geografica e sociale dello Stato ecclesiastico è di un interesse europeo, parere indispensabile che il provvedimento organico da darsi da Sua Santità muovesse da due principii vitali: 1) Dall’applicazione dei miglioramenti di che si tratta non solo alle provincie sollevate, ma anche a quelle rimaste fedeli, ed alla capitale; 2) Dall’ammessibilità dei laici agli uffici amministrativi e giudiziari?” cfr. C. TIVARONI, *L’Italia durante il dominio francese*, III, Parte II, Roux Editore, Torino, 1889, p. 207.

agli albori dell'entrata in vigore della nuova disciplina, conferenza che vede partecipare i ministri di Austria, Francia, Prussia, Russia e di Sardegna ed un inviato della Gran Bretagna, preoccupati di “dar consigli per rimediare ai mali futuri nell'amministrazione interna degli Stati pontifici”¹⁹⁹.

Non poco rilevante è la nomenclatura che contraddistingue questo elaborato normativo: ‘regolamento’. Vinciguerra, in una disamina sull'interrogativo “perché regolamenti e non codici?”, rintraccia tale scelta in due fattori: “l'una attinente alla storia esterna della riforma gregoriana e l'altra che la tocca, invece, in profondità, nelle ragioni ideali che l'ispirarono”²⁰⁰. Cadoppi sostiene invece che tale posizione sia piuttosto segno di autonomia rispetto agli altri modelli di codificazione²⁰¹. Lo studioso trae le medesime con-

¹⁹⁹ F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, cit., p. 456.

²⁰⁰ Vinciguerra si interroga sulla criptica scelta del legislatore gregoriano di approvare un regolamento e non un codice, sottolineando come la curiosità nasca spontanea dall'osservazione che “*tutte le altre leggi analoghe, emanate in Italia nel primo cinquantennio dell'Ottocento, furono denominate 'codici'*”. Dato il mancato ritrovamento dei lavori preparatori il quesito appare risolvibile solo in via suppositiva. sull'ordinamento giudiziario, a cui è appunto dedicato il primo libro del Regolamento gregoriano di rito”. Le ragioni più plausibili sembrano “*l'una attinente alla storia esterna della riforma gregoriana e l'altra che la tocca, invece, in profondità, nelle ragioni ideali che l'ispirarono. L'ambiente della Curia romana era troppo colto per ignorare che un'opera di legislazione globale quali sono i codici non può venire alla luce in periodi di sconvolgimento costituzionale. I codici presuppongono quel sufficiente grado di consolidamento delle istituzioni e di consenso sociale che conferisca un minimo di stabilità alle loro fondamenta ideali ed esigono altresì un minimo di confronto preventivo tra le forze politiche e sociali che ne debbono governare poi l'applicazione. Tutto questo è mancato ai codici gregoriani, che furono promulgati nel giro di pochi mesi – mentre i territori dello Stato (tranne il Lazio e Roma) erano in rivolta ed occupati da truppe austriache e francesi (l'occupazione sarebbe durata fino al 1838) – e rappresentano la risposta politica a quei moti, richiesta, anzi imposta, nel c.d. Memorandum delle cinque potenze (21 maggio 1831)*”. Lo studioso conclude quindi che “*sotto questo profilo, i Regolamenti furono più una legislazione dell'emergenza che un'opera di codificazione e ciò non dev'essere sfuggito ai compilatori, se preferirono la denominazione riduttiva di regolamenti?*”: cfr. S. VINCIGUERRA, *Un'esperienza di codificazione fra emergenza politica e suggestioni del passato: I Regolamenti Penali Gregoriani?*, in *I Regolamenti Penali di papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1831)*, Cedam, 2000, pp. 11 e 12.

²⁰¹ La questione inerente alla nomenclatura del regolamento non sfugge a Cadoppi, che tuttavia spiega questa scelta con lo scopo di “*non evocare sinistre iconografie di stampo francese?*”, pur rimanendo il fatto che “*da Beccaria a Bentham, ai loro discepoli, la parola 'codice' era l'unica che veramente alludeva ad un documento legislativo dotato di quelle caratteristiche che l'illuminismo penale aveva elaborato quali garanzie della libertà e della dignità dei cittadini. La stessa realizzazione del principio di legalità passava necessariamente attraverso il 'codice'*”. Cadoppi opta per una soluzione diversa da quella cui giunge Vinciguerra: ritiene che “*parlare di 'regolamento' significava scostarsi da una tradizione, da un modello di legislazione in quel*

clusioni anche con riferimento all'inquadramento del codice come destinato a cittadini o piuttosto a giuristi, affermando: "Talora il Regolamento sembra rivolgersi ai cittadini, alla francese, dettando perentoriamente 'norme di condotta'; altre volte ai giudici o ai giuristi, sciorinando forbite 'norme di agguicazione'. Ma le une si stratificano sulle altre senza né garbo né appropriatezza, alla rinfusa, in un 'frullato penale' che disorienta il lettore"²⁰².

L'aborto è disciplinato negli articoli da 310 a 314. La prima disposizione si occupa dell'aborto procurato dalla donna su se stessa o da estranei; la seconda incrimina il tentativo di aborto; l'articolo 312 prevede l'ipotesi in cui la procedura non abbia determinato l'aborto, ma abbia causato la morte della donna; le ultime due norme incriminano la condotta abortiva tenuta da soggetti 'qualificati' dall'esercizio di attività sanitarie, sancendo una pena minore "se l'aborto non sia seguito, né la morte della donna incinta"²⁰³.

Giuliani sottolinea che "nel feticidio, ossia aborto procurato, la legge (gregoriana) gradua la pena a seconda dell'esito e non frappone alcuna differenza fra il delitto commesso dalla stessa donna incinta e quello operato da un estraneo. Il procurato aborto adunque se ebbe effetto, soggiace alla pena di dieci anni di galera, se non l'ebbe a cinque anni di opera pubblica. Che se poi del procurato aborto per opera di un terzo fu vittima la donna, benché l'aborto stesso non sia seguito il reo incorre nella galera perpetua (articoli 310,

momento dominante. Dunque, il Regolamento come prodotto (almeno in buona parte) autonomo rispetto ai due grandi modelli della storia della codificazione penale": cfr. A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice*, cit., p. 60.

²⁰² A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 65.

²⁰³ Gli articoli recitano rispettivamente: "L'aborto procurato con effetto, sia dalla donna stessa incinta, sia da altri in qualunque tempo della gravidanza, si punisce con dieci anni di galera"; "Se non ha avuto effetto si punisce con cinque anni di opera pubblica"; "Se per l'aborto procurato, ancorchè non succeduto, sia morta la donna, il delinquente è punito colla galera perpetua"; "Il medico, il chirurgo, lo speziale, la levatrice e chiunque altro che ha scientemente indicati o somministrati i mezzi pei quali è seguito l'aborto o la morte della donna incinta, è punito colla galera perpetua"; "Se l'aborto non è seguito, né la morte della donna incinta, è punito con cinque anni di opera pubblica".

311, 312)»²⁰⁴. Con riferimento all'articolo 311, in materia di tentativo, che si configura quando non si determini l'elemento costitutivo del reato, ossia l'espulsione del feto, Giuseppe Giuliani sostiene che “la qual cosa non è difficile a verificarsi perché spesso le forze della natura resistono ai tentativi dei malvagi”²⁰⁵.

Esaminando poi il ‘caso della complicità’, ossia dell’ausilio di soggetti ‘qualificati’ quali medico, chirurgo, speziale, levatrice e chiunque altro abbia “scientemente indicati o somministrati i mezzi pei quali è seguito l’aborto o la morte della donna incinta” *ex* articoli 313 e 314, Giuliani nota che “questa sanzione può presentare il caso di punire più il complice che l’autor principale”: il medico-complice viene punito con pena più severa della donna-autrice che si procuri l’aborto su di sé. Giuliani giustifica tuttavia la scelta del legislatore per la necessità di dissuadere, con ‘l’intensità della pena’, gli esercenti attività sanitarie, che dovrebbero svolgere la loro professione a tutela della salute e non contro la stessa, dall’aiutare le donne nel compiere l’aborto²⁰⁶. Lo studioso sostiene inoltre che il reato, se derivante da colpa, “non potrebbe cadere sotto la sanzione della legge, la quale in quanto alla donna non ravvisa il delitto se non nell’aborto doloso”²⁰⁷. Quando poi l’aborto derivi da percosse rivolte alla donna senza l’intenzione di determinare l’interruzione della gravidanza, egli, concordando con Giovanni Carmignani²⁰⁸, distingue l’ipotesi in cui la condot-

²⁰⁴ G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale: col commento della legislazione pontificia e toscana*, tipografia di Alessandro Mancini, Macerata, 1856, p. 275.

²⁰⁵ G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., p. 276.

²⁰⁶ Giuliani sottolinea infatti la necessità di riservare maggior rigore “contro le persone, le quali per la loro professione sono nella più facile cognizione e nel possesso dei mezzi abortivi?” e ciò è giustificato “non solo dal principio di opporre un’adeguata contropinta a chi è sì turpemente audace da convenire in istromento di distruzione per l’umanità quel ministero, di cui la Società lo investe per tutela della pubblica salute, ma anche dalla necessità di frenare colla intensità della pena l’avidità di lucro, che può muovere qualche mano mercenaria a rendersi cooperatrice di questa offesa sociale”: cfr. G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., p. 276.

²⁰⁷ G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., p. 267.

²⁰⁸ “Relativamente poi agli estranei è da esaminare se nel commettere questo eccesso abbiano essi agito a sangue freddo o nel bollore dell’ira. Trattandosi di dolo di proposito, io accorderei volentieri che la sola in-

ta sia premeditata o dettata dall'impeto. Nel primo caso si tratta a tutti gli effetti di aborto doloso, nel secondo caso si applicherebbe una pena più grave ad un soggetto per un reato che non era intenzionato né ha voluto commettere. Interessante è poi la disamina delle ragioni su cui si fonda, secondo Giuliani, l'incriminazione dell'aborto ed in particolare il disvalore che connota questa condotta rispetto ad altri reati, come l'omicidio. Quanto al danno fisico, dato che il reato è commesso nei confronti di un soggetto, il cui stato, essendo "rinchiuso nell'utero materno", è ignoto, allo stesso modo in cui è incerta la sua venuta alla luce, sembrerebbe ragionevole credere che "si reca un danno minore di quel che apporti la uccisione di un'infante o di un uomo adulto"²⁰⁹. Anche quanto al danno politico il disvalore della condotta lesiva di un soggetto, "di cui si tronca la futura vita in mezzo alla Società", sembrerebbe meno rilevante della lesione di un soggetto già esistente. Tuttavia "il danno politico non è misura nei delitti, se non in quanto coincide colla spinta criminosa". Per risolvere la questione Giuliani ritiene necessario effettuare un *distinguo* tra l'ipotesi in cui la condotta sia tenuta dalla donna o da un estraneo. Se compiuto dalla donna, deve essere cosciente "di esporsi col suo attentato ad un vemente dolore ed a prossimo pericolo di morte", in quanto "l'uomo aborre dal dolore e dalla morte" e queste sono due consistenti contropinte psicologiche alla commissione dell'aborto, "che risparmiano all'umano legislatore il bisogno d'impiegare tutto il rigore delle sue armi"²¹⁰. Quanto alla condotta dell'estraneo, è necessario distinguere ulteriormente tra la presenza o meno del consenso della donna: nel primo caso valgono le ragioni di cui sopra, nel secondo deve escludersi l'impiego di mezzi fisici o meccanici, mancando la ne-

tenzione di recare un'offesa qualunque in generale, senza aver diretta l'azione all'aborto in particolare, non basterebbe a render l'agente responsabile di aborto: ma ove si trattasse di dolo d'impeto, rimarrebbe molto incerto se si poi potesse agire contro di loro per aborto doloso, o soltanto colposo" cfr. G. CARMIGNANI, Elementi di diritto criminale, prima edizione milanese riveduta e annotata da Filippo Ambrosoli, Francesco Sanvito Editore, Milano, 1863, p. 353.

²⁰⁹ G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., p. 268.

²¹⁰ G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., p. 269.

cessaria collaborazione della donna, ed al contempo l'uso del mezzo morale, decisamente di esito incerto. Le uniche ipotesi rimanenti riguardano l'inganno della donna, indotta con artifici a bere sostanze abortive, e l'aborto derivato da percosse alla gestante. Tuttavia anche in questi ultimi casi operano gli stessi ostacoli definiti sopra. Se invece l'estraneo intenda compiere il reato senza aver alcuna cura per la vita della donna, si tratta di omicidio in caso di morte della stessa; in mancanza di "latrocinio", perché si è voluta la morte di un soggetto per trarne vantaggio²¹¹. Giuliani sostiene quindi, che "eccettuato questo ultimo caso, l'aborticidio è delitto più lieve dell'omicidio in ragione delle retrospinte che si oppongono alla di lui esecuzione".

Il Regolamento gregoriano si contraddistingue per l'evidente – ed anche scontata, data la veste 'pontificale' del legislatore – impronta 'inquisitoria' conferita alla disciplina dell'aborto, che irroga la "galera perpetua" *ex* articolo 312 nei confronti del reo che abbia provocato, indipendentemente dall'aborto, la morte della donna, ed *ex* articoli 313 e 314 nei confronti dell'esercente attività sanitarie, determinando l'applicazione della pena anche quando dalla condotta criminosa non derivino né la morte della donna né l'interruzione della gravidanza.

²¹¹ G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., p. 269.

4. IL CODICE CRIMINALE ESTENSE

Il codice criminale estense, promulgato il 14 dicembre 1855 ed entrato in vigore l'11 maggio dell'anno seguente, costituisce una parentesi tra il sistema penale previgente ancorato al modello dell'*ancien régime* e il diritto penale moderno successivo alla codificazione ottocentesca. L'immediato antecedente si rinviene nel codice penale militare del 1832, che presenta una peculiarità: travalicando i confini del sistema penale militare, incrimina condotte che possono essere integrate non solo da militari ma – sebbene si tratti di una parte esigua delle fattispecie disciplinate – anche da comuni cittadini. Questa categoria di reati non si fonda infatti sull'appartenenza alle milizie estensi²¹², bensì sull'aggressione della comune sicurezza dello Stato e della società e degli individui, delle loro libertà e dei loro diritti. Tra queste condotte si pongono quelle lesive della libertà sessuale ma anche l'aborto, reati in cui i beni giuridici lesi esulano dalla categoria dei beni peculiari dell'organizzazione militare²¹³. Il codice militare costituisce l'archetipo del codice estense del 1855, elaborato dalla commissione istituita nel 1849 da Francesco V. La codificazione del 1855 si 'appoggia' inoltre al regolamento di polizia, per quanto concerne la materia contravvenzionale, e alla legislazione speciale con riguardo ai delitti contro l'ordine pubblico. Sebbene si tratti di un testo che elargisce non poche garanzie di libertà per il cittadino nella disciplina comune, nella parte speciale ed in particolare nei reati che costituiscono direttamente o indirettamente un'aggressione al sovrano o alla saldezza della sua egemonia si presenta aggogato dall'arbitrio e da un impulso repressivo spasmodico, fondato su tecniche

²¹² L'articolo 112 li definisce reati che “*si oppongono a quegli obblighi ai quali il soldato è particolarmente legato in forza del suo prestato giuramento, e che perciò sotto tale rapporto non vengono imputati a nessun altro che a lui, o quelli che secondo la loro natura presuppongono nel delinquente la qualità di soldato*”.

²¹³ P. VICO, voce *Diritto penale militare*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano: Raccolta di monografie a cura di Enrico Pessina*, 1908, XI, Società Editrice Libreria, Milano, p. 73.

di giudizio esemplificate e su provvedimenti adottati *inaudita altera parte*²¹⁴. La *συννοησις* di questi due aspetti è evidente nelle parole di Lodovico Bosellini che commenta questo *corpus* normativo affermando: “Il Codice Criminale Estense rassomiglia a quello di Piemonte del 1770, e merita a un dipresso gli elogi e le critiche date a quello. Lodi perché sopra gli attributi dei magistrati introduce il pubblico ministero, provvede alla gratuita difesa de’poveri ed è migliore che le contemporanee leggi d’altri paesi e specialmente di Francia: biasimo, per la tortura, per le segreti, anzi per tutto quel segretume, per le pene arbitrarie ed atroci e per altri vizii”²¹⁵. Passando ad un commento più ‘moderno’, Elio Tavilla afferma che i compilatori del testo normativo estense si sono certamente ispirati ai codici parmense e albertino, “anche se non mancarono elementi di contatto con il progetto del codice penale per il Regno d’Italia del 1806 elaborato da Giuseppe Luosi, il regolamento gregoriano del 1832, il codice toscano del 1853 e, naturalmente, i due archetipi rappresentati dal codice penale francese del 1810 e da quello austriaco nelle due edizioni del 1803 e del 1852”²¹⁶. Del codice parmense presenta infatti il sistema ‘monistico’ di qualificazione giuridica dei reati, sebbene possa esserci anche un implicito riferimento alla scelta del legislatore asburgico del 1803 che ha scelto di regolare i soli delitti distinguendoli “soltanto dalle gravi trasgressioni di polizia”, o del “progetto luosiano del 1806, che contemplava delitti e contravvenzioni, criterio adottato dal codice toscano del ’53”²¹⁷. Inoltre, confrontandolo con le codifi-

²¹⁴ Il giudice competente a conoscere del reato, basandosi su accertamenti sommari e sulle difese di parte, trasmette l’incartamento alla commissione militare che, in assenza di contraddittorio, completa la trattazione della causa emettendo l’eventuale sentenza di condanna ed irrogando la pena. Solo se la commissione non riconosce di sua competenza il reato commesso trasmette gli atti al giudice ordinario. Cfr. S. Vinciguerra, *Il diritto penale dell’Ottocento*, cit., p. 318.

²¹⁵ L. BOSELLINI “*Il processo orale accusatorio secondo le varie legislazioni?*” in *La Temi: Giornale di Legislazione e Giurisprudenza*, Volume III, Tipografia Nazionale Italiana, Firenze, 1851, p. 655.

²¹⁶ E. TAVILLA, *Istituzioni e cultura giuridica in area estense*, Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 342.

²¹⁷ E. TAVILLA, *Istituzioni*, cit., p. 342.

cazioni coeve, Tavilla evidenzia la mancanza, in quella estense, di alcuni principi, quali quello di irretroattività della legge penale o il principio di legalità, presente nel modello francese²¹⁸. Un'altra caratteristica del codice estense è "l'assenza di ogni distinzione sulla qualità del bene offeso", mutuata dal codice francese del 1810, dal codice parmense e da quello austriaco²¹⁹. Cadoppi afferma che "lo stesso talora bersagliato codice estense del 1855, in realtà, pur tra i molti difetti conserva virtù scientifiche ancor in parte segrete e degne di essere riesplorate"²²⁰.

La disciplina in materia di aborto è contenuta negli articoli 379 – 382: il primo incrimina la condotta abortiva compiuta dall'estraneo o dalla donna su se stessa, con differimento della pena a seconda del consenso – dissenso della gestante²²¹; il secondo riguarda l'ipotesi più grave della morte della donna a

²¹⁸ "Quanto ad alcuni principi generali che cominciano ad affermarsi nei codici penali coevi, se pure possiamo registrare la presenza di quello della territorialità in relazione ai delitti commessi da forestieri nello stato estense (art. 5), manca invece quello di irretroattività riscontrabile nel codice per il Regno delle Due Sicilie del 1819 (art. 60) e nel parmense (art. 2). Esso compariva comunque nel ricordato decreto 28 agosto 1814 e nel regolamento di polizia ed era contenuto ancora nel progetto Veratri. Diverso è il discorso che riguarda il principio di legalità, conquista giuridica della Rivoluzione francese che, per quanto raramente proclamata nei codici della Restaurazione, non apparirà poi in sostanziale contrasto con l'impianto complessivo del diritto penale ottocentesco: la sua assenza nel codice criminale del 1855, pertanto, non può essere specificamente imputata all'arretratezza del clima politico e culturale estense, bensì alla inesistenza di un contesto costituzionale che ne giustificasse, e ne richiedesse, l'esplicita affermazione" cfr. E. TAVILLA, *Istituzioni*, cit., p. 343.

²¹⁹ Tavilla commenta "l'assenza di ogni distinzione basata sulla qualità del bene offeso, così come avviene, sulla scorta del modello napoleonico del 1810, nel codice parmense (delitti contro l'ordine pubblico e i privati, perseguibili i primi d'ufficio, su querela di parte i secondi), ma anche, su un versante sistematico differente, anche nel codice austriaco che, al § 50 e 56 rispettivamente delle due edizioni del 1803 e del 1852, distingueva 'diverse qualità' di delitti in base al bene leso, pubblico o privato. Persino il codice militare estense provvedeva ad esplicitare questo generalissimo criterio discretivo preliminare: e infatti il § 113 distingue i delitti comuni tra quelli che "feriscono la comune sicurezza immediatamente nei vincoli della società e dello Stato, nelle disposizioni pubbliche e nella pubblica confidenza" da quelli che "offendono la sicurezza de' particolari individui nella persona, nella sostanza, nella libertà, od altri diritti". È questo forse il lato più carente del codice del 1855, che affastella i delitti in una successione che sembra più che altro dettata da mera analogia e che, al più, riporta all'elencazione dei reati del quinto libro del codice estense del 1771": cfr. E. TAVILLA, *Istituzioni*, cit., p. 349.

²²⁰ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 56.

²²¹ L'articolo 379 recita: "Chiunque con alimenti, bevande, medicinali, violenze o con qualunque altro mezzo avrà procurato con effetto l'aborto di una donna incinta, se questa vi abbia acconsentito, sarà punito coll'ergastolo a tempo non minore di anni quindici. La stessa pena sarà inflitta alla donna che da sè mede-

causa della procedura abortiva, “sia o no avvenuto l’aborto”²²²; il terzo prevede la scusante d’onore²²³; l’articolo 382 incrimina con trattamento sanzionatorio più grave la condotta tenuta da esercenti attività sanitarie, ossia “i medici, i chirurghi, i farmacisti, le levatrici o qualunque altro ufficiale di sanità che avranno scientemente indicati o somministrati i mezzi pei quali è seguito l’aborto”²²⁴. Il codice estense pone una notevole difformità di trattamento sanzionatorio tra l’aborto e l’omicidio. L’articolo 357²²⁵ dispone infatti la pena di morte, che nel procurato aborto non è prevista neppure quando dalla procedura abortiva derivi la morte della donna: il legislatore estense sembra “vantare” un’ideologia misogina di lunga data; basti, con riguardo alla posizione della legislazione modenese in materia di buon costume, richiamare le parole del duca di Modena Francesco III del 12 gennaio 1740²²⁶, e del *continuum* ideologico rinvenibile nel decreto del 4 aprile 1821 adottato sotto il ducato del

sima avrà procurato con effetto l’aborto, od avrà acconsentito a far uso dei mezzi pei quali è seguito l’aborto. Se la donna vi avrà acconsentito, il colpevole sarà punito colla pena dell’ergastolo non minore di anni venti?”.

²²² L’articolo 380 dispone: “*Se coi mezzi usati al solo fine di procurare l’aborto segua la morte della donna, sia o no avvenuto l’aborto, il colpevole sarà punito col massimo della pena dell’ergastolo a tempo, quando la donna abbia acconsentito di far uso dei mezzi anzidetti; quando essa non vi abbia acconsentito, il colpevole sarà punito coll’ergastolo a vita?*”.

²²³ L’articolo 381 statuisce: “*Nel caso di aborto diretto ad occultare una prole illegittima nelle circostanze indicate nell’art. 358, le pene stabilite dai precedenti articoli potranno, quanto alla madre, diminuirsi di uno o di due gradi?*”; l’articolo 358 cui rinvia l’articolo 381 recita: “*Qualora però essa (la madre)abbia commesso l’infanticidio o per sovrastanti sevizie, o per salvare la vita, sarà punita coi lavori forzati da dieci a venti anni?*”.

²²⁴ L’articolo 382 dispone: “*I medici, i chirurghi, i farmacisti, le levatrici o qualunque altro ufficiale di sanità che avranno scientemente indicati o somministrati i mezzi pei quali è seguito l’aborto, saranno puniti colle pene stabilite per gli agenti principali, oltre la multa da duecento a cinquecento lire?*”.

²²⁵ L’articolo 357 statuisce: “*I colpevoli di parricidio, di veneficio, d’omicidio premeditato, proditorio od insidioso e d’assassinio saranno puniti colla morte. Il parricida sarà condotto al luogo del patibolo a piedi nudi e col capo coperto di un velo nero?*”.

²²⁶ “*Siccome l’esperienza ha fatto conoscere che la sicurezza dell’impunità goduta dalle giovani deflorate, e la speranza all’incontro che da loro si ha di potere a costo dell’onore conseguire la dote o l’effettuazione del matrimonio, non solo rende le medesime meno accorte nel custodire la propria pudicizia, ma forse talora serve d’incentivo alla loro prostituzione, quando per altro le donne essendo custodi, non padrone della propria verginità, devono essere coltrici dell’onore proprio e della famiglia, ordina S.A.S. secondo le diverse circostanze dei casi, grado, e condizione come sopra, e specialmente secondo la maggiore o minore seduzione che avrà patita o rispettivamente usata la medesima deflorata?*” cfr. F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, cit., p. 410.

successore Francesco IV²²⁷, mosso dall'intento di porre un freno al “disordine delle illegittime gravidanze che sempre più si moltiplicano, e ad assicurare maggiormente il mantenimento e la conservazione delle innocenti creature, misero frutto dell'altrui disonestà”²²⁸. In materia di corresponsione di alimenti verso tali “innocenti creature”, Francesco Forti distingue varie ‘genus’ di figli illegittimi²²⁹, e descrive il diverso trattamento di cui usufruiscono in ragione della categoria di appartenenza²³⁰. Il giurista sottolinea infatti che sebbene “i figli che nascono fuori del legittimo matrimonio son ripudiati dalla legge nè acquistano diritti di famiglia inverso il loro genitore. E difatti sarebbe inutile lo stabilire l'ordinamento de'matrimoni se i figli di libero amore dovessero aversi di egual condizione con quelli che vengono da giuste nozze”, l'ordinamento non poteva non imporre ai loro genitori almeno “l'obbligo di sostentare la prole” che non è “meramente civile, ma di rigoroso diritto naturale”, essendo

²²⁷ “Fermo stante il disposto negli articoli 8 e 9 del titolo XI del libro V del codice estense, che limitando alle persone ivi enunciate, il diritto di querela per istupro, vieta ai giudici di procedere ex officio, ovvero a denunzia, ma ingiunge loro però di procurare, senza pubblicità e colle cautele più convenienti, l'assicurazione del parto; dovranno inoltre i giudici medesimi in qualunque caso d'illegittima gravidanza, assicurare gli alimenti al figlio nascituro fino all'età di 15 anni compiuti, a carico dell'autore della gravidanza. E che se si trattasse di gravidanza della quale sia occulto l'autore e non sia stata data formale querela, in tal caso a conciliare i riguardi pel buon nome della famiglia, saviamente avuti in vista nel riferito articolo 8, colla giustizia la quale esige che l'autore della illegittima gravidanza soccomba alle spese del mantenimento del fanciullo, dovranno i giudicanti locali, tostochè abbiano cognizione di alcuna illegittima gravidanza (oggetto sul quale dovranno sempre attentamente in vigilare), qualora ad una semplice chiamata della donna pregnante non venga depositata la sovra scritta somma per gli alimenti, procedere alle più opportune indagini e ricerche onde iscoprire l'autore della illegittima gravidanza, ecc. Qualunque ricerca o indagine intorno all'autore della illegittima gravidanza dovrà cessare immediatamente nel momento che venga depositata la somma determinata per gli alimenti?” cfr. F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, cit., p. 411.

²²⁸ F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, cit., p. 411.

²²⁹ Forti differenzia tra i “bastardi generalmente capaci di acquistare da qualunque persona menochè dai loro illegittimi genitori” e “gli incestuosi e gli adulterini” che “non possono dai genitori ricevere per testamento altro che un assegno corrispondente agli alimenti necessari”: cfr. F. FORTI, *Trattati inediti di Giurisprudenza*, Volume unico, G. P. Vieusseux Editore, Firenze, 1854, p. 82.

²³⁰ “Le altre specie di figli illegittimi possono ricevere dai loro genitori liberamente ogni cosa, quando non esista prole legittima. Ma quando esiste prole legittima, essi non possono avere una porzione, la quale non superi la porzione minima che è toccata a quello fra i legittimi che fu meno onorato. E per agguagliare questa porzione minima si calcola ciò che il figlio onorato ha ricevuto al di sopra della legittima: né questo basta; fa mestieri che la porzione dell'illegittimo non superi la sesta parte dell'eredità” cfr. F. FORTI, *Trattati inediti*, cit., p. 82.

tali creature “per natura figli come i figli legittimi”²³¹. Il trattamento che la società riserva alla prole illegittima e del marchio che ne deriva alla madre è fervidamente descritta dalle parole di Forti, che parla addirittura di “genitori colpevoli” e di “male operato”. Definendo la disciplina del rapporto tra genitori e figli sul piano giuridico, emerge la vena ‘utilitaristica’ di una relazione di sangue che si traduce in una “reciprocità nei diritti e nelle obbligazioni”, regime descritto da Forti non “coerente né ai veri principi di giustizia né a quelli di politica”²³². Le colpe dei padri ricadono sui figli, afferma lo studioso, che sottolinea come la prole illegittima debba subire l’ipocrisia della società e l’infamia di una macchia cagionata da altri²³³. La madre viene definita una “disgraziata”, pressata tra l’aborto e il disonore²³⁴. Il giurista sostiene che un utile strumento sarebbe quello del riconoscimento della filiazione illegittima, “che può esser sovente un mezzo a facilitare il matrimonio tra i genitori”²³⁵, sebbene tale scelta sarebbe accolta con poco favore dagli aristocratici che “vedrebbero con dolore una disposizione legislativa, la quale servisse indirettamente di stimolo ai matrimoni di disegual condizione”²³⁶ e sarebbe criticata dalla dottrina che favorirebbe il concubinato, ma tale tesi è, secondo Forti, discutibile²³⁷.

²³¹ F. FORTI, *Trattati inediti*, cit., p. 414.

²³² F. FORTI, *Trattati inediti*, cit., p. 414.

²³³ F. FORTI, *Trattati inediti*, cit., p. 415.

²³⁴ Forti asserisce che compito del legislatore sarebbe quello di imporre “*al pubblico ministero di certificare la filiazione degli illegittimi, tutte le volte che tribunali han conosciuto di una causa di stupro e condannato lo stupratore, eguale facilità dovrebbe concedersi alle donne che vivono concubinato, per fare accertare la filiazione di loro prole*”. Sebbene non sia infatti possibile “*ricercare i genitori di tutti i figli illegittimi, volendo l’umanità che in molti casi si conceda il mezzo di celare errore, piuttosto che porre una disgraziata nell’alternativa dell’aborto o del disonore*”, in casi quale quello di specie “*il ministero pubblico dovrebbe prevalersi della favorevole occasione per assicurare lo stato della prole e sgravare la società*”: cfr. F. FORTI, *Trattati inediti*, cit., p. 415.

²³⁵ F. FORTI, *Trattati inediti*, cit., p. 415.

²³⁶ F. FORTI, *Trattati inediti*, cit., p. 416.

²³⁷ Forti non concorda con coloro i quali sostengono che “*col favorire gl’illegittimi si abbia a ritornare in uso il concubinato*”, ponendo a sostegno della loro tesi la circostanza “*che lasciando andare i figli non riconosciuti allo spedale si facilita lo scioglimento della disonesta pratica tra i genitori, laddove obbligando questi a riconoscere la prole si fornisce una ragione di più perché continuino a vivere in colpa*”. Lo studioso confuta questa posizione affermando che “*la questione si riduce a sapere se sia meno*

È necessario tuttavia sottolineare il dettato normativo della scusante della codificazione estense, differente rispetto a quello degli altri codici coevi, in quanto opera sia in caso di “sovrastanti sevizie”, sia “per salvare la vita”. Va puntualizzato tuttavia che il codice parmense contiene una disposizione simile, la quale si applica solo all’infanticidio, nell’articolo 308²³⁸, che opera quando la donna non ha altro mezzo per salvare la propria vita o l’onore. Il dettato normativo della scusante del codice estense desta delle perplessità: se è agevole pensare all’ipotesi estrema in cui, al momento del parto, il medico sia costretto, dalle complicanze, a scegliere tra la vita della donna e la vita del feto²³⁹, con riferimento all’infanticidio è necessario un ulteriore e più intenso sforzo intellettuale per immaginare circostanze tali da far sì che la donna, sopravvissuta al parto, debba uccidere il proprio figlio, ormai nato, per salvare la propria vita, se non facendo riferimento alla diversa ipotesi definita dall’articolo 377²⁴⁰ della legittima difesa.

male lo star fermi alla stessa donna e rispettare almeno i legami che ha stabilito la natura oppure andar continuamente variando oggetti e conculcando da por tutto ogni debito morale”. Né si può accogliere la tesi di chi asserisce che “l’obbligo di riconoscere la prole illegittima può talvolta recare tale aggravio economico, da esser d’impedimento ad un buon matrimonio”, notando che “se la legge viene a porlo indirettamente in questa necessità, non vedo in che possa esser disapprovato, mentre intende a favorire l’adempimento di un obbligo di morale”: cfr. F. FORTI, Trattati inediti, cit., p. 415.

²³⁸ L’articolo asserisce: “La pena dell’infanticidio potrà essere ridotta al primo o al secondo grado immediatamente inferiori alla pena di morte nel solo caso in cui la madre sia stata indotta a commetterlo nella sua prole illegittima e rimanga provato ch’essa non aveva altro mezzo con cui salvare la vita o l’onore”.

²³⁹ Macari definisce questa tipologia di interruzione di gravidanza ‘terapeutica’ affermando: “aborto provocato, aborto medico, aborto ostetrico, aborto artificiale, ossia lo svuotamento artificiale e senza prave intenzioni dell’utero gravido nei primi sei mesi di gestazione. “La differenza che passa fra aborto medico ed aborto criminoso” è espressa dalla contrapposizione “fra aborto provocato e parto prematuro artificiale”: cfr. F. MACARI, Memorie originali dell’aborto provocato, Gazzetta medica italiana degli Stati sardi, Tipografia nazionale di Gaetano Biancardi, Torino, 1862, p. 505.

²⁴⁰ L’articolo 377 recita: “Non è delitto l’omicidio commesso nella necessità attuale di legittima difesa della vita o del pudore di se stesso o di altri in atto di violento attentato”. L’articolo 411, che rinvia all’articolo 377 dispone: “Non sono imputabili le ferite e le percosse nei casi nei quali a termini degli articoli 377 e 378 non è imputabile l’omicidio”.

In ultima analisi, un ulteriore tratto che certo caratterizza la codificazione estense si rinviene nella severità del trattamento sanzionatorio, ancor più rigoroso del ‘concorrente’ gregoriano.

5. I CODICI PENALI SARDO PIEMONTESE

Il codice penale sardo-piemontese, promulgato il 26 ottobre 1839, prende il nome di *codice penale albertino* dal suo legislatore penale, Carlo Alberto, sovrano del Regno di Piemonte e Sardegna detto anche Regno Sabauda. Si tratta di un corpo normativo fortemente liberale, elaborato dalla quarta sezione della commissione²⁴¹ – istituita da Carlo Alberto per una riforma legislativa poliedrica che comprendesse legislazione civile, procedimento civile, leggi commerciali e materie penali – sulla base di uno studio comparato delle legislazioni straniere, in particolare del codice napoleonico e dell'ordinamento penale degli altri stati della penisola. Entra in vigore il 15 gennaio 1840, con esclusione della Sardegna dove permane il Codice Feliciano sino all'1 novembre 1848. Questo testo normativo è il primo ad inserire tra gli intenti del legislatore quello della funzione special-preventiva della pena, affermando “che la pena abbia ad essere emendatrice del colpevole”²⁴². Si tratta di un codice mite e progressista, come si evince dal proemio, in cui Carlo Alberto esprime l'intento di creare un ordinamento penale liberale e egualitario²⁴³. Eredita dal codice napoleonico la tripartizione in crimini, delitti e contravvenzioni, che non si ritrova nella disciplina unitaria, la quale invece mutua dalla codificazio-

²⁴¹ “La quarta (commissione) per le leggi penali e d'istruttoria criminale era composta del cav. Francesco Peyretti presidente, senatore nel Senato di Piemonte, del cav. Fontana senatore nello stesso Senato, dei cav. Stara reggente l'ufficio fiscale generale in Sardegna, di un sostituto dell'avvocato fiscale generale presso il Senato di Piemonte, che fu il cav. Giovanni Gartiglia, con facoltà di valersi di un volontario dello stesso ufficio” cfr. F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, cit., p. 275.

²⁴² S. VINCIGUERRA, *Breve profilo storico giuridico del codice penale albertino*, in *Codice Penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (1839)*, Padova, 1993, p. 7.

²⁴³ Carlo Alberto afferma infatti la sua sollecitudine “alla formazione di un codice di leggi penali, che, eguali per tutti, e fondate su regole certe e tra di esse coordinate, dessero ai giudici sicure norme nell'applicazione delle pene, lasciando loro però nella misura di esse quella discreta latitudine, che la molteplice varietà di circostanze, non tutte dalla legge prevedibili, consiglia di confidare al prudente loro arbitrio”: cfr. F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, cit., p. 297.

ne sarda la previsione della responsabilità dello straniero²⁴⁴. Cadoppi sostiene che la commissione redattrice, partendo dal modello francese, ha fatto tesoro delle migliorie apportate allo stesso dai codici napoletano e parmense²⁴⁵. Padoa Schioppa afferma che “il modello principale è indubbiamente il Codice napoleonico, in misura minore anche il codice napoletano, ma non irrilevanti sono gli scostamenti e le innovazioni del legislatore sabaudo: una gran parte di esse deriva da intenti di restaurazione dell’ordine antico, ma altre segnano vie nuove”²⁴⁶.

Il successivo codice del 1859, promulgato il 20 novembre sotto il potere di Vittorio Emanuele II, in seguito al processo di unificazione, estende il suo vigore all’Emilia, all’Umbria, alle Marche, ai territori del Regno delle Due Sicilie, mentre in Toscana rimane in vigore il codice penale toscano del 1853. L’impianto dei due codici è profondamente diverso quanto all’aspetto religioso. Carlo Alberto è fortemente legato alla Chiesa, e questa influenza si concretizza nel corposo titolo I del libro II “dei reati contro il rispetto dovuto alla religione dello Stato”, composto da 11 articoli. Il deterioramento del rapporto con la Chiesa si evince dalla differente impostazione del codice del 1859, che colloca eloquentemente i reati “contro la religione dello Stato e gli altri culti” nel titolo II, di seguito ai reati contro la sicurezza dello Stato.

Il reato di procurato aborto è previsto dagli articoli da 501 a 505: il primo incrimina la condotta abortiva dell’estraneo e della donna gestante, differenziando il trattamento sanzionatorio a seconda della presenza o meno del consenso della donna; l’articolo 502 prevede l’ipotesi più grave della morte della donna a causa della procedura abortiva, anche quando non si sia procurato efficacemente l’aborto; l’articolo 503 stabilisce la scusante della cagion

²⁴⁴ Lo straniero si contrappone al suddito nel 1839 e al regnicolo del 1859 e soltanto nel 1889, col codice Zanardelli cittadino.

²⁴⁵ A. CADOPPI, *Struttura e funzione di un codice penale*, cit., p. 56.

²⁴⁶ A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto*, cit., p. 485.

d'onore²⁴⁷; l'articolo 504 statuisce un trattamento sanzionatorio più severo quando il reato sia stato compiuto da esercente attività sanitarie²⁴⁸; l'articolo 505 statuisce la incriminazione del tentato aborto²⁴⁹. La formulazione dell'articolo 501 ben esprime con le parole "avrà procurato con effetto l'aborto" la configurazione della fattispecie criminosa in esame, come comprensiva di due elementi: l'uno soggettivo (la volontà di commettere l'aborto) e l'altro oggettivo (l'evento lesivo della morte del feto). Perché si configuri il reato è tuttavia necessaria non solo la presenza degli estremi del reato, ma anche il nesso di causalità tra gli stessi. Francesco Puccinotti afferma che perché questo nesso sussista, è necessario che, per il metodo della eliminazione, si escludano cause naturali fortuite dell'evento lesivo²⁵⁰: "vale a dire, trattandosi di decidere se un fatto è avvenuto per colpa, o senza colpa, bisogna prima eliminare tutte quelle cause che naturalmente o incidentemente potevano produrlo.

²⁴⁷ Gli articoli 501, 502 e 503 statuiscono rispettivamente: "*Chiunque con alimenti, bevande, medicinali o con qualsiasi altro mezzo avrà procurato con effetto l'aborto di donna incinta, la quale vi abbia acconsentito, sarà punito colla pena della relegazione da cinque a dieci anni. La stessa pena sarà inflitta alla donna che da sè medesima avrà procurato con effetto l'aborto, od avrà acconsentito a far uso de mezzi pei quali è seguito l'aborto. Se la donna non vi avrà acconsentito, il colpevole sarà punito colla pena della relegazione non minore di anni dieci*"; "*Se pei mezzi usati al solo fine di procurare aborto segua la morte della donna, sia o no avvenuto l'aborto, il colpevole incorrerà nella pena dei lavori forzati estensibile ad anni quindici quando la donna abbia acconsentito a far uso dei detti mezzi. Questa pena potrà estendersi al maximum quando la donna non vi abbia acconsentito*"; "*Nel caso di aborto diretto ad occultare prole illegittima le pene stabilite nei due precedenti articoli potranno quanto alla madre diminuirsi da uno a due gradi*".

²⁴⁸ "*Le espressioni qualunque altro uffiziale di sanità adoperate in quest'articolo hanno un senso generale ed illimitato ed abbracciano non solamente gli individui che portano il titolo ristrettivo e speciale di uffiziali di sanità ma ancora tutti gli individui dell'uno e dell'altro sesso che hanno un carattere legale per dedicarsi alla guarigione delle malattie*" cfr. T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico del codice penale per gli Stati di S.M. Vittorio Emanuele II con la comparazione dei codici penali di tutta la penisola italiana del codice austriaco del giure romano e del diritto penale francese*, Tipografia nazionale di Gaetano Biancardi, Torino, 1860, p. 152; Contra A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Theorie du code pénal*, Cosse et Marchal, Place Dauphine, 1862, IV, p. 440; J. M. LEGRAVEREND, *Traité de la Legislation Criminelle*, Société typographique belge, Bruxelles, 1839, I, p. 125.

²⁴⁹ Gli articoli 504 e 505 dispongono rispettivamente: "*I medici, i chirurghi, gli speziali, le levatrici, e qualunque altro uffiziale di sanità, che avranno scientemente indicati o somministrati i mezzi, pei quali è seguito l'aborto o la morte come è detto nei precedenti articoli, saranno puniti colle pene stabilite per gli agenti principali, le quali potranno essere accresciute di un grado*"; "*Se l'aborto procurato non avrà avuto effetto, il colpevole sarà punito colla pena della relegazione estensibile agli anni cinque*".

²⁵⁰ F. PUCCINOTTI, *Lezioni*, cit., p. 62.

Se il fatto sparisce con queste, allora non v'ha più criminalità; ma se resta, la causa di esso è sempre l'atto criminoso. E venendo al particolare dell'aborticidio onde incominciare da una saggia eliminazione di tutte quelle cause naturali e fortuite che potrebbero averlo prodotto, e che escluderebbero la colpa e la pena"²⁵¹.

Luigi Ferrarese definisce compiutamente l'aspetto psicologico della condotta della donna che commette aborto o infanticidio, definendola "crudele", "forsennata", come un soggetto, il cui stato di mente è già compromesso dallo stato di gravidanza – che, "a causa delle condizioni fisiologiche e psicologico-affettive tutte particolari e caratteristiche, favorisce e dispone sovente a molte maniere di eccessi criminosi"²⁵² – fortemente disturbato da "monomania d'onore"²⁵³. Il legislatore quindi viene incontro alla donna, che Ferrarese definisce carnefice rispetto all'innocente infante, ma a sua volta vittima, "una giovane inesperta, con parenti negligenti, debole per carattere del sesso, amorosa per natura, in un momento sorpresa e sedotta, o dalla violenza conquistata e domata alle voglie di un ribaldo"²⁵⁴. Perché operi la scriminante è necessario che si tratti di prole illegittima. La prova della natura illegittima della filiazione,

²⁵¹ F. PUCCINOTTI, *Lezioni*, cit., p. 63.

²⁵² Ferrarese spiega come questo peculiare stato si traduca in "*un indebolimento più o meno grande nella intelligenza*", con riduzione della capacità di intendere e di volere, e altre conseguenze quali "*la immaginazione più mobile e più viva, e sovente stravagante, la volontà più incostante e più capricciosa*" "*un pendio momentaneo alla gelosia, all'odio, al suicidio ed allo stesso omicidio*", facendo sì che "*nel gran tumulto degli affetti, poiché v'è dominante il sentimento dell'onore che in questo caso è divenuto l'idolo di una furente passione, la quale pel suo delirio monomaniaco, fa tacere il possente istinto della conservazione della prole*" e la induce a gesti disperati: cfr. L. FERRARESE, *Nuove ricerche di sublime psicologia medico-forense*, Tipografia Francesco Del Vecchio, Napoli, 1845, p. 44.

²⁵³ Ferrarese ricostruisce fervidamente, con pathos quasi 'teatrale', il crimine di una donna che ricorda la Medea delle tragedie greche, una madre che "*diviene crudele e sull'innocente neonato da forsennata, soffogando la tenerezza di madre, che è un sentimento vivo e forte, calpestando un'affezione così cara, scende ad un atto contro natura e che tanto disonora l'umana maternità, e v'impianta il ferro omicida: imperocchè in questo innocente pargoletto non vede che il testimonio parlante del suo disonore che ad ogni costo vuol distruggere, e non già il ricordo della fede coniugale ed il frutto di onesto e legittimo amore*", spinta da "*grandi commozioni nell'intero sistema psicologico-affettivo*", da un "*idolo monomaniaco*": cfr. L. FERRARESE, *Nuove ricerche*, cit., p. 45.

²⁵⁴ L. FERRARESE, *Nuove ricerche*, cit., p. 48.

sia riguardo all'aborto sia riguardo all'infanticidio, risulta più macchinosa laddove la donna sia coniugata: "Tutti i figli che sono generati dalla moglie si reputano appartenere al marito. Né la prova dell'adulterio, o della consuetudine di non coabitare colla moglie basta a togliere lo stato di legittimi ai figli. Bisogna assolutamente dimostrare l'impossibilità che sieno generati dal marito, perché assente o indubitamente impotente, se si vuole che sieno dichiarati illegittimi. Ma i figli nati nel tempo del matrimonio, se vengono maturi alla luce prima del settimo mese, possono essere dichiarati illegittimi. Difatti, non essendo essi abortivi, non si crede possibile che sieno stati generati dopo il matrimonio. Peraltro ogniqualevolte potesse credersi, ed è il caso più frequente, che il marito avesse avuto commercio colla donna avanti le nozze, non sarebbero da dichiararsi illegittimi, perché il matrimonio susseguito dà loro legittimo stato. Il perché non volendo riconoscere questi figli precoci, fa mestieri concludere la prova negativa dell'impossibilità di averli generati avanti il matrimonio; di che risultando sono figli di altra persona, il marito rimane liberato dall'obbligo di riconoscerli"²⁵⁵.

Dalla disciplina del codice sardo piemontese adottata in materia di aborto emerge palese, come sopra cennato, il contributo del *code* napoleonico e del codice del Regno delle Due Sicilie, rispetto ai quali il legislatore del 1859 presenta una maggiore attenzione nella scelta, sia nella specie, sia nel *quantum* di pena da applicare al reo, ed una maggiore indulgenza della scusante d'onore che consente la riduzione sino "a due gradi" della sanzione da scontare.

²⁵⁵ F. FORTI, *Trattati inediti*, cit., p. 418.

6. IL CODICE PENALE TOSCANO

Il codice penale toscano, promulgato nel 1853, determina un'importante innovazione nella legiferazione toscana. La commissione istituita dal decreto granducale del 30 luglio 1841 compie uno studio comparato della legislazione coeva, tenendo in considerazione anche il diritto comune e la prassi seguita dalla giurisprudenza²⁵⁶, traendo lo spirito della nuova codificazione da quella leopoldina, cui apportare i miglioramenti necessari ad un codice criminale chiaro e preciso, fondato sull'applicazione della pena proporzionale al reato senza alcuno spazio all'arbitrio delle autorità giurisdizionali²⁵⁷. Si tratta di un testo non privo di innovazioni e mitigazioni: pur mutuando molti istituti dalla codificazione francese e asburgica²⁵⁸ e dagli altri codici italiani, a dire di Giuseppe Panattoni e di Carl Joseph Anton Mittermaier, li arricchisce di una certa "originalità nelle sue disposizioni in cambio di porgersi

²⁵⁶ Il contributo fornito dagli interventi giurisprudenziali si evince dalle parole di Panattoni, il quale afferma che "la Giurisprudenza toscana aveva spianato le più gravi questioni; definiti e classati i tre elementi materiale, morale, e politico del Delitto; misurato del valore delle scuse, o circostanze, aggravanti e diminuenti; e graduate le pene sì fattamente, che sapevano ormai presso a poco il Giudice, il Difensore ed il reo, quali potevano essere i termini della liquidazione tra la legge e l'azione punibile": cfr. G. PANATTONI, *Teoria del codice penale toscano*, in *La temi Giornale di legislazione e giurisprudenza*, IV, Tipografia Nazionale Italiana, Firenze, 1853, p. 367.

²⁵⁷ La Commissione istituita per decreto granducale del 30 luglio 1841 ebbe istruzioni "perché esaminatasi la legislazione vigente del paese sparsa in diverse leggi e completata dal diritto comune e dalle usanze dei tribunali, e prendendosi per base nel suo spirito e nelle sue disposizioni normali la legge del 1788, si ammettessero tutti i miglioramenti riconosciuti come tali dal senno dei tempi posteriori e si coordinasse tutta la legislazione in un codice di delitti e di pene compilato con quell'ordine con quella precisione e con quella chiarezza che si addimandano per siffatti lavori, adattandolo all'indole del paese con una esatta gradazione delle pene e con applicazione proporzionale ai reati senza lasciare niuna libertà all'arbitrario": cfr. C. A. BROGGIA, *Movimento*, cit., p. 63.

²⁵⁸ "L'intenzione di prendere il buono dovunque, e specialmente da fonti più inusitate, può riuscire lodevole e proficua, quando viene adoperata con senno" cfr. G. PANATTONI, *Teoria*, cit., p. 367; "Il codice penale toscano presenta un progresso posto a confronto con il codice francese e i codici germanici, i quali presero a sollevare la legislazione penale mentre giaceva nelle tenebre e nella ferocia" cfr. G. PANATTONI, *Opinioni del professor Mittermaier sullo stato della scienza e della legislazione penale in Germania e in Italia*, in *La temi Giornale di legislazione e giurisprudenza*, IV, Tipografia Nazionale Italiana, Firenze, 1853, p. 111.

come servile imitazione delle legislazioni straniere”²⁵⁹. Trae dal codice di Baden l’eliminazione della tripartizione in crimini, delitti e contravvenzioni apponendo il medesimo *nomen iuris* di delitto; nella parte generale riproduce la disciplina di diritto internazionale del codice sardo e gli istituti di sordomutismo ed imputabilità per vizio di mente (“mancanza di mente”) e per costringimento fisico; sono ridotte le ipotesi di reati sanzionate con la pena di morte; si pone a fondamento della pena l’emenda e la repressione – ricomprendendo funzione preventiva generale e speciale della pena; in materia di concorso nel reato si delineano le figure di istigatore e provocatore²⁶⁰. Infine con riferimento ai reati politici intento del legislatore è stato quello di “eliminare quel gran numero di delitti impropriamente detti di lesa maestà e puniti con raffinamento di crudeltà inventato in tempi perversi”²⁶¹. Ettore Bertini sostiene che questo *corpus* normativo, parimenti con i codici coevi, si caratterizza per “contraddizione, oscurità, insensibilità, incertezza ed arbitrio”²⁶² ma si tratta evidentemente di una posizione minoritaria. Per comprendere poi la *voluntas* del legislatore toscano è necessaria un’attenta lettura della Teorica del Codice penale toscano, opera di Francesco Antonio Mori che è stato uno dei redattori del testo e che nella sua opera esplicita gli obiettivi perseguiti dalla commissione²⁶³.

A posteriori gli studiosi moderni, analizzando la codificazione toscana, hanno in parte confutato quanto affermato dai giuristi contemporanei, con particolare riferimento al rinvenire nel codice francese uno tra i modelli ispira-

²⁵⁹ C. A. BROGGIA, *Movimento legislativo e scientifico del diritto penale negli Stati italiani dal 1848 al 1859*, in *Atti dell’Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, IV, Napoli, Stamperia della R. Università, 1867, p. 62.

²⁶⁰ S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell’Ottocento*, cit., pp. 403 e 404.

²⁶¹ C. A. BROGGIA, *Movimento*, cit, p. 67.

²⁶² E. BERTINI, *Considerazioni intorno al codice penale toscano pubblicato nel 1853 e ancora vigente*, Tipografia Alberghetti, Prato, 1861, p. 10.

²⁶³ Panattoni afferma infatti che “*trovasi indicato nella Teorica del Mori costantemente il perché delle nuove disposizioni*”, “*rivelando quel tanto che il laconismo del Codice non permetteva di ben concepire*” per il suo “*andamento troppo succinto e dogmatico*”: cfr. G. PANATTONI, *Teoria*, cit., p. 559.

tori. Sergio Vinciguerra *in primis* sostiene che “nel panorama delle codificazioni penali preunitarie il codice toscano si colloca in una posizione anomala. Esso si allontana marcatamente dall’influenza francese tanto forte nei codici italiani che l’avevano preceduto per aprirsi all’influenza tedesca, muovendo così i primi passi lungo una strada che con il passare degli anni sarebbe stata sempre più affollata”, sebbene più che il codice austriaco, secondo lo studioso, “il modello ispiratore fu il codice penale per il Granducato del Baden del 1845”²⁶⁴. È quindi, secondo Vinciguerra, al codice toscano che si devono attribuire i riflessi tedeschi che poi assumerà il nostro ordinamento penale²⁶⁵: “nell’impostazione sistematica seguita dal codice toscano l’influenza tedesca si è dispiegata sotto due differenti profili. Innanzitutto, nell’abbandono della tripartizione francese fra crimini, delitti e contravvenzioni (fedelmente riprodotta nei codici preunitari che l’avevano preceduto) a beneficio di quella fra delitti (così Mori tradusse la parola tedesca *Verbrechen*, con cui il codice del Baden designava l’illecito penale) e contravvenzioni (che i toscani chiamarono trasgressioni, innovando nella traduzione corrente della nomenclatura francese *contraventions*). Altra connotazione del codice toscano, che lo fa divergere dal modello francese e dovuta all’influenza tedesca, fu l’estromissione dal proprio ambito delle trasgressioni, collocate in un testo legislativo autonomo. Come il codice del Baden, anche quello toscano conosce, pertanto, una sola specie di illecito penale”²⁶⁶.

Il reato di aborto è collocato tra i delitti contro la persona, ed in particolare contro la vita e l’integrità personale. Il Mori afferma come sia naturale

²⁶⁴ S. VINCIGUERRA, *Fonti culturali ed eredità del codice penale toscano*, in *Codice penale per Granducato di Toscana (1853)*, Cedam, Padova, 1995, p. 159.

²⁶⁵ Vinciguerra illustra l’evidente influenza delle norme tedesche nella identità di talune locuzioni o di “alcuni importanti concetti, categorie ed istituti giuridici”, “transitati nella nostra cultura e nella nostra legislazione” proprio in virtù del codice toscano, uno dei pochi codici preunitari che “non fu spazzato via dal processo di unificazione ma continuò per un trentennio ad essere applicato e studiato nell’Italia riunita”: cfr. S. VINCIGUERRA, *Fonti culturali ed eredità*, cit., p. 159.

²⁶⁶ S. VINCIGUERRA, *Fonti culturali ed eredità*, cit., p. 162.

che la tutela della vita, violabile nelle tre forme di omicidio, infanticidio e aborto, richiami ‘le prime sollecitudini’ del legislatore.

Si evince tuttavia un κλ□μαξ discendente di disvalore delle figure criminose, laddove si definisce l’infanticidio (articolo 316²⁶⁷) “un omicidio ‘privilegiato’, e cioè degno di essere trattato con particolare indulgenza dai legislatori²⁶⁸, perché si commette solo da quella donna che, nel tempo del parto, o poco dopo di esso, cagiona la morte alla sua prole, illecitamente concepita”²⁶⁹ e l’aborto procurato (articolo 321²⁷⁰), reato affine all’infanticidio perché come questo “derivante dalla stessa cagione di salvare l’onore del sesso” e che, dato che “non uccida l’uomo ma la speranza dell’uomo, è guardato con occhio meno severo dai moderni legislatori”²⁷¹. Il conflitto interiore che si cela dietro la violazione di quella “tra le leggi morali di natura che sia più generale più co-

²⁶⁷ L’articolo 316 dispone: “*Quella donna che nel tempo del parto, o poco dopo di esso, ha dolosamente o colposamente cagionata la morte della sua prole illegittimamente concepita, è rea d’infanticidio*”; L’articolo 317 stabilisce: “*L’infanticidio doloso si punisce colla casa di forza da 10 a 15 anni se la donna si determinò al delitto prima che fosse sorpresa dai dolori del parto, da 5 ai 10 anni negli altri casi*”; L’articolo 518 statuisce: “*Quando per altro l’infanticidio doloso sia stato commesso per evitare sovrastanti sevizie, si decreta la casa di forza da 5 a 10 anni e da 5 a 7 giusta le distinzioni fatte nell’articolo precedente*”.

²⁶⁸ Bentham arriva a sostenere che l’infanticidio non produce alcun male, e che deve essere punito come un misfatto principale. Cfr. J. BENTHAM, *The Theory of Legislation*, edited by Kegan Paul Trench Trübner & Co, 1896, London, p. 480 ; “*Com’è noto, Bentham, criticando il costume di etichettare certe pratiche come “innaturali”, scrisse alcune righe che possono suonare a parziale giustificazione dell’infanticidio da parte di ragazze madri disperate e oppresse dal timore dell’ignominia sociale(...) Il dolore di un bambino appena nato, sostiene Bentham, è minimo rispetto a quello della madre(...) Le poche righe di Bentham sull’infanticidio, peraltro, sono una traduzione quasi letterale di un passo di analogo tenore che compare in Dei Delitti e Delle Pene (1764) di C. Beccaria alla fine del capitolo 31*” cfr. J. BENTHAM, *Libertà di gusto e d’opinione, Un altro liberalismo per la vita quotidiana*, a cura di Gianfranco Pellegrino, Edizioni Dedalo, Bari, 2007, p. 33; “*Bentham ragionando della durezza di queste pene in caso di infanticidi commessi per timor di vergogna, dice: “E se il legislatore fosse egli stesso la causa del male, s’egli stesso mettesse la donna, nella trista condizione di trovarsi combattuta senz’altra scelta, tra la tenerezza e la vergogna, non potrebbe in certo modo considerarsi egli stesso, come l’omicida di queste creature innocenti?”* cfr. N. NICOLINI, *Questioni di Diritto*, cit., p. 445.

²⁶⁹ F. A. MORI, *Teorica del codice penale toscano*, Dalla Stamperia delle Murate, Firenze, 1854, p. 253.

²⁷⁰ L’articolo 321 recita: “*Quella donna, la quale con l’uso di mezzi abortivi, dolosamente usati, o fatti si applicare, ha tolto la vita al suo feto immaturo, che è venuto a morire in seguito di essi, è punita come colpevole di procurato aborto, con la casa di forza da tre a sette anni. Ma se fecondata illegittimamente ha commesso il delitto per evitare sovrastanti sevizie, subisce il carcere da due a cinque anni*”.

²⁷¹ F. A. MORI, *Teorica*, cit., p. 255.

stante e più forte²⁷²”, quella dell’amore materno, è descritto in modo vivido da Giuseppe Puccioni che indica la lotta della donna “fra due sentimenti fra loro pugnanti: l’uno è l’affetto materno al quale la natura ha dato immenso sviluppo; l’altro il timore dell’infamia congiunto a quello di sottostare alle sevizie dei congiunti o dei mariti: il primo suggerisce la necessità di spendere ogni delicata cura per alimentare e conservare il frutto delle loro viscere; il secondo propone il diabolico consiglio di sperdere, estinguere questo frutto, onde la di lui esistenza sia sottratta per sempre alla notizia di chicchessia”²⁷³. Con riferimento all’infanticidio, Filippo Ambrosoli critica l’opinione della dottrina minoritaria che intende ricomprendere nella nozione di infanticidio anche l’assassinio dell’infante compiuto dal padre, in forza del fatto che la causa a delinquere che determina le azioni della donna non può essere imputata anche al padre, che “commette un omicidio, e ben più grave e turpe di quello commesso su un estraneo”²⁷⁴. Il legislatore toscano, per la redazione della prima delle due disposizioni, trae spunto dall’orientamento giurisprudenziale, che già da tempo criticava la parificazione della pena dell’infanticidio a quella dell’omicidio “commesso con antecedente matura deliberazione e consiglio, e, sentendo nella propria coscienza un ostacolo insuperabile a decretare la morte, o la prigionia perpetua alle sciagurate conseguenze di un errore che ha tante scuse nell’umana fragilità, accoglievano facilmente qualunque artificio della difesa per pronunciare un *non consta* o per sottoporre alle regole dell’inavvertenza il dolo anche meglio dimostrato”²⁷⁵. La stessa attenzione non viene rivolta all’aborto né dalla giurisprudenza né dal legislatore, che ha l’unica accortezza di “prendere di mira la madre legittima qual subietto possibile del delitto affin-

²⁷² F. A. MORI, *Teorica*, cit., p. 254.

²⁷³ G. PUCCIONI, *Saggio di diritto penale teorico-pratico*, IV, Tipografia di Giuseppe Niccolai, Firenze, 1858, p. 448.

²⁷⁴ F. Ambrosoli, *Studi sul codice penale toscano confrontato specialmente coll’austriaco*, Stabilimento tipografico Negretti, Mantova, 1857, p. 126.

²⁷⁵ F. A. Mori, *Teorica*, cit., p. 254.

ché per mancanza di più speciali disposizioni l'aborto procurato da lei non fosse riportato sotto il titolo dell'omicidio o, ciò che sarebbe più facile ad accadere, non rimanesse impunito²⁷⁶. Puccioni definisce in modo chiaro la *ratio* perseguita dai redattori del codice nel voler individuare con attenzione gli autori del procurato aborto: gli autori del reato, nella mente del legislatore, sono proprio i genitori, la cui incriminazione necessita di esplicita previsione, in forza della natura qualificata del reato “per la infrazione del vincolo che passa tra l'uccisore e l'ucciso”, in quanto l'incriminazione dell'estraneo, che agisce senza la collaborazione dei genitori, sarebbe riconducibile, al di fuori della disposizione in questione, alle fattispecie di omicidio premeditato o di tentato omicidio (quando non si realizzi l'aborto), e non rimarrebbe quindi impunito²⁷⁷. Elemento qualificatore del titolo di reato è la conoscenza dello stato di gravidanza della donna²⁷⁸. Inoltre l'aborto, a differenza dell'omicidio e dell'infanticidio (articoli 315 e 320), non è configurabile nella versione colposa²⁷⁹, in quanto “dell'inavvertenza, come causa di procurato aborto, non si poteva parlare, senza distruggere il titolo del delitto, e la sua logica essenza”²⁸⁰.

La disciplina dell'aborto del codice penale toscano occupa 4 articoli: l'articolo 321, previamente citato, incrimina la condotta abortiva compiuta dalla stessa gestante, con una riduzione di pena se cagionato dalla vergogna di

²⁷⁶ F. A. Mori, *Teorica*, cit., p. 255.

²⁷⁷ G. Puccioni, *Saggio*, cit., p. 455.

²⁷⁸ Puccioni afferma che ai fini dell'incriminazione del reo che commette il reato per dolo d'impeto è necessario “*provare che esisteva in lui la scienza che la donna era gravida: tale scienza può essere diretta o presunta; diretta, quando consti che il percussore era informato precedentemente della gravidanza della donna: presunta, quando la gravidanza resulti dalla protuberanza del ventre: questa prova esclusa, il delitto varia di titolo secondo le sequele che ha prodotte, e diviene rispettivamente o lesione personale improvvisa, o omicidio doloso semplice*”: cfr. G. PUCCIONI, *Saggio*, cit., p. 458.

²⁷⁹ Non manca chi ritiene che sia tuttavia configurabile in capo alla gestante. Carmignani sostiene infatti: “*Quanto alla madre, l'aborto non si reputerà eseguito dolosamente, ma per colpa, ove sia stato da eccessiva strettura di vesti, tendente a rendere più elegante la persona, da smodato ballo, o da dure fatiche: le quali cose tutte, quando non fossero un mendicato palliativo del delitto, non meriterebbero alcuna pena*”: cfr. G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, cit., p. 353; Contra G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., p. 267; G. PUCCIONI, *Saggio*, cit., p. 457.

²⁸⁰ F. A. MORI, *Teorica*, cit., p. 256.

una prole illegittima; l'articolo 322 incrimina l'aborto compiuto da un privato qualunque, con il consenso della donna ed aggravamento di pena in caso di perdita della vita della donna; l'articolo 323 riguarda l'ipotesi in cui il privato tenga la condotta criminosa in assenza o contro la volontà della donna; l'articolo 324 prevede un trattamento sanzionatorio ancor più severo quando il reato sia commesso da un soggetto qualificato dall'esercizio di un'arte e la condotta costituisca abuso della stessa²⁸¹.

È necessario poi esaminare il significato dell'espressione 'feto immaturo'. In merito alla maturità del feto Puccinotti²⁸² sostiene, citando niente meno che Ippocrate, che il feto acquisisca animosità "quando siano formate alcune particelle del suo corpo", conseguentemente prima di questo momento, prima del primo trimestre, non è semplice distinguere la composizione degli organi di un feto appena formato con un qualsiasi prodotto patologico dell'utero. Carmignani definisce vividamente tale *limen* come "il crepuscolo tra il giorno e la notte"²⁸³. Le riflessioni di questi studiosi sono rivolte alla risoluzione di un peculiare caso dottrinale: si ipotizza che ad una donna, per la peculiare conformazione del bacino, sia precluso il parto naturale, e ci si chiede se sia più opportuno provocare la morte del feto piuttosto che rischiare la morte 'futura' della gestante per il parto cesareo. Molti studiosi, tra cui proprio Carmignani e Puccinotti, approvano la prima soluzione, disquisendo sul momento in cui tale

²⁸¹ L'articolo 322 recita: "Alla casa di forza da tre a dieci anni soggiace chiunque, con scienza e volontà della donna, le ha procurato l'aborto. Dove per altro dal fatto dell'agente sia derivata la morte della donna, si decreta la medesima pena: da dieci a vent'anni se l'agente sapeva che i mezzi da lui adoperati potessero produrre questo successo; e da cinque a dodici anni se l'agente non lo sapeva". L'articolo 323 dispone: "Se l'aborto fu procurato da un altro, senza scienza o contro volontà della donna, il delinquente è punito colla casa di forza da sette a quindici anni; Per altro il delitto di che nel comma precedente si punisce: con l'ergastolo se ne derivò la morte della donna, e l'agente sapeva che i mezzi da lui adoperati potessero produrre questo successo, e con la casa di forza da dieci a venti anni se ne derivò la morte della donna, e l'agente non sapeva che i mezzi da lui adoperati potessero produrre questo successo". L'articolo 324 statuisce: "Quando l'aborto sia stato procurato da un altro, mediante abuso di un'arte, che richieda matricola, il delinquente cui debba decretarsi una pena inferiore all'ergastolo, soggiace ancora all'interdizione dell'esercizio della sua professione da due a cinque anni".

²⁸² F. PUCCINOTTI, *Lezioni*, cit., p. 58.

²⁸³ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, cit., p. 351.

procedura interruttiva della gravidanza possa essere effettuata, e quindi discutendo in particolare sul limite temporale che possa essere definito perché si possa parlare di ‘non animosità’ del feto²⁸⁴. Camillo Platner sostiene invece la necessità di far superare “il principio della convenienza di quello immutabile della morale e del diritto²⁸⁵”, rafforzando tale pensiero con la massima tertulliana “*homicidii festinatio est prohibere nasci*”. La definizione della vitalità del feto²⁸⁶ è tanto importante in quanto non sia previsto dalla legge un *limen* temporale a partire dal quale si consideri vitale il feto. È quanto sostengono Johann Ludwig Casper e Carlo Demaria nel loro manuale di medicina legale, in cui sono definite compiutamente le caratteristiche del feto a secondo dello stato di avanzamento della gravidanza²⁸⁷. Puccioni sostiene invece, in un’ottica meno ‘scientifica’ e più ‘giuridica’, che “la espulsione violenta del feto dall’utero materno costituisce sempre il delitto di procurato aborto tanto nei primi giorni quanto negli ultimi mesi dalla di lui concezione: il che sta perfettamente in ragione imperocchè qualunque sia il tempo nel quale la espulsione del feto è accaduta, il fatto di per sé medesimo costituisce la uccisione di un uomo che dal-

²⁸⁴ Contra W. G. PLOUCQUET, *Bibliotheca medico-practica et chirurgica realis recentior*, J.C.Cotta Editore, Tubinga, 1799; G. TORTOSA, *Istituzioni di medicina forense*, nuova edizione arricchita di molte aggiunte, Alla Volpe, Bologna, 1842; F. FRESCHI, *Manuale teorico pratico di medicina legale: ad uso dei medici, dei chirurghi, dei magistrati: colle connesse disposizioni in materia civile e criminale portate dai vigenti codici di Parma, Austria, Piemonte, Napoli, Toscana, Roma, e Modena*, F. Perelli Editore, Milano, 1846.

²⁸⁵ C. PLATNER, *Sulla procreazione dell’aborto*, nella memoria inserita negli Annali Universali di Medicina, ottobre 1852.

²⁸⁶ Sulla nozione di vitalità del feto secondo gli studiosi della medicina legale cfr. A. POMA, voce *Vitalità*, cit., p. 398; G. BARZELLOTTI, *Questioni di medicina legale*, cit., pp. 177 ss. e 476 ss.

²⁸⁷ Secondo quindi le nozioni di medicina legale riportate dagli studiosi “*il perito deve fondare il suo giudizio sui gradi di sviluppo del feto secondo i vari mesi. Sulla fine del primo mese (da tre o quattro settimane) l’embrione ha la lunghezza di quattro a sei linee. Si vede già l’apertura della bocca e gli occhi si scorgono per due punti neri. Le estremità cominciano a comparire sotto la forma di due bitorzoli. Già si vede il cuore; grosso fuori d’ogni proporzione è il fegato. I vasi ombelicali non sono ancora formati. Sulla fine del secondo mese il feto ha lunghezza di quindici a diciotto linee. Il capo è sproporzionatamente grande; il naso e le labbra già si vedono; non si vede ancora orecchio esterno. Le estremità cominciano a spuntare alquanto dal tronco. L’ano comincia a comparire sotto la forma d’un punto*”: cfr. J. L. CASPER - C. DEMARIA, *Manuale teorico pratico di medicina legale*, I, Tipografia eredi Botta, Torino, 1858, p. 562.

la divina Provvidenza era destinato alla vita, poco importando che esso fosse o non fosse giunto a quel grado di sviluppo che dà maggior certezza di venire alla luce nel termine dalla natura prescritto”²⁸⁸, per quanto poi precisi che la procedura deve necessariamente essere stata esercitata *eo vivente*, in quanto “se occorre allorché era morto nell’utero materno, non può parlarsi del delitto in esame, perché la violenza suddetta a niente altro ha servito che a espellere un corpo morto precedentemente”²⁸⁹. Perché configuri reato è necessario poi che all’espulsione violenta e dolosa del feto segua la morte dello stesso: la condotta abortiva deve essere idonea a determinare la morte del feto. Puccioni in proposito sottolinea la necessità che l’impiego dei mezzi abortivi sia “causa unica della immatura nascita del feto: se il fatto doloso dell’agente non ha corrisposto alla di lui prava intenzione, avremo tentativo del delitto in esame tosto ché sia in fatto provato che i mezzi adoprati potevano produrre l’aborto: se erano incapaci, si tratterà dell’altro ben diverso di lesioni personali, qualora queste si sieno verificate”²⁹⁰.

In materia di fecondazione illegittima e cagione d’onore (“per evitare sovrastanti sevizie”), l’articolo 321 prevede, parimenti al codice del 1819, un’attenuazione della pena per la ‘conservazione dell’onore’. Prevista anche per il procurato aborto, la cagione d’onore è infatti disposta ‘principalmente’ per l’infanticidio. La formulazione adottata dal codice toscano, sebbene riprenda per lo più l’impostazione del codice napoletano, non ha mutuato da questo un importante aspetto, quello della sua operatività non solo nei confronti della donna ma anche nei confronti dell’estraneo.

Sulla natura legittima-illegittima della prole Bertini sottolinea l’incoerenza seguita dal legislatore nel disciplinare l’infanticidio e l’esposizione

²⁸⁸ G. PUCCIONI, *Il Codice penale toscano illustrato*, II, Tipografia Cino, Pistoia, 1855, p. 456.

²⁸⁹ G. PUCCIONI, *Il Codice penale*, cit., p. 456.

²⁹⁰ G. PUCCIONI, *Il Codice penale*, cit., p. 458.

della prole²⁹¹. Afferma infatti con riferimento al primo “dopo aver lette le parole di quest’articolo (316) mi è necessario domandare al legislatore del Codice in esame: “ Se quella donna, che, nel tempo del parto o poco dopo di esso, ha dolosamente o colposamente cagionato la morte della sua prole, illecitamente concepita, è rea d’infanticidio”, di qual delitto (io domando a questo legislatore) sarà rea la donna che dolosamente o colposamente cagiona la morte della sua prole, lecitamente concepita, cioè concepita nel tempo delle giuste nozze? A me parrebbe che anche questa seconda donna fosse imputabile dell’iniquo delitto d’infanticidio. Dunque il Codice Toscano per esser razionale doveva terminare l’art. notato con queste precise parole “della sua prole illecitamente o lecitamente concepita è rea d’infanticidio”²⁹²; in materia di esposizione della prole (articolo 354²⁹³) condanna la scelta del legislatore di prevedere per questo reato il medesimo trattamento sanzionatorio di quello stabilito per l’infanticidio, in forza del meno pregnante disvalore della condotta che espone l’infante rispetto a quello più grave di cui è intriso il reato d’infanticidio; critica poi l’insolita decisione di incriminare la sola condotta tenuta nei confronti della prole illegittima e non anche quella rivolta alla prole lecitamente concepita²⁹⁴.

²⁹¹ Al contrario il codice austriaco e il codice toscano, secondo Ambrosoli, prevedono l’infanticidio anche nei confronti della prole legittima: “*il codice austriaco ammette anche su figlio legittimo e lo punisce più gravemente, ma sempre meno dell’omicidio; perché se manca nella legittima la spinta della vergogna, non cessa però di minore la imputabilità, per lo stato fisico e morale procedente dal parto. Nondimeno l’opinione che riconosce l’infanticidio nel suo significato particolare soltanto cade su prole illegittima, e l’omicidio quando cade su prole legittima, è ancora ricevuta da insigni scrittori e la troviamo seguita anche dal codice toscano*”: cfr. F. AMBROSOLI, *Studi sul diritto penale toscano*, cit., p. 127.

²⁹² E. BERTINI, *Considerazioni*, cit., p. 35.

²⁹³ L’articolo 354 recita: “*Se il colpevole espone od abbandonò l’infante, o l’adulto impotente, con animo di cagionargli la morte, o di danneggiarlo nella salute; si decreta secondo l’intenzione dell’agente ed il successo del fatto la pena dell’omicidio o della lesione personale o del tentativo dell’uno o dell’altro delitto. Quella donna per altro, che poco dopo il parto ha dolosamente esposto od abbandonato con animo di farla perire, la sua prole illecitamente concepita, soggiace, secondo il successo del fatto, alla pena dell’infanticidio consumato o tentato. Ognorachè, nei casi dei due precedenti, sia luogo a decretare la pena del tentativo, questa dee sempre esser maggiore di quella, che si applicherebbe al fatto, considerato come esposizione od abbandono*”.

²⁹⁴ Bertini sottolinea infatti “*che la madre che espone la sua prole lecitamente concepita non è rea quanto la prima e forse più*”: cfr. E. BERTINI, *Considerazioni*, cit., p. 38.

Ambrosoli, ritenendo che l'aborto procurato vada collocato tra i reati contro l'ordine delle famiglie e non contro la vita, afferma che la finalità perseguita dal reo è quella di impedire che la gravidanza giunga al termine. L'integrazione del reato è, secondo il suo pensiero, del tutto indipendente dall'esistenza della vitalità nel feto; per tal motivo lo studioso ripugna la qualificazione giuridica del reato in questione di feticidio, in quanto ciò che rileva, data la dubbia affermazione dell'animosità del feto, è la lesione 'alla sanità corporea della donna' e spesso la morte della stessa²⁹⁵. In sostanza Ambrosoli sostiene che non si possa dire che l'aborto sia un reato contro la vita perché non è chiaro se vi sia vita o meno nel feto. La qualificazione giuridica di feticidio, se si aderisce a questa tesi, risulta inaccettabile, in forza del fatto che non si può parlare di una vita già formata, ma di una vita *in fieri*. Puccinotti parla anch'egli dell'attenzione del legislatore nei confronti del feto, del quale la legge intende assicurare il suo processo di formazione al riparo da chi intende perturbare il suo regolare sviluppo²⁹⁶. Lo studioso riconosce al feto addirittura il diritto "che s'indaghino le cagioni dei suoi immaturi natali; se questi cioè da cause naturali ed ingenue sieno derivati, ovvero da maligni artifici; nel quale ultimo caso esso reclama dai tribunali criminali la vendetta contro l'oltraggio fatto alla sua conservazione"²⁹⁷.

La disciplina in materia di aborto contenuta nel codice toscano si connota, in ultima analisi, per la peculiare 'clemenza' del trattamento sanzionatorio che il legislatore riserva al reo, cui si affianca la particolare attenzione profusa nella distinzione della pena da applicare tenendo conto non solo dell'esito più o meno funesto della condotta, ma anche, *ex* articolo 322 della cognizione, da parte del reo, della idoneità del mezzo abortivo.

²⁹⁵ F. AMBROSOLI, *Studi sul diritto penale toscano*, cit., p. 127.

²⁹⁶ F. PUCCINOTTI, *Lezioni*, cit., p. 57.

²⁹⁷ F. PUCCINOTTI, *Lezioni*, cit., p. 57.

7. IL CODICE SARDO MODIFICATO COL DECRETO LUOGOTENENZIALE DEL 1861

Il decreto luogotenenziale del 17 febbraio 1861 estende il codice penale sardo del 1859 alle regioni meridionali perseguendo l'obiettivo di unificare il regime penale dei territori del neo-nato Regno d'Italia²⁹⁸. Esso costituisce “un primo momento di fusione legislativa delle tradizioni napoletane con quelle dell'Italia settentrionale”²⁹⁹. Il contributo di queste ultime è in realtà infimo in quanto la gran parte delle modifiche luogotenenziali provengono dalle tradizioni legislative dell'Italia meridionale e si mantiene come base il codice sardo del 1859. Il sistema delle pene rimane invariato, con la sola esclusione della pena di morte di cui si propone (invano³⁰⁰) l'abolizione; sono abolite invece le conseguenze infamanti di alcune pene che già non comparivano nel Regno delle due Sicilie dal 1819; in materia di inimputabilità si inseriscono due formule generiche (“privazione di mente” e “vizio di mente”) comprensive rispettivamente di tutte le ipotesi di incapacità totale e parziale di intendere e di volere del soggetto agente³⁰¹; si rettifica l'incriminazione del tentativo richiedendo che la condotta del soggetto manifesti di per sé la volontà di commettere il fatto criminoso; in materia di concorso nel reato si modifica il codice del

²⁹⁸ A. CADOPPI - S. CANESTRARI - M. PAPA - A. MANNA, *Trattato di diritto penale: Parte speciale*, Utet, Milano, 2009, p. 147.

²⁹⁹ E. PESSINA, *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, Stabilimento Civelli, Firenze, 1867, p. 108.

³⁰⁰ Sebbene la pena di morte rimanga in vita, se ne riducono le ipotesi applicative e “*l'efficacia produttrice della morte civile che era fissata nell'art. 44 dal codice civile Albertino*”. Va tuttavia puntualizzato che in Toscana si mantiene la previsione del codice toscano del 1853, modificato dal decreto del 1859, che abolisce la pena di morte e i “bagni” (lavori forzati a vita e a tempo): “*Il popolo toscano energicamente protestava perché non venisse ripristinato il patibolo nelle sue contrade*”: cfr. E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., pp. 109 e 120.

³⁰¹ La privazione di mente sussiste quando la capacità di intendere e di volere è del tutto ottebrata e il soggetto agente non può aver commesso il fatto consapevolmente; il vizio di mente si ha quando il soggetto versa in una condizione psicologica tale da avere una minore, sebbene persistente, imputabilità.

1859 nella considerazione a titolo di “complicità” di ogni cooperazione materiale al reato diversa dalla immediata esecuzione del fatto costitutivo del reato³⁰². Tra le difformità più ‘curiose’ di disciplina tra il codice del 1819 e il codice sardo del 1859 si pone l’estensione – assente nel primo e prevista nel secondo – della “scusa nascente da sorpresa di adulterio” anche alla moglie e non soltanto al marito, quando la spinta propulsiva al reato è il “sentimento della gelosia eccitato dalla flagranza del talamo violato”³⁰³. Si evince quindi una concezione della donna ben lontana dalla *femme* del codice francese, la cui contrarietà al compimento dell’aborto non veniva neppure considerata ai fini del trattamento sanzionatorio del reo³⁰⁴. Tra le materie coinvolte nelle modifiche apportate dal decreto si pone proprio quella dell’aborto procurato insieme a quella dell’infanticidio: si estendono, in conformità al codice del 1819, anche agli estranei il beneficio della diminuzione di pena, quando tali condotte criminose sono dirette ad occultare ‘per cagione d’onore’ una prole illegittima. L’articolo 503 novellato dispone: “Nel caso di aborto diretto ad occultare per cagione d’onore una prole illegittima, le pene stabilite dagli articoli precedenti discenderanno da uno a due gradi”.

Cosentino commenta le modifiche apportate dal decreto asserendo la necessità di estendere la scusante anche agli estranei in forza del fatto che il fine di occultare la prole illegittima può rinvenirsi anche nel complice³⁰⁵. Lo studioso esclude la scusante per l’infanticidio premeditato “imperocché condizione essenziale delle cause scusanti è che agiscano improvvisi, e non mai quando vi si abbia a rimanervi sopra, speso alcun tempo, e molto studio e molta opera”³⁰⁶. In merito invece alla disciplina del codice sardo modificato dal decreto, commenta l’articolo 532 sostenendo che la soluzione adottata dal

³⁰² E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 111.

³⁰³ Pessina parla di “*onore domestico violato*”. Cfr. E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 114.

³⁰⁴ V. sul punto p. 2 e nota n. 5.

³⁰⁵ V. COSENTINO, *Breve commentario*, cit., p. 346.

³⁰⁶ V. COSENTINO, *Breve commentario*, cit., p. 376.

decreto è più apprezzabile rispetto a quella del codice penale francese, che negando tale scusante “si mostra molto duro ed ingiusto”³⁰⁷. Antonio Buccellati sottolinea che una delle importanti modifiche introdotte dal decreto risiede nell’aver eliminato la distinzione di persona per l’operatività della scusante, che non è più circoscritta alla gestante. Lo studioso sottolinea che la Commissione ha perseguito “l’intenzione di occultare la prole per ragioni di onore nei reati di procurato aborto e d’infanticidio, fu ritenuta a diminuzione di pena a favore di qualunque individuo e non della madre soltanto”³⁰⁸.

³⁰⁷ V. COSENTINO, *Breve commentario*, cit., p. 375.

³⁰⁸ A. BUCCELLATI, *Sommi principi di diritto penale*, Vallardi editore, Milano, 1865, p. 215.

CAPITOLO 3 VERSO IL CODICE ZANARDELLI

SOMMARIO: 1. IL 1861 FONTE DELLA NUOVA PROSPETTIVA ‘UNITARIA’ DEL DIRITTO; 2. ‘RILETTURA’ DEI CODICI PREUNITARI NELLA NUOVA OTTICA ‘RISORGIMENTALE’ DEI GIURISTI POST 1861: L’‘EX’ CODICE DEL REGNO DELLE DUE SICILIE; 3. IL CODICE SARDO PIEMONTESE; 4. L’‘EX’ CODICE PENALE DEL GRANDUCATO DI TOSCANA; 5. IL CODICE PENALE SARDO MODIFICATO COL DECRETO LUOGOTENENZIALE DEL 1861.

1. IL 1861 FONTE DELLA NUOVA PROSPETTIVA ‘UNITARIA’ DEL DIRITTO

La dichiarazione del Regno d’Italia del 17 marzo 1861 segna l’importante conseguimento della unità nazionale, evento di sconvolgimento dell’assetto politico, sociale ed anche giuridico preesistente. Sul piano politico la fondazione del Regno d’Italia determina l’abbandono del particolarismo che ha visto susseguirsi negli anni varie dominazioni straniere³⁰⁹. In realtà, usando le parole di Aldo Servidio, la ‘prima Unità’ è quella espressa dalla realtà statuale prodottasi per nove decimi tra il 1859 e il 1860 e solo per un decimo tra l’autunno 1866 e il settembre 1870. (...) Quella realtà statuale unì tutti i territori e gli abitanti della penisola sotto l’unico governo di una sola dinastia, quel-

³⁰⁹ Pessina parla di tale particolarismo affermando: “*In generale le fonti giuridiche per l’amministrazione della giustizia penale erano costituite nei vari Stati da leggi dell’Autorità che si succedevano le une alle altre. Così in ciascuno degli Stati, nei quali trovavasi divisa, ciascuna delle signorie ebbe le sue leggi speciali*”; “*E questa varietà molteplice di fonti giuridiche doveva ingenerare una confusione nell’attuazione pratica del Diritto Penale. Per tal modo, in ciascuno degli Stati non poteva avverarsi quel coordinamento costante delle norme giuridiche che è necessario alle autorità chiamate a giudicare in materia penale per applicare norme giuridiche ai singoli casi*”: cfr. E. PESSINA, *La riforma del diritto penale in Italia*, Stabilimento tipografico dell’Università di Napoli, Napoli, 1905, p. 7 e 8.

la di casa Savoia”³¹⁰. Sotto l’aspetto sociale, sebbene il Risorgimento sia stato definito come moto nazional-popolare, gli storici moderni parlano oggi piuttosto di un progetto caldeggiato e realizzato dalla classe dirigente: il popolo è sostanzialmente il ‘grande assente’³¹¹. La ‘prima Unità’ si presenta quindi più come unità statale che di popolo, tanto che, “appena uniti i territori degli ex stati, M. D’Azeglio - che aveva preceduto a capo del governo della dinastia di Savoia colui che aveva gestito l’operazione di accorpamento - sentì il bisogno di evidenziare pubblicamente la necessità di “fare gli italiani”³¹². All’indomani dell’unificazione il popolo degli ‘italiani’ non era altro che un conglomerato di popolazioni aggregate in un unico nucleo nazionale sorto dall’unificazione politico-territoriale, ma non ancora di valori e di cultura, che necessitava di uno sforzo ulteriore.

Quanto al profilo giuridico, come anticipato precedentemente, viene esteso il codice penale sardo al neo-nato Regno d’Italia e lo Statuto Albertino, adottato il 4 marzo 1848 dal regno sardo-piemontese, viene elevato a Carta fondamentale e conseguentemente vigente in tutta la penisola italiana. Emerge quindi una nuova visione del diritto, una concezione unitaria e non più frammentata dall’egemonia degli ‘stranieri’, e, mutando la prospettiva, muta anche la percezione del dato normativo pre 1861, come è evidenziato dalla posizione assunta *post* unità dalla dottrina. Pessina descrive il clima di fermento politico

³¹⁰ A. SERVIDIO, *L’imbroglio nazionale: Unità e unificazione d’Italia (1860-2000)*, Alfredo Guida Editore, Napoli, 2002, p. 23.

³¹¹ “Nella seconda guerra d’indipendenza i soldati dell’esercito sardo, quasi esclusivamente contadini e popolani... non erano ancora ben persuasi che il Piemonte fosse in Italia, tant’è vero che ai volontari provenienti dalle altre regioni d’Italia rivolgevano la domanda: “Vieni dall’Italia?” cfr. G. ARNALDI, *L’Italia e i suoi invasori*, Laterza, Bari, 2003, p. 179; “La mobilitazione patriottica ha investito frazioni dell’aristocrazia illuminata, consistenti fasce di ceto medio, in particolare intellettuali, gruppi di artigiani, non gli operai del resto rari in un’Italia in buona parte preindustriale, e tanto meno contadini – la maggioranza della “Nazione” – murati nell’indifferenza e nel rancore sedimentati da secoli di estraneità e di separazioni tra le classi” “Il processo di unificazione politica della penisola come il frutto di una possente e unanimistica spinta di popolo è un mito postumo...un tentativo dei ceti colti di operare finalmente una sutura con i ceti subalterni, imponendo loro la propria egemonia politica” cfr. M. ISNENGI, *L’Unità italiana*, in AA.VV., *Tesi, Antitesi. Romanticismo-Futurismo*, Messina, D’Anna, 1974, p. 410.

³¹² A. SERVIDIO, *L’imbroglio*, cit., p. 23.

degli anni 1859-1861 affermando che “dal novembre 1859 che i codici sardi furono promulgati in virtù dei pieni poteri sino al dicembre 1860, gli intelletti erano rivolti al grande fatto politico dell’unificazione definitiva dell’Italia. Della nuova legislazione non si parlò per quel tempo”³¹³. L’attenzione degli studiosi è monopolizzata dal passaggio verso la nuova era della Nazione³¹⁴, e ciò determina un minore sforzo profuso per la legislazione penale, oggetto solo di discussioni effimere in Parlamento³¹⁵. “La questione dei codici penali italiani venne fuori nel 1861, quando, proclamato il Regno d’Italia in virtù dei Plebisciti, bisognò cominciare l’edificio del suo organismo legislativo”³¹⁶.

³¹³ E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 106.

³¹⁴ “L’Italia è oramai degli Italiani. La saggezza dei suoi figli ha saputo vincere con la più lodevole perseveranza tutti gli ostacoli, e non eran pochi, né lievi, che si opponevano al gran pensiero, alla grande aspirazione di tutti gli Italiani: l’indipendenza, la libertà, l’unità d’Italia” cfr. E. RAPISARDI, *Saggio d’un progetto del codice penale italiano*, Pietro Giuntini Tipografo, Catania, 1862, p. 3.

³¹⁵ “Solo in due o tre Tornate della Camera dei Deputati nel 1860 si agitò la questione tra alcuni Deputati e il Guardasigilli Cassinis intorno al nuovo codice penale. Ma la discussione non menò ad altra conclusione che alla votazione di un ordine del giorno in cui la Camera espresse la fiducia che sarebbero proposti provvedimenti legislativi per agevolare l’applicazione del nuovo codice penale in Lombardia, ed il voto di un codice penale unico per tutto lo Stato” cfr. E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 106.

³¹⁶ E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 106.

2. “RILETTURA” DEI CODICI PREUNITARI NELLA NUOVA OTTICA RISORGIMENTALE DEI GIURISTI POST 1861: L’ “EX” CODICE DEL REGNO DELLE DUE SICILIE

La nascita del Regno d’Italia determina il passaggio da una visione frammentata ad un’ottica unitaria del diritto, sconvolgendo la prospettiva dei giuristi del tempo, che, se prima si erano rapportati con diverse realtà giuridiche a sé stanti, adesso devono misurarsi con una sorta di ‘rivoluzione copernicana’ del mondo del diritto. Scontata appare quindi la riflessione che l’analisi dei codici preunitari, elaborata da tali giuristi *ex post* rispetto al Risorgimento, va ‘depurata’ da questa rinnovata visione e dalla spasmodica esigenza di confronto tra i codici, quasi a voler decretare il migliore da prendere a modello per il perfezionamento di questo nuovo ordinamento unificato. Si apre infatti un vero e proprio ‘processo’ al codice sardo del 1859, che vede contrapposti due filoni dottrinali: “alcuni senza rendersi conto del merito intrinseco dei medesimi ma per bisogno di unificazione tendevano ad introdurli nelle varie contrade della penisola, come prima esse entravano a far parte della grande famiglia italiana. Altri per l’opposto avversavano questo mutamento repentino di legislazione solo perché era un mutamento e perché non c’era tempo né disposizione degli animi per un esame accurato del buono e del cattivo che in quei Codici si conteneva”³¹⁷. L’estensione del codice penale sardo a tutta la penisola non è caldeggiata da tutti i giuristi, e raccoglie il consenso della Lombardia, della Emilia Romagna ma non quello della Toscana che sin da subito “si mostrò avversa in generale alla immediata unificazione legislativa; e tenace nella conservazione delle sue leggi ed istituzioni, si tenne ferma al codice del

³¹⁷ E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 107.

1833 che essa aveva emendato coi Decreti del 30 aprile 1859 e del 10 gennaio 1860, che sostituivano alla pena di morte nella scala delle pene l'ergastolo colla forma dell'imprigionamento cellulare nei primi dieci anni, e del lavoro in comune sotto la regola del silenzio negli anni posteriori"³¹⁸. L'Italia meridionale è divisa tra l'entusiasmo dei giuristi che, "preoccupati dall'idea di affermare l'unità del Diritto dello Stato, avrebbero voluto pubblicarvi subito ed il Codice Penale ed il Codice di Procedura Penale e la Legge organica, perché al più presto entrassero in vigore" e "lo spirito locale che considerava la legislazione penale napoletana del 1819 come uno dei migliori monumenti legislativi"³¹⁹. Viene quindi istituita una commissione³²⁰, la cui proposta di estensione del codice penale e del codice di procedura penale, è adottata dal decreto del 17 febbraio 1861, determinando la fusione legislativa delle tradizioni napoletane con quelle dell'Italia settentrionale³²¹.

Luigi De Crecchio, commentando l'articolo 395 del codice del Regno delle due Sicilie, in cui si incrimina la condotta abortiva tenuta dall'estraneo con il consenso della donna e quella compiuta dalla gestante stessa o per sua volontà³²², pone l'accento sull'accertamento del consenso-dissenso della donna, sostenendo che l'unico possibile strumento di indagine è l'analisi dei mezzi adoperati e degli effetti degli stessi: l'assenza del consenso della donna può essere desunto dall'impiego di mezzi abortivi che possono essere somministrati alla donna senza che la stessa se ne accorga (medicine, droghe) o possa op-

³¹⁸ E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 107.

³¹⁹ E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 107.

³²⁰ La Commissione era composta da Mancini (che la presiedeva), Conforti, Pisanelli, De Horatiis, Vignali, De Filippo, Castriota, De Falco e Pessina (preposto alla compilazione della Relazione presentata al Governo Luogotenenziale sulle proposte della Commissione).

³²¹ Per l'esame del decreto luogotenenziale e delle innovazioni apportate si rimanda al paragrafo 7 del capitolo precedente.

³²² V. p. 36 capitolo 2.

porvisi (mezzi ‘moralì’ come provocare nella donna un forte spavento³²³); si presume invece la collaborazione della donna quando si sia dato luogo all’aborto con mezzi meccanici, il cui impiego difficilmente prescinde dall’ausilio della donna, salvo il caso “di un soggetto la cui ingenuità toccasse i limiti dell’ebetismo”, ed in ogni caso si rende opportuna l’indagine sullo stato psichico della donna al momento del tentato o procurato aborto³²⁴.

Con riferimento alla previsione contenuta nell’articolo 396, che si occupa della peculiare ipotesi in cui all’impiego dei mezzi abortivi consegue, indipendentemente dall’aborto, la morte della donna³²⁵, è affrontata dalla dottrina la delicata questione della prova dell’effetto letale del mezzo abortivo. De Crecchio si chiede infatti “come decidere se la morte si debba ai mezzi abortivi o ad altre ragioni?”³²⁶. Due sono le ‘sorgenti di criteri’ che possono essere impiegate a tal fine: l’anamnesi e l’autopsia. Delle due la prima, afferma lo studioso, “è alterata dall’interesse che si ha ad occultare il vero o dall’ignoranza”, conseguentemente la seconda costituisce l’unico strumento valido. Perché tuttavia l’esame necroscopico sia compiuto in modo opportuno, il medico deve accertare se la donna o i complici abbiano ‘predisposto’ la dissimulazione dell’aborto; se la gestante “se si fosse provvista di droghe e medicinali che hanno realmente un’azione emmenagoga, o che sono in fama di abortivi presso il volgo”; se abbia tenuto comportamenti sospetti, che ordinariamente sono impiegati per procurarsi l’aborto; quale fosse lo stato di salute e se siano sopravvenute patologie che abbiano determinato la morte del feto e/o della donna³²⁷. Si tratta di esami ‘standard’ che il medico effettua, come passaggi obbligati, nello svolgimento della necropsia giudiziaria su donna gestante.

³²³ G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, prima edizione milanese riveduta e annotata da Filippo Ambrosoli, Francesco Sanvito Editore, Milano, 1863, p. 271.

³²⁴ L. DE CRECCHIO, voce *Aborto Procurato*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, I, Vallardi Editore, Milano, 1884, p. 80.

³²⁵ V. p. 36 capitolo 2.

³²⁶ L. DE CRECCHIO, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 78.

³²⁷ L. DE CRECCHIO, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 78.

Quando appaia evidente che la morte sia stata cagionata da “una seria affezione del cervello, del cuore, del polmone, del fegato o di altri organi importanti” e tali alterazioni siano conseguenza di una patologia pregressa della donna, è meno complesso trovare la ragione della morte; quando invece le “note anomato-patologiche svelate riguardassero lesioni del tubo gastroenterico, del peritoneo, dell’utero” è necessaria una maggiore diligenza nel riconoscere la natura di tali lesioni, per escludere un legame con sostanze abortive e soprattutto confutare eventuali ipotesi di aborto spontaneo ed in nessun modo indotto. Si tratta tuttavia di un esame arduo e spesso fondato su semplici presunzioni, talora, come afferma De Crecchio, e di informazioni, talora espresse anche “con secondi fini che, per trarre in inganno il magistrato ed il perito, hanno le persone da chi bisogna dipendere per ottenere informazioni”³²⁸. In materia di aborto spontaneo Luigi Lucchini afferma che le cause dello stesso possono dipendere dalla madre o dall’ovulo fecondato: nel primo caso si tratta del moto eccessivo, delle caratteristiche costituzionali del fisico ed organiche dell’utero; derivano dall’ovulo invece le emorragie, le patologie dell’ovulo, la “torsione del cordone ombelicale”³²⁹. L’autopsia può quindi aiutare il magistrato nell’indagine sulla causa della morte della donna, senza che tuttavia possa considerarsi risolutiva. La perizia del medico è utile anche nelle ipotesi di simulazione e di dissimulazione: la prima si ha quando la donna, “per sue mire interessate o di vendetta”, simula un aborto procurato fingendone i sintomi³³⁰; la seconda sussiste nel caso in cui la donna nasconde l’aborto procurato celando i segni della gravidanza. Nella simulazione “la prova migliore si avrà nella

³²⁸ “Bisogna tener sempre fiso innanzì alla mente che in tali rincontri molti sono i secondi fini, che, per trarre in inganno il magistrato ed il perito, hanno le persone da chi bisogna dipendere per ottenere informazioni. Sicchè, nella grande maggioranza dei casi, tutto si riduce alla valutazione accurata delle note anomato-patologiche” cfr. L. DE CRECCHIO, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 79.

³²⁹ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, in *Digesto Italiano*, Volume I Parte I, Unione Tipografica Editrice, Milano, 1897- 1902, p. 121.

³³⁰ Tali segnali si rinvencono di norma in “una mestruazione abbondante, una emorragia, uno scolo qualunque o una cronica leucorrea acutizzata”: cfr. L. DE CRECCHIO, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 80.

mancanza del prodotto espulso”; nella dissimulazione il perito incontra maggiore difficoltà a dimostrare i segni di una gravidanza appena inoltrata, ed invece, ad un’attenta analisi, la certezza o quasi dell’aborto procurato di un feto in pieno sviluppo. Lucchini sottolinea come “il più delle volte accade però che il feto espulso dall’alvo materno venga disperso per rendere meno agevole la prova del reato. Importa notare come in Inghilterra non sia permesso assolutamente fare indagini e perizie sul corpo di una donna senza il suo espresso e libero consenso, sulla base principale del canone quivi vigente che nessuno è tenuto a somministrar prove contro se stesso”. A sostegno di questo riferimento alla legislazione anglosassone, riporta il caso di una donna del Newcastle³³¹. Perché si possa dimostrare la dissimulazione è necessario dimostrare, oltre al procurato aborto e allo sforzo della donna di celare il fatto, anche lo stato di gravidanza³³².

Quanto alla figura degli “ufficiali di sanità” di cui agli articoli 397 e 398³³³, l’intervento degli stessi può essere appurato, anch’esso, servendosi dell’esame del perito sul corpo della donna e sulla natura dei mezzi usati. Una prima indagine deve riguardare il grado di cultura della donna, e quindi verificare che sia ragionevole credere che ella, per aver svolto la professione di infermiera o levatrice, o per qualsiasi altra ragione, non sia neofita della procedura; in secondo luogo è necessario appurare che, data la natura dei mezzi impiegati, sia stato impiegato l’ausilio di un complice e, in questo caso, se la tipologia del mezzo abortivo richiede, per la sua applicazione, cognizioni tecniche

³³¹ “Così avvenne che nel 1877 a Newcastle, essendo accusata certa Agnew di soppressione di parto, furono condannati per oltraggio al pudore a 50 lire sterline di risarcimento il Dr. Mackay, che aveva proceduto all’esame della sua persona, un funzionario di polizia, che l’aveva ordinato, ed il magistrato Jobson, che ne l’aveva autorizzato, essendosi accertato che la donna Agnew non vi aveva prestato il proprio consenso, e solo a causa dello spavento non era stata in grado di resistere” cfr. L. LUCCHINI, voce Aborto Procurato, cit., p. 126.

³³² Lucchini indica come criteri rivelatori “la soppressione de’menstrui”, “turgidezza dell’addome”, “modificazioni delle mammelle”, “movimento del feto”, “pulsazione del cuore fetale”, “modificazioni nell’orifizio e nel collo dell’utero”.

³³³ V. paragrafi 4 e 5 capitolo 2.

non elementari³³⁴. Non esistono tuttavia regole universali applicabili in via generica, e conseguentemente è ampio il margine di errore della valutazione, dato che non può in assoluto escludersi la possibilità che una procedura abortiva compiuta a regola d'arte non sia il risultato della consultazione ingegnosa di libri o viceversa un intervento mal riuscito non sia l'esito di un medico maldestro.

Quanto all'articolo 398 De Crecchio al quesito “vi è stato tentativo di aborto senza che fosse seguito alcuno effetto” risponde con una lunga disamina degli effetti più o meno evidenti, su donna vivente, di determinati mezzi abortivi³³⁵.

Infine, con riferimento all'articolo 399³³⁶ Pessina rinviene proprio nel codice del 1819 le radici della cagione d'onore prevista dal codice sardo del

³³⁴ De Crecchio elenca una serie di mezzi abortivi che possono essere adoperati “*senza necessità dell'altrui intervento*”, quali “*bagni, piediluvi, medicinali, fatiche smodate, moto incompsto ed eccessivo, ed anche fasce costringitive, emissione di sangue*”. Sono invece richieste cognizioni tecniche, ad esempio per “*l'introduzione di sostanze irritanti nella vagina*”. Vi è poi “*una terza categoria che necessariamente richiede l'aiuto di una mano estranea, come qualora si tratti di dilatazioni graduate o forzate, di punture, scollamenti, irrigazioni e applicazioni elettro-magnetiche*”: cfr. L. DE CRECCHIO, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 80.

³³⁵ “*Bisogna anzi tutto esaminare di quale specie di mezzi siasi fatto uso. Qualora sono stati i vomitivi, i purganti, gli eccitanti in generale, gli emmenagoghi, ed altri medicinali qual sieno o l'applicazione di correnti elettromagnetiche, i bagni, le fatiche smodate, le patenze di ogni genere, allora la ispezione quantunque accurata del corpo della donna, difficilissimamente ci fornirà alcuna prova, perché l'azione di siffatti mezzi o non lascia tracce, o ne lascia di tali per cui il giudizio si rende estremamente difficile ed incerto; giacché il catarro gastroenterico, il grave deperimento di nutrizione, anche le manifestazioni nervose che sogliono conseguire all'uso prolungato di tali mezzi, son tutte affezioni e stati morbosi che possono essere originati e che di frequenti anzi originano da tutt'altre cagioni che non sia l'abuso di tali droghe. Bensì, quando la istruttoria rinviene residui di pillole, di droghe e di altri medicinali che sogliono altresì adoperare come abortivi, e consta per altre prove che la tal donna ne abbia fatto abuso senza alcuna prescrizione o indicazione medica, e si veggono in essa le manifestazioni morbose che l'uso intemperante e inopportuno di quelle tali sostanze suole indurre, allora sarà lecito giudicare, secondo la varietà del caso concreto, che possibilmente, probabilmente o anche certamente, la tal donna abbia fatto uso smodato di quella tale o tale altra sostanza, secondo i fenomeni che presenterà riferibili all'azione di una o di un'altra. Pur non di meno, oltre codesti, non si ha altri modi per iscovrire, da parte del medico, il tentativo di aborto in donna vivente*” cfr. L. DE CRECCHIO, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 80.

³³⁶ V. p. 37 capitolo 2.

1859³³⁷. La *voluntas legis* di trattare con indulgenza la donna indotta da persone o circostanze all'aborto è resa evidente dalle parole di Lucchini: questi sottolinea il dramma di una 'gracile creatura', che mossa dall'intento di difendere la propria reputazione o per timore del parto, si appresti al compimento di una condotta tale da mettere in pericolo la sua stessa vita, ed afferma quindi che il legislatore non può trarre alcun 'vantaggio' dall'incriminare la donna, né per l'intento giuridico di proteggere una vita *in fieri* o una vita già formata, né per motivi demografici³³⁸. Pessina ritiene, ponendo un confronto generale e non strettamente connesso alla fattispecie criminosa dell'aborto, il codice del Regno delle due Sicilie decisamente meno severo del codice parmense³³⁹, di cui non riconosce quella mitezza generalmente attribuita dalla dottrina³⁴⁰, considerando, tra l'altro, quest'ultimo, molto simile al codice gregoriano³⁴¹.

³³⁷ “Ma nelle tradizioni giuridiche dell'Italia meridionale era invalsa una dottrina più larga relativa all'infanticidio e all'aborto procurato. Il Codice napoletano del 1819 nell'art.387 statui che nell'infanticidio la pena discendesse dall'estremo supplizio al 3° grado dei ferri nel caso in cui era diretto ad occultare per cagion d'onore una prole illegittima; e medesimamente nell'art. 399 fermò che nel caso dell'aborto diretto ad occultare per cagion d'onore una prole illegittima le pene stabilite doveano discendere di un grado. Niuna limitazione della scusa alla madre soltanto era formulata nel testo della legge; e la interpretazione della scuola e del foro ammise l'applicabilità del beneficio a qualunque dei colpevoli, purché si accertasse in lui la causa impellente dell'occultare honoris gratia l'illegittimità del concubito fecondatore. A questa tradizione si tennero fermi coloro che diedero opera nelle province meridionali il 1861 all'introduzione del codice sardo del 1859” cfr. E. Pessina, voce Aborto Procurato, cit., p. 66.

³³⁸ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 122.

³³⁹ E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia. Da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto italiano*, Milano, 1906, p. 588.

³⁴⁰ P. ROSSI, *Trattato di diritto penale per Pellegrino Rossi*, a cura di E. Pessina, Tipografia Gaetano Bozza, Torino, 1859, p. 36.

³⁴¹ E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia*, cit., p. 588.

3. IL CODICE SARDO PIEMONTESE

Vincenzo Cosentino, nel commentare l'articolo 501, che incrimina la condotta abortiva dell'estraneo e della donna gestante, differenziando il trattamento sanzionatorio a seconda della presenza o meno del consenso della donna³⁴², delinea la fattispecie criminosa, fondata su due estremi di reato: “la volontà di procurare l'aborto e che l'aborto sia realmente seguito e con la morte del feto”. Quanto alla prima, che “suppone necessariamente un'intenzione malvagia di produrre un danno, di raggiungere un fine illecito”, non poche sono le ricostruzioni giurisprudenziali, cui fa riferimento Cosentino, che estremizzano la necessità della volontà dell'agente, che deve rivolgersi in modo univoco a causare l'aborto³⁴³.

Lucchini, interpretando gli articoli 502 e 504, che si occupano rispettivamente della condotta abortiva tenuta dall'estraneo aggravata dall'evento morte della donna e della fattispecie criminosa ‘qualificata’ dallo *status* di esercente attività sanitarie³⁴⁴, afferma che, sebbene da questi non esplicitato, la distinzione di trattamento sanzionatorio tra l'ipotesi in cui l'agente è consapevole dell'effetto letale dei mezzi abortivi e l'ipotesi in cui ne è ignaro, “sebbene non espressa, deve applicarsi anche in confronto del codice sardo dalla saggezza del giudice nel commisurare la pena commessa alla sua discrezione”³⁴⁵. Illustrata tale aggravante, che opera solo in caso di morte della donna conseguente al procurato aborto, Lucchini le attribuisce un carattere ‘speciale’, tale da “far risultare perfetto il reato” sia o no determinatosi l'aborto: essendo infatti la figura delittuosa di cui all'articolo 501 ben distinta da quella prevista

³⁴² V. p. 69 capitolo 2.

³⁴³ V. COSENTINO, *Breve commentario*, cit., p. 346.

³⁴⁴ V. p. 70 capitolo 2.

³⁴⁵ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 114.

nell'articolo 502, in cui l'agente è mosso dal solo intento di provocare l'aborto, lo studioso ritiene opportuno sottoporre la questione ai giurati facendo riferimento ai due reati configurabili dalla condotta *ex* articolo 501, in modo da evitare l'impunità del soggetto per assenza di prove del procurato aborto³⁴⁶. Lucchini puntualizza poi che la distinzione in due quesiti non deve però tradursi in una duplice condanna “poiché resta sempre fermo che la circostanza della morte, intrinsecamente, è nulla più che un'aggravante o qualificante del procurato aborto”³⁴⁷; l'orientamento giurisprudenziale è infatti nel senso che “non ha luogo il concorso di reati, se dal medesimo fatto derivi l'aborto e la morte della donna incinta”³⁴⁸. Il reo si rende quindi responsabile della morte della donna anche se da lui non voluta, in quanto “*causa causarum est causa causae*”³⁴⁹. Lucchini critica inoltre “la solita casistica deplorabile” con cui il codice sardo delinea la seconda aggravante inerente all'esercizio di attività sanitaria, chiedendosi se si possa estendere tale circostanza alla gestante che si sia rivolta ad un medico per il compimento della procedura abortiva: egli conclude che le aggravanti fondate sulla qualità personale del soggetto non possono essere estese ai compartecipi, che non siano investiti della medesima qualità, asserendo che “nel caso speciale poi sembra che la delinquenza della donna e degli estranei sia così distintamente definita e punita con pena tassativa da non doversi preoccupare del vincolo di partecipazione che fra essi possa intercedere: altrimenti poi ne varrebbe la incongruenza di doversi punire più severamente,

³⁴⁶ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 114.

³⁴⁷ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 114

³⁴⁸ Cass. Napoli, 9 settembre 1871, Visco, in *Gazzetta dei Tribunali*, tomo 24, Stabilimento tipografico della Gazzetta dei Tribunali, Napoli, 1872, p. 193.

³⁴⁹ Nello stesso senso si esprime la Cassazione di Palermo nel caso Santagati del 2 agosto 1880, che applica l'aggravante nei confronti del reo, il quale tuttavia non desiderava procurare altresì la morte della donna in quanto pur ammettendo che “in effetto nell'aborto non si vorrebbe la morte della donna, ma pure il colpevole ne diviene responsabile per legge perché *causa causarum est causa causae*”. Cfr. Cass. Palermo, Santagati, 2 agosto 1880, in *Rivista Penale*, tomo 13, Unione tipografica editrice, Napoli, 1881, p. 193 e in *Il Foro italiano: Repertorio generale annuale di giurisprudenza, bibliografia e legislazione*, volume 4, Società per la pubblicazione del giornale Il Foro Italiano, Roma, 1881, p. 24.

nel caso speciale, la donna che si procurò l'aborto col sussidio altrui che non quando se lo fosse procurato di propria mano"³⁵⁰.

Cosentino, con riferimento agli agenti 'qualificati', sostiene: "Sono dei complici necessari, o altrimenti agenti principali, e però equiparati nella pena all'autore del reato. Nonostante, è principio di penalità che il castigo debba crescere in ragion della facilità di commettere il reato, e simili persone avendo tale facilità dalla stessa loro professione, la legge aggrava a loro riguardo la stessa pena dell'autor principale. Tale aumento è però obbligatorio ma solamente facoltativo pel magistrato"³⁵¹. Inoltre, quanto alla volontà di commettere il reato, con particolare riferimento agli esercenti attività sanitarie, "non vi sarebbe reato per l'uffiziale di sanità il quale ignorando la gravidanza della donna nel somministrare o prescrivere i mezzi non avesse avuto lo scopo diretto di produrre l'aborto"³⁵². Lucchini sostiene poi che "saviamente la maggior parte dei codici, e fra essi il sardo, distinguono la colpabilità, aggravandola, nell'estraneo, che procura l'aborto *invita muliere*, poichè costui delinque, oltre che contro la vita del nascituro, anche contro la maternità e la vita della donna"³⁵³. Concorda poi col Cremani, che sostiene che il marito che costringa la moglie ad abortire si renda colpevole di parricidio³⁵⁴, puntualizzando tuttavia che "generalmente codesta condizione personale, come altresì qualunque altra condizione derivante dal vincolo di sangue, non è stata ritenuta e non è a ritenersi quale aggravante del feticidio"³⁵⁵.

In materia di tentato aborto di cui all'articolo 503 Giuseppe Manfredini e Lucchini nel *Dizionario di Giurisprudenza pratica* deducono dalla espressione "il

³⁵⁰ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 114.

³⁵¹ V. COSENTINO, *Breve commentario*, cit., p. 347.

³⁵² V. COSENTINO, *Breve commentario*, cit., p. 347.

³⁵³ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 115.

³⁵⁴ L. CREMANI, *De Iure criminali*, III, Bonsignori Francesco Editore, Lucca, 1848, p. 247.

³⁵⁵ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 115.

colpevole” l’esonazione di pena per la gestante³⁵⁶. Pessina sostiene invece che “la voce colpevole abbraccia tutte le ipotesi di reato; e il legislatore italiano ha guardato in generale la figura dell’aborto procurato che non abbia avuto effetto senza fare distinzione di sorta tra la donna e l’estraneo”, riportando tuttavia l’orientamento contrario della Corte di Cassazione di Napoli³⁵⁷, orientamento dal quale lo studioso si distacca asserendo che “non è lecito per interpretazione renderla (la disposizione) più severa del testo, tanto più che ragioni giuridiche consigliano l’impunità dell’aborto solamente tentato”³⁵⁸. L’opportunità della scelta del legislatore di incriminare il tentativo assume valutazioni diverse a seconda che tale giudizio si fondi su scelte di natura giuridica o prettamente sociale: “di fronte allo scandalo di un processo ed al disonore delle famiglie la società ritrarrebbe maggior pregiudizio che profitto a ricercare e punire il tentativo dell’aborto”³⁵⁹, tuttavia ciò non può valere se ha agito un estraneo senza il consenso della donna in quanto tale reato, lesivo del feto, della donna, della sua famiglia e di terzi, non può non destare la condanna sociale e dello Stato. Guardando al diritto positivo, Lucchini sostiene che “la frase adoperata nell’articolo 505 “se l’aborto procurato non avrà avuto effetto” – in materia di tentativo di aborto³⁶⁰ – fu interpretata nel senso di ritenersi contemplato il solo reato mancato, richiamandosi all’uopo l’analoga dizione usata negli articoli 96 e 97, in cui si definisce il conato perfetto”³⁶¹. Illuminante è in proposito la

³⁵⁶ L. LUCCHINI - G. MANFREDINI, voce *Aborto*, in *Dizionario di Giurisprudenza Pratica Penale*, I, Unione Tipografica Editrice, Milano, 1895, p. 55.

³⁵⁷ “Un arresto della Corte di Cassazione di Napoli, mentre è concepito in questi sensi, aggiunge che l’art. 503 si ha ad interpretare nel senso solo di punirsi con la medesima pena l’aborto mancato e l’aborto tentato, non già in quello da noi enunciato che sia solo punito l’aborto mancato (Arresto 5 maggio 1879)” cfr. E. PESSINA, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 65.

³⁵⁸ E. PESSINA, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 65.

³⁵⁹ Nello stesso senso A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Theorie du code pénal*, Cosse et Marchal, Place Dauphine, 1862, IV, p. 63; A. BLANCHE, *Études pratiques sur le code pénal*, II, Cosse et Marchal, Parigi, 1861, p. 420.

³⁶⁰ V. p. 70 capitolo 2.

³⁶¹ Al contrario Cosentino sostiene: “Ma sotto l’impero del Codice attuale non può mettersi in dubbio attesa la esplicita disposizione dell’art 505 che punisce con la relegazione così l’aborto tentato che il manca-

sentenza della Corte di Appello di Napoli, che individuando in modo compiuto le ipotesi delittuose ex articoli 501 e 505, ne definisce i tratti distintivi con due massime: *qui cogitat et agit et perficit* e *qui cogitat et agit nec perficit*.

L'articolo 505 costituisce quindi “una graduazione di quella preveduta nell'articolo 501 e dalla quale logicamente dipende”: si riproduce cioè la disciplina generale del reato consumato e mancato. L'intento del legislatore è stato quindi quello di graduare il trattamento sanzionatorio dell'aborto procurato e mancato, “escludendo l'imputabilità dell'aborto semplicemente tentato, e più propriamente della donna per se stessa; rimembrando nella sua sapienza, non potersi un'accusa di aborto semplice, tentato, istituire senza una scandalosa pubblicità, mista all'allarme ed a gravi disordini nelle famiglie”³⁶².

Non secondaria è poi la questione se, ai sensi dell'articolo 504, si possa incriminare il tentato aborto compiuto da esercenti attività sanitarie, quando “il sanitario abbia indicati o somministrati (provveduti) i mezzi, senza che questi poi siano stati usati, od abbiano prodotto l'esito abortivo”³⁶³. Lucchini sostiene che la pena “non si è estesa anche al caso di colui che ha procurato i mezzi alla donna incinta che ha tentato di abortire o d'uccidere il proprio feto. È quindi in modo preciso presupposto che l'aborto, o l'uccisione, siano consumati”³⁶⁴. Lucchini nota poi come anche l'articolo 505 sia contrario a questa soluzione, quando sia seguito il tentativo del procurato aborto. L'esercente attività sanitarie non può tuttavia essere incriminato laddove abbia indicato mezzi abortivi che non sono poi stati impiegati dalla donna o dal soggetto che li aveva richiesti. “Altrimenti, in luogo di dire: “indicati o somministrati i mezzi, pei quali sia seguito l'aborto o la morte”, il legislatore avrebbe detto o do-

to” e “L'aborto procurato che non avrà avuto effetto comprende tanto l'aborto mancato che il tentato. Il legislatore del 1859 ha voluto riprodurre la disposizione dell'art 398 delle Leg. pen. del 1819”: cfr. V. COSENTINO, *Breve commentario*, cit., pp. 345 e 347.

³⁶² Corte d'Appello di Napoli, sentenza 20 giugno 1871, Jafaioli, cfr. L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 116.

³⁶³ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 116.

³⁶⁴ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 117.

vuto dire press'a poco: "indicati o somministrati mezzi diretti a conseguire l'aborto o la morte", "il fatto del sanitario potrà cadere sotto altre sanzioni penali o disciplinari, ma non già sotto quella del procurato aborto". Questa soluzione risulta ancora più opportuna se si pensi alla generale incertezza sull'efficacia dei mezzi abortivi, come afferma il Tribunale di Rovigo in applicazione del codice austriaco³⁶⁵. L'idoneità del mezzo abortivo è indispensabile ai fini della punibilità del tentativo, perché la mancanza di questo requisito determina il venir meno della "forza fisica oggettiva rappresentata dal pericolo del reato progettato, o meglio vi sarebbe deficienza di condizione, d'idoneità nella forza fisica soggettiva, ed il tentativo riuscirebbe, per se stesso d'una forza innocua e mancante di quella tendenza malefica, per cui poteva ispirare terrore ed esser causa di pericolo"³⁶⁶. Ferma la generica efficacia dei mezzi abortivi meccanici, vi è chi afferma che non si possa parlare di mezzi assolutamente idonei all'aborto: Lucchini evidenzia quanto sia gravoso il compito affidato al "medico-perito chiamato a stabilire tecnicamente se un dato mezzo fosse o meno efficace a produrre l'aborto". È infatti necessario verificare l'eventuale insufficienza della quantità della sostanza o la presenza di circostanze estranee o fortuite, analizzando lo stato di salute generale della donna antecedente al fatto, e verificando il nesso di causalità tra l'impiego delle sostanze e l'effetto abortivo, "tenendo nota del tempo interceduto tra l'ingestione ed i fenomeni constatati"³⁶⁷. Non è inoltre agevole la prova dell'impiego degli stessi: quelli indiretti non lasciano segni evidenti, a differen-

³⁶⁵ "Non è colpevole del reato di attentato, eccitamento od istigazione a commettere il crimine di procurato aborto colui che somministra alla donna, a tale scopo, alcune polveri, se l'istigatore non conseguì l'intento, non tanto perché la donna non prese quelle polveri, quanto perché, dato che ciò fosse avvenuto, manchi la legale certezza dell'eccitamento stante la dubbia efficacia del mezzo all'uopo impiegato". Tribunale di Rovigo, Causa Arcagelo, in *Gazzetta dei Tribunali*, I, Stabilimento tipografico della Gazzetta dei Tribunali, Genova, 1863, p. 270.

³⁶⁶ Corte d'appello di Napoli, sentenza 20 giugno 1871, Jafaioli, cfr. L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 116.

³⁶⁷ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 121; nello stesso senso E. HOFMANN, *Nouveaux éléments de médecine légale*, Parigi, J. B. Baillière et fils, 1881, p. 164.

za di quelli diretti che “sogliono lasciare tracce apparenti della violenza, e se non producono la morte od altri effetti funesti della donna, siccome suol avvenire se adoperati da mano inesperta, accusano d’ordinario l’intervento nel misfatto di una persona dell’arte” in quanto “i mezzi meccanici possono essere di rado applicati all’utero senza lasciare segni di violenza su quest’organo, e allo stesso modo sul corpo del feto”³⁶⁸.

³⁶⁸ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 126.

4. L' 'EX" CODICE PENALE DEL GRANDUCATO DI TOSCANA

Pessina esaminando l'articolo 321, che incrimina la condotta abortiva compiuta dalla stessa gestante, con una riduzione di pena se cagionato dalla vergogna di una prole illegittima³⁶⁹, ed in particolare l'espressione "uso di mezzi abortivi", afferma che tali artifici idonei a produrre l'aborto possono essere di natura meccanica o dinamica, a seconda che si tratti di operazioni dirette sull'utero (iniezioni, introduzione violenta di strumenti letali) o di ingestione di sostanze abortive solide o liquide³⁷⁰. Tra queste ultime si annoverano l'elleboro nero, il borace, l'aloe, la *ruta graveolens*, la *mentha pulegium*, la mistura di Griffith, il *chenopodium olidum*, il solfato di potassa, la *juniperus sabina*, l'essenza di trementina, lo zafferano. Si tratta di "emmenagoghi", ossia di sostanze che agiscono direttamente sull'utero e "che sono proprie a provocare travasi sanguigni locali, a differenza delle sostanze "ecboliche" che producono le contrazioni dell'utero e la conseguente espulsione del feto"³⁷¹. Tali sostanze sono definite "mezzi fisici o medicinali" diretti cui si contrappongono composti che non operano direttamente sull'utero e determinano piuttosto una scossa generale sull'organismo: tra di essi si annoverano i veleni minerali (arsenico, solfato di ferro, ecc.), droghe irritanti (olio di crotone), altri purgativi drastici e le bevande alcoliche; producono maggior effetto nel periodo più avanzato della gravidanza ma sono spesso associati a decesso della donna, soprattutto se di debole costituzione, o complicanze permanenti³⁷². I mezzi medicinali sono più diffusi ma meno sicuri ed efficaci di quelli meccanici: agitazione violenta del

³⁶⁹ V. p. 78 capitolo 2.

³⁷⁰ E. PESSINA, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 56.

³⁷¹ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 112.

³⁷² L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 112.

corpo e cadute volontarie nei primi mesi di gravidanza, compressioni sul ventre, introduzione di corpi estranei nell'utero per rompere le membrane del feto, iniezione di sostanze corrosive e irritanti come arsenico veleni o anche acqua tiepida ed altre pratiche ancora nello stato avanzato³⁷³. L'idoneità dei mezzi abortivi è quindi indispensabile perché la condotta possa essere incriminata, ma è condizione essenziale e non ancora sufficiente per la irrogazione della pena. È necessario un *quid pluris* tale che all'espulsione violenta e dolosa del feto segua la morte dello stesso: la condotta abortiva deve essere idonea a determinare la morte del feto. Lucchini, in proposito, pone un confronto tra la previsione esplicita del codice toscano, appunto dell'articolo 321, e quella implicita dell'articolo 501 del codice sardo³⁷⁴.

Si richiede poi la coscienza dello stato di gravidanza, elemento di non immediata definizione: Lucchini sottolinea come “soltanto a partire del secondo mese “si ravvisano nel feto distinti i rudimenti embrionali della specie umana. Se l'uovo (che comprende l'embrione e le membrane che l'avviluppano) viene espulso nel primo mese della concezione, è appena possibile scoprirlo per la sua minima dimensione e pei suoi avviluppamenti membranacei”³⁷⁵. Conseguentemente la donna nei primi due mesi di gravidanza avverte poco bene i sintomi della gravidanza, ed il medico non ha dati sufficienti per provare “il materiale di reato” prima che l'embrione abbia raggiunto il secondo mese di gestazione. Secondo questo studioso si deve quindi applicare la nozione medico legale e non *strictu sensu* giuridica di feto, considerandolo tale solo a partire dal terzo - quarto mese di gravidanza, e definendolo “embrione” nella fase antecedente³⁷⁶. Dal momento del concepimento a quello in cui il fe-

³⁷³ E. HOFMANN, *Nouveaux elements*, cit., p. 167 .

³⁷⁴ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 106.

³⁷⁵ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 111.

³⁷⁶ “Codesta nozione deve ritenersi conforme al letterale disposto del Codice Toscano, che fa consistere il delitto nel togliere la vita o sgravarsi prima del tempo di un feto. Intesa tecnicamente la voce feto, il predicato

to assume ‘sembianza umana’ ed apparente vitalità, risulta troppo problematico rinvenire quegli elementi di prova tali da fondare ‘l’inquisizione giudiziale’ sull’indole e sulla causa di un supposto aborto. D’altra parte sin quando la gravidanza non si manifesta con segni evidenti alla madre, essendole ignoto lo stato interessante, afferma Lucchini, non si può neppure pretendere che in lei nasca “quella materna sollecitudine, che sola può far responsabile, lei o altri, d’aver attentato ai giorni della prole nascita”. Determinante è poi la vitalità del feto: la distinzione tra feto animato e non animato è, secondo Francesco Carrara, il criterio qualificatore del reato di aborto, che, secondo lo studioso, non è altro che feticidio, e va collocato nei reati contro la vita delle persone non già tra quelli contro l’ordine delle famiglie³⁷⁷. A sostegno di questa tesi Manfredini e Lucchini affermano tre ragioni: in primo luogo risulta molto problematico dimostrare la responsabilità della donna che abbia procurato su di sé l’aborto se il feto violentemente espulso dall’utero nasca vivo e continui a vivere o quando invece l’aborto sia compiuto su feto ‘naturalmente’ perito; in seconda analisi con l’eventuale imputazione del reato stesso si punisce come delitto una semplice immoralità; l’evento lesivo incriminato è quello della morte del feto per la condotta abortiva; in ultima analisi l’incriminazione della condotta indipendente dall’accertamento dello stato di vitalità del feto, determinerebbe l’incriminazione paradossale di una “fanciulla che non è mai stata incinta, quando, per l’indugio del flusso catameniale venuta in sospetto di es-

apparente sarebbe superfluo, se non servisse a precisare la nozione per i profani alla scienza medica” cfr. L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 111.

³⁷⁷ Nello stesso senso Pessina afferma: “*ma se ciò potè accettarsi per titolo di feticidio, perché la vita intrauterina è pur sempre un fatto che porge chiari segni di sé, è repugnante ravvisare come capaci di diritto quegli esseri che non esistono neppure in embrione. Laonde il concetto giuridico della specializzazione del titolo essendo fallace, la separazione stessa viene a rendersi empirica ed inaccettabile. L’oggetto di questo malefizio non può come nell’aborto trovarsi nei diritti del feto: bisogna trovarlo nei diritti dell’individuo mutilato. E quando questi sopravvisse, né fuvi intenzione di uccidere, il diritto alla vita che non è stato né attaccato né lesa, non può tenersi in conto per definire la qualità del malefizio*”: cfr. E. PESSINA, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 60.

sere incinta, abbia espulso un grumo di sangue”³⁷⁸. Con riferimento a quest’ultimo caso dottrinale Carrara sostiene che questa figura, che cadrebbe sotto l’idea dell’aborto procurato secondo Tardieu, non ha nulla in comune con la figura dell’aborto criminoso, che presuppone l’utero pregrante, l’esistenza effettiva di un feto. Carrara ritiene infatti inaccettabile questa teoria, che determinerebbe l’incriminazione di una donna per la mera intenzione, data l’assenza dello stato interessante della stessa³⁷⁹. Lo studioso critica la posizione di Tardieu, in base alla quale non si esclude la necessità di avere il *corpus criminis*, bensì quella di provare la vitalità del feto³⁸⁰. Tardieu al contrario sostiene che quale che sia il modo di ravvisare i fatti, l’aborto criminoso non può avere altra sostanzialità di fatto se non l’espulsione prematura e violentemente procurata del prodotto del concepimento, indipendentemente da tutte le circostanze di età, di vitalità, e di formazione regolare. Le condizioni intenzionali e morali dell’aborto procurato non cambiano, sia vivo o sia morto il feto, abbia o non abbia raggiunto il tempo della vitalità, o sia esso nei primi tempi della sua formazione. Ammettere un’altra teoria significherebbe gettarsi volontariamente in innumerevoli difficoltà ed incertezze; non c’è che da comprendere che l’aborto non è il feticidio, e che, riducendo il problema alla sua vera espressione, cioè all’espulsione criminosa e prematura del prodotto del conce-

³⁷⁸ L. LUCCHINI- F. MANFREDINI, voce *Aborto*, cit., p. 55.

³⁷⁹ “Osservo in primo luogo sotto un punto di vista generale che con questa dottrina si viene a condannare come rea di procurato aborto la fanciulla che non è mai stata gravida quando per i ritardi dei suoi corsi venuta in sospetto di essere incinta abbia espulso un grumo di sangue. E questo, vogliasi o no, è lo stesso che punire la mera intenzione” cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 355.

³⁸⁰ Carrara si domanda infatti “come potranno i seguaci di Tardieu persuadere ai giudici che le manovre caddeero sopra il prodotto di un concepimento se per mezzo di visite sul ventre tumescendo non fu accertata la presenza in quello di un tale prodotto; o se per la successiva ispezione del corpo espulso non si poterono accertare che questo fosse il prodotto di una concezione anziché il risultato di una innormalità morbosa. Per compiere la dottrina ed eliminare la contraddizione che le è intrinseca non rimane che a stabilire la presunzione di gravidanza a carico di ogni donna che sospetti di esser gravida”: cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 355.

pimento, si rendono semplici le ricerche e se ne assicurano i risultati³⁸¹. Pessina, concordando con Ambrosoli³⁸², sostiene che non si possa dire che l'aborto sia un reato contro la vita perché non è chiaro se vi sia vita o meno nel feto, in quanto “non è separato dalla vita della madre, ed è un processo di trasformazione, è un viscere che si svolge con progresso continuo a vita, indipendente, senza essere ancora tale, è una vita nel suo divenire; onde fu detto non *vita*, ma *spes vitae*, non *homo*, ma *spes hominis*”³⁸³. La qualificazione giuridica di feticidio, se si aderisce a questa tesi, risulta inaccettabile, in forza del fatto che “il processo di formazione della vita è da esso impedito. Non si tratta di una vita che si annienta; l'annientarsi della vita presuppone la realtà della vita. Si tratta invece di impedire che una vita si formi, arrestando il processo della sua formazione. L'incipienza della vita non va oltre; ed è impedito il compimento di essa, o per meglio dire la sua costituzione a vitalità vera. Non vi è un'uccisione propriamente detta, ma vi è una distruzione”³⁸⁴. Pessina dimostra una sensibilità particolare in materia di ‘diritti del feto’, giungendo a definire il nascituro “per se stesso una designazione non già di persona, ma di una legittima speranza della società fondata sopra un processo fisiologico”, per quanto puntualizzi che “non si tratta di un subbietto giuridico; perocchè il subbietto giuridico deve avere il presupposto di una vita individua già esistente”. Anche Luc-

³⁸¹ “*Il semble que tous ces esprits éclairés, que tous ces observateurs auxquels n’ont manqué ni la sagacité ni l’expérience, aient été dominés par une double préoccupation. D’une part, ils ont pensé qu’en matière d’avortement provoqué, il ne pouvait y avoir de poursuites, et par conséquent de base aux investigations médico-légales, sans un corps de délit; car, dit l’un d’eux, rien ne prouverait que le produit expulsé fût un fœtus, et que ce fœtus fût vivant ou mort au moment où il a été expulsé; et comme le professe lui-même celui de tous qui a possédé, peut-être, au plus haut degré le sens pratique, il n’existe ordinairement aucune trace appréciable, soit sur la mère, soit sur l’enfant. D’une autre part, ils ont paru croire qu’il était inutile et dangereux d’exposer en détail les moyens abortifs, parce qu’il n’est aucun médecin qui ne les connaisse, et parce que la malveillance pourrait s’en emparer pour com mettre de nouveaux crimes. On conçoit, sans qu’il soit besoin d’insister, les entraves que de tels principes ont dû apporter aux progrès de la science, et la fausse direction qu’ils ont dû imprimer à l’étude et à l’appréciation des faits d’avortement*” cfr. A. TARDIEU, *Étude médico-légale sur l’avortement*, Libraires de l’Académie impériale de médecine J.B. Bailliére, Parigi, 1864, p. 1.

³⁸² V. p. 78 del Capitolo 2

³⁸³ E. PESSINA, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 60.

³⁸⁴ E. PESSINA, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 60.

chini parla di diritti del feto, da bilanciare con quelli della donna. Egli infatti sostiene in proposito che non si può riconoscere al feto tutela illimitata, fondando sulla efferatezza del delitto l'incriminazione incondizionata della rea ad "assoluto presidio di una vita meramente *in spe* di fronte alla rovina reale dell'onore"³⁸⁵, al pericolo positivo nell'esistenza di una creatura vivente"³⁸⁶. Carrara parla di "una vita meritevole di essere rispettata e protetta a riguardo soltanto di se stessa, indipendentemente da ogni riguardo della famiglia", della quale non è necessario dare la definizione fisiologica, in forza della certezza della natura (attuale) vitale del feto e della sua probabile concretizzazione in un essere maturo e indipendente"³⁸⁷. Lucchini, come Carrara, sostiene che l'aborto debba essere posto tra i reati contro la vita. Afferma infatti che se si collocasse il reato tra i delitti contro l'ordine delle famiglie, non sarebbe più necessario provare la natura vitale del feto, essendo sufficiente dimostrare l'impiego di mezzi atti a produrre l'espulsione del feto e che tale espulsione è stata generata"³⁸⁸. A sostegno della sua tesi adduce la puntualizzazione che per considerare l'aborto un reato contro l'ordine delle famiglie è necessario rinve-

³⁸⁵ Al contrario Pietro Ellero sostiene che l'aborto procurato si inserisca nell'ordine dei delitti di violenza "che hanno a principal movente un falso sentimento d'onore", delitti tra cui si annoverano anche "le risse e i duelli, l'infante ucciso ed esposto, per quanto affermi anche che "quanto ai delitti che le madri infelici commettono contro ai propri portati, converrebbe che l'opinione pubblica così si ravviasse che, più severa verso i seduttori, più pietosa fosse verso le vittime. Oltre a ciò gli ospizi per le partorienti e pei bambini lattanti, i ricoveri (e le ruote specialmente) pei trovatelli, gli asili d'infanzia ed altri istituti di beneficenza ostano a questa sorta di delitti, togliendo due grandi cause impellenti: la povertà e la vergogna": cfr. P. ELLERO, *Della prevenzione dei crimini*, in *Giornale per l'abolizione della pena di morte*, I, Tipografia di Giuseppe Radaelli, Milano, 1861, p. 150.

³⁸⁶ "Né la tutela civile del feto, anch'essa circoscritta in determinati casi e condizioni, può richiedere come indeclinabile la sua tutela penale incondizionata, ché il magistero della pena devia dal suo scopo e si rende aberrante quando intende di spiegare l'azione sua per qualsiasi eventualità di lesioni giuridiche, senza prima averne calcolati e ponderati tutti gli effetti. La ragion giuridica penale non può esigere che le preoccupazioni sociali, fatte superiori a quelle della maternità, si spingano sin nell'utero della donna per rintracciarvi le vestigia di un delitto, che fu la conseguenza di un più grave delitto, che fu la conseguenza di un più grave delitto che la società stessa non ha voluto e non ha saputo reprimere; non può esigere che siffattamente si esageri il compito della giustizia punitiva da porla ad assoluto presidio di una vita meramente *in spe* di fronte alla rovina reale dell'onore, al pericolo positivo nell'esistenza di una creatura vivente" cfr. L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 123.

³⁸⁷ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 340.

³⁸⁸ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 113

nire il soggetto titolare del “diritto di famiglia che si pretende violato”, soggetto che, secondo Lucchini, non può che essere il feto non potendo essere attribuito al “marito, perché generalmente si tratta di nubile”³⁸⁹. Quanto alla necessità della volontà dell’agente di causare l’aborto, primo estremo del reato³⁹⁰, Carrara esamina la questione sotto tre diverse sfumature: “Se il fatto del terzo procedette con mera imprudenza senza animo di offendere la donna, si potrà obiettare a costui il titolo di lesione gravissima colposa. Che se un uomo dolosamente percosse la donna incinta senza conoscere il suo stato, e cagionò l’aborto, si avrà il titolo di lesione gravissima preterintenzionale. Se finalmente ei la conoscendo il suo stato sorge il titolo di lesione gravissima dolosa”³⁹¹. Se quindi manca la volontà di causare l’aborto nella donna, la condotta risulta ‘depenalizzata’; se invece manca nell’estraneo, muta il titolo del reato.

Quanto al secondo estremo del reato, ossia la morte del feto³⁹², Cosentino pone il riferimento al requisito della vitalità, affermando che “la morte del feto è una condizione del reato d’aborto: non si procura l’aborto che nello scopo di far sparire le tracce del parto. Quando il bambino, estratto dall’utero materno, anche violentemente, è capace di vita, come il nato regolarmente, manca l’essenza stessa, il fine proprio del reato. In un simile caso potrebbe al più esservi un tentato aborto ma non un aborto consumato”³⁹³. Carrara, della stessa opinione di Cosentino, sottolinea che, perché sussista l’estremo della morte del feto, è necessaria la natura vitale dello stesso, “perché non si può uccidere chi non è vivo”³⁹⁴. Carrara asserisce tuttavia che anche quando si ponga la morte del feto come necessaria ai fini della punibilità della rea, se la

³⁸⁹ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 113.

³⁹⁰ V. p. 98 del presente capitolo

³⁹¹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 351.

³⁹² V. p. 98 del presente capitolo.

³⁹³ V. COSENTINO, *Breve commentario*, cit., p. 345.

³⁹⁴ Carrara si limita quindi a sottolineare un punto decisivo: che non interessa “*definire fisiologicamente qual vita sia, purchè non si possa affermare che stava colà dentro come corpo morto*”: cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 341.

donna abbia compiuto tutti gli atti necessari, abbia adoperato mezzi idonei, e si è determinata l'espulsione del feto, il fatto che il feto rimanga vitale non può far venire meno la punibilità della donna, ricorrendo tutti gli estremi del delitto mancato o almeno del tentativo³⁹⁵. Lucchini sostiene tuttavia che, pur trattandosi di un reato contro la vita delle persona, “la sua perseguibilità penale si debba condizionare alla querela: della donna, se le manovre abortive furono operate senza il suo consenso; ovvero sia del terzo interessato, che per ragione di rapporti familiari od economici possa muovere legittima doglianza pel procurato aborto: ciò tanto in riguardo della donna operante da sé sola o col sussidio altrui, quanto in riguardo del complice, naturalmente unito nella stessa causa. Non sarebbe subordinato alla privata querela il delitto del terzo che avesse cagionato la morte od una grave lesione alla donna”³⁹⁶. Si puntualizza inoltre la necessità, perché si configuri il reato, che si determini la morte ‘conseguente’ (ai mezzi abortivi e non all'espulsione del feto, che può essere successiva) del feto, “perché se il feto fosse già morto nell'utero per cause innocenti prima d'essere soggetto alle manovre poste in opera per toglierlo di vita o per espellerlo, non dovrebbe più parlarsi di aborto criminoso, facendo difetto nel caso il soggetto passivo del reato: altrimenti si accuserebbe il giudicabile di aver ucciso un morto”. Lucchini, riportando il pensiero di Carrara, sostiene che eccezionalmente la difesa è onerata di fornire la prova contraria alla presunzione della vita del feto nell'utero della gestante³⁹⁷. Inoltre basta che la morte del feto, secondo Carrara, sia nell'evento e non anche nell'intenzione dell'agente in quanto “il dolo in questo delitto sta nell'animo di espellere anzitempo, e non di uccidere”³⁹⁸. Non rileva poi se la morte sia avvenuta dentro l'utero o dopo l'espulsione dallo stesso, purché sia certo che quest'ultima ab-

³⁹⁵ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 331.

³⁹⁶ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 123.

³⁹⁷ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 113.

³⁹⁸ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 359.

bia determinato il decesso del feto. Perché si configuri il reato è tuttavia necessaria non solo la presenza degli estremi del reato, ma anche il nesso di causalità tra gli stessi. Se poi dalla volontà di procurare l'aborto e dal compimento della procedura non derivi la morte del feto per inidoneità dell'atto, la condotta, secondo Carrara, rimarrebbe impunita³⁹⁹. Inoltre, una volta che non si è provocata la morte del feto, risulta complicata la ricostruzione probatoria dell'aborto, potendo infatti la donna addurre innumerevoli scuse a negare la sua responsabilità⁴⁰⁰. L'eventuale morte del feto antecedente al parto "non potrebbe trovarsi elemento di delitto nello aver liberato il corpo della donna dalla presenza di un cadavere": mancherebbe quindi il "soggetto passivo". Ponendo sempre riferimento all'articolo 321, Pessina commenta così la previsione della scusante d'onore: "se questa causa è potente ad attenuare la responsabilità dell'infanticidio⁴⁰¹, *a fortiori* vuol essere riconosciuta come efficace per il reato di aborto procurato (...). Secondo le legislazioni moderne la cagione d'onore ha efficacia diminutrice sulla pena dell'aborto procurato senza alcuna distinzione ulteriore tra feto animato e feto non animato. Il Codice toscano enuncia questa cagione come attentatrice per la sola donna colpevole del suo aborto procurato; il che trovasi coerente al concetto dell'infanticidio che esso ha accolto, non ravvisando come infanticidio se non l'uccisione che la madre stessa faccia della sua prole illecitamente concepita. Ebbene l'art. 321 alla delineazione dell'ipotesi criminosa dell'aborto procurato dalla stessa donna incinta, esso aggiunge, che se la donna fecondata illecitamente ha commesso l'aborto criminoso per evitare sovrastanti sevizie, la pena sarà del carcere da due a cinque anni"⁴⁰².

³⁹⁹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 357.

⁴⁰⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 357.

⁴⁰¹ Nello stesso senso si rinvia alla disquisizione di Nicolini, Rossi e Pessina in materia di cagione d'onore, p. 40 e ss. capitolo 2.

⁴⁰² E. PESSINA, voce Aborto Procurato, cit., p. 66.

In materia di causa d'onore nell'infanticidio e nell'aborto Carrara critica "la designazione del fatto materiale della illegittimità" come *ratio* della minorante: la ragione fondante la scusante è il timore di un pregiudizio all'onore della donna, non la natura illegittima della progenie, in quanto se si procedesse in tal senso si estenderebbe la portata della minorante anche alla filiazione illegittima nota al pubblico e "pubblica tollerata", che non costituisce un 'valore aggiunto' al disonore della donna⁴⁰³. Sostiene poi la comunicabilità della scusante ai complici sia nell'infanticidio che nell'aborto, quando anch'essi siano mossi dalla volontà di salvare l'onore della gestante. Carrara sottolinea tuttavia che il codice toscano "tace affatto della minorante desunta dal pericolo dell'onore scompagnato da pericolo di sevizie, il che (dopo averla ammessa nello infanticidio e nella esposizione d'infanti) parve ad alcuno inesplicabile"⁴⁰⁴.

Gli articoli 322 e 323 incriminano la condotta abortiva tenuta da un estraneo⁴⁰⁵, prevedendo un trattamento sanzionatorio più gravoso se compiuto contro la volontà della donna. Pessina sottolinea "il divario di locuzione circa l'essenza del reato tra il codice toscano e il codice sardo. Il codice toscano per l'estraneo parla di aborto procurato, ma per la donna incinta descrive il reato in duplice ipotesi: quella donna che con l'uso di mezzi abortivi dolosamente usati o fattisi applicare, ha tolto la vita al suo feto nell'utero o si è sgravata di un feto immaturo che è venuto a morte in seguito di essi, è punita come colpevole di procurato aborto. Il codice sardo si attiene ad una locuzione diversa, simile a quella del codice francese del 1810 dicendo: "Chiunque con alimenti, bevande, medicinali o con qualsiasi altro mezzo avrà procurato con effetto

⁴⁰³ Carrara puntualizza infatti che "se la condizione è espressa con la formula della illegittimità, questa ricorre anche per la pubblica tollerata, la quale se uccida l'infante si troverà molto sorpresa di vedersi scusata dal giudice, il quale seriamente le dice aver essa temuto di perdere l'onore": cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 33.

⁴⁰⁴ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 360.

⁴⁰⁵ V. p. 76 capitolo 2.

l'aborto di una donna incinta sarà punito"⁴⁰⁶. Viene previsto un aggravamento di pena nell'ipotesi in cui l'agente sia consapevole di adoperare mezzi idonei a procurare l'aborto, essendo quindi incriminato anche l'impiego inconsapevole degli stessi. Secondo Pessina tuttavia il dolo specifico del reato deve comprendere la coscienza dello stato di gravidanza e altresì la coscienza dell'idoneità dei mezzi abortivi⁴⁰⁷. Lucchini a tal proposito afferma "può darsi che la donna adduca, come eccezione pregiudiziale all'accusa di procurato aborto, l'inscienza della gravidanza, e financo della stessa fecondazione", e in esplicitazione di ciò riporta una serie di esempi riprodotti da altri studiosi⁴⁰⁸. La coscienza dello stato di gravidanza si richiede non solo nella donna, ma anche nell'estraneo che commetta il reato. Puccioni sostiene infatti che "negli estranei che per odio, passioni cupide si rendono rei di procurato aborto può verificarsi il dolo di proposito, come può concorrere il dolo d'impeto nato da ira o altra passione improvvisa, in specie si verifica il concorso di mezzi meccanici: in questo caso per rendere l'estraneo debitore del delitto in esame, fa duopo provare che esisteva in lui la scienza che ella era gravida"⁴⁰⁹. In riferimento a quest'ultima, lo studioso distingue tra la conoscenza diretta e presunta: la prima sussiste quando si accerta, nel reo, la coscienza dello stato interessante della donna; la seconda quando si desuma dalla sporgenza del ventre. Una volta che questa prova sia esclusa "il delitto varia di titolo secondo le se-

⁴⁰⁶ E. PESSINA, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 59.

⁴⁰⁷ Pessina afferma infatti che "per la coscienza dello stato di gravidanza varrà sempre ad escludere la reità l'errore di credersi gravida colei che fu soggettata alle pratiche abortive; ma non potrebbe dirsi lo stesso delle pratiche adoperate. Imperocchè per pratiche abortive non s'ha ad intendere quelle che hanno assolutamente per effetto l'aborto, ma quelle che sogliono ordinariamente essere adoperate a questo scopo": cfr. E. PESSINA, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 63.

⁴⁰⁸ "Long narra un caso di donna maritata che non si sapeva incinta mentre già trovavasi prossima al parto; Capuron racconta di un altro in cui una fanciulla si presentava ignara di uno stupro patito, sembra, in stato di letargia, e della conseguente gravidanza. Ma il Taylor giustamente osserva che per solito ciò non può essere che il prodotto dell'impostura, quando eccezionalmente non lo sia della più strana ignoranza, massime per la fecondazione in istato letargico e per la donna vergine" cfr. L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 122.

⁴⁰⁹ G. PUCCIONI, *Il Codice penale toscano illustrato*, cit., p. 458.

quele che ha prodotte, e diviene rispettivamente o lesione personale improvvisa, o omicidio doloso semplice”⁴¹⁰. Sono necessari inoltre non solo la coscienza dello stato di gravidanza ma anche e soprattutto lo stato di gravidanza, in forza del fatto che erroneamente, come sostenuto dal Carrara, si ritiene soggetto passivo del reato la donna e non il feto, facendo sì che anche quando la donna non sia incinta si incrimina il tentato aborto⁴¹¹.

L’articolo 324 incrimina la condotta abortiva dell’esercente attività sanitaria ferma tuttavia la “*necessitas cogens*” che decriminalizza la condotta nell’ipotesi in cui “l’arte sanitaria si trova nel bivio d’immolare o la vita del nascituro o la vita della madre, e non si può altrimenti avere speranza di salvezza per la madre che distruggendo il frutto delle sue viscere”⁴¹².

Nel codice penale toscano non si parla di aborto né tentato né mancato. Ciò ha destato un corposo dibattito in dottrina. Lucchini sostiene che, se la legge non riconosce espressamente la punibilità del tentato aborto né pone la distinzione tra il tentativo della gestante e quello dell’estraneo che agisce contro la sua volontà, “convien piegarsi, nel difetto di speciali disposizioni, alle norme generali che ammettono costante la punibilità del tentativo, come nel Codice francese (...) e nel Codice toscano”⁴¹³. Pessina afferma in proposito: “Questo silenzio s’ha egli ad interpretare nel senso che il legislatore del 1853 abbia voluto lasciare impunito ogni conato del reato di procurazione di aborto? Ovvero, non essendosi enunciata relativamente al reato dell’aborto alcuna

⁴¹⁰ G. PUCCIONI, *Il Codice penale toscano illustrato*, cit., p. 458.

⁴¹¹ Carrara sottolinea questo punto decisivo dell’esistenza del feto, in quanto “*contro un non ente non può aversi delitto. Dunque è necessario che la donna sia gravida e che la gravidanza sia positivamente provata dall’accusa. Parrà futile insistere su questo estremo: ma pure nel 1852 fu punita in Sassonia con sei mesi di detenzione come rea di tentato aborto una fanciulla, quantunque fosse lucidamente risultato che non era mai stata gravida, ma che soltanto lo aveva creduto; e credendolo aveva sorbito dei medicinali per abortire. Causa di ciò il falso concetto che soggetto passivo del tentato aborto sia la donna stessa*”: cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale ossia Esposizione dei delitti in specie*, I, seconda edizione, Tipografia Giusti, Lucca, 1868, p. 343.

⁴¹² E. PESSINA, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 64.

⁴¹³ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 115.

eccezione s'hanno a ritenere come applicabili anche ad esso le regole generali contenute negli art. 42 a 48 sul tentativo dei delitti?"⁴¹⁴. Il Carrara esprime l'inopportunità di incriminare il tentato aborto sulla base di ragioni più sociali che giuridiche: sarebbe inutile processare un atto per la sua sola immoralità per poi giungere, data la difficoltà della prova, ad un'assoluzione⁴¹⁵. Lucchini, concordando con Carrara, afferma in proposito la necessità di impiegare, come elemento discretivo dell'incriminazione, la condotta lesiva avente un pregnante ed evidente disvalore – lo studioso sostiene infatti che tale disvalore deve esplicarsi nella morte del feto, non essendo quindi sufficiente la sua espulsione – evitando provvedimenti giurisdizionali che possano dar vita a 'funeste indiscrezioni' e a serie minacce per la reputazione della famiglia⁴¹⁶. Carrara si occupa in particolare della configurabilità del tentato aborto della donna stessa, con riferimento all'ipotesi di idoneità degli atti "la cui effettività sia mancata, o per cause relative, o per interruzione, o per rimedi somministrati". Lo studioso sostiene che sebbene si possa parlare in astratto di tentato aborto della donna, in concreto ci si scontra con la difficile ricostruzione probatoria della responsabilità della gestante, "per la facilità di declinarla con allegare la

⁴¹⁴ E. PESSINA, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 64.

⁴¹⁵ Carrara espone la ratio perseguita dal legislatore nella mancata incriminazione del tentativo di aborto, ponendo a sostegno della sua tesi la concorde opinione di autorevole dottrina francese, come Bourguignon, Carnot, Legraverend, Dalloz, Boitard, Rauter, Chauveau, Helie, che sostengono che "le ragioni stesse che indussero tutti i savi legislatori a non concedere a un pubblico ministero bigotto, o indiscreto, la libera accusa dell'adulterio, militano per negargli la potestà di gettare il turbamento in una famiglia tranquilla, perché è venuto a sapere da qualche fantesca maligna che la signorina illecitamente fecondata, in un giorno di timore prese, ma senza effetto nessuno, una medicina per abortire. Non vi è che la mania di perseguitare ogni atto immorale (...) non vi è che codesta affettata suscettività oggi tanto ostentata e male rispondente ai costumi ogni di più corrotti, che possa chiuder gli occhi ai mali certi conseguenti ad un'accusa di tentato aborto; e ostinarsi a volere dei processi scandalosi i quali dovranno il più delle volte finire con un'assoluzione per le difficoltà massime di condurli ad effetto. L'assoluzione più probabile deluderà in ultimo risultato i sitibondi di pene: ma lo scandalo sarà avvenuto; e la pace e il decoro di una famiglia saranno irrimediabilmente sacrificati": cfr. F.CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte Speciale, cit., p. 366.

⁴¹⁶ Lucchini puntualizza tuttavia "la duplice efficienza del reato in esame, come dispone il Codice toscano, e quindi sancirono i codici tedeschi, ond'esso si esplici tanto con l'uccisione quanto con l'eiezione del feto; ma rimanga sempre fermo che il suo vero momento consumativo sta nella morte di questo": cfr. L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 113.

inettitudine dei mezzi; o dedurre che l'aborto non seguì perché la donna o pentita o timida sospese di adoperarli⁴¹⁷. L'unica ipotesi in cui il dubbio viene meno si ha quando, attraverso l'intervento abortivo compiuto con mezzi idonei, non si provoca la morte del feto bensì la sola espulsione dello stesso dall'utero: non si configura in questo caso la consumazione dell'aborto ma un delitto mancato con riferimento al feticidio. L'incriminazione per quest'ultimo necessita di accertare la volontà di uccidere e non il solo intento di determinare l'espulsione del feto dal grembo materno, e ciò risulta ulteriormente complicato dalla difficoltà di dimostrare la volontà di uccidere con l'agire della donna in senso contrario, una volta espulso il feto⁴¹⁸. Poco è convincente l'opinione contraria, secondo Carrara, di "alcuni spiriti meticolosi" che sostengono la necessità di punire il tentato aborto, in quanto la sua depenalizzazione determinerebbe una sorta di 'agevolazione psicologica' alla commissione del reato: "Quest'oggetto è una seconda aberrazione, non meno viziosa di quella che vorrebbe dare al giudice il magistero morale", in quanto "per cote-sto oggetto dovrebbero punirsi tutti gli atti preparatori ed anco le ree intenzioni"⁴¹⁹. Quanto all'incriminazione del tentato aborto dell'estraneo, lo studioso afferma che si applicano le medesime ragioni di non punibilità se commesso col consenso della donna; se posto in essere contro il consenso della donna, la sua punibilità ai fini della giustizia si antepone alle "ragioni politiche ed i riguardi alla pace delle famiglie"⁴²⁰. È necessario poi distinguere l'ipotesi in cui la donna sia coautrice del reato da quella in cui la gestante ha dato ad altri tale incarico. Si parla in dottrina a tal proposito del principio di "individualità del titolo" e della "regola dei connessi": applicando il secondo si punirebbe con la stessa pena la mandante e il mandatario, pena assai più grave di quella sancita

⁴¹⁷ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale*, cit., p. 364.

⁴¹⁸ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale*, cit., p. 366.

⁴¹⁹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale*, cit., p. 368.

⁴²⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale*, cit., p. 367.

nei confronti della donna che sia autrice del reato stesso. Carrara ritiene invece preferibile “l’individualità del dolo”⁴²¹. L’aggravamento di pena (articoli 322 e 324) prevista per l’agente che sia consapevole della natura letale dei mezzi abortivi impiegati, in caso di morte della donna conseguente al fatto del reo, quando la stessa sia ritenuta “probabile o soltanto possibile” è esaltata dal Puccioni che critica invece la scarsa chiarezza in materia del Codice sardo⁴²². Quando poi i mezzi abortivi abbiano ottenuto solo l’effetto del parto prematuro, laddove il neonato sopravviva al parto, non può incriminarsi l’agente per procurato aborto. Lucchini in proposito afferma: “Sia pur disonesta la causa, allorchè il neonato sopravvive, per imputarsi delitto manca un estremo fra quelli da noi esposti”⁴²³; “d’altronde sarebbe impolitico minacciare in codesto caso una pena che potrebbe fornire una terribile spinta all’infanticidio”⁴²⁴. Alla stessa conclusione deve giungersi anche se il neonato, nato prematuro ma vivo, venga a morire per cause indipendenti ‘all’accelerazione del parto’. Carrara pone un’attenta disamina dell’accelerazione del parto. Analizza in primo luogo l’ipotesi di parto accelerato ‘da causa disonesta’ che non abbia determinato la morte del feto, e distingue tra due ipotesi: se il feto nasce vitale o muore per cause sopravvenute non si configurano gli estremi né di procurato aborto né di feticidio⁴²⁵; secondo Carrara quindi questa fattispecie dovrebbe rimanere

⁴²¹ Carrara sostiene che sebbene teorica della individualità del titolo sia “*troppo draconiana*” “*la regola dei connessi riesce in queste fattispecie sofisticata*”; conseguentemente “*giustizia vuole che si tenga fermo il criterio della individualità del dolo. Altrimenti la donna, che avesse di propria mano procurato l’aborto proprio, considerata come autrice del malefizio, verrebbe a trovare pena minore di quella inflitta alla donna che ne fosse semplicemente coautrice per avere instigato altri a procacciarglielo. Rettamente dunque il codice Toscano aderì alla regola della responsabilità individuale, quando letteralmente punì con 10 anni lo estraneo che alla donna per volontà di lei ha procacciato l’aborto (art. 322) e con soli sette anni la donna che abbia istigato al malefizio e lo abbia indotto ad applicarle i mezzi abortivi (art. 321). Evidente è in questa discretiva il trionfo della opinione che noi sosteniamo in opposizione alla scuola francese*”: cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale*, cit., p. 370.

⁴²² G. PUCCIONI, *Il Codice penale toscano*, cit., p. 549.

⁴²³ L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 118.

⁴²⁴ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale*, cit., p. 1255.

⁴²⁵ Carrara pone l’esempio di una “*vedova che calda di avere voglie sollecitò il parto con mezzi violenti per acquistare la successione del defunto marito; la quale le sarà sfuggita di mano, se il parto più che deci-*

impunita, in contrasto con quanto affermato da Jousse⁴²⁶. Può accadere inoltre che all'accelerazione del parto per causa disonesta segue la morte del feto: Carrara afferma che l'impunità della gestante potrebbe essere ricondotta alla mancanza della *intentio criminis*, sebbene a favore della incriminazione si pongano la sussistenza del corpo del reato e la ricostruzione della volontà della donna di causare, se non la morte del feto, la sua espulsione. Infine lo studioso esamina il caso di parto accelerato per causa onesta, ossia quella 'terapeutica': se la procedura abortiva è praticata al fine di salvare la vita della donna, la questione inerisce i limiti che possono essere ricondotti alla condotta del chirurgo, limiti di natura diversa a seconda dell'approccio, teologico, giuridico o medico, adottato⁴²⁷. Dal punto di vista giuridico non possono rinvenirsi gli estremi né del dolo né della colpa laddove si accerti che la vita della donna non potesse essere salvata senza il sacrificio di quella del nascituro⁴²⁸. Carrara si distacca inoltre dal pensiero di Ferlut, che definisce il *discrimen* tra procurato aborto e accelerazione del parto nella linea temporale del settimo mese, a partire dal quale non sarebbe configurabile il primo, bensì soltanto il secondo, af-

mestre avesse rivelato la viziosa fecondazione; oppure il parto si accelerò forse di pochi giorni dalla donna illecitamente fecondata per prevenire il ritorno imminente del marito, o del genitore. Ma in questa prima ipotesi se la creatura nacque vitale e vive non potrebbe parlarsi né di procurato aborto né manco assai di feticidio: come non se ne potrebbe parlare se poscia la creatura venisse a morte per cagioni indipendenti dalla accelerazione del suo nascimento. Questa soluzione che io credo vera in faccia alla scienza, è indubitata in faccia al codice Toscano": cfr. F. CARRARA, Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale, cit., p. 346.

⁴²⁶ D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, IV, Debure, Parigi, 1771, p. 22.

⁴²⁷ Secondo la tesi teologica "sussiste immanente il divieto di uccidere, sempre e in ogni caso"; la tesi deontologica "fa prevalere la necessità di conservare una personalità umana già esistente, completa, e certa, anche a discapito di una personalità che è tuttora incompleta ed incerta": cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale*, cit., p. 349.

⁴²⁸ "Sotto il punto di vista giuridico non dovrebbe certamente esonerarsi da ogni rimprovero (per lo meno di precipitazione ed imprudenza) quel chirurgo che ai soli propri lumi ed osservazioni il tremendo giudizio affidasse tra il sacrificio certo della creatura ed il probabile della creatura, e della madre; e dietro superficiale ispezione precipitoso corresse al feticidio. Dovranno all'uopo chiamarsi i più esperti dell'arte. Ma quando i maturi consulti decidano essere inevitabile alla vita della madre il sacrificio del feto, il giurista non può trovare elemento né di dolo né di colpa. Il divieto di uccidere è subordinato alla eccezione della necessità" cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale ossia Esposizione dei delitti in specie*, I, seconda edizione, Tipografia Giusti, Lucca, 1868, p. 349.

fermando altresì che soltanto dalla prima delle due condotte criminose può derivare la morte del feto⁴²⁹. Della stessa opinione di Ferdut è Giuseppe Luigi Gianelli, che sostiene inoltre che costituisca condotta abortiva anche quella con cui “si dispone il parto in modo che il bambino esca prima di vita, cioè che ritensi in massima sino al settimo mese compiuto di gravidanza”⁴³⁰.

⁴²⁹ Cfr. E. FERDUT, *De l'avortement au point de vue médical, obstetrical, médico- légal, légal et théologique*, These de doctorat, Parigi, 1865, p. 60.

⁴³⁰ G. L. GIANELLI, *L'uomo ed i codici nel nuovo regno italico, commentario medico legale*, Editori del Politecnico di Torino, Milano, 1860, p. 124.

5. IL CODICE PENALE SARDO MODIFICATO COL DECRETO LUOGOTENENZIALE DEL 1861

In merito alle modifiche apportate dal decreto luogotenenziale del 1861 in materia di aborto, ossia l'estensione agli estranei della cagione d'onore, Pessina afferma: "Il Decreto del 17 febbraio 1861 modificò non solo l'art. 532 del Codice del 1859, riproducendo il pronunciato che la pena dell'infanticidio sarà menomata quante volte sia stato diretto ad occultare per cagione d'onore una prole illegittima; ma modificò del pari l'art. 503 relativo all'aborto procurato; cosicchè eliminandone l'inciso "quanto alla madre", che è nel testo del Codice, fermò che nel caso di aborto diretto ad occultare per cagion d'onore una prole illegittima le pene discenderanno da uno a due gradi"⁴³¹. In proposito Lucchini pone a confronto la disciplina del decreto luogotenenziale e quella del codice toscano e del codice sardo *ante* riforma, sottolineando l'assenza della cagione d'onore nel secondo (nonostante la sua previsione per l'infanticidio e per l'esposizione dell'infante), la configurazione della minorante nel terzo, la cui operosità è circoscritta alla madre e al caso della prole illegittima ed esaltando le innovazioni apportate dal decreto che estende la scusante anche agli estranei⁴³². Carrara loda la nuova formulazione dell'articolo 503 redatta da 'dotti giureconsulti' che hanno apportato l'importante novellazione della sua estensione anche agli estranei⁴³³.

Riferendosi poi all'infanticidio puntualizza: "lo stesso dovette ripetersi all'art. 532 in quanto allo infanticidio. Le quali disposizioni ed emende quantunque il Cosentino opini non potersi estendere allo infanticidio premeditato, io le considero come comuni anche a questa ipotesi; non trovando ragione di

⁴³¹ E. PESSINA, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 66.

⁴³² L. LUCCHINI, voce *Aborto Procurato*, cit., p. 118.

⁴³³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale*, cit., p. 360.

distinguere in argomento così grave dove la legge non ha distinto, e dove essa ha lasciato ai giudici la scelta nei due gradi della diminuzione, per guisa da potere tener conto della differenza che passa tra l'impeto ed il proposito. Anche in altre occasioni ho propugnato il pensiero che la legge penale deve esprimere i suoi dettati coartandoli il meno possibile entro i stretti confini di una materialità⁴³⁴. Cosentino commenta la distinzione tra le due figure criminose con queste parole: "L'aborto coi suoi ultimi effetti non differisce dall'infanticidio; l'uno e l'altro privano di vita un essere già formato: la differenza sta nel grado, sta nei mezzi. Ma il feto non è ancora un bambino, la sua esistenza non è ancora staccata da quella della madre; non è certa. È insomma un essere in embrione e non un essere vivo e capace di vita, senza far parte di un'altra esistenza. Di qui il bisogno di una maggiore atrocità nell'infanticida che non nel procuratore di aborto"⁴³⁵.

⁴³⁴ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale*, cit., p. 34.

⁴³⁵ V. COSENTINO, *Breve commentario*, cit., p. 344.

CAPITOLO 4. ESPERIMENTI DI ELABORAZIONE DI UN CODICE PENALE UNITARIO: I PROGETTI ANTE ZANARDELLI

SOMMARIO: 1. IL PROBLEMA DELL'UNIFICAZIONE DELLA DISCIPLINA PENALE; 2. I TENTATIVI DI CODIFICAZIONE ANTE ZANARDELLI: IL PROGETTO PISANELLI; 3. I PROGETTI BORSANI E DE FALCO; 4. IL PROGETTO VIGLIANI; 5. IL PROGETTO MANCINI.

6. IL PROBLEMA DELL'UNIFICAZIONE DELLA DISCIPLINA PENALE

A partire dal 1861 si affermano gli sforzi del Parlamento italiano per l'elaborazione di un 'nuovo' codice per una 'nuova' nazione. Il progetto elaborato dal guardasigilli Miglietti del 1862 è il primo elaborato *post* Risorgimento ad acquistare concretezza, ma proprio in quanto considerabile alla stregua di un 'esperimento', "prende a base lo stesso Codice del 1859 aggiungendovi soltanto alcuno di quei nuovi elementi che vi aveva introdotti il Decreto del 17 febbraio 1861"⁴³⁶. La proposta di legge non ha quindi corso ulteriore. A Miglietti succede nella carica di ministro della giustizia Pisanelli, che nel 1863 istituisce una commissione cui affida la compilazione di un progetto di codice penale, la cui *ratio* è quella di "tramutare in legge per tutto il Regno d'Italia il decreto del 17 febbraio 1861, ridurre i casi di applicazione della pena capitale e fermare alcune norme più adeguate intorno le condizioni essenziali del reato in generale"⁴³⁷.

L'elaborazione del progetto richiede tuttavia più tempo di quello preventivato e conseguentemente Pisanelli interviene "per modificare nelle cose più urgenti le varie leggi penali esistenti e tentare di ricondurle ad unità"⁴³⁸. Ta-

⁴³⁶ E. PESSINA, *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, Stabilimento Civelli, Firenze, 1868, p. 116.

⁴³⁷ E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 117.

⁴³⁸ E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 117.

li interventi sono seguiti dalla redazione del progetto del primo libro del codice penale pubblicato nel 1864 da Pisanelli e De Falco, ispirati dal lavoro della commissione istituita nel 1862 dal ministero dell'interno in materia di ordinamento penitenziario⁴³⁹. Tuttavia entrambi i progetti sono poi stati abbandonati. Il 2 giugno 1865 viene approvata una legge con cui si introduce l'unificazione del codice civile, del codice di commercio, della legge organica giudiziaria, dei codici di procedura civile e di procedura penale ed il codice della marina mercantile. L'unico codice rimasto fuori da questo intervento legislativo è il codice penale. La ragione di questa esclusione è la medesima che aveva determinato l'istituzione della commissione del 1862, ossia la difformità dell'ordinamento penitenziario nel codice sardo del 1859, che prevede la pena di morte e i lavori forzati a vita e a tempo, aboliti dal decreto del governo provvisorio del 1859 che modifica il codice toscano del 1853. Non era agevole distinguere tra il sistema abolizionista della codificazione toscana e la disciplina 'cruenta' del codice sardo. Il primo deputato ad esporsi è Mancini, che propone di estendere alla Toscana il codice del 1859 modificato dal decreto luogotenenziale del 1861, sostituendo la pena di morte con i lavori forzati a vita e questi ultimi con i lavori forzati "a tempo"; in alternativa prospetta la sola applicazione della prima soluzione⁴⁴⁰. La riflessione di Mancini raccoglie il

⁴³⁹ La commissione era stata istituita per ovviare alla divergenza della disciplina dei codici preunitari. *"Il progetto di codice poneva a basi del sistema penale: l'abolizione della pena di morte; il coordinamento delle forme della pena al principio dell'emendamento per mezzo della segregazione dei detenuti, che impedisce il commercio del male ed apre la cellula a tutti influssi rigeneratori della società che si affatica a rieducare e sollevare dal fango della colpa l'uomo caduto; la determinazione di una categoria speciale di pene per i reati politici e di stampa. Ancora una più esatta valutazione era fatta, in quel progetto, della imputabilità"*: cfr. E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 118.

⁴⁴⁰ *"E in tal guisa venne fuori la proposta del Deputato Mancini di estendere alla Toscana il codice penale del 1859 con inchiudervisi le modificazioni contenute nel Decreto del 17 febbraio 1861 per le provincie napoletane, e abolendosi nel regno d'Italia la pena di morte, sostituire ad essa quella dei lavori forzati a vita, e per i criminali puniti già nel codice coi lavori forzati a vita sostituire la pena dei lavori forzati a tempo da venti a venticinque anni, che era un grado superiore aggiunto alle due gradazioni che avea poste il codice del 1859 alla pena dei lavori forzati a tempo (10 a 13 anni, e 13 a 20 anni). In linea subordinata il Mancini proponeva, che si estendesse il codice del 1859 alla Toscana sostituendosi per essa alla pena di morte la pena dei lavori forzati a vita"* cfr. E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 121.

consenso della commissione, di cui è relatore Pisanelli, che subordina l'attuazione della proposta alla restrizione della sua portata, escludendo cioè l'abolizione della pena di morte per i “reati capitali puniti a tenore della legislazione penale militare e marittima e della legge del brigantaggio”⁴⁴¹,

La deliberazione naufraga tuttavia in Senato, la cui mozione è quella di estendere il codice sardo novellato dal decreto del 1861, respingendo il “progetto dell'abolizione” salvo qualche modifica priva di rilievo. Questa discordanza impedisce per lungo tempo al Governo di approdare al perfezionamento del processo di unificazione legislativa in materia penale, operata negli altri settori. La massa è talmente intricata da indurre ad affermare che “l'unità non è necessaria nel diritto penale italiano”⁴⁴², e che si possa optare per una legislazione speciale, con riferimento a determinate fattispecie, da applicare in talune regioni⁴⁴³. L'elaborazione del codice Zanardelli è evidentemente lontana.

⁴⁴¹ “La Commissione parlamentare cui era stata rinviata la proposta del Mancini, espresse per mezzo del Pisanelli suo relatore un avviso favorevole alla proposta principale del Mancini, purché l'abolizione si fosse ristretta ai crimini preveduti dal codice comune, eccettuati i reati capitali puniti a tenore della legislazione penale militare e marittima, e della legge del brigantaggio” cfr. E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 121.

⁴⁴² E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 124; cfr. F. CARRARA, *Se la Unità sia condizione del giure penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Cammelli, Firenze, 1898.

⁴⁴³ E. PESSINA, *Dei progressi*, cit., p. 124.

7. I TENTATIVI DI CODIFICAZIONE “ANTE” ZANARDELLI: IL PROGETTO PISANELLI

Il 17 maggio 1868 viene presentato il nuovo “Progetto di Codice Penale pel Regno d’Italia”, elaborato sotto la guida del guardasigilli dell’epoca Giuseppe Pisanelli. Si tratta di uno dei primi ‘esperimenti’ di codice penale, ed emerge anche dai commenti della dottrina l’incertezza e la timidezza che contraddistinguono questi primi interventi legislativi⁴⁴⁴. Non va tuttavia taciuto che, sebbene manchi di originalità, costituisce un importante *aliquid novi* rispetto alle codificazioni del passato ‘nazionali’ e straniere⁴⁴⁵. Il Progetto consta di due libri, dedicati rispettivamente alla parte generale e a quella speciale: del primo Pietro Ellero, che ha partecipato alla commissione, critica l’impostazione sistematica, in quanto ha posto la pena prima della disciplina del reato e dei suoi elementi costitutivi, spostando “l’ordine naturale delle medesime, giusta il quale il reato, considerato nella sua essenza, ne’ suoi elementi costitutivi, nella sua imputabilità, avrebbe dovuto precedere la pena, di cui esso è occasione e cagione, e in somma il precetto, la comminatoria”⁴⁴⁶; al secondo, suddiviso in

⁴⁴⁴ “L’unificazione delle leggi penali nello stato italiano, che avrebbe forse per ragioni ch’io non ho d’uopo manifestare dovuto precedere molt’altre unificazioni, alcune delle quali inconsulte o intempestive, segna ora un notevol passo col Progetto di codice penale presentato a di 17 maggio 1868 al ministro di grazia e giustizia. È ancora incerto s’esso avrà o no gli onori di un’approvazione sovrana. o di una discussione parlamentare; ma la possibilità che gli abbia, e ad ogni modo la convenienza che un’opera sì grave e seria non passi inosservata, nè resti infecunda di alcun profitto, fosse pure per avvertirci di errori o precipitanze a cui giova ovviare, mi determinano a discorrerne” cfr. P. ELLERO, *Sul Progetto di Codice Penale pel Regno d’Italia*, in *Archivio Giuridico*, II, Tipografia Fava e Garagnani, Bologna, 1868, p. 316.

⁴⁴⁵ “Che se dalle questioni di forma ritornasi a quelle di sostanza, e lasciati i particolari, vuolisi un giudizio riassuntivo di tutto il lavoro fin qui esaminato, io dirò che nello assieme non è un lavoro originale, come pure avrebbersi dovuto attendere, né immune da mende, ma altresì tale che segna un progresso su diversi codici penali d’Italia, e su parecchi anche degli stranieri, e principalmente su quelli improntati allo stampo francese”; “Il fatto però più notevole e più confortevole è, a mio avviso, che codesto è appunto il primo abbozzo legislativo, il primo saggio ufficiale, in cui sia stata smessa dagli italiani risorti la sola imitazione delle cose di Francia, e in cui si accenni a seguire qualch’altra corrente, se non a creare di nostro capo più o men bene che siane l’ardimento riuscito” cfr. P. ELLERO, *Sul Progetto di Codice*, cit., pp. 446 e 447.

⁴⁴⁶ P. ELLERO, *Sul Progetto di Codice*, cit., p. 318.

sedici titoli, “ognuno dei quali contiene o dovrebbe contenere una distinta classe criminosa”, lo studioso rimprovera di non esser rimasto fedele al proposito prefissato, “così che non di rado avviene che incriminazioni consimili trovinsi disseminate in più titoli, o incriminazioni dissimili in uno solo costrette”⁴⁴⁷.

L’aborto è collocato nel titolo XII, tra i reati contro la vita e l’integrità personale. Secondo Ellero si tratta di uno dei titoli del progetto di codice penale che offre “un dettato più spedito e conciso” e presenta “minori lati vulnerabili”⁴⁴⁸. Lo studioso sostiene inoltre che in tale materia di “uccisioni e offese corporali” la commissione si è certo ispirata all’impostazione adottata dal codice toscano “austero e venusto”⁴⁴⁹, e loda la disciplina del procurato aborto “dove sapientemente si ammise la inimputabilità in caso si commetta per salvare la vita alla gestante”⁴⁵⁰. “I Sotto-Commissari della Prima Commissione Ministeriale per la compilazione del nuovo Codice penale avevano proposto di far consistere l’aborto procurato nella dissipazione della gravidanza o nel parto di un feto morto per effetto di mezzi interni od esterni a tal fine adoperati”⁴⁵¹. Sulla base di quest’espressione si evincono i tre estremi del reato richiesti da questa prima commissione ministeriale: lo stato di gravidanza ed in esso sottinteso il requisito della vitalità del feto, il dolo e l’impiego di mezzi violenti⁴⁵². Sulla na-

⁴⁴⁷ P. ELLERO, *Sul Progetto di Codice*, cit., p. 335.

⁴⁴⁸ P. ELLERO, *Sul Progetto di Codice*, cit., p. 438.

⁴⁴⁹ P. ELLERO, *Sul Progetto di Codice*, cit., p. 438.

⁴⁵⁰ P. ELLERO, *Sul Progetto di Codice*, cit., p. 438.

⁴⁵¹ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita e l’integrità personale*, I, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1885, p. 677.

⁴⁵² Crivellari esplicita gli estremi del reato affermando che quanto allo stato di gravidanza “*si vuole che la donna fosse incinta; incinta però di un feto animato; perché se la donna, mediante violenza, ha espulso non un feto, ma una mola, una massa carnosa, non si può parlare di procurato aborto, perché non è stato spento un uomo racchiuso nell’utero, ma oggetto del fatto o stata una materia inanimata. Quanto al requisito che il feto deve essere animato, è da osservarsi che il germe umano nei momenti posteriori alla fecondazione è una massa carnosa, non discernibile dalle sue parti, e distinguibile appena all’occhio di esperto anatomico di una mola: le forme umane si sviluppano a poco a poco (...)* Ciò premesso, la scienza moderna ritiene che quando è indubitato che il corpo espulso violentemente dall’utero materno è un germe umano, indipendentemente dal suo maggiore o minore sviluppo, l’autore della espulsione si rende reo di aborto procu-

tura dei mezzi non deve fuorviare la parola “violenza”: essa non implica ineluttabilmente l’impiego della forza *strictu sensu* intesa, tant’è che possono essere adoperati anche mezzi morali quali lo spavento improvviso⁴⁵³. Data la collocazione sistematica del reato, si ritiene superata la diatriba in merito alla sua qualificazione giuridica come reato contro la vita o reato contro l’ordine delle famiglie, dettata dalla difficoltà di riconoscere nel feto una vita, seppure *in fieri*⁴⁵⁴, sebbene vi sia chi, come Ferdinando Puglia, presenta ancora dei dubbi in merito alla collocazione sistematica di tale reato⁴⁵⁵.

L’aborto, nella versione ‘definitiva’ del progetto, è disciplinato dagli articoli 299 – 302. Tuttavia prima che si arrivi all’elaborazione di tali articoli i Sotto- Commissari Ambrosoli e Tolomei propongono quelle disposizioni, contenute negli articoli 320 – 324, che costituiscono l’archetipo dei seguenti 299 – 302. Si tratta infatti di articoli molto simili, sul piano testuale, a quelli del progetto ‘definitivo’⁴⁵⁶. Tali articoli sono esaminati dalla commissione ministe-

rato. La società ha diritto di domandargliene conto, perché designatum reipublicae civem substulit?: cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 678.

⁴⁵³ Crivellari descrive il secondo requisito affermando che “*questa violenza si esercita in tre modi: con uso di mezzi morali, di mezzi fisici e di mezzi meccanici. I morali consistono nella incussione di un grave timore alla donna incinta (...)Le violenze fisiche consistono nell’uso dei così detti abortivi (...)le violenze meccaniche consistono nelle percosse date al corpo della donna incinta, o nelle contusioni o compressioni arrecate al medesimo*”: cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 677; cfr. G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, prima edizione milanese riveduta e annotata da Filippo Ambrosoli, Francesco Sanvito Editore, Milano, 1863, p. 271.

⁴⁵⁴ Per la *quaestio* inerente alla collocazione sistematica del reato di aborto si rinvia al capitolo 3 p. 103 ss.

⁴⁵⁵ Puglia definisce infatti criptica la risoluzione della questione della vitalità del feto essendo impossibile “*nei primi mesi della gravidanza vedere se trattasi di un vero feto o di un prodotto patologico, per la incertezza dei segni sintomatici della gravidanza e per la impossibilità a cogliere il corpo espulso*”. Lo studioso giunge a sostenere che porre obiettivo dell’aborto la morte del feto costituisce la chiave, nella sostanza, della impunità dei delinquenti, “*e diviene quindi inaccettabile, perché nella costruzione del concetto giuridico di un reato bisogna pensare alla maggior possibile difesa del dritto che si intende proteggere, acciò l’ordine giuridico possa essere pienamente tutelato*”: cfr. F. PUGLIA, *L’aborto criminoso: brevi considerazioni*, Tipografia del foro, 1881, Messina, pp. 4, 6 e 8; ID, *Studi critici di diritto criminale*, Ernesto Anfossi Libraio e Editore, Napoli, 1885, p. 108.

⁴⁵⁶ L’articolo 320 recita: “*La donna, che per effetto di mezzi interni od esterni, a tal fine adoperati da lei o da altri col suo consenso dissipa la propria gravidanza o partorisce un feto morto, è rea di procurato aborto e si punisca col quinto al sesto grado di prigionia. La stessa pena si applica al complice*”. L’articolo 321 statuisce: “*Chi commette questo delitto senza saputa della donna contro il consenso di lei, è punito, se*

riale nella seduta del 18 aprile 1868 e da questa sono apposti gli emendamenti cui segue la versione definitiva degli articoli 299 ss. *In primis* l'articolo 320 è sottoposto al vaglio dei commissari, in base ai quali “non ravvisandosi una definizione giuridica dell'aborto, fatto abbastanza noto e definito della scienza, sostituì la locuzione “la donna che ecc., si procura effettivamente l'aborto”. Non dovendo poi la pena essere di troppo inferiore a quella di infanticidio, e reputando troppo mite la sola prigionia, vi sostituì la relegazione da cinque a dieci anni”⁴⁵⁷. In materia di tentativo di aborto, i commissari sono tutti concordi sull'impunità dello stesso se commesso dalla donna su se stessa⁴⁵⁸. Le medesime considerazioni sono poi espresse, commentando l'articolo 321, quando il tentativo sia compiuto dall'*extraneus* col consenso della gestante⁴⁵⁹.

ha effettivamente ottenuto l'aborto, col primo grado di reclusione, ed in caso di aborto tentato o mancato col terzo al sesto grado di prigionia”. L'articolo 322 dispone: “*Se pei mezzi usati al solo fine di procurare l'aborto, è derivata la morte della donna, il reo è punito, sia o no avvenuto l'aborto, col primo grado di reclusione, qualora la donna avesse consentito a far uso di tali mezzi; e col secondo al terzo grado, qualora non avesse acconsentito*”. L'articolo 323 asserisce: “*I medici, i chirurghi, gli ostetrici e gli speciali che abbiano scientemente indicati o somministrati i mezzi pei quali avvenne l'aborto o la morte, sono puniti colle pene stabilite negli articoli precedenti, accresciute di un grado, alle quali potrà anche essere aggiunta l'interdizione dall'esercizio della professione. Non sono imputabili del delitto di procurato aborto le persone indicate nel §1, quando abbiano operato per la necessità constatata di sottrarre in tal maniera la donna al pericolo di perdere la vita*”. L'articolo 324 stabilisce: “*Nel caso di aborto diretto ad occultare per cagione d'onore una gravidanza illegittima o ad evitare sovrastanti sevizie, le pene stabilite nei precedenti articoli si diminuiscono di uno a due gradi per la donna e pel complice che ha agito col consenso di lei*”.

⁴⁵⁷ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 695.

⁴⁵⁸ “*Sorse poi qualche questione intorno al tentativo di aborto; e il Sotto-Commissario Ambrosoli spiega come siasi voluto assolutamente escludere ogni azione penale per tentativo operato della donna sopra sé medesima, giacchè si correrebbe il rischio di avere ogni giorno processi importuni e scandalosi, e per di più senza verun risultato, giacchè se i mezzi adoperati non conseguirono l'intento, è da presumere che fossero inidonei. La Commissione approvò questo concetto*” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 695.

⁴⁵⁹ “*Il Commissario Tondi osservò che manca la scienza di basi precise e sicure per determinatore la vera efficacia dei mezzi abortivi: Ora, essendo principio fondamentale che non esiste tentativo quando i mezzi adoperati sono inefficaci a consumarlo, come potrà reputarsi tentativo di aborto l'uso di mezzi che in fatto mancarono di efficacia, e che la scienza non può incontestabilmente dichiarare efficaci? D'altronde, se non si tiene conto (e giustamente) del tentativo commesso dalla pregnantante o col costei consenso, onde non spingere le indagini della giustizia nei segreti famigliari quando niun danno è derivato, né reale, né politico, gli stessi argomenti consigliano a non ammettere le indagini anche nel caso di tentativo fatto su donna, non consentente. Se il tentativo non ha recato né lei né al feto alcun nocumento perchè molestarmi nell'interesse di una giustizia astratta, che il più delle volte non potrà neppure ottenere il suo scopo, per lo scoglio della non provata sufficienza dei mezzi adoperati? Basta pertanto colpire il fatto quando si può farlo con certezza perchè si conoscono gli effetti, sia che consistano nell'aborto o in una lesione derivata dall'uso dei mezzi destinati*

“Sull’articolo 322 (la Commissione) deliberò di rifondere quest’articolo nel precedente, di distinguere se la morte era o non prevedibile e di stabilire la pena della reclusione da dieci a quindici anni se la donna era consenziente, e da quindici a venti se non era consenziente”⁴⁶⁰. La Commissione si è poi occupata di riformulare gli articoli 323 e 324 in merito ai soggetti da far rientrare nella categoria di esercenti attività sanitarie, con riguardo all’ipotesi scriminante del salvare la vita alla donna e in materia di scusante d’onore⁴⁶¹. Dalle riflessioni della commissione deriva quindi la formulazione ‘definitiva’ del progetto, e degli articoli 299 – 301: la prima disposizione incrimina la condotta dolosa del-

all’aborto. Propose quindi di omettersi ogni cenno di tentativo di aborto. Ma la Commissione deliberò di mantenere una pena pel tentativo commesso su donna insciente perché, nonostante l’incertezza in cui è la scienza sull’efficacia dei mezzi abortivi, non riuscirà sempre di impossibile applicazione la legge, potendosi in singoli casi dimostrare che i mezzi sarebbero stati adatti ed efficaci, e che solo per circostanze fortuite sene impedirono gli effetti. L’Ambrosoli citò in particolare i mezzi meccanici, quale perforazione del sacco delle acque, che indubbiamente produce l’aborto; Non potrebbe un uomo ridurre una donna nella impotenza di resistere, indi porsi all’opera per eseguire la perforazione ed essere sorpreso nell’atto medesimo? E qui poi si rende manifesto che il reato contiene un duplice pericolo per la gestante e per il feto, laonde improvvida sarebbe la legge se colpisse il tentativo. Deliberò poi la Commissione che l’articolo 321 venga riformato nel senso che il fatto dell’estraneo sia considerato in due ipotesi; secondo che ha agito col consenso della donna, o ad insaputa o contro il consenso di lei: nel qual caso deve essere più gravemente punito. In questa seconda ipotesi poi è evidente che è punibile anche il tentativo” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 696.

⁴⁶⁰ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 697.

⁴⁶¹ “Sull’articolo 323: approvò il § I, sostituendo però levatrici a ostetrici per più facile comune intelligenza, e perchè gli ostetrici sono comunque compresi fra i chirurghi. Approvò anche il § 2; ma per maggiore esattezza, invece di sottrarre al pericolo di perdere la vita, sostituì salvare la vita della donna, giacché un pericolo vi è sempre anche nel parto. Escluse finalmente gli speciali dal novero delle persone a cui si riferisce l’eccezione del § 2, perchè non può a loro applicarsi; e similmente escluse le levatrici perchè non sarebbero giudici competenti della necessità, né autorizzate a operare. Perciò limitò la eccezione del §2 ai medici ed ai chirurghi. Sull’articolo 324: fu approvata dalla Commissione la quale per altro deliberò che il criterio dell’attenuante, sia, come nell’infanticidio, il fine di salvare l’onore proprio o della propria famiglia. Escluse poi il cenno del timore di sovrastanti sevizie, perchè già provvedono le attenuanti generiche od anche la disposizione sulla forza irresistibile che abbia relazione col reato” “Nella seduta del 18 aprile 1868, approvò sostanzialmente l’articolo, deliberando però che il criterio dell’attenuante fosse, come nell’infanticidio, il fine di salvare l’onore proprio o della propria famiglia; e di escludere il cenno del timore di sovrastanti sevizie, poiché già provvedono le attenuanti generiche od anche la disposizione sulla forza irresistibile che abbia tratto al reato. Altrettanto, su quest’ultimo punto, aveva deliberato, come abbiamo veduto, per l’infanticidio. La disposizione relativa è contenuta nel seguente articolo 302 del Progetto 17 maggio 1863” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 697; ID, *Dei reati contro la vita e l’integrità personale*, II, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1886, p. 491.

la donna compiuta da sola o con l'ausilio di *extranei*; l'articolo 300 regola la fattispecie criminosa dell'*extraneus*, distinguendo le ipotesi più gravi della condotta tenuta *ea ignorante* o contro la volontà della donna e quella dell'aborto seguito dalla morte della stessa⁴⁶², da quelle 'meno gravi' dell'aborto mancato o tentato; l'articolo 301 prevede l'aggravante della qualità di esercente attività sanitarie; l'ultima disposizione disciplina la scusante della causa d'onore⁴⁶³.

Sulla base del tenore letterale della prima norma è incriminata la sola condotta dolosa che determini "effettivamente" l'interruzione della gravidanza: rimarrebbero quindi impuniti l'aborto (della donna su se stessa) colposo e il tentativo. Con riferimento alla prima di queste ultime fattispecie Puglia pone un *distinguo* sul piano dell'incriminazione tra l'ipotesi in cui rea sia la gestante e quella in cui sia l'estraneo. Nel primo caso lo studioso, discordando da altri giuristi che sostengono la non punibilità della donna in quanto *magis miseratione digna* e perché l'estremo del reato è il dolo e non la colpa, asserisce invece la configurabilità dell'aborto colposo anche se commesso dalla gestante, ciò in quanto rientrerebbe in quei reati in cui non si richiede "l'intenzione diretta" ma piuttosto il dolo comune, "e come si ammette un omicidio colposo, un infan-

⁴⁶² Puglia afferma infatti che "il pericolo della vita o della salute della donna è un fatto accidentale, che, quando vi concorre, è una circostanza aggravante del reato": cfr. F. PUGLIA, *L'aborto criminoso*, cit., p. 10.

⁴⁶³ L'articolo 299 recita: "La donna che con mezzi, interni od esterni, dolosamente adoperati da lei o da altri col suo consenso, si procura effettivamente l'aborto, è punita con la relegazione da cinque a dieci anni"; l'articolo 300 asserisce: "È punito con la stessa pena stabilita nell'articolo precedente chiunque ha effettivamente procurato l'aborto ad una donna col consenso di lei; ma se il colpevole ha agito senza saputa della donna o contro il consenso di lei, è punito nel caso di aborto effettivamente procurato, con la reclusione da cinque a dieci anni, e nel caso di aborto mancato o tentato con la prigionia da tre a cinque anni; se dai mezzi adoperati affine di procurare l'aborto è derivata la morte della donna, il colpevole, sempreché la morte fosse prevedibile, è punito colla reclusione da dieci a quindici anni qualora la donna avesse acconsentito a fare uso di tali mezzi, e da quindici a venti qualora non avesse acconsentito": gli articoli 301 e 302 dispongono rispettivamente: "Le pene stabilite nei due articoli precedenti si accrescono di un grado per i medici, i chirurghi, le levatrici, ed i farmacisti, che abbiano, scientemente e con abuso della loro professione, indicati, somministrati o adoperati i mezzi pei quali avvenne l'aborto o la morte, e si aggiunge inoltre l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione; non sono però imputabili i medici ed i chirurghi, quando abbiano procurato l'aborto per la necessità riconosciuta in tal maniera di salvare in tal maniera la vita della donna" "Nel caso di aborto procurato per salvare l'onore proprio o della propria famiglia, le pene stabilite nei precedenti articoli si diminuiscono d'un grado".

ticidio colposo, così deve riconoscersi l'aborto colposo, punibile al pari di quelli"⁴⁶⁴. Con riferimento al tentativo Puglia afferma: "Se la donna usò mezzi idonei e poi abortì per causa naturale, manca la materia punibile"⁴⁶⁵. Perché sia incriminata la condotta della donna è quindi necessario che l'impiego di mezzi abortivi produca "effettivamente", appunto, l'aborto, escludendosi non solo l'ipotesi della condotta inefficace ma anche quella in cui la morte del feto sia provocata da altra causa, indipendente dalla condotta illecita"⁴⁶⁶.

Lo studioso Giuseppe Majorana Catalabiano afferma che "più semplice è la questione, nel caso della donna, che, non essendo incinta, usa sostanze abortive. È chiaro che niuna imputazione può aversi in questo caso, per l'assoluta mancanza del soggetto passivo della consumazione", aggiungendo poi che "se poi avvenisse il caso che l'essere che volevasi distruggere per questo reato, fosse morto prima che la donna sorbisse le bevande abortive od usasse altri mezzi al fine, siccome, ponendo il reato di aborto procurato, mirasi principalmente a tutelare la vita dei cittadini, è evidente che, ove la vita fosse già distrutta, sparisce la nozione del reato consumato, e a maggior ragione del tentativo di esso, potendo tuttavia gli atti compiuti costituire un reato minore *sui generis*"⁴⁶⁷. Va poi puntualizzato che la natura inefficace della condotta non coincide perfettamente con l'inidoneità dei mezzi impiegati, come sottolinea Puglia che sostiene: "Potrebbe sorgere il titolo di tentato aborto, qualora si dimostrasse che i mezzi erano idonei a provarlo, quantunque in fatto non da loro, ma da altre cause posteriormente derivasse"⁴⁶⁸. Il giurista critica fortemente la scelta di depenalizzare il tentato aborto, in quanto, soprattutto se la

⁴⁶⁴ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 121.

⁴⁶⁵ F. PUGLIA, *L'aborto criminoso*, cit., p. 4.

⁴⁶⁶ "Non può parlarsi di aborto, se la creatura venne a morte per cagioni indipendenti dall'accelerazione del suo nascimento"; "Se il feto era già morto nell'utero per cause innocenti prima della sua violenta espulsione, vi è ancora impunità" cfr. F. PUGLIA, *L'aborto criminoso*, cit., p. 4.

⁴⁶⁷ G. MAJORANA CATALABIANO, *Difetto nell'elemento morale o nel fisico del tentativo*, in *Circolo Giuridico: Rivista giuridica di Legislazione e Giurisprudenza*, XIV, Stabilimento Tipografico Virzì, Palermo, 1884, p.313.

⁴⁶⁸ F. PUGLIA, *L'aborto criminoso*, cit., p. 4.

gestante è spinta dal voler salvare l'onore, “non è difficile che si rinnovi il tentativo, o che più tardi si commetta un infanticidio. La pena quindi varrebbe a scongiurare tale pericolo. E poi, se le ragioni politiche addotte dovessero esser efficaci per la discriminazione, dovrebbero valere anche per lo estraneo che tentò l'aborto, consenziente la donna, ed allora ad impunità si aggiungerebbe impunità”(…)“Noi affermiamo, che il tentativo deve sempre punirsi e che le ragioni politiche, che si adducono ad escludere la imputabilità politica, al contrario la consigliano, e che infine non v'è alcuna valida ragione che giustifichi la deroga ai principi generali”⁴⁶⁹. La difficoltà maggiore ai fini della incriminazione del caso concreto riguarda proprio queste ipotesi di ardua ricostruzione probatoria⁴⁷⁰. Tale incertezza deriva dalla ‘responsabilità’ della dottrina, che poco si è curata di un aspetto che Puglia definisce fondamentale non solo per l'aborto, ma per ogni fattispecie delittuosa, ossia il dolo specifico⁴⁷¹, non per negligenza ma piuttosto per la problematicità intrinseca alla materia. Non è scontato, afferma lo studioso, che dolo specifico della condotta abortiva sia la volontà di uccidere, quanto piuttosto quello di far sparire “uno stato di cose che potrebbe compromettere o l'onore o altri interessi siano propri o altrui”, non potendosi infatti addurre a *causa agendi* neppure la volontà di accelerare il parto⁴⁷².

⁴⁶⁹ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 122.

⁴⁷⁰ “È troppo facile, anzi, e caso ordinario, che la difesa presenti il dubbio, che il feto sia morto nell'utero prima che fossero adoperati i mezzi abortivi e chiedi l'assoluzione dell'imputato o imputata (in dubiis pro reo). L'accusa allora sarebbe costretta a giustificare, che il feto era vivente nel momento che precedette la espulsione, il che importa giustificare l'impossibile” cfr. F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 105.

⁴⁷¹ Puglia rileva “che per il reato di aborto non si è con molta cura affidato a tale ricerca, perché il dolo specifico si è riposto ora nell'intenzione di espellere ora nella intenzione di uccidere il prodotto del concepimento. Aggiungasi anche a ciò l'abuso capriccioso che si è fatto del titolo di feticidio o di aborto procurato per torturare i principi a seconda delle esigenze della pratica giudiziaria, e si vedrà qual confusione sia dominata sovrana in questa materia. Ad ogni modo noi ci dichiariamo nemici della scuola nominalista che dall'accidentalità di un nome intende desumere gli elementi costitutivi di un reato, e senza farci imporre dal titolo di feticidio o di aborto procurato, ci proponiamo ricercare quale sia in fatto la specie del dolo nel reato in esame”: cfr. F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 106.

⁴⁷² F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 107.

Sull'articolo 299 la seconda commissione ministeriale nelle sedute del 28 e 30 dicembre 1869 non fanno alcuna osservazione.

Non si può dire lo stesso dell'articolo 300, sul quale si è focalizzata l'attenzione della Commissione. Diverse sono infatti le problematiche riconducibili all'articolo in questione, *in primis* la scelta del trattamento sanzionatorio⁴⁷³, l'inquadramento dell'imputabilità della morte della donna e della prevedibilità della stessa⁴⁷⁴, ed infine l'ipotesi 'qualificata' dallo *status* di marito⁴⁷⁵.

Dal dettato normativo dell'articolo 300 emerge una maggior cura, rispetto alle codificazioni preunitarie, nei vari aspetti della fattispecie criminosa: non solo si distingue tra la condotta compiuta dall'estraneo che provochi solo l'aborto e quella che provochi anche la morte della donna, ma si differenzia in

⁴⁷³ "Osservò la Commissione che se alla donna, la quale procura a sè stessa o consente a farsi procurare l'aborto, conviene, nella specie, la pena della relegazione, altrettanto non può dirsi di qualunque altro che cooperi alla esecuzione di questo reato. Spesso il motivo della cooperazione è l'interesse; ma anche quando non lo sia, se si eccettuano le cause d'onore specialmente prevedute in apposita disposizione, il fatto non può mai presentare quei caratteri, ai quali si conviene la pena della relegazione. Reputò pertanto opportuno sostituire il §1 dell'articolo in esame la reclusione alla relegazione e di coordinare a questa modificazione le pene stabilite per le ipotesi prevedute nei paragrafi successivi, le quali, essendo più gravi, meritano una pena proporzionalmente maggiore" cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 698.

⁴⁷⁴ "Osservò inoltre che la morte della donna, della quale si è procurato o tentato l'aborto, può derivare non pure dall'effetto dei mezzi adoperati, ma anche dal fatto dell'aborto. Questo evento, cioè la morte, se non è una conseguenza diretta dell'uso dei mezzi abortivi, ne dipende come da causa occasionale, sicchè il colpevole deve rispondere, come di conseguenza facilmente prevedibile del suo operato. Notò inoltre come non potrebbe accettare il criterio del Progetto che richiede come condizione dell'aggravamento di pena dipendente dalla mente della donna, che il colpevole abbia potuto prevederla; e non potrebbe accettarlo perchè la possibilità di tale funesto evento nell'aborto, è così comune da non doversi dare all'accusa l'obbligo di provare che il colpevole lo abbia preveduto. Che se in casi straordinari risultasse ammissibile che il colpevole non potè prevedere l'esito fatale, la latitudine della pena e le circostanze attenuanti basterebbero a soddisfare ogni giusto riguardo. Se la donna, che rimane vittima del procurato aborto, non ha acconsentito a far uso dei mezzi per procurarlo, il colpevole, secondo il progetto, è punito con la reclusione da quindici a venti anni. Osservò la Commissione che lo stesso è a dirsi quando la donna avesse bensì acconsentito all'aborto, ma con mezzi determinati da lei creduti innocui alla sua salute, laddove il complice, ingannandola intorno alla loro qualità od efficacia, le avesse somministrati mezzi abortivi diversi. In tal caso non può ritenersi che siavi stato consenso sui mezzi operati, sicchè si aggiunge l'inganno della vittima, donde, a maggior ragione, il detto aggravamento di pena per il colpevole" cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 699.

⁴⁷⁵ "Reputò da ultimo necessario di prevedere il caso in cui l'aborto sia stato procurato dal marito: perchè la maggiore immoralità dell'atto in se stesso, e la più grave violazione dell'ordine della famiglia, della quale è capo e custode, consigliano di stabilire a riguardo di lui un aumento di pena" cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 699.

entrambe le ipotesi la presenza o meno del consenso della gestante; si prevede inoltre un minore trattamento sanzionatorio in caso di aborto mancato⁴⁷⁶ o tentato. Questo richiamo continuo alla presenza o meno del consenso della donna, sebbene apparentemente non del tutto nuovo in quanto già presente nelle codificazioni preunitarie, assume un'accezione inedita, come se il legislatore volesse sottolineare un piccolo, pur tuttavia sostanziale, mutamento della condizione sociale della donna. Puglia afferma che “vi fu chi ritenne la donna un essere imperfetto fisicamente e intellettualmente, e destinata ad essere serva dell'uomo, ma vi fu anche chi si sforzò di elevarla alla dignità dell'uomo, pur riconoscendo la diversità di natura. È vero che non sono recenti le questioni sulla capacità civile, sulla responsabilità penale della donna, ma è certo che oggi la questione della donna non solo è divenuta una questione molto complessa ma anche una questione a rigore di termini scientifica, e molto importante per la risoluzione di parecchi problemi sociali e giuridici”⁴⁷⁷. Occorre tuttavia puntualizzare che sebbene la donna inizi ad assumere una nuova e più autonoma veste nella società, non viene meno quella ideologia misogina di fondo, radicata nel tempo, che concepisce la donna come un essere distinto dall'uomo per ‘diversità’ e ‘inferiorità della costituzione organica e psichica’⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ In materia di aborto mancato si applica la disciplina del reato mancato in generale: “*Chiunque, con la volontà di commettere un misfatto giunge ad atti tali d'esecuzione, che nulla rimanga per la sua parte, onde mandarlo ad effetto, se questo non ha avuto luogo per circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà di lui, è punito con un grado meno del misfatto consumato*”: cfr. E. RAPISARDI, *Saggio di un progetto del codice penale italiano*, Pietro Giuntini Tipografo, Catania, 1862, p. 44; nello stesso senso “*Non basta un sol principio o cominciamento di esecuzione, che può confondersi con gli atti preparatori, e costituisce l'attentato, ma occorrono più atti di esecuzione interrotti da circostanza fortuita ed indipendente dalla volontà dell'agente. La desistenza volontaria è un antidoto contro il malfare, e quindi rende impunito il colpevole, chiamandolo a rispondere dei soli atti costituenti per sè un reato*” cfr. G. M. BOSCO, *Uno sguardo allo schema del nuovo codice penale: Progetto Mancini, primo libro*, Stamperia Filantropica, Napoli, 1878, p. 11.

⁴⁷⁷ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 80.

⁴⁷⁸ Puglia afferma che “*le principali ragioni che hanno reso impossibile una risoluzione decisiva della questione, o, se non altro abbracciata dalla maggioranza dei criminalisti e dei medici legisti, sono state quelle indicate dall'illustre criminalista tedesco Spangenberg*”, il quale “*richiamava perciò i pensatori allo studio dei fatti, osservando che alla questione cennata non si può soddisfare, che mediante un'esposizione comparativa delle proprietà del sesso muliebre la quale consideri in generale, e senza occuparsi delle rare eccezio-*

Si parla addirittura di minorante dell'imputazione in forza dell'appartenenza al sesso femminile⁴⁷⁹, sebbene vi sia chi, in un'ottica più moderna, ritiene che "le differenze organiche e psichiche tra la donna e l'uomo non giustificano il principio di una minore responsabilità della donna delinquente, ma solo una riforma del sistema penitenziario; che le diverse condizioni organiche in cui può trovarsi la donna a differenza dell'uomo, e che possono influire sull'attività psichica, giustificano solo l'ammissione di circostanze attenuanti nei casi in cui risulta provato che esse influirono sulla determinazione criminosa"⁴⁸⁰. Emerge una visione più matura e scientifica della disciplina giuridica, che sintetizza le nozioni giuridiche 'tradizionali' con le nuove conoscenze di antropologia e di sociologia criminale⁴⁸¹, e che traspare anche dalla evoluzione

ni, tanto la conformazione del corpo della donna, quanto le manifestazioni delle sue attitudini intellettuali; e rispetto a queste sarà necessario contemplare ad un tempo la direzione, che hanno preso in virtù della educazione, dei costumi, e delle relazioni civili; perché chi volesse trascurare questo punto si avvilupperebbe di nuovo nelle speculazioni metafisiche". Critica tuttavia lo studioso tedesco, rimproverandogli di non aver studiato "tutti i fatti concernenti la donna delinquente ed essendo entrato nelle indagini coll'idea preconcepita della diversità e della inferiorità della costituzione organica e psichica della donna rispetto all'uomo": cfr. F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 81; cfr. E. SPANGENBERG, *Del sesso femminile, considerato relativamente al diritto ed alla legislazione criminale*, in *Scritti germanici di diritto criminale* raccolti da F. A. MORI, Nanni Editore, Livorno, 1846.

⁴⁷⁹ Puglia riporta il pensiero di vari criminalisti sulla quaestio inerente all'imputabilità della donna. In *primis* pone riferimento a Carrara, sostenendo che questi "dichiara di non doversi ravvisare nel sesso femminile una minorante della imputazione, afferma che la intelligenza della donna, minore per quanto si voglia di quella dell'uomo, è lucida ed ordinata quanto basta per tenerla capace di comprendere il dovere che le corre, tanto in faccia alla legge religiosa o morale, quanto in faccia alla legge dello Stato che la protegge: che non vale la minor capacità civile e politica della donna per sostegno della minore responsabilità, perché ad essere capaci di dolo non occorre sapienza politica, né esperienza amministrativa; che tutte le specialità fisiologiche della donna non fanno in essa meno lucida la percezione, né meno libero il volere; che la maggior facilità e debolezza può esser ragione per diminuire la pena, ma non già per minorarne l'imputazione". Analizza l'opinione di Pessina, similare rispetto a quella di Carrara, dal quale si distacca criticando "le osservazioni dello Spangeberg", essendo esagerato "fissare come regola generale ed assoluta una minorazione del dolo nella donna. Epperò bisognerebbe, secondo l'illustre criminalista napoletano, lasciare al prudente arbitrio del giudice, nella estensione della pena da infliggere, le potestà di tener conto della debolezza del sesso femminile, il che non escluderebbe di certo il sottoporre la donna alla stessa pena degli uomini quando si verifici il caso che il dolo femminile raggiunga il grado medesimo del dolo virile ordinario": cfr. F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 90; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale: Parte generale*, I, Tipografia Giusti, Lucca, 1868; E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Marghieri Editore, Napoli, 1882.

⁴⁸⁰ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 100.

⁴⁸¹ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 103.

della normativa in materia di aborto. Puglia in proposito afferma che “or anche il reato di aborto al pari di tutti gli altri reati, ha subito l’influenza di coto movimento scientifico, ma esso è divenuto oggetto di gravi discussioni per le circostanze tutte speciali in cui può essere perpetrato, le quali hanno reso molto difficile la determinazione non solo della classe dei reati, nella quale dev’esser collocato, ma anche delle condizioni necessarie alla sua esistenza giuridica”⁴⁸². Quanto all’espressione “effettivamente”, la prova dell’avvenuto aborto risiede nel reperimento dell’elemento materiale del reato, la cui delimitazione muta al variare della definizione del dolo specifico del reato in questione. È evidente che se quest’ultimo si rinviene nell’intenzione di uccidere il feto, l’elemento materiale del reato non può che essere la vita del feto. Ma non poche sono le difficoltà per l’accertamento della vitalità del feto, “determinazione che è ancora un *desideratum* per i biologi”⁴⁸³. Si deve piuttosto ritenere che il reo sia mosso dall’intento di distruggere una *spes vitae* più che una vita *strictu sensu* intesa, ed in ciò è necessario porre la distinzione tra l’aborto e l’omicidio⁴⁸⁴. Ci si deve chiedere quindi come definire il *limen* che distingue quella *species* di vita la cui distruzione prende il nome di aborto, e quella il cui disfacimento viene incriminato come infanticidio⁴⁸⁵. È necessario accertare quegli elementi che contraddistinguono la natura speciale della vita che si sviluppa nel grembo materno, perché ove non si conducesse questa ‘ricerca’, u-

⁴⁸² F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 103.

⁴⁸³ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 107.

⁴⁸⁴ In merito a questa distinzione lo studioso aggiunge che si cade “nell’indeterminato e nell’equivoco. Invero si parla di una possibilità di vita; ma questa possibilità può riflettere o la vita intrauterina o la extrauterina: nel primo caso la legge, punendo l’aborto, proteggerebbe un prodotto del concepimento che non si sa se abbia vita, nel secondo un prodotto, che è vivo, e che potrebbe vivere anco fuori dell’utero”: cfr. F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 107.

⁴⁸⁵ Il criminalista afferma che “cotali domande hanno una grave importanza, perché non si ignora da alcuno quanto sia vago ed indeterminato il concetto di vita in generale e molto più nella materia, di cui trattiamo, potendosi bene affermare che la mola ed il mostro siano corpi viventi, e quante gravi questioni siano sorte intorno al momento dell’animazione del feto. È abbastanza noto, che secondo i medici legisti vivere è respirare, e che quindi vi è differenza fra lo impedire ad un essere lo acquisto della vita ed il troncarli la vita acquistata, donde la celebre questione, se la strage del bambino nascente costituisca feticidio o infanticidio”: cfr. F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 108.

sando le parole di Puglia, sarebbe necessario “ammettere che quella vita non si distingue da quella dell’infante o dell’uomo sviluppato”. Ed anche quando si voglia affermare “che con l’aborto si distrugge non una vita, ma una speranza di vita”, dal momento che quest’ultima dovrebbe essere intesa come *spes vitae* extrauterina, “si richiederebbe nel reato di aborto o una vita che non è vita o altrimenti una vita non diversa da quella che è oggetto degli altri omicidi”⁴⁸⁶. Lo studioso soggiunge che “ciò ha luogo appunto in tutti gli omicidi. Infatti nell’uomo ammalato c’è la speranza di poter vivere, eppure non si è detto mai che nell’omicidio commesso in persona di un ammalato ci sia una minor quantità naturale. La possibilità di vivere o di morire è per tutti gli esseri viventi”. Da ciò deriva l’incomprensibilità della “proposizione che la vita del feto abbia un minor calore politico della vita dell’uomo. Essa condurrebbe a strane conseguenze, ad una graduazione di pena corrispondente al vario grado di vita tolta; richiameremmo in vigore concetti penali antichi, quando nello stabilire il prezzo da darsi all’offeso, tenevasi conto del sesso o del valore dell’ucciso”⁴⁸⁷.

Tutte queste problematiche inerenti al feto, alla sua vitalità e alla ricostruzione probatoria sembrano ancora attanagliare gli intelletti di giuristi e di medici legali⁴⁸⁸. La questione risiede nella volontà di non lasciare impunito un reato in forza della penuria dei mezzi a disposizione per provarne la commissione, sebbene vi sia chi la definisce soltanto una scusa per escludere la re-

⁴⁸⁶ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 110.

⁴⁸⁷ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 110.

⁴⁸⁸ “L’embriologia ci insegna che l’uomo prima di raggiungere nell’utero la forma anatomo-fisiologica sua propria passa per tutti gli stadi dell’animalità inferiore. Scrive infatti l’insigne Huxley; bisogna un lasso di tempo per potersi riconoscere il corpo umano da quello di un cagnolino. Appunto in quei rapporti in cui l’uomo in via di sviluppo differisce dal cane, rassomiglia invece alla scimmia, che al pari dell’uomo ha un sacco del torlo sferoidale ed una placenta discordale. Se questo è vero, non si può mai nei primi mesi della gravidanza discernere, se il prodotto eietto sia un feto, e molto meno se sia un feto vivo, ed allora la conseguenza è che vi è un lungo periodo della gravidanza che è fuori della protezione della legge. E se si considera ancora che a gravidanza inoltrata per tutte le ragioni sopra cennate è agevole eludere la legge e sfuggire alla pena, troveremo la spiegazione della rarità dei processi per questo reato e le rare condanne” cfr. F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 109; sulla *quaestio* inerente alla vitalità del feto si rinvia al capitolo 2 p. 14.

sponsabilità dei giuristi che preferiscono celarsi dietro la “deficienza dei mezzi di investigazione”, per non “dimostrare la necessità razionale, politica e giuridica che esso abbia per obbiettivo la vita del feto”, rispetto alla quale la mancanza di mezzi di prova è secondaria⁴⁸⁹. Tale “necessità razionale politica e giuridica” non può che rinvenirsi in un diritto ‘sociale’, alla cui tutela sarebbe vincolato lo Stato che “non deve solo tutelare gli individui esistenti, ma deve anche aver cura della conservazione della specie”⁴⁹⁰. Ciò sulla base di una nuova concezione della società, che, simile ad un organismo, “ha diritto alla vita e alla integrità”, “diritto che vien tutelato dal potere sociale, che rappresenta la mente direttrice di tutti gli organi sociali, il cervello della società. E poiché l’aborto tende ad alterare lo stato fisiologico dell’organismo sociale, perché distrugge nuove cellule sociali, che sviluppatesi concorrere potrebbero al migliore svolgimento delle funzioni sociali, così sorge nella società indiscutibilmente il diritto di punire coloro che attentano alla propagazione della specie. Da qualunque punto adunque voglia guardarsi il reato di aborto esso si presenta come un fatto umano contrario alla propagazione della specie, all’integrità dell’organismo sociale, e quindi come un fatto violatore di un diritto sociale, che forma parte del complesso dei diritti tendenti, al mantenimento della vita e dell’integrità dell’organismo sociale”⁴⁹¹. E ciò non per ragioni economiche e demografiche⁴⁹², ma piuttosto per giustificare l’intervento repressi-

⁴⁸⁹ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 116.

⁴⁹⁰ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 116.

⁴⁹¹ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 117.

⁴⁹² Puglia non trascura di esaminare la questione anche sul piano sociologico e demografico, sostenendo infatti che sotto tale prospettiva “alcune obiezioni tuttavia potrebbero farsi alle idee esposte”. “Lo avere affermato che lo Stato sia il tutore della specie potrebbe fare credere che la ragione principale per cui ci siamo spinti a ritenere il reato di aborto come reato sociale, sia stata una ragione economica, quella cioè che l’aumento della popolazione sia favorevole ad uno stato e che quindi l’aborto essendo una delle cause che, come dicea il Garnier, tendono a diminuire la popolazione, debba essere severamente punito e nel maggior numero di casi”: cfr. F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 117.

vo dello Stato “che deve proporsi la maggior possibile difesa dei diritti individuali o sociali, che potrebbero essere offesi”⁴⁹³.

L'articolo 300 non puntualizza, a differenza del precedente, la natura dolosa o colposa della condotta: sembrerebbe quindi sanzionata tale fattispecie nelle due ‘varianti’ con lo stesso trattamento sanzionatorio. In materia di aborto commesso da *extranei* Puglia distingue il reato colposo dalla diversa ipotesi di reato preterintenzionale⁴⁹⁴. Si comprende con difficoltà la scelta della commissione di richiedere che, perché si applichi il trattamento sanzionatorio più severo, la morte della donna fosse prevedibile, escludendo quindi la configurabilità, con riferimento al decesso della gestante, del reato aggravato dall'evento. Quest'ultima ipotesi criminosa opera quando la condotta, di per sé illecita, subisce un trattamento sanzionatorio più grave per il verificarsi di un evento ulteriore rispetto al fatto che già costituisce reato: tale evento (nel caso di specie la morte della donna) viene imputato all'agente come semplice conseguenza della sua omissione o, come in questo caso, dall'azione illecita (di procurato aborto). È necessario distinguere questa fattispecie criminosa da quella simile dell'omicidio preterintenzionale. Carrara ben definisce il *limen* intercorrente tra omicidio doloso, preterintenzionale e colposo affermando: “Così il diverso stato della intenzione fornisce la divisione del genere degli omicidi in tre specie distinte: doloso, preterintenzionale e colposo. E dico tre specie distinte piuttostochè tre gradi del medesimo reato, perché differiscono nello elemento essenziale del delitto, cioè nello stato della intenzione”⁴⁹⁵. Si ha omicidio doloso quando il reo causa la morte della vittima con volontà e con-

⁴⁹³ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 118.

⁴⁹⁴ Puglia sostiene che “*nel primo caso egli sarà responsabile di lesione alla persona*” mentre “*nel secondo bisogna esaminare, se lo estraneo ebbe la volontà di percuotere o ferire la donna, oppure tale volontà non ebbe, ma poteva prevedere che operando in un dato modo avrebbe potuto cagionare alla donna un danno; nel primo caso, se in seguito alle percosse o ferite, la donna abortisce, egli sarà responsabile di aborto preterintenzionale, nel secondo di aborto colposo*”: cfr. F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 122.

⁴⁹⁵ F. CARRARA, *Programma di corso di diritto criminale, Parte Speciale*, I, Tipografia Giusti, Lucca, 1868, p. 103.

sapevolezza; il reo risponde per colpa quando la morte è conseguenza involuta e non prevedibile della sua condotta; l'agente è incriminato di omicidio preterintenzionale quando la morte della donna è conseguenza non voluta della condotta (in questo caso abortiva) del reo⁴⁹⁶. In quest'ultimo caso è indispensabile accertare il nesso di causalità sussistente tra l'evento più grave della morte e la condotta dell'agente diretta a provocare una lesione meno grave di percosse, allo scopo di accertare se la morte derivi da cause sopravvenute da sole sufficienti a produrla. Nel caso di specie secondo Puglia non "può dirsi, che col procurare l'aborto, anche quando danno non si avveri per la donna, vi è sempre il pericolo che essa ha corso, che giustifica la incriminazione, perché noi versiamo in tema di reato materiale ed affinché il pericolo corso possa costituire ciò che dicesi forza fisica oggettiva del reato, bisogna che il delinquente procurando l'aborto abbia avuto la intenzione di uccidere la donna e danneggiare la sua salute"⁴⁹⁷, sebbene Puglia sottolinei come vi sia chi, come Pessina, sostiene che l'individuo umano ha diritto ad essere indenne non solo dal danno ma anche dal pericolo del danno, e conseguentemente è illecita non solo la condotta lesiva, ma anche quella potenzialmente lesiva della persona, facendo arretrare la tutela giuridica alla fase del pericolo⁴⁹⁸.

L'articolo 301 contiene un'importante innovazione rispetto al passato, facendo derivare dalla qualità di esercente attività sanitarie non soltanto un più grave trattamento sanzionatorio, ma anche l'interdizione dall'esercizio della professione, prevista, tra i codici preunitari, soltanto da quello toscano⁴⁹⁹. La condotta abortiva è lecitamente realizzata, tuttavia, se indotta dalla "necessità

⁴⁹⁶ F. CARRARA, *Programma di corso di diritto criminale, Parte Speciale*, cit., p. 130.

⁴⁹⁷ F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 132.

⁴⁹⁸ Cfr. E. PESSINA, *Limiti al diritto di difesa*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano: Raccolta di Monografie*, V, Società editrice Libraiia, Milano, 1904, p.156; ID, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 186; cfr. F. PUGLIA, *Studi critici*, cit., p. 136.

⁴⁹⁹ L'articolo 324 del codice penale toscano statuisce: "Quando l'aborto sia stato procurato da un altro, mediante abuso di un'arte, che richiada matricola, il delinquente cui debba decretarsi una pena inferiore all'ergastolo, soggiace ancora all'interdizione dell'esercizio della sua professione da due a cinque anni".

riconosciuta di salvare in tal maniera la vita della donna”. L’espressione “riconosciuta”, piuttosto singolare, desta delle perplessità in merito alla sua interpretazione, non essendo chiaro se si debba imputare allo stesso medico (che deve discrezionalmente, benché si tratti di discrezionalità squisitamente ‘tecnica’, valutare lo stato di gravità delle circostanze) o se ci si riferisca piuttosto ad un apprezzamento obiettivo, fondato sull’orientamento ordinariamente seguito dal medico in casi simili a quello di specie⁵⁰⁰. Tale disposizione è stata dibattuta dalla Commissione ministeriale, soprattutto con riguardo alla sanzione della interdizione piuttosto che della decadenza dai pubblici uffici, e in merito alla prova della scriminante della salvezza della donna⁵⁰¹.

La scusante d’onore dell’articolo 302 appare decisamente innovativa rispetto a quella dei codici preunitari, in quanto, senza porre riferimento alla natura legittima-illegittima del feto, opera “per salvare l’onore proprio e della propria famiglia”. Si tratta di una disposizione che desta interesse nella Commissione, che fa notare l’importanza, riconosciuta dalla giurisprudenza, di “determinare in modo indiscutibile i componenti della famiglia”, data la polivalenza del concetto di ‘famiglia’⁵⁰².

⁵⁰⁰ Crivellari sottolinea la natura spinosa della questione inerente i “*limiti del potere ostetrico in questo terribile bivio*”, sulla quale “*molto si è disputato dai teologi e dai medici*”, distinguendo le possibili soluzioni a seconda della prospettiva impiegata: “*sotto il punto di vista giuridico non potrebbe esonerarsi da ogni rimprovero il chirurgo che affidasse il grave giudizio ai soli propri lumi ed osservazioni; ma quando maturi consulti decidano essere inevitabile alla vita della madre il sacrificio del feto, il giurista non può trarre elemento né di dolo né di colpa*”: cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 679.

⁵⁰¹ “*Notò la Commissione avere alcune Corti proposto di sostituire all’interdizione la decadenza dai pubblici uffici. Considerando però che, ove fosse inflitta la pena della reclusione, la decadenza ne sarebbe già una conseguenza; e che nei casi in cui fossero inflitte pene minori, essa non sarebbe proporzionata al fatto, ritenne sufficiente la interdizione, e ne determinò il minimo a cinque anni. Quanto al § 2, volendosi evitare gli abusi che potrebbero derivare dalla disposizione che vi è giustamente adottata; ove non fosse circondata da efficaci guarentigie, reputò opportuno di attribuire espressamente, a chi ne vuole invocare il favore, l’obbligo della prova di avere agito nel fine di salvare la vita della donna; credette poi conveniente di aggiungere, che la vita debba essere stata posta in pericolo dalla gravidanza o dal parto*” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 699.

⁵⁰² “*Fece constare la Commissione avere qualche Corte reputata la necessità di determinare in modo indiscutibile i componenti della famiglia, per gli effetti di questo articolo. Tale necessità, secondo la Commissione, è*

L'articolo 325 prevede invece, in materia di infanticidio, che la scusante operi se la madre o altri, eccettuati i complici di cui all'articolo 62 n.1, agissero “per salvare l'onore o sottrarsi a sovrastanti sevizie”. Nella seduta del 18 aprile 1868 Carrara, esponendo le opinioni degli scrittori circa la nozione di questo reato, disse che “taluni considerano la pressione morale che sulla partorientente illegittima esercita il timore della vergogna; e per essi l'infanticidio non può verificarsi che sopra un neonato illegittimo, e solo quando il fine della uccisione di infante è quella di salvare l'onore proprio o della famiglia, a cui la madre appartiene. Ogni altra uccisione di infante rientra nella categoria degli omicidi comuni⁵⁰³”.

Come afferma Crivellari, la scusante d'onore costituisce il punto di incontro in cui convergono le tre fattispecie criminose di infanticidio, aborto procurato ed esposizione dei fanciulli⁵⁰⁴, in dipendenza delle quali la scriminante deve operare nei confronti non solo della donna ma anche di coloro che sono spinti dallo stesso proposito di salvare l'onore della gestante⁵⁰⁵. Crivellari

*evidente, avuto riguardo al diverso significato che può essere legalmente dato alla parola famiglia, ed alla diversa applicazione che potrebbe avere nella pratica: perciò vi sostituì la indicazione di quelle persone le quali per vincolo immediato di sangue, procurando l'aborto, sono tratte dallo stesso sentimento di onore della famiglia e dallo stesso bisogno di tutelarlo. Inoltre, richiamandosi ai principi seguiti nella classificazione delle pene, la Commissione reputò che non sarebbe esatto mantenere pei colpevoli del procurato aborto per cause di onore, le pene della reclusione e della prigionia, e vi sostituì la relegazione e la detenzione” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 700.*

⁵⁰³ G. CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, I, Unione Tipografica Editrice, Roma, 1889, p. 535.

⁵⁰⁴ L'esposizione di fanciulli è così definita da Carrara: “*Alla generica denominazione di esposizione o abbandono possono far capo quattro ipotesi differentissime. Può essersi esposta o abbandonata la creatura impotente col fine di dargli morte (...). Può essere stata diretta al fine meno pravo di liberarsi dalle cure della creatura impotente, o di distruggere le tracce dei rapporti della medesima verso una data persona (...). Può non essere stata diretta alla morte, e non averla menomamente cagionata; ma soltanto essere stata diretta a liberarsi dalle cure dovute all'impotente derelitto, o a troncane le vestigia del fatto che ne procurò la esistenza (...). Può finalmente la esposizione o abbandono essere diretto al fine speciale di togliere alla creatura il nome e i diritti patrimoniali che a lei dà la sua pertinenza ad una data famiglia*”: cfr. F. CARRARA, *Programma di corso di diritto criminale, Parte Speciale*, II, cit., pp. 14 – 17.

⁵⁰⁵ Crivellari puntualizza che “*se il sentimento dell'onore può parlare prepotentemente al cuore della madre del bambino o di un prossimo parente di lei, al marito, ai genitori, ai fratelli, certo non può fare altrettanto verso un estraneo; e la estensione del beneficio condurrebbe a pericolose conseguenze; forse ad una sistematica minorazione della pena per la comoda asserzione, d'altronde non facilmente, meno poi con pro-*

distingue compiutamente la madre nelle tre fattispecie criminose: l'infanticida, "indotta ad uccidere il frutto delle sue viscere, più che da animo raro, dal desiderio di togliere agli occhi del mondo un testimoniao del suo fallo", che "ha sempre aspettato forse nella speranza che la stessa natura le fosse propizia e le facesse espellere il feto morto dall'alvo, ma quando nel travaglio del parto ha inteso i vagiti della sua creatura, la assalse il timore che il suo fallo fosse scoperto, e le ha tolto la vita"⁵⁰⁶; la donna che abortisce, "che, forse meno pietosa, ma certo dominata dallo stesso impulso del timore, ed anche più prepotente, non aspetta il parto, non aspetta l'aiuto della natura, ma vuole evitare che la turgidezza del ventre la scopra, uccide il feto, mentre lo accoglie tuttora nell'alvo, non curando il pericolo che può incogliere la sua stessa esistenza"⁵⁰⁷, ed "una terza madre, certo più pietosa delle altre due, che rifugge dall'uccidere il frutto del suo fallo mentre lo alberga nel seno, non ha il coraggio di soffocarlo quando ne intende i vagiti, ma dominata dall'identico sentimento di difendere il proprio onore, lo avvolge in tepide fasce e lo espone in certa località, non perché vi incontri la morte, ma perché una persona qualsiasi filantropicamente lo raccolga"⁵⁰⁸.

Sull'articolo 325 i sotto – commissari Ambrosoli e Tolomei hanno proposto, in sede di lavori preparatori, "come elemento costitutivo dell'infanticidio la circostanza che dalla madre o da altri, eccettuati i complici indicati nel n.1 dell'articolo 62, fosse commesso nel fine di salvare l'onore o di sottrarsi a sovrastanti sevizie"⁵⁰⁹, proposta criticata dal commissario Carrara, per il quale l'unico presupposto fondante la scusante doveva essere quello della "pressione che esercita la idea del disonore, che può servire di base alla speciale sanzione sull'infanticidio; la quale pressione morale però non può con-

fitto oppugnabile, che si è agito così crimosamente per tutelare l'onore della donna": cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, II, cit., pp. 481 e 482.

⁵⁰⁶ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 480.

⁵⁰⁷ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 480.

⁵⁰⁸ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 480.

⁵⁰⁹ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, II, cit., p. 486.

correre durante la condizione del parto e verificarsi invece anche dopo. Per queste osservazioni (Carrara) propose che il Progetto si attenga al solo concetto del fine di salvare l'onore⁵¹⁰.

La Commissione ha aderito alla mozione del commissario Carrara, rigettando la proposta di Ambrosoli e Tolomei⁵¹¹.

⁵¹⁰ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, II, cit., p. 486.

⁵¹¹ “La Commissione aderì alla proposta; ma si sollevò il dubbio riguardo ai complici ed agli autori dell’infanticidio che non siano la madre od agiscano senza il consenso di lei; e si deliberò di omettere ogni distinzione fra la madre ed altri della famiglia che commettano o concorrano a commettere il malefizio, dacchè è stabilita la caratteristica del movente nel fine di salvare l’onore proprio o della famiglia. Ciò ho più diffusamente narrato trattando dell’infanticidio, ove ho pure riferito il testo della disposizione contenuta nel Progetto 17 maggio 1868” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, II, cit., p. 486.

8. I PROGETTI BORSANI E DE FALCO

Il progetto Borsani, presentato il 15 aprile 1870, presenta una collocazione sistematica dell'aborto differente rispetto a quella seguita dal precedente progetto Pisanelli: la commissione⁵¹², che elabora questo progetto sulla base delle determinazioni assunte nelle sedute del 28 e 30 dicembre 1868, preferisce inserire l'aborto nei reati contro il pudore e l'ordine delle famiglie, mantenendo tuttavia, sul piano del tenore letterale, l'impostazione seguita nel 1868. Gli articoli da 324 a 326 riproducono infatti quasi integralmente gli 'ex' articoli 299-301, eccetto poche e 'irrilevanti' modifiche⁵¹³. La vera innovazione si rinviene nell'articolo 327, che rispetto all'articolo 302 presenta un importante *aliquid novi*: quello della definizione analitica dei componenti familiari per i quali opera la scriminante d'onore⁵¹⁴. Giovanni De Falco, coredattore del progetto

⁵¹² La Commissione della Camera era composta dai deputati Giuseppe Borsani, Massimiliano Martinelli, Giuseppe Giacomo Costa e Filippo Ambrosoli. Il progetto è lasciato cadere con la X legislatura il 2 novembre 1870.

⁵¹³ L'articolo 324 riproduce testualmente l'articolo 299 del progetto Pisanelli, per il cui testo si rinvia a p. 135; l'articolo 325 presenta identità di testo con l'articolo 300 del progetto del 1868, con la sola sostituzione della parola "*relegazione*" con "*reclusione*" al primo comma, ed al secondo comma in caso di avvenuto aborto il limite minimo della reclusione è portato a otto anni, e in caso di aborto tentato o mancato invece della prigionia è comminata la reclusione da cinque a sette anni; viene inoltre meno l'espressione "*sempre*" con riferimento alla prevedibilità della morte della donna, e il trattamento sanzionatorio della reclusione da undici (anzichè da dieci) a quindici anni se l'aborto è realizzato col consenso della donna, e da sedici a venti, se è commesso senza o contro il consenso di lei, o se sono stati adoperati mezzi diversi da quelli a cui essa aveva acconsentito; viene poi aggiunto un quarto comma, che asserisce: "*Se il colpevole è il marito, le dette pene sono aumentate di un grado*"; l'articolo 326 differisce dall'articolo 301 in quanto sono eliminate le parole "*con abuso della loro professione*", mentre l'interdizione dall'esercizio della professione, fissata tra un minimum di cinque ad un maximum di dieci anni, è limitata al solo caso che la pena applicata sia la relegazione o la prigionia; il secondo comma diverge poi dal corrispondente secondo comma dell'articolo 301 per la sostituzione dell'espressione "*quando abbiano procurato l'aborto*" con "*quando giustifichino di avere agito*" per la necessità riconosciuta di salvare in tal maniera la vita della donna.

⁵¹⁴ "*Nella seduta del 30 dicembre 1869 si espone in seno della Seconda Commissione, che qualche Corte aveva notato la necessità di determinare, in modo indiscutibile i componenti della famiglia, per gli effetti di quest'articolo. Tale necessità è evidente, si notò, avuto riguardo al diverso significato che può essere legalmente dato alla parola famiglia, ed alla diversa applicazione che potrebbe avere nella pratica. Perciò venne nel divisamento di sostituirci la indicazione di quelle persone, le quali per vincolo immediato di sangue, procu-*

Pisanelli, viene poi nominato guardasigilli e promuove a sua volta nel 1873 un progetto di codice penale, che disciplina l'aborto negli articoli 420-426, dedicando ben sei disposizioni a tale fattispecie criminosa. L'articolo 420 si differenzia dai suoi archetipi – ed anche dai suoi 'successori' – per l'analitica definizione dei mezzi abortivi, distinti in “alimenti, bevande, medicinali, con violenza ed altro mezzo qualunque”⁵¹⁵; l'articolo successivo incrimina la condotta abortiva della donna su se stessa; l'articolo 422 prevede l'ipotesi del reato aggravato dall'evento morte della donna⁵¹⁶; l'articolo 423 si occupa della condotta abortiva qualificata dallo *status* di esercenti attività sanitarie⁵¹⁷; l'articolo 424 statuisce la scriminante della salvezza della vita della donna⁵¹⁸; la disposizione successiva prevede la scusante della salvezza della vita della gestante; l'articolo 426 regola il tentativo di procurato aborto commesso da *extranei*⁵¹⁹.

*rando l'aborto, sono tratte dallo stesso sentimento di onore della famiglia e dallo stesso sentimento di onore della famiglia e dallo stesso bisogno di tutelarlo. Inoltre, richiamandosi ai principi seguiti nella classificazione delle pene, reputi che non sarebbe esatto mantenere per i colpevoli di procurato aborto per causa d'onore le pene della reclusione e della prigionia, e pensò di sostituirvi la relegazione e la detenzione” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, II, cit., p. 492.*

⁵¹⁵ L'articolo 420 dispone: “Chiunque con alimenti, bevande, medicinali, con violenza od altro mezzo qualunque, abbia fatto seguire l'aborto di una donna, che non vi abbia acconsentito, è punito con la reclusione da cinque a sette anni e col carcere da due a cinque anni, se la donna abbia prestato il suo consenso”.

⁵¹⁶ Gli articoli 421 e 422 statuiscono rispettivamente: “La donna che da se stessa si sarà procurato l'aborto od avrà acconsentito a far uso dei mezzi per quali è avvenuto, è punita con la relegazione da cinque a sette anni”; “Qualora dai mezzi adoperati nel fine di procurare l'aborto o dal fatto dell'aborto, sia derivata la morte della donna, il colpevole è punito con la reclusione da sette a dieci anni se l'aborto fu procurato con il consenso di lei e coi lavori forzati da dieci a quindici anni, se non vi fu consenso. O se furono adoperati mezzi diversi da quelli consentiti?”.

⁵¹⁷ L'articolo 423 asserisce: “I medici, i chirurghi e i farmacisti, le levatrici che abbiano scientemente indicati, somministrati od adoperati i mezzi per quali è seguito l'aborto, sono puniti con le pene stabilite negli articoli precedenti per gli autori del reato, le quali potranno anche essere accresciute di un grado, e vi si agguincherà la interdizione della propria professione per egual tempo”.

⁵¹⁸ L'articolo 424 dispone: “Le persone indicate nel precedente articolo sono esenti da pena, quando giustificano di avere agito per salvare la vita della donna, messa in pericolo colla gravidanza o dal parto”.

⁵¹⁹ Gli articoli 425 e 426 asseriscono: “Se l'aborto fu procurato per salvare il proprio onore o quello della propria famiglia, le pene stabilite nei precedenti articoli saranno diminuite di un grado, e quella della reclusione e del carcere potranno commutarsi nella relegazione e detenzione”; “Il tentativo di procurato aborto commesso da altri che dalla stessa donna, è punito con le pene inflitte al reato consumato, diminuite di due a tre gradi?”.

Il tenore letterale della scusante dell'articolo 425 non differisce da quella di cui all'articolo 462 dell'infanticidio commesso per salvare l'onore proprio, o “quello della moglie, della figlia o della sorella”⁵²⁰.

⁵²⁰ L'articolo 462 recita: “*Il colpevole di infanticidio commesso per salvare il proprio onore o quello della moglie, della madre, della figlia o della sorella, è punito con la relegazione da dieci a quindici anni*”.

9. IL PROGETTO VIGLIANI

Il 24 febbraio 1874 viene elaborato un progetto di codice penale da parte del guardasigilli Paolo Onorato Vigliani, più curato rispetto a quelli precedenti, composto di due libri, dedicati rispettivamente alla parte generale e speciale. L'accuratezza e la perspicacia del lavoro di Vigliani sono lodate da Francesco Carrara, il quale non manca di affermare che “se il progetto di codice penale presentato al Senato dallo illustre Guardasigilli Vigliani, fosse uno di quei tanti progetti che fecondati all'uggia del codice penale francese e nati senza vertebra non hanno diritto a vivere, né speranza di vita, sarebbe vanità formarne argomento di studi. Ma il progetto Vigliani è un progetto serio, è il riassunto dei tentativi fatti in Italia negli ultimi dieci anni, è ricco di alcune bellissime idee; moltissime cose eccellenti contiene; e molte che, quantunque altri potesse desiderarle migliori, pur sono accettabili. Esso ha tutta la probabilità di divenire il tipo del futuro codice penale unico della penisola; che tanto si vagheggia quasi complemento della nostra unificazione”⁵²¹. Al guardasigilli Vigliani Carrara attribuisce il merito di aver chiesto la collaborazione degli studiosi di ogni dove, dando vita ad un vero e proprio “plebiscito di criminalisti italiani”⁵²². All'appello di Carrara, che ripropone l'invito di Vigliani, risponde Giuseppe Gallo con le seguenti parole: “In una lettera diretta al professore Carrara, somma illustrazione vivente nel campo penale, trascrissi la sentenza del Perticari “le opere dei piccoli cadono sotto la potestà dell'oblio dal momento stesso che veggono la luce”: la quale si sente ancora ripetere ai tempi presenti a sconforto di quelli che possono essere animati da buone intenzioni nel fine di portare, lavorando, in qualsiasi modo il loro tributo alla scienza sic-

⁵²¹ F. CARRARA, *Pensieri sul progetto del codice penale italiano del 1874*, Giuseppe Pellas Editore, Firenze, 1874, p. 5.

⁵²² F. CARRARA, *Pensieri sul progetto*, cit., p. 6.

ché non avrei neanche osato di scrivere, comunque con deboli forze, queste osservazioni sul progetto del codice penale, se non avesse ei nel giornale delle Leggi di Genova fatto a tutti appello per concorso all'opera; sì come avea praticato pria l'illustre guardasigilli Vigliani, con rara modestia, spregiando il vieto motto *sint ut sunt* che assorbe le leggi del progresso e quella mia lettera, con la quale al lodato Professore chiedeva del pari consiglio e lumi, ebbe la risposta seguente, incoraggiamento a proseguire”⁵²³.

In materia di procurato aborto non si avvertono delle consistenti varianti rispetto alle formulazioni dei progetti antecedenti: la disciplina dedicata a questa fattispecie delittuosa è collocata negli articoli 357 – 360, che differiscono dalle precedenti disposizioni solo sotto l'aspetto sanzionatorio, mantenendosi intatto il dettato normativo⁵²⁴. Al progetto sono state tuttavia apportate delle modifiche dalla commissione senatoria, che nell'articolo 358 sopprime l'espressione “o con mezzi diversi da quelli a cui essa aveva acconsentito”, nell'articolo 359 dopo la parola ‘farmacisti’ aggiunge “e loro assistenti ed aiuti, e i fabbricanti di prodotti chimici”, e nell'articolo 360 aggiunge alla parola ‘figlia’ l'espressione ‘anche adottiva’. Si tratta di modifiche non trascurabili, con particolare riferimento all'estensione dell'aggravante di esercizio di professione sanitaria anche agli assistenti e ai collaboratori, prima inspiegabilmente impuniti, e la locuzione ‘anche adottiva’, esprimendo lo sviluppo della concezione

⁵²³ G. GALLO, *Osservazioni su vari articoli del progetto del codice penale*, Tipografia Romeo, Reggio Calabria, 1874, p. 3.

⁵²⁴ L'articolo 357, identico al corrispondente articolo 324 del Progetto Borsani, differisce da quest'ultimo solo per il limite massimo della “*relegazione*”, ridotto a sette anni. L'articolo 358 primo comma presenta il medesimo dettato dell'articolo 358, salvo la riduzione del limite massimo della reclusione a sette anni; il secondo comma mostra come unica variante quella della prigionia (maggiore di tre anni) per l'aborto mancato o tentato; il terzo comma muta per la reclusione fissata ad undici e a quattordici rispettivamente in caso di aborto “*con effetto*” o tentato; il quarto comma non rivela nessuna variazione. L'articolo 359 al primo e secondo comma è conforme all'articolo 326 del progetto del 1870, salvo che nel caso di condanna alla prigionia si aggiunge la sospensione dai pubblici uffizi (e non l'interdizione dall'esercizio della professione) da cinque a dieci anni; l'articolo 360 conferma l'articolo 327 del Progetto Borsani, mutando solo la riduzione di pena consentita, la quale, invece che di un grado, è da uno a due gradi.

sociale del nucleo familiare e della filiazione ‘non naturale’. Come afferma infatti il civilista Gian Pietro Chironi “oggi la famiglia è stata ricondotta sulle sue basi naturali e sodali; non vi ha più alcuna distinzione a fare fra la famiglia naturale (cognazione) e la famiglia civile (agnazione); poiché l’agnazione ha perduto già da gran tempo ogni importanza giuridica, col venir meno di quelle ragioni storiche, onde la famiglia veniva riguardata non come organismo sociale ed etico ma principalmente come istituto politico”⁵²⁵. Si parla quindi di parentela naturale cui si aggiunge quella ‘artificiale’ o “legale, nascente dall’adozione: la parentela spirituale, derivante dal battesimo e dalla cresima, non produce infatti effetti civili: l’adozione stabilisce fra due persone una parentela civile che produce rapporti analoghi a quelli derivanti dalla reale paternità legittima”⁵²⁶. Nella relazione al progetto senatorio del 25 maggio 1875 Borsani spiega che con riguardo al “concorso di terza persona nel reato” “le regole principali stabilite in quest’ultimo articolo, riposano sulla distinzione fra l’aborto procurato insciente la donna o contro la volontà di lei; e l’aborto procurato sciente essa consenziente. Se non che, nel caso in cui dal fatto dell’aborto o dall’uso dei mezzi per procurarlo, sia derivata la morte della paziente, il §3 dell’articolo attribuisce gli stessi effetti al dissenso della donna sulla fine dell’aborto e al dissenso sui mezzi: La donna voleva l’aborto, ma con mezzi da essa designati: chi l’assisteva, adoperò mezzi diversi, e ne è seguita la morte: la pena riceve lo stesso aggravamento come se l’aborto fosse stato procurato contro la volontà di lei. Qual è la ragione di questa non nuova, ma pur singolare disposizione? Quando l’aborto è provocato per volontà della donna e nei modi dalla stessa scelti od accettati, la parte dell’esecutore è quella di un materiale istromento: l’esecutore invece che usa mezzi non voluti dalla paziente, commette un vero attentato contro l’integrità personale di questa e deve

⁵²⁵ G. P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1888, p.43.

⁵²⁶ G. P. CHIRONI, *Istituzioni*, cit., pp. 39 e76.

subirne la penale conseguenza”⁵²⁷. Si tratta tuttavia di un emendamento che ha incontrato lo sfavore della gran parte della commissione, che “non ha saputo capacitarsi di questi argomenti, ed ha seguito il criterio più semplice che il dissenso sui mezzi è insignificante contro il consenso sul fine”. Con riferimento agli articoli 359 e 360 Borsani commenta le scelte della Commissione, approvando la più completa nomenclatura dei soggetti rientranti nell’aggravamento di pena in quanto esercenti attività sanitarie e l’estensione della scusante d’onore anche per la figlia adottiva, affermando che “la Commissione mette in più la figlia adottiva e avvalora il suo deliberamento sulla legge dell’umana affettività”⁵²⁸. Nella tornata del 15 aprile 1875 la commissione senatoria ha affrontato il dibattito sulle modifiche – sopra accennate – da apportare al progetto. Non tutte le proposte dei senatori si sono infatti trasformate negli emendamenti sopra riportati. Il senatore Maggiorani, ad esempio, si è espresso per la soppressione del termine “effettivamente” e per una mitigazione della condanna per la donna *ex* articolo 357⁵²⁹. Il Senatore Borsani

⁵²⁷ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 702.

⁵²⁸ “L’articolo 359 aumenta la pena dell’aborto quando è procurato dai medici, dai chirurghi, dalle levatrici o dai farmacisti. La nuova formola avrà per effetto la completa nomenclatura degli imputabili soggetti all’aggravamento della pena, coerentemente al progetto di Codice sanitario già approvato dal Senato: secondo cui la responsabilità penale degli abusi occorsi nell’esercizio della farmacia è comune ai farmacisti, ai loro assistenti od aiutanti ed ai fabbricatori dei prodotti chimici. L’articolo 360 ammette diminuzione di pena nei casi in cui l’aborto sia stato procurato per salvare l’onore proprio o della moglie, della madre, della sorella, della figlia; la Commissione mette in più la figlia adottiva e avvalora il suo deliberamento sulla legge dell’umana affettività” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 703.

⁵²⁹ “Il Senatore Maggiorani: io propongo di togliere dall’articolo l’avverbio effettivamente perchè la frase procurato aborto, vuol dire aborto con effetto; aborto procurato è il contrapposto di aborto accidentale, sicchè deve essere stato seguito da effetto. Questo avverbio non solo è superfluo, ma vale ancora ad indurre in errore giacchè può far credere che aborto procurato sia sinonimo di tentato: Infatti anche in altro articolo del Codice, nel 360, si dice: “Nel caso di aborto provocato per salvare l’onore proprio o della moglie, della madre, della figlia, o della sorella, ecc.; non è usato l’avverbio effettivamente e si intende che l’aborto debba essere seguito; quindi, come dissi; lo trovo superfluo e potrebbe anche essere causa di errore. Avevo anche proposto di mitigare la pena nella donna; poichè è noto come nella gestazione il sistema nervoso porgasi grandemente eccitabile, e come questo periodo fisiologico sia atto a provocare perturbazioni dell’animo più o meno durevoli, specie se trattasi di gravidanza illegittima, come suole avvenire in causa di aborto procurato. Quindi una condizione attenuante. Osserverò pure che le parole mezzi interni o esterni adoperate nell’articolo non mi paiono utili, poichè l’usare mezzi interni od esterni non en cambia la qualità, purché questi siano idonei a provocare l’aborto; che siano interni od esterni questo non altera punto la natura del reato. La donna che si

ha ritenuto convincente solo la prima delle due proposte, affermando infatti che quanto alla idoneità dei mezzi non pare conveniente l'enunciarla, perché questi è una condizione necessaria essenziale di ogni reato; e tale anzi, che senza di essa non vi sarebbe reato; e perciò l'uso di mezzi idonei a produrre l'aborto, non costituirebbe neppure il tentativo. La proposta aggiunta non varrebbe che a generare, un concetto non giuridico, non esatto. Perciò a questa seconda parte dell'emendamento dell'onorevole Maggiorani, la Commissione non può aderire”.

Il senatore De Filippo ha proposto invece che si sopprimessero le parole “effettivamente” e “mezzi interni ed esterni”⁵³⁰, raccogliendo il consenso dei senatori Eula e Pescatore⁵³¹, e non del senatore Maggiorani, che invece ha insistito, invano, sull'importanza del termine “idonei”⁵³².

procura l'aborto con mezzi idonei scientemente adoperati da lei o da altri col suo consenso, è punita, ecc.” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 704.

⁵³⁰ “Il Senatore De Filippo spiegò il concetto dell'onorevole Maggiorani: Io trovo superfluo – egli osservò – dire con mezzi interni ed esterni, poiché si comprende che qualunque sia il mezzo esterno o interno, una volta che l'aborto è procurato, il misfatto è commesso. Quindi si potrebbe dire: “La donna che con mezzi scientemente adoperati, da sé o da altri, col suo consenso si procura l'aborto, è punita con la relegazione da cinque a sette anni. È chiaro, che così formulato l'articolo, si raggiunge meglio l'intento, sopprimendo la parola “effettivamente” e le altre “con mezzi interni ed esterni”; esso esprime perfettamente lo scopo che si deve raggiungere, senza rimettervi parole, le quali, non solo sono superflue, ma potrebbero ingenerare dubbi anziché maggiore chiarezza. Il Relatore Borsani disse di avere inteso di respingere la formola dei mezzi idonei e nulla di più, che non era accettabile. Ridotta la proposta nei termini esposti dall'onorevole De Filippo non ha difficoltà ad accoglierla” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 704.

⁵³¹ “Il Senatore Eula: Volevo fare le stesse osservazioni dell'onorevole De Filippo, conoscendo io pure che le parole con mezzi esterni ed interni sono affatto superflue, propongo di formulare l'articolo come segue: “La donna, che con qualunque mezzo scientemente adoperato da lei o da altri col suo consenso, si è procurato l'aborto, è punita con la relegazione da cinque a sette anni. Questa redazione soddisferà anche al desiderio espresso dall'onorevole Maggiorani, a cui parve inutile l'avverbio effettivamente, che si legge nel Progetto. Mutando il tempo presente si procura, nel passato si è procurato, si può fare senza dell'avverbio medesimo perché rimane abbastanza chiaro non essere il reato consumato se non quando l'aborto sia effettivamente avvenuto; che, se non ebbe luogo, resterà ad esaminare se i mezzi praticati erano idonei a procurarlo, ed in caso affermativo vi sarà reato tentato”; Il Senatore Eula osservò che l'onorevole relatore ha egregiamente dimostrato non occorrere punto che si faccia cenno nell'articolo della idoneità dei mezzi; e non ha che a riferirsi alle di lui Osservazioni. Si dice dall'onorevole Maggiorani - egli soggiunse – che una donna od altri sforzi di procurare l'aborto e che questo avvenga di fatto, ma non per effetto di mezzi impiegati sebbene per causa naturale o fortuita. Ed io in questo caso, vorrete voi ritenere che vi sia stato reato? No, rispondo, non vi è reato di sorta; è chiaro, né occorre farne oggetto di un'espressa dichiarazione di legge, che se risulterà che taluno abbia manifestato l'intenzione di far seguire l'aborto, il quale sia poscia avvenuto, primo ufficio del

In merito all'articolo 358 la Commissione ha proposto la cancellazione delle parole "o con mezzi diversi da quelli a cui essa aveva consentito" in antitesi alla proposta dell'onorevole Maggiorani che invece consiste nel sostituirla con la diversa espressione "o con mezzi più pericolosi di quelli", di modificare la disciplina di aborto mancato, di inserire degli ulteriori emendamenti⁵³³.

*giudice dovrà essere quello di accertare quale ne sia stata la vera causa, e quindi di vedere se la medesima debba ascrivere ai mezzi impiegati dall'agente; venendo col soccorso della scienza medica a constare che questi erano inefficaci allo scopo, avrà colui peccato innanzi a Dio col formare un sinistro disegno, ma non avrà commesso un'azione punibile dalla legge umana, perché il fatto fu indipendente dall'opera sua. Se l'aborto non seguì non lo si potrà nemmeno imputare di tentativo, essendo ben noto in diritto che un atto non sia idoneo alla consumazione del reato, non lo si può ritenere quale un principio di esecuzione; e non può perciò costituire un reato tentato. Il Senatore Pescatore: l'Onorevole Commissario Regio mi ha prevenuto. Diffatti, se l'aborto è fortuito è chiaro che non è procurato; la fraseologia dei criminalisti contrappone l'uno all'altro. Quando si è dimostrata la insufficienza dei mezzi, non è un aborto procurato; è dimostrato che fu un aborto fortuito. Per rendere, se fosse possibile, anche più chiara la cosa, suppongo una donna superstiziosa, anzi superstiziosissima, la quale creda che si può procurare l'aborto recitando, non so quali versi, coll'arte magica, adoperando certi riti occulti; ebbene, questi versi furono recitati in quel modo che l'arte magica prescrive; questi riti furono adoperati; avviene l'aborto. Naturalmente in questo caso l'aborto fortuito, perché l'insufficienza dei versi, dei riti dei mezzi superstiziosi adoperati è manifestissima a procurare l'aborto; ma si potrà trovare un giudice al mondo che muova un processo alla donna per titolo di aborto tentato? Dunque resta sempre aperta la questione sulla sufficienza e insufficienza dei mezzi; ma è questione generale; non accade farne menzione speciale; è la questione generale del tentativo del reato impossibile: sta, secondo me, benissimo quello che il Commissario Regio osservava, che questa menzione non solamente sarebbe inutile ma pericolosa, perché, facendola qui, bisogna adoperarla in tutte le altre parti del Codice, dovunque si tratta di mezzi, per non incorrere nel sospetto che, inclusio unius sit exclusio alterius. L'idoneità è sempre presupposta" cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 704.*

⁵³² "Non insisterei sul vocabolo "idonei", ma chiedo il permesso di difenderlo dal punto di vista scientifico. A determinare l'aborto possono adoperarsi dei mezzi insufficienti a conseguire l'intento, ovvero dei farmaci potenti a produrlo. Si dice perciò che i primi non sono mezzi idonei e che lo sono i secondi. E poiché non è raro che la donna abortisca fortuitamente, quantunque abbia usato in precedenza degli artifici diretti a tal fine, così il medico chiamato a giudicare sulla causa del fatto trova l'occasione di apprezzare il grado di efficacia dei mezzi usati, e dichiara se essi fossero idonei a produrre l'aborto, oppure non lo fossero; nel qual caso l'aborto si riguarda come fortuito. Non si sa con certezza se l'aborto è stato procurato o fortuito, se siano ignoti i mezzi di cui si è servita la donna. Può avvenire talvolta che il medico, consultato in proposito, le somministri pillole inerti; poniamo di mollica di pane, e pure la preoccupazione e l'eccitamento dell'animo concorrono a favorire l'aborto. Intanto il perito dichiara che esso fu accidentale, perché non furono adoperati mezzi idonei" cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 704.

⁵³³ "L'onorevole Maggiorani propone che si emendino tutti i quattro paragrafi nel modo seguente: "Chiunque ha procurato l'aborto ad una donna coll'assenso di essa, è punito, ecc. Chi ha procurato l'aborto con mezzi idonei senza l'assenso, e contro la volontà della donna è punito, ecc. È reo di aborto tentato chi abbia scientemente adoperati mezzi capaci a produrlo, quantunque nella fattispecie essi siano rimasti senza effetto. L'aborto tentato è punito, ecc. Qualora dai mezzi... (come nel testo, sostituendo in fine), o con mezzi più pericolosi di quelli a cui essa aveva acconsentito". In materia di mancato aborto: "Quanto all'ultimo mio emendamento, una volta che si sopprimano le parole o con mezzi diversi da quelli in a cui essa aveva

La mozione del senatore Maggiorani ha trovato contrari i senatori Boriani, Eula, e De Filippo. Il primo afferma infatti di rimanere fermo “nel suo emendamento di soppressione” e conseguentemente non avendo approvato “il testo del Ministro, così non può accettare l’emendamento di Maggiorani”⁵³⁴. Eula parimenti invita il senatore a non tediare “il Senato con più ampie osservazioni per quanto riguarda la idoneità dei mezzi”, sostenendo l’ammissibile accoglimento, “se non in teoria, almeno in pratica”, delle osservazioni del senatore in merito “alle donne siffattamente conformate che i mezzi anche più energici e di regola ordinariamente più efficaci a procurare l’aborto, mai non riuscirebbero allo scopo”, soltanto “quando la pena in materia di aborto fosse diversa a seconda che si trattasse di semplice tentato o di reato mancato”, ma data l’identità del trattamento sanzionatorio, “non sarà per ciò d’uopo indagare se l’agente abbia compiuto tutti gli atti che occorre per l’esecuzione; basterà stabilire che ha manifestato la intenzione di delinquere con alcuno degli atti medesimi, giacché l’esserne giunto al concepimento non influisce punto sulla misura della pena; tant’è che la parola mancato si po-

*acconsentito allora certamente esso diviene inutile; ma mi pare che era ragionevole di punire diversamente chi aveva sostituito un mezzo validissimo, mentre la donna consentiva solo ad un mezzo più mite; ciò, ripeto, mi pareva irragionevole; ma poiché è il Governo e la Commissione sono d'accordo nel sopprimere questa distinzione riguardo ai mezzi, io non ho ragioni di insistere. Insisto però sull'aborto mancato, perché tale forma è in contraddizione colla definizione che si è data dal Codice del reato mancato. La definizione che se ne dà, è che siansi usati tutti i mezzi necessari alla consumazione di esso. Ora i mezzi necessari per l'aborto non ci sono. Tutti convengono che di mezzi abortivi di effetto costante; rigorosamente parlando, non ve ne ha. Quindi l'espressione di aborto mancato, secondo me, è erronea. E poi io non intenderei come il reato mancato od il tentato dovessero essere puniti nella stessa guisa in questo caso, mentre per gli altri articoli 70 e 71 li puniscono diversamente. Dunque qui ci sono, mi pare, -due sconci: uno, di considerare una figura di reato che non vi può essere perché mancano imenzi necessari perché ci sia, poiché una donna può cadere dall'alto e fratturarsi una gamba senza abortire; anche i mezzi meccanici sempre non bastano; e quindi non saprei perché si voglia introdurre questa espressione in un codice, la quale, scientificamente non conviene. L'altro; che all'aborto tentato ed all'aborto mancato si commina la stessa pena, mentre in genere gli articoli 70 e 71 puniscono di pene diverse i reati tentati ed i reati mancati. In conseguenza io insisto nella mia proposta di sopprimere la parola mancato” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 707.*

⁵³⁴ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 706.

trebbe togliere dal detto paragrafo, senza alcun inconveniente”⁵³⁵. De Filippo, pur non accogliendo l’emendamento di Maggiorani, trae spunto dallo stesso per porre l’attenzione su un punto decisivo, affermando che “la legge giustamente vuol dare anche in questo caso una punizione a colui il quale ha tentato tutte le vie per procurare l’aborto ad una donna, ma ciò nonostante non è riuscito nel suo intento”, e conseguentemente “a questo fatto non si può applicare la definizione del reato mancato o tentato, e tantomeno al reato esclusivamente tentato, siccome si sarebbe proposto cancellando la parola mancato”. Il commissario propone quindi di inserire la formula “se mai non è avvenuto”, determinando così l’operatività dell’articolo 70 sul reato tentato⁵³⁶.

⁵³⁵ Eula ha rigettato poi anche il terzo emendamento proposto da Maggiorani, affermando: *“In ordine al terzo emendamento che ha pure presentato lo stesso Senatore, io credo che più non vorrà insistervi, avendo la Commissione deliberato di sopprimere le parole o con i mezzi diversi da quelli a cui essa aveva consentito. Quando si disponesse che l’aborto procurato con mezzi diversi da quelli a cui la donna aveva acconsentito, dovesse considerarsi come procurato contro la di lei volontà, comprenderei perfettamente tutto il valore. Della distinzione che l’Onorevole Maggiorani ha creduto di dover fare tra il caso in cui i mezzi usati fossero più pericolosi per la di lei vita; e quello invece in cui avesse ricorso ad altri più blandi e meno nocivi. Non esiterei anzi ad unirmi alla sua proposta di diminuire la pena in quest’ultimo caso. Ma la Commissione è partita da un altro ordine di idee. Essa ha ritenuto che il legislatore non debba preoccuparsi dei mezzi usati per ottenere lo scopo criminoso; e che sola abbiasi ad accertare se l’aborto fu procurato col consenso della donna, ovvero ottenuto senza saputa e contro la volontà di lei; quando essa abbia acconsentito al fine, i mezzi impiegati per raggiungerlo non devono influire sulla misura della pena. In una parola; il dissenso pei mezzi è insignificante contro il consenso pel fine aderendo pienamente il Governo al voto espresso dalla Commissione, e non facendosi quindi più nell’articolo parola della natura dei mezzi usati, ho ragione di sperare che l’onorevole Maggiorani, il quale ha presentata il suo emendamento unicamente perché ravvisò meno conforme a giustizia il ritenere come aborto procurato contro la volontà della donna, quello ottenuto con mezzi diversi da quelli a cui la medesima avesse acconsentito, sebbene l’agente, per un riguardo alla di lei salute, ne abbia usati di meno pericolosi, non vorrà insistere nella sua proposta”*: cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., pp. 707, 708 e 709.

⁵³⁶ Al contrario Eula non appoggia l’intervento di De Filippo e la sua proposta di inserire la formula “se l’aborto non è avvenuto” “perché dicendosi soltanto che è punito con la prigionia maggiore di tre anni chiunque usa di mezzi per procurare l’aborto, se questo non ebbe luogo non esprimerebbe abbastanza il concetto dell’idoneità dei mezzi medesimi per raggiungere il fine ed il carattere che devono legalmente avere di veri atti di esecuzione; laddove adottandosi la parola tentato, rimane ben fermo che non vi ha reato, se non vi fu un vero principio di esecuzione il quale non esiste se gli atti erano semplicemente preparatori, e se non erano idonei a conseguire il fine criminoso. L’onorevole De Filippo, che era appunto quegli da cui si suggeriva la formula se l’aborto non è avvenuto, crede che essa basti ad esprimere il carattere del reato, non potendosi dubitare che per l’esistenza di questo sia necessario l’impiego di mezzi idonei a consumarlo. Convegno che non sene deve dubitare, ma ripeto, che quando si dice semplicemente essere punito colui che usa mezzi per procurare l’aborto, se questo non è avvenuto, non si esclude che si possa far luogo a pena quando non si hanno atti veri di esecuzione, ma semplici atti preparatori ovvero l’agente ha usato mezzi di

Sull'articolo 359 la Commissione si è soffermata brevemente sulla proposta del senatore Pescatore riguardo all'“esercizio della loro professione”⁵³⁷.

Crivellari afferma che in merito all'articolo 360 “la commissione del senato accettò la formola governativa; solo alle persone indicate aggiunte “la figlia anche adottiva”, avvalorando la deliberazione sulla legge della umana affettività come si espresse il senatore Borsani nella sua relazione. L'emendamento fu accettato dal Governo, e l'articolo, che nello schema senatorio prese poi il numero 367, fu approvato dal Senato nella tornata del 15 aprile 1875”⁵³⁸. Tali modifiche sono seguite dall'approvazione, nel 1875, di un nuovo testo di progetto, alla luce degli emendamenti apportati precedentemente dalla commissione senatoria. Tale progetto disciplina l'aborto negli articoli 364 – 367, di cui soltanto i primi due si differenziano consistentemente dalle precedenti disposizioni, statuendo: “La donna che con qualunque mezzo

*tal natura che comunque vi avesse persistito, non sarebbe mai riuscito a consumare il reato: al contrario, attenendoci all'espressione legale, che somministrano le disposizioni del Codice sul tentativo di reato, esprimeranno in modo preciso ed esatto tutti i veri caratteri che deve avere l'azione per essere punibile: Avvertirò inoltre che secondo lo stesso Codice ed i principi generali, perché si possa dare carico di reato tentato è d'uopo che la consumazione non sia avvenuta per circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà dell'agente; se questi si ravvede in tempo e volontariamente si astiene dal proseguire nell'opera sua, va esente da pena, tranne che gli atti già eseguiti costituiscano per se stessi un altro reato. Ora, io domando se questo concetto sia espresso quando si dica semplicemente se l'aborto non è avvenuto? La risposta non può essere che negativa. Quindi se avremo una donna la quale abbia cominciato col far uso di qualche mezzo per procurarsi l'aborto e poi, ravvedutasi in tempo, abbian desistito; e a questa desistenza debbasi attribuire se il fatto non è avvenuto; adottando la locuzione che l'onorevole De Filippo predilige, saremo forzati a concludere che la medesima dovrebbe essere egualmente punita; laddove, se si dice che la prigionia si applica nel caso di reato tentato, si determinano in modo preciso i caratteri che deve avere l'azione perché sia colpita dalla legge penale, e rimane ben chiaro che nel caso sopraccennato non si fa luogo a pena. Se l'onorevole preopinante vorrà riflettere per poco a queste osservazioni, sono sicuro che non persisterà nella sua proposta”: Cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 708.*

⁵³⁷ “Il Presidente Eula annunciò che l'onorevole Pescatore proporrebbe di aggiungere “e dall'esercizio della loro professione”: “Il Ministero accetta e teneva anzi già in pronto l'emendamento che intendeva rassegnare alla Presidenza in questo senso; esso consiste nell'aggiungere in fine dell'articolo le seguenti parole: estesa all'esercizio della professione od arte del condannato. Secondo che ho avuto già l'onore di osservare in casi analoghi, occorrerebbe pure disporre che, ove si applichi la pena criminale della reclusione, la interdizione dai pubblici uffici che vi è inerente, si estenda pure all'esercizio dell'arte o professione. Siccome però ho preso riserva di proporre che vi si provveda con una disposizione generale da inserirsi negli articoli 21 e 22, così non occorre aggiungere altro in quello che ora si discute” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 709.

⁵³⁸ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, II, cit., p. 492.

scientemente adoperato da lei o da altri col suo consenso si è procurato l'aborto è punito con la relegazione fino a sette anni". Le altre disposizioni riproducono complessivamente le precedenti norme, salvo il solo primo comma dell'articolo 365 che differisce dall'articolo 358 del progetto del 1874 stabilendo: "Chiunque ha procurato l'aborto ad una donna col consenso di lei è punito con la reclusione fino a sette anni"⁵³⁹.

⁵³⁹ L'unica puntualizzazione va fatta con riferimento all'articolo 366 che diverge dall'articolo 359 del Progetto del 1874 in quanto estende "*la sospensione dai pubblici uffizi*" fino a dieci anni all'esercizio della professione, od arte del condannato.

10. IL PROGETTO MANCINI

Il Progetto Mancini del 1876 costituisce l'ultimo (rilevante in materia di aborto) tentativo di elaborazione di un codice penale *ante* Codice Zanardelli. Quando il guardasigilli Pasquale Stanislao Mancini subentra a Vigliani nella carica, adotta inizialmente il progetto redatto sotto la carica del predecessore, e ne affida la revisione ad una commissione di alto profilo intellettuale, che lo sottopone all'esame delle assemblee legislative, con il nome di progetto Mancini. Questo elaborato, limitatamente al Libro primo, viene approvato dalla Camera nel 1877, mentre prosegue il proprio lavoro, nel contempo, la Commissione ministeriale⁵⁴⁰ ed intorno al progetto si coagulano gli interessi di operatori e cultori del diritto penale nazionali. Tuttavia, i lavori si interrompono per le dimissioni del ministro Mancini, alla fine del 1877⁵⁴¹. Giuseppe Maria Bosco commentando il sistema tripartitico del reato afferma che “non merita censura la tripartizione del reato in crimine, delitto e contravvenzione, come il corrispondente triplice ordine delle pene criminali correzionali e di polizia”⁵⁴². Non si avvertono, in materia di aborto procurato, modifiche di disciplina degne di nota rispetto ai precedenti progetti, in quanto, nonostante un corposo dibattito durante i lavori preparatori, gli emendamenti accolti dalla Commissione sono davvero esigui. L'unica distinzione ‘esteriore’ riguarda il secondo e il terzo comma dell'articolo 365, che stabiliscono: “se ha fatto uso di mezzi diretti a procurare l'aborto senza la scienza o contro la volontà della donna, la pena non può essere applicata nel minimo; e se l'aborto è tentato, si applica il

⁵⁴⁰ La commissione era composta da Carrara, La Francesca, Ellero, Casorati, Lucchini, Nocito, Nelli, Pessina, Tolomei, Canonico, De Falco, Buccellati.

⁵⁴¹ Cfr. *I lavori preparatori dei codici italiani: Una bibliografia*, p. 33, documento disponibile nel sito <http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/lavpre.pdf>

⁵⁴² G. M. BOSCO, *Uno sguardo allo schema del nuovo codice penale: Progetto Mancini, primo libro*, Stamperia Filantropica, Napoli, 1878, p. 5.

quarto grado di prigionia”; “qualora dai mezzi adoperati nel fine di procurare l’aborto, o dal fatto dell’aborto sia derivata la morte della donna, il colpevole è punito col secondo grado di reclusione, se l’aborto fu procurato col consenso di lei; e col terzo grado, se fu procurato senza la scienza o contro la volontà di lei, o con mezzi ch’egli sapeva più pericolosi di quelli a cui essa aveva acconsentito”⁵⁴³. Giulio Crivellari sintetizza il verbale dei lavori preparatori della commissione, con riferimento all’articolo 365, sottolineando l’attenzione profusa dai sotto – commissari Casorati e Nocito sul rapporto tra assenso – dissenso della gestante e trattamento sanzionatorio⁵⁴⁴. Tale proposta raccoglie l’approvazione del commissario Oliva e del resto della Commissione⁵⁴⁵. Con riferimento all’articolo 366 l’aggiunta della parola “venditori” va attribuita alla proposta del

⁵⁴³ Le altre modifiche meno rilevanti di disciplina sono le seguenti: l’articolo 364 impone la sanzione di primo grado di relegazione; l’articolo 365 primo comma statuisce il primo grado di reclusione; l’articolo 366 aggiunge le parole “*venditori in*” dopo “*i fabbricanti*”.

⁵⁴⁴ “*Sorati e Nocito si limitarono ad alcune osservazioni circa la classificazione del procurato aborto circa all’articolo 365 dello schema Senatorio. Quanto all’articolo 365 notarono che per proporzionare la pena al procurato aborto è mestieri tener conto dell’assenso o dissenso della donna nella cui persona il fatto è stato commesso. A tale proposito potrebbe chiedersi, se debbasi ritenere equivalente al dissenso il fatto che, per effettuare l’aborto, siansi adoperati mezzi diversi da quelli dalla donna designati. Accolto il quale concetto sarebbe d’uopo aggravare la pena della terza persona che concorre nel reato usando mezzi diversi a cui la paziente aveva acconsentito, nella stessa misura in cui si aggrava la pena di colui che ha procurato l’aborto senza saputa o contro il consenso della medesima. Così infatti aveva ritenuto il Progetto Vigliani, per il caso che dall’aborto fosse derivata la morte della donna. La Commissione Senatoria (indi anche il Senato) non fece accoglienza a tale concetto, ritenendo che il dissenso non debba equivalere al dissenso sui fini, quando i mezzi sostituiti, ad insaputa della donna, erano più pericolosi. Nel primo caso può bene supporre ch’essa avrebbe acconsentito all’uso dei mezzi meno nocivi, e deve invece ritenersi ch’essa avrebbe acconsentito all’uso dei mezzi meno nocivi, ed ad ogni modo l’inganno non poteva tornarle di danno. Nel secondo caso deve invece ritenersi se avesse conosciuto la qualità dei mezzi adoperati, non avrebbe certamente consentito e che quindi essa fu tratta in inganno e per tal modo offesa nella sua integrità personale. Conseguentemente parve ai Sotto-Commissari preferibile il ritorno al concetto del Primitivo Progetto Vigliani, con riguardo all’articolo 365 le parole: o con mezzi più pericolosi di quelli a cui essa aveva acconsentito” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 709.*

⁵⁴⁵ “*Il Commissario Oliva notò essere poco esatta la espressione contro il consenso usata nei §§ 2 e 3. Il consenso esprime accordo di due volontà, se l’accordo non esiste, non esiste neanche il consenso, ed è assurdo che si faccia cosa contro quello che non esiste. Propose di dire contro la volontà. Circa alla proposta dei Sotto-Commissari, osservò che essa riempie una lacuna lasciata dal Progetto che potrebbe essere migliorata la locuzione dicendosi: con mezzi che sapeva essere più pericolosi ecc. La Commissione deliberò: di sostituire alla parola consenso, l’altra volontà nei §§ 2 e 3; di aggiungere al §3 le parole “o con mezzi più pericolosi di quelli a cui essa aveva acconsentito, secondo la formola dei Sotto-Commissari” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 712.*

commissario Pirolo⁵⁴⁶. In merito all'articolo 367 senatorio Crivellari afferma che nessuna osservazione è stata fatta dalla commissione Vigliani, dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁵⁴⁷. Buccellati definisce il procurato aborto un *reato sui generis*: data la mancanza, in questa fattispecie delittuosa, del terzo dei requisiti necessari perché si configuri l'omicidio⁵⁴⁸, “essendo indispensabile per l'oggetto del reato una vita integra esistente, procede logica la conseguenza: che l'uccisione del feto non può dirsi omicidio, perché la vita non esiste, finché non è segregato il feto dall'alvo materno: abbiamo quindi un reato *sui generis*: procurato aborto”⁵⁴⁹. Giustifica poi la sua collocazione sistematica nei “reati contro le persone” affermando che: “È però questo reato non contro la famiglia, la quale non è direttamente lesa; ma contro l'integrità personale, la quale, se non ha vita autonoma, vive di vita accessoria *in ventre matris* e le va data tute-

⁵⁴⁶ “Il Commissario Pirolo osservò che oltre i farmacisti, dei quali è cenno nel §1, che possono rendersi colpevoli del reato contemplato, vi sono altri venditori di prodotti chimici che dovrebbero assimilarsi ai farmacisti. Propose quindi che dopo la parola fabbricanti si ponga l'espressione o venditori. L'aggiunta fu approvata dalla Commissione, la quale infine approvò l'articolo 367 negli identici termini dello schema Senatorio”.

⁵⁴⁷ “La Sotto Commissione accettò l'articolo 367 dello schema senatorio negli identici termini Nessuna osservazione fu fatta in proposito dalle Magistrature ed altri Corpi. Il solo Tarchini Bonfanti, Professore di medicina in Milano notò non vedersi ragione perché e in questo e in altri casi speciali soltanto sia preso in considerazione lo scopo di salvare l'onore questo scopo può consigliare molti altri reati. Sembrerebbe, egli aggiunse, che dovesse essere una delle circostanze attenuanti generiche, non una circostanza specifica da contemplarsi in pochi casi; Nessuna osservazione fu fatta dalla Commissione Mancini che approvò l'articolo senatorio senza riserve. Comunicato il Progetto alle Magistrature Superiori, la sola Procura Generale di Parma notò che il caso proposto come eccezione si presenta frequentissimo, cosicchè quasi costituisce la regola; infatti in questo reato la causa a delinquere è quasi sempre la tutela dell'onore. Propose in conseguenza di aggiungere almeno in fine all'articolo le parole: “quando però non sia avvenuta la morte della donna” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, II, cit., p. 493.

⁵⁴⁸ Gli altri due requisiti sono l'evento morte e “*l'animus necandi*”: “Perciò si esige: la morte seguita; *l'animus necandi*, in quel fatto, che è causa di morte; una vita umana esistente. Quanto al primo requisito è bene avvertire: che non si esige l'istantaneità dell'esecuzione; ma razionalmente parlando, quando la lesione fu causa esclusiva della morte, né sopravvenne altro incidente, a cui si possa imputare il fatto, devesi ritenere l'autore della lesione reo di omicidio, con una relativa diminuzione, la quale potrebbe positivamente subordinarsi al titolo di lesione seguita da morte od anche a ferimento coll'aggravante: attentato omicidio. Quanto al secondo requisito se è necessario il dolo specifico di uccidere, non è necessario stabilirne la causa della uccisione; perché questa ci obbligherebbe a penetrare nella coscienza; e d'altronde può darsi anche la distruzione della vita senza altra causa impellente, che la brutale malvagità (omicidio bestiale)”: cfr. A. BUCCELLATI, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Ulrico Hoepli editore, Milano, 1884, p. 324.

⁵⁴⁹ A. BUCCELLATI, *Istituzioni*, cit., p. 325.

la giuridica”⁵⁵⁰. Il requisito della vita si richiede anche nell’infanticidio, che conseguentemente non si configura quando il neonato non è nato vitale, in quanto, “dove la vita manchi, manca pure l’elemento essenziale all’omicidio;(…) per quanto lieve sia il filo della vita, lo strappo di questa contro il corso naturale è sempre una *violenta ademptio*; perché la vitalità, rispetto all’omicidio, è da equipararsi alla vita”⁵⁵¹. Giacomo Perroni critica l’impostazione seguita dai legislatori di ogni tempo di render tale reato ‘qualificato’ non per maggiore responsabilità ma per minore imputabilità asserendo che “costituire un titolo a parte, e costituire nuova specie nel genere delle uccisioni, è, come suol dirsi, farne un omicidio qualificato; e dovendosi le qualifiche dedurre, in riguardo alla quantità politica, o dalla minorata difesa privata o dalla violazione di più diritti, non è chi non veda come cotale qualifica riesca una superfetazione”⁵⁵².

⁵⁵⁰ A. BUCCELLATI, *Istituzioni*, cit., p. 326.

⁵⁵¹ A. BUCCELLATI, *Istituzioni*, cit., p. 326.

⁵⁵² G. PERRONI FERRANTI, *Studi di diritto criminale e civile*, Stamperia Capra, Messina, 1879, pp. 6 e 7.

CAPITOLO 5 LA DISCIPLINA DELL'ABORTO NELL'ITALIA DEL NOVECENTO

SOMMARIO: 1. IL CODICE ZANARDELLI: IL PRIMO CODICE PENALE DELL'ITALIA UNITA ; 2. LA SCUOLA POSITIVA; 3. LAVORI PREPARATORI AL CODICE ROCCO; 4. IL CODICE ROCCO; 5. LA CARTA COSTITUZIONALE E I PROFILI ATTUALI DELLA DISCIPLINA; 6. CONCLUSIONI.

1. IL CODICE ZANARDELLI: IL PRIMO CODICE PENALE DELL'ITALIA UNITA

L'elaborazione del codice Zanardelli del 1889 costituisce *ῥακμή* di un processo lungo quasi 30 anni di progetti e tentativi di redazione di un nuovo codice per una 'nuova' Italia⁵⁵³.

Il progetto del codice, presentato alla Camera dal ministro nella tornata del 29 novembre 1887, raccoglie sin da subito il consenso della dottrina coeva. Luigi Orestano lo definisce “un capolavoro di scienza”, ed afferma inoltre che “molte riforme utili vi si contengono, oltre che pregevolissimo è l'ordine logico-scientifico, che vi si ammira”⁵⁵⁴. Giulio Crivellari e Giovanni Suman asseri-

⁵⁵³ Il disegno di legge che attribuisce la facoltà al Governo di pubblicare il nuovo Codice penale per il Regno d'Italia è presentato alla Camera dal ministro guardasigilli Giuseppe Zanardelli il 22 novembre 1887. Il progetto di codice, sottoposto al vaglio delle Camere, viene pubblicato il 28 giugno 1889, entrando in vigore a partire dal primo gennaio 1890. L'esigenza di una codificazione penale unitaria degna del suo nome è ben espressa dalle parole di Francesco Carrara, il quale afferma che “*gli Italiani hanno inoltre il dovere di pensare alla gloria; e la Italia ha diritto di esigere dalla presente generazione un codice che alla storia delle sue glorie risponda. Non è un grido superbo degli Italiani; è una verità riconosciuta ormai da tutti i dotti di Europa che la scienza del giure penale ebbe la sua culla in Italia: in lei nacque, in lei crebbe, in lei prosperò con un progresso continuato da cinque secoli per opera di una serie non interrotta di pratici, di filosofi e di pubblicisti, i nomi dei quali sono ormai consegnati alla immortalità*”: cfr. F. CARRARA, *Pensieri sul progetto del codice penale italiano del 1874*, Giuseppe Pellas Editore, Firenze, 1874, p. 6.

⁵⁵⁴ L. ORESTANO, *Progetto del codice penale: Osservazioni per l'avv. Orestano Luigi*, in *Il Circolo Giuridico*, anno XX, Stabilimento tipografico Virzi, Palermo, 1889, p. 3; Questo elaborato viene redatto nel 1887, quando il codice Zanardelli è ancora in itinere, e pubblicato successiva-

scono che “il nuovo Codice penale del Regno d’Italia, lo si può affermare con orgoglio di Italiani, è quanto di meglio possa uscire dalla mente di un legislatore; esso è la sintesi della moderna dottrina più liberale e più generalmente accettata su questo argomento, e già raccolse il suffragio dei più elevati penalisti e pensatori sia nostrali che stranieri, i quali lo salutarono come vero monumento di sapienza legislativa e tale da presentare al mondo delle Nazioni il modello più perfetto di un Codice punitivo”⁵⁵⁵. È evidente l’influenza che ha avuto la tradizione penalistica toscana sul codice Zanardelli, come si evince, ad esempio, dal sistema binario dei reati, legislativamente distinti in delitti e contravvenzioni dall’articolo 1 comma 2⁵⁵⁶. “Il sistema di Zanardelli mutuava così un assetto sistematico che la Toscana aveva mantenuto fermo sin dall’epoca Leopoldina, respingendo la tripartizione di origine francese tra crimini, delitti e contravvenzioni, recepita invece dalla maggioranza delle codificazioni preunitarie, ed in particolare dallo stesso codice sardo italiano”⁵⁵⁷. Si tratta di un

mente alla sua entrata in vigore. Cfr. L. ORESTANO, *Progetto del codice penale*, cit., p. 3; sui commenti al primo libro del progetto Zanardelli cfr. almeno E. DEODATI, *Sopra il disegno di Codice Penale*, Stabilimento Tipografico Ferrari, Kirchmayr e Scozzi, Venezia, 1888; R. GAROFALO, *Alcune Osservazioni sul progetto del Codice Penale*, Fratelli Bocca editori, Roma, 1884; B. GIANNELIA, *Del nuovo codice penale (Progetto Zanardelli): impressioni*, Mantellate editore, Trieste, 1889.

⁵⁵⁵ G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d’Italia*, I, Unione Tipografico Editrice, Napoli, 1889, p. 8.

⁵⁵⁶ L’articolo 1 del codice Zanardelli statuisce: “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite. I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni?”. Orestano critica questa disposizione affermando che “dal momento che “il reato non è la violazione della legge” ma “è la negazione del diritto, e questo preesiste alla formazione dei codici, come l’umanità precede la società civile”, l’art. 1 del codice non ha più ragione di essere, né come formula scientifica, perché non è la legge che crea i reati, ma la mala actio ne è la materia; né come esercizio di poteri della sovranità nello Stato, perché si attribuirebbe al legislatore una onnipotenza senza confine”. Lo studioso esprime il suo disappunto per la scelta di invertire con questa formula “un principio fondamentale del giure: nullum crimen sine praevia lege poenali confondendo uno dei caratteri essenziali per la legittima efficacia della legge – la certezza – con la ragione efficiente della legge stessa. Questa è norma di condotta della vita sociale, e non ha efficacia operativa se non conosciuta, ed allora la formula non è, perché sine lege nullum crimen, ergo il reato è la violazione della legge”. Egli conclude che il “concetto dominante di questa disposizione” è rinvenibile maggiormente nella punibilità, che nella qualificazione dei fatti umani”: cfr. L. ORESTANO, *Progetto del codice penale*, cit., p. 4.

⁵⁵⁷ S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell’Ottocento: I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Cedam, Torino, 1993, p. 405; Crivellari evidenzia l’abbandono del “sistema della tripartizione (crimini,

aspetto fondamentale ai fini della indagine dell'impostazione seguita dal legislatore criminale in merito alla funzione della pena⁵⁵⁸ e alle garanzie giurisdizionali⁵⁵⁹. Vinciguerra rileva il “profondo significato” – connesso al fondamento stesso del “diritto di punire” – che si cela nella contrapposizione tra il sistema binario e quello tripartito, affermando che “nella prospettiva illuministica, mentre il delitto corrispondeva (e doveva corrispondere) alla lesione di un diritto soggettivo preesistente al patto sociale la cui tutela rappresentava la ‘causa’ stessa di tale fatto, la contravvenzione (o reato ‘di polizia’) traeva origine dall’esigenza di disciplinare in modo coercitivo la vita associata, al fine di assicurarne l’ordinato svolgimento e di scongiurare la commissione di delitti. La contravvenzione era quindi dominata da un’idea di prevenzione (e quindi da un rapporto strumentale con uno scopo) e di specializzazione (e quindi da una mutevolezza dipendente dalla varietà delle situazioni da regolare)”⁵⁶⁰. Lo studioso chiarisce quindi che è in questa prospettiva che “dev’essere intesa la contrapposizione tra *mala in se* (in cui consistono i delitti) e *mala quia prohibita*

delitti e contravvenzioni) su cui si basava il Codice sardo del 1859, sistema combattuto dalla dottrina e causa nella pratica di gravi inconvenienti” a favore del “sistema più logico della bipartizione, che, già adottato dal Codice toscano, lungi dall’aver incontrato difficoltà nella pratica applicazione, aveva invece raccolto il plauso generale”: cfr. G. CRIVELLARI – G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d’Italia*, cit., p. 8.

⁵⁵⁸ Orestano commenta l'impostazione binaria del codice Zanardelli affermando che “il progetto sta alla unità logica del maleficio. La violazione del dritto costituisca il delitto; la pena ne è un rimedio per la riaffermazione, e quindi al delitto in genere dee corrispondere una pena in genere. La regola della misura poi sta nel quantitativo della pena, sia nella maggiore o minore sofferenza, sia nella maggiore o minore durata, secondo il grado di estrinsecazione dell’atto umano e la quantità o qualità del male giuridico avvenuto. Non più, adunque giusta il progetto, categorie di reato secondo la specie della pena retribuita: “i reati si distinguono in delitti e contravvenzioni”: cfr. L. ORESTANO, *Progetto del codice penale*, cit., p. 5; “L’on. Zanardelli nella sua relazione sul progetto del nuovo codice penale osservava, che a tre sistemi possono ridursi le classificazioni che adottarono i vari legislatori, cioè: il sistema delle troppo vaste partizioni, il sistema opposto delle troppo analitiche suddivisioni, il sistema intermedio, che cerca evitare gli inconvenienti che presentano quei due sistemi. Il nuovo codice ha seguito quest’ultimo” cfr. F. PUGLIA, *Manuale teorico pratico di diritto penale secondo il codice vigente: Parte Speciale*, II, Stabilimento tipografico cav. A. Tocco, Napoli, 1895, p. 7.

⁵⁵⁹ “Sul piano delle garanzie giurisdizionali, si sviluppa nel corso dell’Ottocento un ampio dibattito che, se da un lato riconosce in linea di principio la necessità che la repressione dei reati contravvenzionali sia affidata alla ‘potestà di polizia’, e cioè all’amministrazione, non è dall’altro insensibile alla esigenza di adeguati controlli imparziali volti ad impedire ogni forma di arbitrio” cfr. S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell’Ottocento*, cit., p. 407.

⁵⁶⁰ S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell’Ottocento*, cit., p. 406

(in cui consistono le contravvenzioni)”, in quanto “i primi traggono il criterio della loro rilevanza da un canone assoluto valido *a priori*, le seconde derivano da un apprezzamento relativo alle contingenze politiche”⁵⁶¹. La ripartizione (napoleonica) tripartita dei reati considera le contravvenzioni un *minus* rispetto ai delitti e ai crimini, intrisi di un maggiore disvalore⁵⁶². Il sistema (leopoldino) binario ritaglia agli illeciti contravvenzionali uno spazio autonomo, tanto da affidarne il sindacato giurisdizionale alle autorità locali, e soltanto su iniziativa del condannato, al giudice ordinario; tale disciplina è tuttavia modificata successivamente dai regolamenti di polizia del 1840 e del 1853, che riportano le contravvenzioni sotto la giurisdizione del giudice ordinario⁵⁶³.

Lo stesso Giuseppe Zanardelli, nella sua relazione al progetto puntualizza che la scelta tra il sistema binario e tripartito è stata oggetto di ardente dibattito fin dal primo schema che il Senatore De Falco aveva preparato: tale questione della tripartizione o bipartizione dei reati è stata più o meno discussa in ogni fase per cui passò lo studio del nuovo Codice, e variamente risolta”⁵⁶⁴.

Al momento della redazione del codice Zanardelli vi è chi auspica invano l'adozione della impostazione toscana in materia di contravvenzioni; tale soluzione, evidentemente fallace, viene poi sostituita dal codice Rocco – che

⁵⁶¹ S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell'Ottocento*, cit., p. 406

⁵⁶² “Il sistema tripartito, ratificato dal codice napoleonico, attrae l'intera area degli illeciti contravvenzionali nell'ambito penale, facendone la categoria “minore” di una scala che vede al vertice i crimini, e cioè i delitti legislativamente considerati più gravi, in posizione intermedia i delitti, e al fondo, per l'appunto, le contravvenzioni. La classificazione in contesto unitario (...)prelude tuttavia allo snaturamento della qualifica contravvenzionale, che, concepita come fascia ‘inferiore’ dell'area penale, tende a divenire il contenitore di illeciti a vario titolo ritenuti meno gravi, mentre, a sua volta, il delitto recepisce i reati contravvenzionali di più consistente gravità (rispettivamente: delitti ‘nani’ e contravvenzioni ‘giganti’). Nel contempo, la contravvenzione vede enfatizzata la propria dimensione di illecito “criminale”, smarrendo quel significato di minor disvalore intrinseco che risultava invece ben scolpito dalla sua pertinenza all'area del diritto amministrativo (sia pure “punitivo”)” cfr. S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell'Ottocento*, cit., p. 407.

⁵⁶³ S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell'Ottocento*, cit., p. 408.

⁵⁶⁴ G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, cit., p. 80.

tuttavia mantiene in vita il sistema binario – con il criterio della *species* di pena comminata⁵⁶⁵.

Prima però di giungere al progetto definitivo del 1887 e quindi al codice del 1889 è necessario porre un cenno al suo ‘precedente’ presentato da Zanardelli nel maggio 1883, nella cui relazione ministeriale, definisce le ragioni che supportano l’incriminazione della condotta abortiva, contrapponendosi all’‘antica dottrina’ dell’*abolitio criminis*⁵⁶⁶, e spiega la collocazione dell’aborto tra i delitti contro l’integrità fisica della persona, “per due considerazioni: la prima per non essere sempre vero che l’aborto procurato disturbi l’ordine di una famiglia, specialmente quando il concepimento della donna avvenga fuori della cerchia di una famiglia legittimamente costituita; la seconda per la prevalenza del diritto lesa, cioè il diritto della vita spettante al nascituro”⁵⁶⁷. Si occupa poi delle tre distinte ‘varianti’ di questa fattispecie criminosa, “vale a dire: o che l’aborto sia procurato dalla sola madre; o che sia procurato da un terzo senza che la madre lo sappia o anche contro la sua volontà; o che sia procurato d’accordo tra la madre e l’estraneo”⁵⁶⁸. Zanardelli passa quindi in rassegna tali ipotesi distinguendone il trattamento sanzionatorio, partendo da quella meno grave dell’aborto commesso dalla stessa gestante, per poi analizzare i casi intrisi di maggiore disvalore quali l’aborto compiuto da un *extraneus* ‘qualunque’ o da un *extraneus* ‘qualificato’ dallo *status* di marito o di esercente attività sanitarie, descrivendo inoltre la scriminante inerente la salvezza della donna e la scusante d’onore⁵⁶⁹. La di-

⁵⁶⁵ S. VINCIGUERRA, *Il diritto penale dell’Ottocento*, cit., p. 408.

⁵⁶⁶ Zanardelli puntualizza infatti che “*sebbene il procurato aborto (di cui trattano gli articoli 350 a 354), che spegne non una vita definitivamente acquisita, ma soltanto una speranza di vita, non possa equiparsi nè per il grado di imputabilità, nè per la specie o la quantità della pena all’omicidio; tuttavia è certo che deve costituire un reato imperocchè la moderna civiltà spiega la sua protezione anche per il feto tuttora racchiuso nell’alvo materno*”: cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita e l’integrità personale*, I, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1885, p. 714.

⁵⁶⁷ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, Vallardi editore, Milano, 1894, p. 53.

⁵⁶⁸ G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 714.

⁵⁶⁹ G. Crivellari, *Dei reati contro la vita*, cit., p. 715.

sciplina del progetto in materia di aborto è contenuta negli articoli 350 – 354⁵⁷⁰. Tali disposizioni sono integralmente trasposti negli articoli 344–348 del progetto elaborato dal guardasigilli Savelli nel 26 novembre 1883. Si può quindi affermare, parafrasando le parole di Crivellari, che le norme del ‘primo’ progetto Zanardelli del 1883 e dell’immediatamente successivo elaborato savelliano costituiscono l’archetipo di quegli articoli da 362 a 366 inseriti nel progetto Zanardelli che è poi sottoposto alla Camera nel novembre 1887⁵⁷¹: tali ultime disposizioni presentano delle modifiche rispetto alle antecedenti, sul piano sanzionatorio ma anche sul piano letterale, come in base all’intervento di Pessina che “nel suo articolo 364 fece una modificazione quanto alla scusante dell’onore sostituendo alle parole “per salvare l’onore proprio ecc.” le parole “per occultare a cagione d’onore una prole illegittima”⁵⁷².

⁵⁷⁰ Gli articoli 350 – 352 stabiliscono rispettivamente “La donna che con qualunque mezzo, adoperato da lei o da altri col suo consenso, si procura l’aborto, è punita con la detenzione di trentun mesi a cinque anni”; “Chiunque procura l’aborto alla donna col consenso di lei, è punito con la reclusione da trenta mesi a cinque anni, se dai mezzi adoperati nel fine di procurare l’aborto, o dal fatto dell’aborto, è derivata la morte della donna la pena è la reclusione da 4 a 7 anni; ed è da cinque a 10 anni, se la morte derivò per aver adoperato mezzi più pericolosi di quelli a cui essa aveva acconsentito”; “Chiunque fa uso di mezzi diretti a procurare l’aborto ad una donna senza il consenso o contro la volontà della donna, è punito con la reclusione da trenta mesi a cinque anni; e se l’aborto è avvenuto, da sei a dodici anni. Se dai mezzi adoperati nel fine di procurare l’aborto, o dal fatto dell’aborto, è derivata la morte della donna, il colpevole è punito con la reclusione da sedici a venti anni”.

Gli articoli 353 e 354 dispongono invece: “Le pene stabilite negli articoli precedenti sono aumentate di un grado, se il colpevole è il marito. Articolo 365 Quando il colpevole di alcuno del delitti preveduti nei due articoli precedenti è un medico, chirurghi, lavatrici, farmacisti e loro assistenti ed aiuti, e per i fabbricanti o venditori di prodotti chimici, che hanno indicati, somministrati o adoperati mezzi per i quali fu procurato l’aborto od è avvenuta la morte la pena ivi stabilita è aumentata di un sesto. Non è punibile tuttavia il medico ed il chirurghi, quando giustificano di avere agito nello scopo di salvare la vita della donna, messa in pericolo dalla gravidanza o dal parto”; “Nel caso di aborto procurato per salvare l’onore proprio o della moglie, della madre, della figlia, anche adottiva, o della sorella, le pene stabilite nei precedenti articoli sono diminuite da uno a due gradi, ed alla prigionia è sostituita la detenzione”.

⁵⁷¹ “Il Guardasigilli Savelli nel suo progetto del 26 novembre 1883, ed il ministro Pessina nei suoi emendamenti dell’aprile 1885 accettarono la formola dello Zanardelli?” cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 717; G. CRIVELLARI – G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d’Italia*, VII, cit., p. 1024.

⁵⁷² “Solo il Pessina nel suo articolo 364 fece una modificazione quanto alla scusante dell’onore; sostituendo alle parole “per salvare l’onore proprio ecc.” le parole “per occultare a cagione d’onore una prole illegittima”

La Commissione della Camera nel novembre 1887 approva il testo degli articoli, con la sola eccezione della soppressione del capoverso dell'articolo 365, decisione compiuta per la natura superflua ed altresì pericolosa della disposizione sia perché “può dar luogo ad equivoci; sia perché inesatta esprimendola con le parole “non punibile”, laddove invece si deve dire che non esiste delitto; sia perché limitata al medico e al chirurgo, mentrechè ad ogni persona, nelle varie possibili contingenze dei casi, è estensibile l'eccezione della mancanza di dolo; sia infine perché sovverte il carico della prova e ne travisa la natura, ponendo a carico del medico la giustificazione della sua innocenza, mentre spetta all'accusa in ordine a qualsiasi imputazione di stabilire con criteri di certezza il concorso di tutti gli elementi di fatto o di diritto che costituiscono il reato”⁵⁷³. La commissione sottolinea poi come tale norma porrebbe sotto pressione l'esercente attività sanitarie in quei casi in cui “è già combattuto fra l'urgenza del pericolo da un lato, e le incertezze della scienza e le difficoltà dell'operazione a cui sta per accingersi dall'altro. In simili casi

cfr. G. CRIVELLARI, *Dei reati contro la vita*, I, cit., p. 717; G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, VII, cit., p. 1024. Gli articoli da 362 a 364 stabiliscono rispettivamente: “La donna che con qualunque mezzo, adoperato da lei o da altri col suo consenso, si procura l'aborto, è punita con la detenzione di trentun mesi a cinque anni”; “Chiunque procura l'aborto alla donna col consenso di lei, è punito con la reclusione da trenta mesi a cinque anni., se dai mezzi adoperati nel fine di procurare l'aborto, o dal fatto dell'aborto, è derivata la morte della donna la pena è la reclusione da 4 a 7 anni; ed è da cinque a 10 anni, se la morte derivò per aver adoperato mezzi più pericolosi di quelli a cui essa aveva acconsentito”; “Chiunque fa uso di mezzi diretti a procurare l'aborto ad una donna senza il consenso o contro la volontà della donna, è punito con la reclusione da trenta mesi a cinque anni; e se l'aborto è avvenuto, da sei a dodici anni. Se dai mezzi adoperati nel fine di procurare l'aborto, o dal fatto dell'aborto, è derivata la morte della donna, il colpevole è punito con la reclusione da sedici a venti anni”; “Le pene stabilite negli articoli precedenti sono aumentate di un grado, se il colpevole è il marito”.

Gli articoli 365 e 366 statuiscono: “Quando il colpevole di alcuno del delitti preveduti nei due articoli precedenti è un medico, chirurghi, lavatrici, farmacisti e loro assistenti ed aiuti, e per i fabbricanti o venditori di prodotti chimici, che hanno indicati, somministrati o adoperati mezzi per i quali fu procurato l'aborto od è avvenuta la morte la pena ivi stabilita è aumentata di un sesto. Non è punibile tuttavia il medico ed il chirurghi, quando giustificano di avere agito nello scopo di salvare la vita della donna, messa in pericolo dalla gravidanza o dal parto”; “Nel caso di aborto procurato per salvare l'onore proprio o della moglie, della madre, della figlia, anche adottiva, o della sorella, le pene stabilite nei precedenti articoli sono diminuite da uno a due gradi, ed alla prigionia è sostituita la detenzione”.

⁵⁷³ G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, VII, cit., p. 1027.

deve lasciarsi libero il medico da ogni inquietudine che non sia quella della malattia e della cura, e non conturbarlo con minacce di una penale responsabilità se egli non riuscirà a dare la prova giustificante dell'atto cui si è accinto"⁵⁷⁴.

L'onorevole Spirito sottopone alla Commissione una serie di proposte, come la maggiore analiticità della espressione "la donna che mediante l'uso di medicinali o di altre sostanze ovvero con altri mezzi adatti adoperati da lei ecc." rispetto a quella generica "con qualunque mezzo" *ex* articolo 362; la soppressione dell'ultimo inciso dell'articolo 364; l'inserimento nella prima parte dello stesso articolo le parole "mezzi adatti" piuttosto di "mezzi diretti" ed aumentando il relativo trattamento sanzionatorio; ed infine degli accorgimenti per migliorare il tenore letterale degli articoli 365 e 366⁵⁷⁵. Il progetto passa quindi al vaglio del Senato, che non pone alcun emendamento all'articolo 362, mentre sulla disposizione successiva si discute sulla introduzione di un intervento *in peius* quando la pena debba essere irrogata nei confronti del marito, ponendosi a suo carico una congerie di fattori: "la maggiore facilità di commettere il delitto derivante dall'intima cooperazione che il marito può prestare, l'influenza che egli ha sulla donna; la violazione degli speciali doveri che ha come capo di famiglia, cooperando a commettere un

⁵⁷⁴ Dai lavori preparatori si evince palese "il dissenso su questo punto tra le idee della Commissione e gli intendimenti del Progetto" consistente "nel metodo soltanto e non nella sostanza; poiché la non incriminabilità del fatto previsto dal capoverso dell'articolo 365 è unanimemente concordata": cfr. G. CRIVELLARI – G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, VII, cit., p. 1027.

⁵⁷⁵ "Nella discussione dell'assemblea furono fatte le seguenti proposte dall'onorevole Spirito: 1) per l'articolo 362 si adotti la seguente formola: "La donna che mediante l'uso di medicinali o di altre sostanze ovvero con altri mezzi adatti adoperati da lei ecc.; 2) che nell'articolo 364 si sopprimano le ultime parole: ed è da cinque ecc.; 3) per l'articolo 364 si usi la seguente formola. "Chiunque con mezzi adatti, procura l'aborto ad una donna, senza il suo consenso è punito con la reclusione da sei mesi a dieci anni. Se ne è derivata la morte della donna, la pena è della reclusione da 12 a 18 anni; 4) Che nella prima parte dell'articolo 365 si dica la pena a lui dovuta è aumentata di un sesto e si sopprima il capoverso; 5) che l'articolo 366 si modifichi come segue: "Nel caso di aborto procurato per ragion d'onore, le pene stabilite ecc." cfr. G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, VII, cit., p. 1027.

delitto che egli dovrebbe impedire; il fine cinicamente brutale cui tende, quando non concorra la scusa derivante da causa di onore, rendono evidentemente la sua responsabilità più grave, anche nel caso in cui la donna abbia acconsentito”⁵⁷⁶. La commissione pone poi la questione sulla superfluità e quindi necessaria soppressione del capoverso dell’articolo 365 in merito alla impunità del medico, assunto deducibile dall’articolo 46 c.p., “che non vi ha delitto se non quando il fatto che lo costituisce è voluto dal colpevole come conseguenza della propria azione; e nella specie il fatto voluto non è l’aborto come fine, ma come mezzo diretto ad un fine legittimo e doveroso; emerge chiaro nella prima parte dello stesso articolo 365 dal quale è posto fuori di dubbio che la cooperazione costitutiva della responsabilità dell’esercente l’arte salutare deve riferirsi all’esecuzione di un delitto di aborto procurato sia col consenso sia contro la volontà della donna”⁵⁷⁷. Quanto alla possibile obiezione per la quale l’elisione indurrebbe la sua applicazione anche a soggetti non esercenti attività sanitaria, nelle altre professioni non opera “la presunzione di legittimità dei propri atti”, né “potrà provarla chiunque non abbia nella propria qualità una giustificazione presunta del proprio operato”⁵⁷⁸. Gli articoli così emendati sono infine esaminati dalla Commissione di revisione che appone, riguardo al solo profilo sanzionatorio, delle modifiche⁵⁷⁹, commentate nella relazione al progetto definitivo di Zanardelli,

⁵⁷⁶ G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d’Italia*, VII, cit., p. 1027.

⁵⁷⁷ G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d’Italia*, VII, cit., p. 1028.

⁵⁷⁸ Sull’articolo 366 la Commissione “propone che quanto alla pena, si dica che nel caso di detto articolo indicato essa è diminuita da un terzo alla metà, sostituendosi la detenzione alla reclusione”: cfr. G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d’Italia*, VII, cit., p. 1028.

⁵⁷⁹ “Esaminato il capo dalla commissione di revisione questa, quanto all’articolo 362 vi apportò una sola modifica relativamente alla pena, che determinò nella detenzione da uno a cinque anni. Si credette opportuno a togliere qualunque dubbio ristabilire il capoverso, comunque alcuni membri fossero contrari, essendo inutile affermare ciò su cui alcuno non poteva fare eccezione. In ordine all’articolo 366 l’unica modificazione riguarda la pena che si stabilì doversi diminuire in quel caso da un terzo alla metà sostituendosi la deten-

che motiva la più ‘vistosa’ delle variazioni, ossia quella consistente nella eliminazione – della esplicitazione – della scusante applicata al medico che avesse agito per salvare la vita della donna⁵⁸⁰.

La disciplina è contenuta negli articoli da 381 a 384: nella prima disposizione si incrimina la condotta abortiva tenuta dalla donna su se stessa⁵⁸¹; nel secondo articolo sono regolate l’ipotesi dell’aborto commesso da *extraneus* col consenso di lei, e quella nella quale si verifichi, indipendentemente dall’aborto, la morte della donna⁵⁸²; l’articolo 383 prevede la diversa e più grave fattispecie in cui l’*extraneus* provoca l’interruzione della gravidanza *ignorante vel invita ea*, aggravando il trattamento sanzionatorio quando alla pratica abortiva segua la morte della donna⁵⁸³; la norma successiva si occupa della condotta abortiva

zione alla reclusione’ cfr. G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d’Italia*, VII, cit., p. 1029.

⁵⁸⁰ “L’articolo 384 è quello che presenta maggiori modificazioni in confronto col corrispondente articolo del progetto. Nella prima parte di esso l’indicazione della qualità personale aggravante fu coordinata dalle disposizioni della legge sanitaria, come si è fatto altrove; fu soppressa sulla proposta concorde delle commissioni parlamentari la disposizione che si leggeva nel progetto secondo la quale dichiaravasi non punibile il medico chirurgo quando giustifica di aver agito nello scopo di salvare la vita della donna messa in pericolo dalla gravidanza o dal parto. E fu collocata invece come capoverso l’altra disposizione per la quale la condanna ha sempre per effetto la sospensione dall’esercizio della professione o dall’arte per un tempo pari a quello della reclusione inflitta. Il voto concordemente manifestato mi indusse alla soppressione non già per escludere l’applicazione del concetto che era stato espresso ma perché era superfluo e inopportuno il dichiararlo, provvedendo all’uopo l’articolo 49 numero 3 di cui si sarebbe soltanto e senza motivo ritratta l’applicazione, aggiunti in sua vece la disposizione del capoverso poiché la sanzione dell’art. 35 non sarebbe stata applicabile che rispetto alle professioni od arti soggette ad abilitazione o a licenza” cfr. G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d’Italia*, VII, cit., p. 1029.

⁵⁸¹ L’articolo 381 dispone: “La donna che, con qualunque mezzo, adoperato da lei, o da altri col suo consenso, si procura l’aborto è punita con la detenzione da uno a quattro anni”.

⁵⁸² L’articolo 382 recita: “Chiunque procura l’aborto ad una donna, col consenso di lei, è punito con la reclusione da trenta mesi a cinque anni. Se, in conseguenza del fatto dell’aborto o dei mezzi adoperati per procurarlo, avvenga la morte della donna, la pena è della reclusione da quattro a sette anni; ed è da cinque a dieci anni, se la morte avvenga per essersi adoperati mezzi più pericolosi di quelli ai quali essa abbia consentito”.

⁵⁸³ L’articolo 383 stabilisce: “Chiunque fa uso di mezzi diretti a procurare l’aborto ad una donna, senza il suo consenso o contro la sua volontà, è punito con la reclusione da trenta mesi a sei anni; e da sette a dodici anni, se avvenga l’aborto. Se, in conseguenza del fatto dell’aborto o dei mezzi adoperati per procurarlo, avvenga la morte della donna, la pena è della reclusione da quindici a venti anni. Le pene stabilite nel presente articolo sono aumentate di un sesto, se il colpevole sia il marito”.

qualificata dall'esercizio di professioni sanitarie da parte del reo⁵⁸⁴; l'articolo 385 prevede infine la scusante d'onore⁵⁸⁵.

In merito alla posizione sistematica del procurato aborto Ferdinando Puglia afferma che “l'onorevole Zanardelli nella sua relazione dichiarava esser stato determinato da due considerazioni a collocare l'aborto procurato nella classe dei reati contro la persona, cioè: dal non esser sempre vero che esso turbi l'ordine di una famiglia; dall'essere lesa in modo prevalente il diritto della vita spettante al nascituro. La legge, diceva egli, deve spiegare e spiega la sua protezione anche per il feto tuttora racchiuso nell'alvo materno, difendendo la vita dell'uomo fin dal momento della fecondazione”⁵⁸⁶. Quest'espressione appalesa il progresso di posizione raggiunto in merito alla soggettività giuridica del feto, che da *spes vitae*, da prodotto ‘fisiologico’, senza una forma o una definizione ben precisa, diventa vita, ‘uomo’, a tutti gli effetti. Oggetto della tutela penale dei delitti contro la persona, usando le parole di Vincenzo Manzini, “è l'interesse pubblico concernente l'incolumità della persona fisica e della personalità morale, in relazione ad individui determinati, ed in quanto si attiene ai beni giuridici della vita, dell'integrità personale, della normalità delle gestazioni e delle nascite, della sicurezza e della salvezza degli incapaci di provvedere a se stessi, dell'incolumità fisica e morale di coloro che si trovano in determinati rapporti disciplinari o famigliari, e della inviolabilità della personalità morale di chiunque”⁵⁸⁷. La collocazione dell'aborto in questa categoria di

⁵⁸⁴ L'articolo 384 asserisce: “Quando il colpevole di alcuno dei delitti preveduti nei due articoli precedenti sia persona che esercita una professione sanitaria od un'altra professione od arte soggetta a vigilanza per ragione di sanità pubblica, che abbia indicati, somministrati o adoperati i mezzi per i quali sia procurato l'aborto o sia avvenuta la morte, le pene stabilite in quelli articoli sono aumentate di un sesto. La condanna ha sempre per effetto la sospensione dall'esercizio della professione o dell'arte per un tempo pari a quello della reclusione inflitta”.

⁵⁸⁵ L'articolo 385 stabilisce: “Nel caso di aborto procurato per salvare l'onore proprio o della moglie, della madre, della discendente, della figlia adottiva, o della sorella, le pene stabilite nei precedenti articoli sono diminuite da uno a due terzi, e alla reclusione è sostituita la detenzione”.

⁵⁸⁶ F. PUGLIA, *Manuale teorico pratico*, cit., p. 334.

⁵⁸⁷ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Utet, Torino, 1920, p. 409.

reati assume un'importante accezione, dato che “nei delitti contro la persona l'incolumità è considerata in relazione ad individui determinati. Ciò differenzia questa classe di reati da quella dei delitti contro la pubblica incolumità, nei quali vien bensì in considerazione l'incolumità personale, ma con riguardo a persone indeterminate, cioè al pubblico”⁵⁸⁸. Il feto diventa quindi un ente ‘semi’ autonomo – dato che è la tutela della donna a porsi da tramite per la protezione del feto – un individuo determinato, ‘differenziato’. Va tuttavia puntualizzato che “i beni – interesse non sono presi in considerazione dal lato soggettivo, intimo (non cioè nella relazione tra essi e il loro soggetto): relazione che, non oltrepassando la sfera esclusiva di costui, non interessa il diritto, che è *relatio ad homines*, bensì sotto l'aspetto sociale, cioè nelle relazioni tra uomini”⁵⁸⁹. È opportuno distinguere l'ipotesi delittuosa di procurato aborto *ex* articolo 381 con quella di accelerazione del parto, prevista nell'articolo 372⁵⁹⁰ in materia di lesioni personali, i cui estremi sono, secondo Ferdinando Puglia, la “scienza della gravidanza della donna” e la “lesione che acceleri il parto, indipendentemente dalla volontà del delinquente”⁵⁹¹. Attilio Ascarelli, da medico legale, afferma che “secondo questo articolo il medico-perito deve stabilire nel primo referto quanto tempo potrà durare la lesione o se essa sia pericolosa di vita; nel referto definitivo (allorché cioè è avvenuta la guarigione anato-

⁵⁸⁸ V. MANZINI, *Trattato, cit.*, p. 409.

⁵⁸⁹ V. MANZINI, *Trattato, cit.*, p. 410.

⁵⁹⁰ L'articolo 372 dispone: “*Chiunque, senza il fine di uccidere, cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute, o una perturbazione di mente, è punito con la reclusione da un mese ad un anno. La pena è della reclusione da uno a cinque anni, se il fatto produca l'indebolimento permanente di un senso o di un organo, od una permanente difficoltà della favella od uno sfregio permanente del viso, ovvero se produca pericolo di vita, od una malattia di mente o di corpo durata venti o più giorni, o, per ugual tempo, L'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni, ovvero, se commesso contro donna incinta, ne acceleri il parto; della reclusione da cinque a dieci anni, se il fatto produca una malattia di mente o di corpo, certamente o probabilmente insanabile, o la perdita di un senso, di una mano, di un piede, della favella, o della capacità di generare, o dell'uso di un organo, od una permanente deformazione del viso, ovvero, se commessa contro donna incinta, ne produca l'aborto. Fuori dei casi preveduti nel precedente capoverso e nell'articolo successivo, se il fatto non produca malattia o incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni, o se l'una o l'altra non duri più di dieci giorni, non si procede che a querela di parte, e la pena è della reclusione sino a tre mesi o della multa da lire cinquanta a mille*”.

⁵⁹¹ F. PUGLIA, *Manuale teorico pratico, cit.*, p. 322.

mica della ferita) il tempo che essa è effettivamente durata e se ha lasciato conseguenze e quali”⁵⁹², tempo riguardo al quale “le lesioni si distinguono in lievissime, se durano meno di dieci giorni; lievi, comprese tra i dieci o i venti giorni, gravi e gravissime”⁵⁹³. Ascarelli spiega poi che la differenza tra acceleramento del parto e aborto può essere stabilita ‘empiricamente’ dall’esame del prodotto del concepimento, potendosi parlare infatti di aborto “quando il feto non sia pervenuto al necessario sviluppo organico – funzionale da consentirgli di vivere fuori dell’utero materno (in media dopo 210 giorni di gestazione)”⁵⁹⁴.

L’articolo 372 prevede altresì l’ipotesi di aborto preterintenzionale, laddove incrimina le lesioni arrecate alla donna se producano l’interruzione della gravidanza. Puglia asserisce in proposito: “contempla il legislatore l’ipotesi dell’aborto preterintenzionale, poiché vi è il dolo dell’agente riguardo alla lesione, vi è la colpa relativamente all’aborto avvenuto. Richiedesi però sempre la scienza della gravidanza della donna”⁵⁹⁵. Giuseppe Bozzi sottolinea come in proposito il codice Zanardelli non sia innovativo, in quanto anche i codici sardo e toscano prevedevano tale disciplina, esigendo un *quid pluris*, quello della scienza della gravidanza della donna nel colpevole, requisito che non è esplici-

⁵⁹² A. ASCARELLI, *Compendio di medicina legale: guida alle perizie medico forensi*, Il Policlinico, Roma, 1912, p. 249.

⁵⁹³ A. ASCARELLI, *Compendio*, cit., p. 249.

⁵⁹⁴ Lo studioso descrive poi il *modus operandi* da seguire per accertare l’aborto: “*la diagnosi dell’aborto è basata sull’esame della madre e su quello del prodotto del concepimento. Se è possibile esaminare l’uno e l’altro, la diagnosi non presenta difficoltà, ma per solito ciò non avviene che di rado, perché nell’aborto criminoso i colpevoli sono solleciti a nascondere il feto espulso che costituirebbe la miglior prova del reato. Il perito può trovarsi dinanzi ad un feto di un certo sviluppo che anche i profani riconoscono per tale, oppure davanti a prodotti espulsi nei primi mesi della gravidanza e che facilmente possono esser presi per semplici coaguli. In tali casi bisogna tenere il coagulo in acqua corrente, liberarlo dal sangue, e vedere se nel coagulo si ritrova l’ovulo, o, formazioni membranose che bisogna bene esaminare per non confondere i prodotti abortivi con quelle membrane, che si eliminano talora con forti contrazioni e ragguardevoli emorragie, nella dismenorrea membranacea o nella endometrite esfoliativa, ecc. La diagnosi differenziale è data dal rinvenirsi macroscopicamente o microscopicamente, di parte di amnios o di corion*”: cfr. A. ASCARELLI, *Compendio*, cit., p. 255 e pp. 402 e 403.

⁵⁹⁵ F. PUGLIA, *Manuale teorico pratico*, cit., p. 323.

tamente richiesto dall'articolo 372⁵⁹⁶. Non è ben chiaro se il “silenzio debba attribuirsi a ragioni di sobrietà di dettato e di tecnica legislativa ovvero allo avere il legislatore inteso di far getto di quello estremo come di ciarpame inutili”⁵⁹⁷. Paolo Barbera sostiene che, nonostante la norma taccia sulla questione, quando il reo non abbia conoscenza dello stato di gravidanza della gestante tutt'al più possa godere dell'attenuante dell'eccesso del fine, di cui all'articolo 374⁵⁹⁸ del codice penale, ma non anche dell'impunità rispetto all'aborto⁵⁹⁹. Lo studioso richiama a sostegno della sua tesi la disciplina contenuta nei codici preunitari in materia, laddove si richiede “la scienza dello stato interessante come elemento costitutivo del reato”⁶⁰⁰.

In merito alla qualificazione giuridica dell'aborto, Costanzo Calogero ritiene che la *quaestio* vada risolta a seconda che lo si consideri reato contro la vita del feto ovvero se esso sussista in ordine ad altro obiettivo giuridico, senza tener conto di alcuna condizione di vita del feto e della uccisione del medesimo⁶⁰¹. Lo studioso propende per la seconda soluzione, dato che “la differenza tra un neonato ed un feto prossimo alla nascita non può esser tale da giustifi-

⁵⁹⁶ “Il Codice Penale Sardo ed il Toscano noveravano fra le gravissime le lesioni producenti aborto, ma esigevano che il colpevole avesse avuto notizia della gravidanza. Ugual sistema ha tenuto il legislatore nel codice del 1889, ma con una differenza: che ha serbato silenzio sullo estremo della scientia praenationis” cfr. G. BOZZI, *La lesione che ha prodotto l'aborto secondo l'articolo 372*, in *Antologia Giuridica*, Reale Tipografia Passini, Catania, 1894, p. 332.

⁵⁹⁷ G. BOZZI, *La lesione*, cit., p. 332.

⁵⁹⁸ L'articolo 374 dispone: “Quando, nei casi preveduti negli articoli precedenti, il fatto ecceda nelle conseguenze il fine propostosi dal colpevole, le pene ivi stabilite sono diminuite da un terzo alla metà”.

⁵⁹⁹ P. BARBERA, *Dottrina Giuridica: il reato di lesione con aborto*, Tipografia Vecchi, Trani, 1893, p. 4.

⁶⁰⁰ Lo studioso ricorda infatti che “il codice sardo all'art. 539, n. 3, disponeva: “Le ferite, le percosse, od altre simili offese volontarie contro le persone sono punite colla relegazione non minore di cinque anni, estensibile a dieci; Se commesse contro una donna incinta da chi ne conosceva lo stato, abbiano fatto che ella abortisse”. Ed il codice toscano ugualmente alla lettera e dello art. 326 così stabiliva: “Se la percossa, commessa contro donna incinta da chi ne conosceva lo stato, fa che ella abortisca”: cfr. P. BARBERA, *Dottrina Giuridica*, cit., pp.5 e 6; Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale ossia Esposizione dei delitti in specie*, I, seconda edizione, Tipografia Giusti, Lucca, 1868, p. 350; G. PUCCIONI, *Il Codice penale toscano illustrato*, IV, Tipografia Cino, Pistoia, 1855, p. 501.

⁶⁰¹ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 13.

care la disparità di trattamento fra di essi, potendo soltanto il primo essere soggetto di diritti”⁶⁰²: è la nascita a determinare il perfezionarsi del processo psico-fisico che rende l’embrione un uomo e quindi un soggetto di diritto⁶⁰³.

Interessante è invece l’osservazione che compie lo studioso sulla diversa posizione giuridica del feto in materia civile e penale: se in quest’ultimo settore il feto assume una condizione intermedia tra il soggetto autonomo e un ente ‘amorfo’, le leggi civili, ed in particolare gli articoli 764 e ss. in materia di successione, “accordano al feto una personalità giuridica” tale che non gli si può negare il diritto alla vita⁶⁰⁴, per quanto tale ‘soggettività giuridica’ si fonda su una finzione, un “espediente tecnico”⁶⁰⁵. Lo studioso sottolinea come “non si comprende piuttosto come riconosciuta una vita nel feto, questa vita la si calcoli meno di quella dell’infante o dell’uomo sviluppato, e le si accordi una protezione minore”⁶⁰⁶. Russo sostiene invece che Zanardelli, nel considerare l’aborto come reato lesivo del bene vita del nascituro, si sia lasciato fuorviare dalle leggi civili la cui massima “*conceptus pro nato habetur quoties de commodo eius agitur*” si fonda su una finzione giuridica, che non è possibile applicare nel diritto penale, in quanto “in diritto penale non può procedersi per finzioni, ma,

⁶⁰² C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 15.

⁶⁰³ Calogero nota come la natura ‘determinante’ del momento del parto inerisca non solo all’aspetto giuridico ma anche a quello strettamente fisiologico: “*Quanto poi alle differenze organiche è facile rilevare che nessuna rivoluzione succede nell’organismo così profonda quanto quella che si avvera al momento della nascita: nell’ordine psichico il feto viene messo in relazione col mondo esterno e quindi incomincia per lui da quel punto la vita dei sensi principali; nell’ordine puramente fisiologico alla respirazione placentale succede la respirazione polmonare ed incomincia nel neonato una circolazione sanguigna propria*”: cfr. C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 16.

⁶⁰⁴ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 16.

⁶⁰⁵ La natura ‘artificiosa’ di questa capacità giuridica si evince dall’osservazione che “*se il feto muore prima o contemporaneamente alla nascita, oppure nasce non vitale non trasmette ad altri quei diritti che non ha mai acquistati*”. Conseguentemente “*la legge civile, custodendo i diritti che spetteranno al feto divenuto uomo, non ha bisogno di riconoscerne la personalità giuridica, ma le basta di riconoscerne l’esistenza fisica, accompagnata dalla probabilità della nascita. Così non è del diritto all’esistenza, il quale non è qualche cosa di estraneo alla persona del feto che si imponga praticamente e per il quale debba, in mancanza ed in attesa di meglio, ammettersi una finzione; la vita in avvenire del feto non si può tutelare con una riserva, ma è necessario perciò tutelare e quindi riconoscergli un diritto alla vita attuale; ciò la finzione cesserebbe senz’altro di essere tale*”: cfr. C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 16.

⁶⁰⁶ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 16.

della sussistenza del diritto violato, deve aversi la certezza più assoluta ed indiscutibile” e il diritto alla vita del feto non è acclarato⁶⁰⁷.

Calogero perviene poi ad una conclusione singolare, in quanto afferma che un peculiare caso di aborto rientri in quelle ipotesi che andrebbero ‘depenalizzate’, in quanto tale condotta, ‘lecita’ sul piano giuridico, a dire di Calogero, e ‘illecita’ quanto ad $\epsilon\theta\omicron\varsigma$, non deve essere punita dal legislatore, perché “non lede infatti l’ordine delle famiglie, non la vita del feto, non il buoncostume, non l’integrità personale, non il diritto della società”⁶⁰⁸: “l’aborto commesso dalla donna su se stessa non può mai costituire reato; e non saranno quindi penalmente imputabili di delitto nemmeno i terzi che alla donna che aveva formata la volontà di abortire, prestarono i mezzi necessari per recare ad effetto il suo disegno”⁶⁰⁹.

Quanto alle procedure abortive realizzate dai terzi sulla donna *ignorante vel invita ea*, “in questo caso il diritto effettivamente violato dal reato sarà quello della maternità, e la lesione quindi di tale diritto costituirà la obiettività giuridica del reato di aborto”⁶¹⁰, diritto alla maternità consistente, a dire dello studioso, in una vera e propria situazione giuridica degna di tutela del legislatore. È evidente l’evoluzione della concezione del ruolo sociale e giuridico della donna, che da ‘soggetto muto’ diventa un ‘essere parlante’, titolare di diritti, e che può vantare tali spettanze davanti all’ordinamento. Ed anzi, se si parla di un ‘diritto’ alla maternità, non si impone ad essa il ‘dovere’ di astenersi “da ogni atto che possa impedire la completa formazione del feto”⁶¹¹.

⁶⁰⁷ A. V. RUSSO, *L’aborto criminoso: conferenza tenuta in Napoli nella sala Gauthier la sera del 24 novembre 1898*, Stabilimento tipografico De Angelis e Bellisario, Napoli, 1899, p. 15.

⁶⁰⁸ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 37.

⁶⁰⁹ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 37.

⁶¹⁰ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 37.

⁶¹¹ Calogero pone a sostegno di questo ‘diritto alla maternità’ l’osservazione dell’inammissibilità di quelle obiezioni “fatte in riguardo al diritto del marito, poiché da un canto la gestazione della donna è un fatto certo, apparente, ed indiscutibile, e dall’altro il diritto della madre si fonda su tale fatto naturale. Non vi è una distruzione di vita o una offesa alla società ma vi è un impedimento alla evoluzione che si opera nell’alvo materno, ed un processo patologico che distrugge il processo fisiologico

Sulla nozione del procurato aborto di cui agli articoli 381 e ss. Crivellari e Suman sottolineano che il codice Zanardelli non pone un *distinguo*, come faceva il codice toscano nell'articolo 321, fra uccisione del feto dentro l'utero ed espulsione violenta del feto deceduto per l'impiego di mezzi abortivi⁶¹². Gli studiosi mostrano inoltre la natura poco originale della definizione dei mezzi da impiegare per la procedura abortiva, sebbene affermino che “del pari, (il codice) abbandona l'esemplificazione dei mezzi impiegati per produrre l'aborto, quale si leggeva nel Codice sardo (art. 501)”⁶¹³. Si fa un passo indietro rispetto al testo dei progetti, che più analiticamente indicavano “mezzi interni ed esterni”. La *ratio* su cui si fonda l'intervento del legislatore di incriminazione della condotta abortiva della donna su se stessa, risiede nel fatto che “l'interesse in discorso è tutelato nelle relazioni fra uomini. Con ciò, non solo si esclude la considerazione delle cause sub-umane di morte, ma si pone altresì in evidenza che il diritto in genere (che è *relatio ad alteros*) e la legge penale in ispecie, legge eminentemente sociale, si preoccupano dei rapporti degli uomini fra loro e con la collettività, e non delle azioni, siano pure immorali, che l'individuo possa commettere contro la propria persona, le quali sono incriminate soltanto nei casi in cui gli effetti di esse escano dalla sfera intima individuale, e ledano un interesse pubblico”, e l'aborto determina una lesione dell'interesse della società alla conservazione della specie, “al bene giuridico della normalità delle gestazioni e delle nascite, proteggendosi in tal modo la vita intrauterina della persona in formazione”⁶¹⁴, non potendosi infatti parlare di omicidio rispetto al feto⁶¹⁵. Anche Giovanni Battista Impallomeni sottolinea

della gestazione che avviene nella donna. Ogni qualvolta alcuno ciò faccia dolosamente deve rispondere di reato”: cfr. C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 38.

⁶¹² G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, cit., p. 144.

⁶¹³ G. CRIVELLARI - G. SUMAN, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, cit., p. 144.

⁶¹⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Utet, Torino, 1920, p. 426.

⁶¹⁵ “Il feto non è soggetto passibile d'omicidio, prima della nascita, perché, qualunque sia lo stadio della così detta vita intrauterina, cui è pervenuto, non ha ancora acquistato il bene tutelato, la vita in senso proprio” “L'infante, appena nato, cioè tosto che abbia respirato fuori dell'alvo materno, diviene soggetto passibile

che “soggetto passivo dell’omicidio è una vita umana esistente, *hominis caedes*. Quindi non è omicidio l’uccisione del feto, procurata per effetto della sua violenta prematura espulsione dall’utero materno”⁶¹⁶. Lo studioso puntualizza infatti che “il feto è un essere umano in formazione; ma un individuo umano non esiste se non quando v’ha una perfetta esistenza vivente fuori dell’alvo materno, e che perciò ha acquistato gli attributi di persona. L’uccisione del feto forma invece l’oggetto del titolo diverso del delitto di procurato aborto, per cui la legge non ha propriamente per oggetto di tutelare un diritto individuale all’esistenza, non essendovi un soggetto capace di diritti là dove non v’è una persona, ma ha piuttosto per oggetto di tutelare il diritto della società a che non sia interrotto lo svolgimento del processo fisiologico di formazione di un individuo umano, e quindi il normale sviluppo della popolazione”⁶¹⁷. Calogero sostiene che la fattispecie delittuosa di cui all’articolo 381 consta di quattro estremi di reato: “la gravidanza della donna; il dolo; i mezzi che si adoperino; la conseguente distruzione del feto”⁶¹⁸. Il primo requisito è necessario perché “la gravidanza importa il materiale fisico del reato, sul quale deve adoperarsi la violazione del diritto e senza del quale questa non potrebbe aver luogo”, la cui prova può rinvenirsi in una serie di sintomi⁶¹⁹. Il dolo deve comprendere la scienza della gravidanza e la volontà di provocare l’aborto, o meglio, secondo lo studioso, l’intenzione di produrre non solo l’espulsione del feto ma anche la morte dello stesso. Quanto all’ultimo presupposto, se si tratta di gravidanza inoltrata, è necessario provare che il feto era vitale; se invece l’aborto è pro-

d’omicidio, senza che si richieda ch’esso, oltre che vivo, sia anche vitale’ cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Utet, Torino, 1920, p. 411.

⁶¹⁶ G. B. IMPALLOMENI, *L’omicidio nel diritto penale*, cit., p. 45.

⁶¹⁷ G. B. IMPALLOMENI, *L’omicidio nel diritto penale*, cit., p. 45.

⁶¹⁸ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, Vallardi editore, Milano, 1894, p. 56.

⁶¹⁹ “La prova della gravidanza può risultare dai seguenti fatti: soppressione dei mestruj; turgidezza dell’addome, che generalmente comincia a rendersi evidente nel terzo mese; modificazione delle mammelle, rigonfiamento e colorazione dei capezzoli; movimento del feto che avviene di rado prima del quarto o quinto mese; pulsazione del cuore fetale; modificazioni nell’orifizio e nel collo dell’utero” cfr. C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 58.

dotto all'inizio della gestazione, si deve dimostrare la sua potenziale capacità di giungere a compimento⁶²⁰.

Secondo lo studioso i medesimi requisiti sono richiesti anche quando la procedura abortiva sia compiuta col consenso della gestante *ex* articolo 382⁶²¹. Russo puntualizza che, per quanto non espressamente indicato dagli articoli 381 e 382, certamente si deve ritenere incriminato anche il tentativo di aborto, non avendo infatti la “commissione di revisione” accolto la proposta di Giova “di escludere il tentativo dell’ipotesi della donna che si procuri l’aborto, o dell’aborto da altri procurato”⁶²².

In merito all’articolo 383 Calogero nota come si sarebbe dovuto distinguere il trattamento sanzionatorio a seconda dell’agire *contra voluntatem* o piuttosto senza il consenso della gestante, data la diversa intrinseca gravità del reato, anche se è probabile che “il legislatore avrà probabilmente inteso di provvedere alle varie gradazioni della responsabilità con la latitudine della pena lasciata al prudente arbitrio del magistrato”⁶²³. Impallomeni, commentando l’omicidio colposo, afferma che gli articoli 382 e 383 regolano tale fattispecie ponendo l’evento morte come conseguenza della provocazione dell’aborto: “omicidio colposo v’ha sempre che la morte di alcuno sia stata la conseguenza non preveduta di una violazione di legge ancora quando questa violazione non costituisca per sé medesimo reato, salvo che la morte sia specialmente dalla legge considerata come conseguenza di un delitto, giacché è allora riguardata quale una circostanza aggravante dello stesso delitto. Tale è l’evento mortale preveduto negli art. 382 e 383 come conseguenza del procurato aborto”⁶²⁴.

⁶²⁰ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 62.

⁶²¹ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 72.

⁶²² A. V. RUSSO, *L’aborto criminoso: conferenza tenuta in Napoli nella sala Gauthier la sera del 24 novembre 1898*, Stabilimento tipografico De Angelis e Bellisario, Napoli, 1899, p. 24; nello stesso senso C. Calogero, *Del procurato aborto*, cit., p. 66.

⁶²³ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 65.

⁶²⁴ G. B. IMPALLOMENI, *L’omicidio nel diritto penale*, cit., p. 126.

Calogero afferma che i dati statistici accertano che “il procurato aborto è precisamente uno di quei delitti per i quali le sanzioni legislative sono rimaste costantemente prive di pratica efficacia”⁶²⁵: “la statistica ci prova luminosamente che l’aborto nel massimo numero dei casi rimane impunito, e che la rarità delle condanne è in evidente sproporzione colla frequenza sempre crescente del fatto criminoso”⁶²⁶. Ed anche laddove si giunga ad una condanna, la pena non esplica alcuna funzione “educativa della società”⁶²⁷. Secondo Calogero “l’essere adunque pervertita la pubblica opinione in quanto giustifica o compatisce l’aborto richiede dal legislatore attente cure nell’ordinare quei mezzi preventivi che valgano a sradicare le cause di quel pervertimento, ma costringe il legislatore medesimo a valutarne l’influenza e sulla intenzione dell’agente e sulla sua imputabilità. Altrimenti facendo la legge urterebbe colla coscienza giuridica del popolo e sarebbe viziosa”⁶²⁸. Lo studioso sostiene che il legislatore dovrebbe intervenire su due fronti, ossia “restringere la punizione dell’aborto a certi casi speciali e sotto certe date condizioni” e “assumere un

⁶²⁵ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 2.

⁶²⁶ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 2.

⁶²⁷ La mancanza, nella pena, di una funzione di prevenzione sociale si evince dalle osservazioni di Calogero che nota come “*le secolari sanzioni penali contro l’aborto non hanno avuto la virtù di far nascere nella massa dei cittadini, quella idealità sociale che è la più grande contropinta al delitto, e che giustifica l’esercizio della pena, come funzione educatrice della società, nel tempo stesso che è correzione dell’individuo*”. Per quanto si tratti di un reato che desta l’attenzione della società, che “*dimostra un’indulgenza che ad alcuno sembrerà colpevole, anche per altri delitti quali il duello ed in genere i reati d’amore*” e “*che a molti ripugnerebbe che si concedesse alla donna di calpestare impunemente il suo istinto più sacro, quello della maternità; vero è che si potrà rispondere tutto ciò esser dovuto al pervertimento dell’opinione pubblica, la quale nel caso concreto non riconosce delinquente colui che realmente è tale, ma ad ogni modo la legge penale se da un canto deve tener conto stretto della natura del fatto per imputarlo all’agente, non può dall’altro trascurare tutte le circostanze che producono il fatto medesimo che l’accompagnano o lo modificano. Se il pregiudizio sociale esiste nella pubblica opinione, se è appunto in questo reato d’indole eminentemente sociale, in questo reato, figlio del sentimento dell’onore, tale nelle donne da rivaleggiare, combattere e vincere l’amor materno, che dimostrasi vera la sentenza del Quetelet che la società prepara il delitto e che il delinquente è soltanto l’istrumento per cui si eseguisce, se la madre si trova talvolta in un bivio terribile da cui si esce, come dice il Pugliese, o senza figlio o senza onore, non può il legislatore penale valutare quel fatto astraendo da tutto ciò che valse a produrlo*”: cfr. C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 5.

⁶²⁸ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 5.

carattere più preventivo che repressivo”⁶²⁹. Anche Alfredo Vittorio Russo critica la linea seguita dal legislatore, “che non seppe con provvide leggi, o con opportuni istituti, o con efficaci mezzi preventivi, evitarne l’apparizione”⁶³⁰, affermando tuttavia che “la Società, com’è ora, può compatire la sciagurata fanciulla che, soffocando nel suo seno la voce del più sublime sentimento dell’anima femminile, cede alla preoccupazione dell’onore socialmente macchiato, o allo sgomento che le incute il parto imminente, e distrugge, o consente si distrugga, il frutto delle viscere sue; ma se, in quella distruzione, essa riconosce la violazione d’un diritto che, per contrario, ha interesse a mantenere inviolato, deve, inesorabilmente, l’incauta, sciagurata fanciulla inchinarsi alla Società e pagarle, con la pena meritata, il tributo che le deve per la riaffermazione del diritto violato”⁶³¹. Dalle parole di Russo emerge una nuova concezione della pena, maggiormente orientata per la funzione preventiva⁶³².

Calogero sottolinea poi, con riferimento all’articolo 384, che addirittura si parla di “professione di provocare l’aborto”, ossia di “persone che vivono in una certa agiatezza coll’esercizio esclusivo” di tale ‘mestiere’⁶³³, dato anche che “in molti casi riesce impossibile l’incriminazione dell’aborto” “o mancano gli elementi necessari del reato”, soprattutto in tre casi delineati dal giurista: quando l’aborto avviene nei primi mesi della gravidanza e non si ha prova evidente della previa vitalità del feto; quando non si riesce a dimostrare il nesso di causalità tra l’impiego dei mezzi abortivi e l’interruzione della gravidanza o

⁶²⁹ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 5.

⁶³⁰ A. V. RUSSO, *L’aborto criminoso*, cit., p. 7.

⁶³¹ A. V. RUSSO, *L’aborto criminoso*, cit., p. 7.

⁶³² Russo invita infatti “la Società” a porgere “la sua mano benefica” e non a “colpire d’anatema” la donna che può essere indotta ad un simile gesto solo dalla disperazione, perché “è questo che la Società deve fare, progredendo; e ciò è ben diverso che rendere, quasi, omaggio a pregiudizii imperanti, con l’invocare che il legislatore chiuda gli occhi sopra un fatto iniquo, scellerato, inumano sempre, quale è la soppressione del feto.(...)È la cagione, è il fattore primo dei reati, che una sapiente educazione civile deve tendere ad eliminare; ma non si può non comminare una pena, dato che il reato sia stato commesso”: cfr. A. V. RUSSO, *L’aborto criminoso*, cit., p. 9.

⁶³³ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 3.

quando anche in seguito ad essa il feto espulso dall'utero sia vitale; quando il feto era già morto nell'utero per "cause innocenti"⁶³⁴. E quando ci si trova dinanzi a situazioni di ardua ricostruzione probatoria della responsabilità del reo, risulta più difficoltosa l'applicazione autentica del principio *imputet sibi*, principio di personalità della responsabilità penale⁶³⁵, che Calogero ritiene poter trovare "ragionevole applicazione solo in riguardo alle conseguenze di un fatto illecito, ma non può esservi legislatore che per tali conseguenze condanni senza la prova del fatto; ed i motivi di sospetto se possono servire di base al magistero della polizia, non possono giammai assumersi a sostituire la prova in un giudizio penale"⁶³⁶. Ciò significa che i tre estremi del reato su cui può fondarsi l'intervento 'incriminante' della legge – ossia lo stato di gravidanza, l'impiego di mezzi abortivi *ignorante vel invita ea*, e come sua conseguenza la prematura espulsione del feto dall'utero materno – devono essere accertati "in modo chiaro, certo ed assoluto"⁶³⁷. E se poi dall'impegno della polizia non deriva la punizione dell'aborto, trattandosi di casi in cui "la ingerenza del provvedimento sociale coercitivo e inquisizionale in questa materia non può che aprir l'adito a funeste indiscrezioni eventualmente vessatorie che troppo grandemente minacciano la quiete e l'onoratezza delle famiglie perché possa sperarsi che se ne ritraggano adeguati vantaggi"⁶³⁸. "A parte che la perseguibilità penale dell'aborto è sconsigliata anche dal pericolo di condanne ingiuste ed

⁶³⁴ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 19.

⁶³⁵ Il principio di personalità della responsabilità penale si articola in tre momenti: divieto di responsabilità per fatto altrui, divieto di responsabilità oggettiva, principio di colpevolezza. In sintesi, è necessaria la coincidenza tra l'autore dell'illecito e il destinatario della sanzione; la condotta illecita deve concretizzarsi in un fatto dell'agente, e in quest'ultimo devono esprimersi, anche potenzialmente le energie volitive del soggetto; si richiede che il fatto sia rimproverabile al suo autore, in quanto consapevole o posto nella condizione di comprendere il disvalore etico sociale della condotta tenuta. Il principio deve tradursi quindi nella responsabilità per un fatto proprio colpevole. Cfr. sul tema G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Giappichelli editore, Torino, 2004, pp. 159 – 188; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè editore, Milano, 2006, pp. 244 – 246.

⁶³⁶ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 40.

⁶³⁷ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 40.

⁶³⁸ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 41.

immeritate per la straordinaria incertezza della prova che soltanto in casi rarissimi potrà aversi piena e concreta”⁶³⁹. Calogero giunge alla opinabile conclusione che “devesi pure notare che, essendo l’aborto una specie di sostitutivo dell’infanticidio e dell’esposizione d’infante, diminuirebbe il numero di questi reati ove fosse resa giuridicamente lecita la provocazione dell’aborto”⁶⁴⁰. Lo studioso adduce poi a sostegno della sua tesi che l’impunità dell’aborto “lungi dall’essere dannosa sia utile e che, abolite le disposizioni penali per il concorso nell’aborto, in questo fatto interverrebbe molto più spesso l’opera dei medici, i quali, usando i processi abortivi riconosciuti dalla scienza come meno pericolosi, eviterebbero un gran numero di quelle sventure che oggi sono da attribuirsi all’opera di persone ignoranti e di mal affare”⁶⁴¹. “Queste persone – afferma lo studioso – sono il necessario prodotto delle leggi proibitive dell’aborto, abolite le quali si ha ragione di confidare che a poco a poco scomparirebbero per effetto dell’intervento benefico delle persone dell’arte”⁶⁴². Allo stesso tempo legittima la ragione che ha indotto il legislatore ad introdurre una circostanza aggravante per lo *status* di “professione sanitaria o di un’altra professione od arte soggetta a vigilanza per ragione di sanità pubblica” in quanto “senza dubbio il medico unicamente perché tale trova nel proprio mestiere risorse a delinquere e a schivare i rigori della giustizia punitiva, che nessun altro possiede. Ed è certo del pari che colui il quale volge a fine malvagio l’arte benefica e salutare di guarire e in tal modo turpemente tradisce la fiducia dei pazienti che senza difesa gli si affidano, debba essere più gravemente punito dell’ordinario. Un diploma di laurea non deve mai servire come salvaguardia a chi con prava intenzione si determina a misfare quasi sicuro sotto l’usbergo

⁶³⁹ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 41.

⁶⁴⁰ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 41.

⁶⁴¹ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 41.

⁶⁴² C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 42.

della scienza e della professione”⁶⁴³. Calogero critica inoltre la formulazione dell’articolo, essendo “illogico o per lo meno superfluo richiedere che questi abbia indicati, somministrati, o adoperati i mezzi abortivi, per esser punito a norma dell’articolo 384. Né si comprende, se non come inutile ripetizione, che ad esempio per il medico il quale abbia procurato l’aborto ai sensi degli articoli 382 o 383, sia necessario perché sia punito più gravemente dell’ordinario che abbia egli indicati, somministrati, o adoperati i mezzi dai quali in fatto è già conseguito per opera di lui l’aborto”⁶⁴⁴. Il giurista non comprende inoltre “mentre sembra che il legislatore riferisca l’aggravante soltanto ai colpevoli dei delitti contemplati negli articoli 382 e 383, cioè ai terzi che abbiano su di una donna incinta tentato o consumato l’aborto, potrebbe d’altra parte nascere il dubbio che nell’art. 384 sia compresa anche una ipotesi nuova di reato quale è quella degli ufficiali sanitari che indichino o somministrino i mezzi pei quali sia procurato l’aborto o sia avvenuta la morte. Infatti parrebbe che logicamente dovesse ritenersi punibile a norma dell’art. 384 tanto l’ufficiale sanitario che abbia procurato l’aborto ad una donna col consenso di lei o che abbia fatto uso di mezzi diretti a procurare l’aborto senza il consenso o contro la volontà della donna (articoli 382 e 383), quanto l’ufficiale sanitario non colpevole di questi delitti il quale abbia però indicati o somministrati i mezzi dai quali sia derivato l’aborto o la morte della donna”⁶⁴⁵. Lo studioso puntualizza che si tratta infatti di “due ipotesi ben distinte l’una dall’altra e non potrebbe comprendersi come il legislatore punendo ben gravemente l’una lasciasse l’altra impunita”⁶⁴⁶. È preferibile credere che il legislatore sia stato poco attento piuttosto che aderire alla “tassativa restrizione impostaci dalla prima parte

⁶⁴³ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 73.

⁶⁴⁴ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 74.

⁶⁴⁵ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 74.

⁶⁴⁶ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 74.

dell'articolo medesimo”⁶⁴⁷. Inoltre rispetto ai progetti il codice Zanardelli non fa cenno della scusante di aver agito per salvare la vita della donna posta in pericolo dalla gravidanza o dal parto, ma ciò non perché lo neghi ma piuttosto perché lo dà per implicito, in presenza, ovviamente, della prova della necessità della procedura⁶⁴⁸. Russo afferma infatti che “l'uomo della scienza, che, al capezzale d'una sofferente per gravidanza infelice, dopo avere lungamente, invano, tentato tutti i rimedi, dei quali gli è dato disporre per salvarne la vita, in una risoluzione suprema, con la febbre nell'anima, ma con la coscienza della nobiltà della sua missione, si appiglia all'estremo partito di sacrificare la esistenza del figlio, per tentare di salvare quella della madre, non può, non deve, nella sua opera generosa, andare confuso con chi, losco, abominevole, triste, forse per mercede, forse per calcolo, forse per paura, compie, o concorre a compiere, lo spegnimento d'una vita, che come sacra dovrebbe essere riguardata”⁶⁴⁹.

In merito alla scusante d'onore di cui all'articolo 385 in materia di aborto procurato e di cui all'articolo 369⁶⁵⁰ in materia di infanticidio l'orientamento giurisprudenziale prevalente⁶⁵¹ è piuttosto rigoroso nella sua applicazione: in una sentenza la Corte di appello di Napoli puntualizza infatti che “l'infanticida non può pretendere la doppia scusa del vizio di mente e della causa d'onore, in questa seconda confondendosi la prima, sempre che non sia dimostrata al-

⁶⁴⁷ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 75.

⁶⁴⁸ C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, cit., p. 77.

⁶⁴⁹ A. V. RUSSO, *L'aborto criminoso*, cit., p. 6.

⁶⁵⁰ L'articolo 369 recita: “Quando il delitto preveduto nell'articolo 364 sia commesso sopra la persona di un infante non ancora iscritto nei registri dello stato civile, e nei primi cinque giorni dalla nascita, per salvare l'onore proprio, o della moglie, della madre, della discendente, della figlia adottiva o della sorella, la pena è della detenzione da tre a dodici anni?”.

⁶⁵¹ Corte di Appello di Napoli, sezione VII, udienza 31 luglio 1890 sentenza commentata da F. Lopez in *Il Foro Penale: Rivista critica di diritto e giurisprudenza penale e di discipline carcerarie*, I, Tipografia nazionale G. Bertero, Roma, 1892, pp. 46 e 47; Corte di Cassazione, sezione promiscua, udienza 13 agosto 1891, in *Il Foro Penale*, cit., pp. 63 e 64; Tribunale di Roma, 2° sezione feriale, udienza 6 ottobre 1891, in *Il Foro Penale*, cit., pp. 109 e 110; Corte di Cassazione, 1° sezione, udienza 7 ottobre 1891, in *Il Foro Penale*, cit., pp. 127 e 128; Corte di Cassazione, 1° sezione, udienza 15 gennaio 1892, in *Il Foro Penale*, cit., pp. 218 – 220.

tra causa di alterazione di mente”⁶⁵². Filippo Lopez sottolinea tuttavia come la corte faccia un po’ di confusione, in forza del fatto che l’organo giurisdizionale, affermando “attesoché, secondo il nuovo Codice Penale, l’infanticidio non è un titolo speciale nella classificazione dei delitti, se non quando vi concorre la circostanza scusante dell’onore (art. 269): nel resto è considerato come ogni altro omicidio, né per costituirlo si richiede l’estremo della vitalità del feto alla sua essenza di fatto”, “fa parola dell’onore, come scopo o termine cui l’agente abbia mirato nel commettere l’azione delittuosa, per salvare l’onore proprio, o ecc. Dal che conseguita che la tutela o la salvezza dell’onore, anziché una circostanza scusante, costituisce uno dei fattori del delitto, o del titolo speciale d’infanticidio, e senza del quale si rientra nella ipotesi e nella figura comune del delitto di omicidio. Ora se questo nella sostanza ha pur essa la Corte ritenuto nella prima parte del suo pronunciato, mal si comprende come nell’ultima parte dello stesso, sia pervenuta a stabilire, o per lo meno a farlo intravedere questa teorica, cioè che non si possa in reato d’infanticidio né accampare, né concedere il vizio o l’infermità parziale di mente, come altra circostanza diminuente, perché essa si confonde nella scusa per causa di onore”⁶⁵³, adducendo a sostegno di ciò che “il vizio parziale di mente, che si vorrebbe come altra circostanza diminuente, non è dovuto, perché si confonde nella scusa per causa di onore, non essendosi dimostrata altra causa di alterazione di mente; anzi risulta di avere essa agito freddamente, con tutta circospezione e sempre cauta nel nascondere il frutto dei suoi colpevoli amori per non farne avvertire la famiglia”⁶⁵⁴. L’accostamento tra queste due scusanti desta perplessità secondo Lopez, in quanto “la scusa dell’onore è quella di un

⁶⁵² Corte di Appello di Napoli, sezione VII, udienza 31 luglio 1890, sentenza commentata da F. Lopez in *Il Foro Penale*, cit., p. 46.

⁶⁵³ Corte di Appello di Napoli, sezione VII, udienza 31 luglio 1890, sentenza commentata da F. Lopez in *Il Foro Penale*, cit., p. 46.

⁶⁵⁴ Corte di Appello di Napoli, sezione VII, udienza 31 luglio 1890, sentenza commentata da F. Lopez in *Il Foro Penale*, cit., p. 47.

sentimento, o di una passione tanto nobile, quanto viva e potente, e poggia sullo stato di agitazione e di esaltazione dell'animo umano nel quale essa è inviscerata. Invece l'altra è un'affezione morbosa, una malattia, una infermità della mente e fonda nella soppressione, od obliterazione parziale delle facoltà intellettive. Poteva dunque la Corte escludere in fatto la detta diminuente, ma non ritenere ed affermare per di più in diritto, come erroneamente ha fatto, che la stessa si confonda colla scusa per causa di onore”⁶⁵⁵. Sembrerebbe inoltre non essere richiesta, secondo la Corte, ai fini della punibilità dell'infanticidio, la vitalità del feto, in quanto “se dovesse stabilirsi, come estremo dell'infanticidio, la vitalità del feto, ne verrebbe la conseguenza che le imputate allora dovrebbero essere considerate colpevoli quando avessero conosciuto la esistenza della vitalità; e così si andrebbe in ricerche sempre incerte ed in giudizi mal sicuri”⁶⁵⁶. Della stessa opinione di Lopez è Impallomeni, che critica la “falsa idea” che si è insinuata tra i giudici di “togliere il suo vero carattere alla circostanza della causa dell'onore, facendola considerare come elemento costitutivo di uno speciale delitto di infanticidio, invece che quale circostanza scusante del delitto di omicidio volontario, (...) e perciò semplice modalità del delitto di omicidio volontario e tale da farne diminuire soltanto la pena, non da far mutare il titolo del delitto”⁶⁵⁷.

Anche Alessandro Stoppato contesta l'orientamento seguito dalla giurisprudenza, affermando che anche se “il codice penale italiano dell'infanticidio crea un titolo speciale soltanto quando si tratta di renderlo scusabile in considerazione della causa d'onore” e “diversamente, lo contempla alla pari di qualunque altro omicidio volontario ove non concorrano circostanze che valgano

⁶⁵⁵ Corte di Appello di Napoli, sezione VII, udienza 31 luglio 1890, sentenza commentata da F. Lopez in *Il Foro Penale*, cit., p. 46.

⁶⁵⁶ Corte di Appello di Napoli, sezione VII, udienza 31 luglio 1890, sentenza commentata da F. Lopez in *Il Foro Penale*, cit., p. 46.

⁶⁵⁷ cfr. G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, cit., p. 555.

a qualificarlo o ad aggravarlo”⁶⁵⁸, “rimane fermo ed indiscutibile, d'altronde, il concetto che l'infanticidio represso dall'art. 369 altro non è se non una sottospecie dell'omicidio, scusata essenzialmente per circostanze speciali di indole subiettiva col concorso di altre di carattere oggettivo. Il reato tipo è sempre l'omicidio”⁶⁵⁹. Da ciò consegue che “se la scusa dell'onore, la quale era prima un'eccezione, è diventata nel codice attuale elemento essenziale dell'infanticidio, ciò non esclude che la causa di onore devasi considerare come una scusante, la quale, tanto nell'infanticidio come nel procurato aborto e nell'abbandono od esposizione di un infante⁶⁶⁰, fa declinare o degradare, a così esprimerci, il titolo principale, e, mantenendo il tipo giuridico del delitto, ne riduce la responsabilità e ne diminuisce conseguentemente la pena”⁶⁶¹. “Il codice penale nell'art. 369 tiene calcolo di uno stato particolare dell'animo, del quale il legislatore ha creduto di interessarsi; e se ha diminuita assai sensibilmente la pena in confronto dell'omicidio, non lo ha fatto per avere riscontrata una diminuzione nella lesione obiettiva del diritto. Il delitto rimane, invece, identico nella sua quantità naturale e nella sua consistenza od entità giuridica; e la pena si diminuisce per l'unica ragione di minorata responsabilità. Nulla dunque importa se l'infanticidio costituisca per legge un titolo speciale quando è la scusante che tale lo crea”⁶⁶². Impallomeni, in materia di scusante d'onore nell'infanticidio, rileva la polivalenza di tale previsione, potendo infatti “trattarsi non propriamente di colpa, ma di una donna violentata, e

⁶⁵⁸ A. STOPPATO, *Questioni di diritto e procedura penale*, Fratelli Drucker, Padova, 1892, p. 194.

⁶⁵⁹ A. STOPPATO, *Questioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 195.

⁶⁶⁰ L'articolo 388 dispone: “Quando il colpevole commetta il delitto preveduto negli articoli precedenti sopra un infante non ancora iscritto nei registri dello stato civile ed entro i primi cinque giorni dalla nascita, per salvare l'onore proprio o della moglie, o della madre, della discendente, della figlia adottiva, o della sorella, la pena è diminuita da un sesto ad un terzo, e alla reclusione è sostituita la detenzione”.

⁶⁶¹ A. STOPPATO, *Questioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 195.

⁶⁶² A. STOPPATO, *Questioni di diritto e procedura penale*, cit., p. 197.

l'onore femminile e gli offesi sentimenti di famiglia non sarebbero meno straordinario impulso al delitto”⁶⁶³.

Vi è tuttavia in dottrina chi, come Gabriele Faggella, appoggia la linea seguita dalla giurisprudenza. Lo studioso afferma infatti che “la stessa struttura del reato d’infanticidio a cagione di onore, come risulta dall’art. 369, indica che è stato concepito dal legislatore come una figura speciale a sé. Invece, tolta la circostanza della salvezza dell’onore proprio o delle persone in quell’articolo menzionate, l’infanticidio si confonde con l’omicidio, perché quella circostanza non è una semplice scusante, ma concorre a costruire la speciale figura di reato d’infanticidio, punibile con la detenzione da 3 a 12 anni. E questa gli dà una configurazione speciale: senza di essi, l’infanticidio si confonde con l’omicidio ed è passibile della medesima pena”⁶⁶⁴. La frase generica “per salvare l’onore” impiegata sia nell’articolo 369 che nell’articolo 395 sembrerebbe far pensare che perché operi la scusante non è necessario “che l’omicidio sia commesso su prole nata fuori di matrimonio, e perciò illegittima” ma bensì che l’agente sia spinto dalla volontà di “nascondere un amore illecito, sia di donna libera, sia di donna coniugata”⁶⁶⁵. Inoltre non sempre la donna è indotta a tale atto per salvare l’onore ma piuttosto per “sopprimere un testimone permanente della colpa”⁶⁶⁶.

⁶⁶³ G. B. IMPALLOMENI, *L’omicidio nel diritto penale*, cit., p. 551.

⁶⁶⁴ G. FAGGELLA, voce *Competenza penale*, in *Il Digesto Italiano*, VII, Unione tipografica editrice torinese, Milano, 1896-1899, p. 481.

⁶⁶⁵ Impallomeni puntualizza infatti che “l’essenziale è che l’infante sia nato da donna illecitamente fecondata, per modo che l’infanticidio sia determinato dal proposito di far sparire una prole rivelatrice della colpa, o altrimenti di uno stato avvilente per la donna o per la sua famiglia (caso di congiunzione violenta). Fu per questi motivi appunto, come si legge nella relazione ministeriale sul progetto del 1887, che nel Codice non fu accettata la formola proposta dal Pessina”: cfr. G. B. IMPALLOMENI, *L’omicidio nel diritto penale*, cit., p. 553.

⁶⁶⁶ Impallomeni descrive anche l’ipotesi in cui la madre non sia indotta all’infanticidio per salvare il proprio onore ma piuttosto per “liberarsi di un peso”: si tratta in questo caso di “una donna di mal costume, o di una donna che non abbia avuto cura di nascondere la sua gravidanza, o, indipendentemente dalla gravidanza, l’amorosa relazione dalla quale fu fatta madre, ovvero di una donna che abbia saputo come la detta sua relazione fosse un fatto palese”: cfr. G. B. IMPALLOMENI, *L’omicidio nel diritto penale*, cit., p. 553.

La divergenza di disciplina tra il codice Zanardelli e i codici preunitari consiste in primo luogo nella circostanza che in questi ultimi la natura illegittima della prole è una presunzione legale, mentre nel primo costituisce una presunzione di fatto⁶⁶⁷; *in secundis* nel ‘raggio di azione della scusante’, che non è “esclusiva alla madre, ma si estende ad altri, non però indistintamente a qualunque persona, come era per l’art. 532 del Codice sardo, modificato dal decreto del 1861, bensì al marito, ai figli, agli ascendenti, ai genitori adottivi, al fratello ed alla sorella della madre; allorché, cioè, essi abbiano agito per salvare l’onore di lei o l’onore proprio”⁶⁶⁸. In tali soggetti infatti, come sottolineato dalla relazione ministeriale al progetto del codice Zanardelli, “la vista di un essere che sarebbe l’accusatore permanente dell’illecito commercio, e la minaccia del disonore che ne verrebbe a lui pure ed alla propria famiglia” possono far nascere “grave perturbazione di animo”⁶⁶⁹. “La scusa dell’onore dev’essere, in altri termini, personale all’agente; e quando la nascita illegittima non può cagionare un indiretto pregiudizio all’onore, non vi è sufficiente motivo per ammettere la scusa”⁶⁷⁰.

In merito alla distinzione tra infanticidio e aborto, puntualizza che il primo è un omicidio a tutti gli effetti, trattandosi di spegnimento di una vita, per quanto di breve durata, mentre il secondo è feticidio, ossia distruzione del “prodotto di un concepimento vivente nell’utero della donna”: “la ragione della differenza tra i due reati, che poi sta a fondamento della diversa punibilità loro, sta in ciò che il neonato è una unità sociale, e come tale soltanto può essere considerato come persona – un feto nell’atto di divenir persona se trattasi

⁶⁶⁷ Impallomeni commenta le presunzioni previste nei codici preunitari affermando: “E per tale presunzione si reggevano le disposizioni del Codice del 1859 e del Codice toscano, le quali, senza fare espressa menzione del fine, si limitavano di concedere la scusa per il solo fatto di essere stato l’omicidio consumato sulla prole illegittima (Codice del 1859), sulla prole illecitamente concepita (Codice toscano); a differenza del decreto luogotenenziale del 1861, il quale volle espressa l’intenzione di “occultare per cagion d’onore una prole illegittima”: cfr. G. B. IMPALLOMENI, *L’omicidio nel diritto penale*, cit., p. 553.

⁶⁶⁸ G. B. IMPALLOMENI, *L’omicidio nel diritto penale*, cit., p. 553.

⁶⁶⁹ G. B. IMPALLOMENI, *L’omicidio nel diritto penale*, cit., p. 554.

⁶⁷⁰ G. B. IMPALLOMENI, *L’omicidio nel diritto penale*, cit., p. 554.

d'individuo nascente –, mentre un organismo esistente nell'utero materno non è che una entità biologica, vivendo della vita materna”⁶⁷¹. La distinzione tra i due reati non risiede nella “sola capacità o meno del feto di condurre una vita extrauterina autonoma” ma piuttosto nella “condizione della nascita o no”⁶⁷². Conseguentemente se in seguito all'espulsione del feto – immaturo e non vivente – siano stati eseguiti atti violenti che ne abbiano accelerato la inevitabile morte, non si configurano gli estremi né dell'infanticidio né dell'aborto, “essendovi questo reato quando la morte del feto sia stata cagionata dentro o fuori dell'utero materno in seguito alla violenta sua espulsione, ed anche quando, con maggior ragione, al fatto della violenta espulsione si sia aggiunta la violenza sul feto espulso”⁶⁷³. Se invece un feto capace di vita extrauterina sia stato spontaneamente espulso, e quindi ucciso, si ha un infanticidio, “nonostante che il parto fosse stato precoce”, per quanto la condotta integrerebbe l'ipotesi delittuosa di infanticidio anche nel caso in cui la precocità del parto sia stata ‘artificialmente’ indotta, “quando il bambino fosse stato ucciso dopo la sua nascita, e non fosse già venuto a morte a causa dei mezzi adoperati per anticipare il parto”. Viceversa la capacità del feto a continuare a vivere dopo il parto non impedisce che si tratti di aborto procurato, anziché d'infanticidio, se esso sia stato ucciso dentro l'utero materno, “ovvero se il feto, dopo di essere stato partorito, fosse morto a causa dei mezzi adoperati per procurarne l'espulsione; giacché sia che la morte fosse avvenuta prima o dopo il parto, un feto è stato allora ucciso, perché ad esso, al prodotto del suo concepimento esistente dentro l'utero materno, è stata procurata la morte, interrompendo la gravidanza”⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ G. B. IMPALLOMENE, *L'omicidio nel diritto penale*, cit., p. 541.

⁶⁷² G. B. IMPALLOMENE, *L'omicidio nel diritto penale*, cit., p. 545.

⁶⁷³ G. B. IMPALLOMENE, *L'omicidio nel diritto penale*, cit., p. 545.

⁶⁷⁴ G. B. IMPALLOMENE, *L'omicidio nel diritto penale*, cit., p. 547.

2. LA SCUOLA POSITIVA

La Scuola positiva rinviene le proprie radici nel positivismo metodologico della fine del XIX secolo. In opposizione al postulato del libero arbitrio, essa afferma il principio del determinismo causale che si fonda su due corollari: il reato non è più concepito come ente giuridico distinto dall'agente, ma come fatto umano che trova la sua essenza nella struttura bio-psicologica del delinquente, quale espressione della pericolosità del soggetto; volontà colpevole, responsabilità morale e imputabilità 'cedono la scena' alla pericolosità sociale, intesa come propensione del soggetto a commettere reati; al 'mito' della pena retributiva si sostituisce il 'successo' delle misure di sicurezza⁶⁷⁵. La Scuola positiva può quindi essere definita una corrente pioniera dell'applicazione degli studi di antropologia e psicologia al diritto, elaborando per la prima volta concetti quali la personalità del delinquente ed i suoi riflessi psicofisici, definendo "la condotta criminale come la manifestazione di un'anomalia somatica tipica di un individuo il cui sviluppo si è arrestato ad una fase primitiva"⁶⁷⁶, e la prima ad intuire l'importanza del binomio prevenzione generale – speciale e la risocializzazione del delinquente. Non sono tuttavia mancati gli aspetti 'oscuri': "Cesare Lombroso e Enrico Ferri si consideravano dei progressisti che lottavano contro l'oscurantismo della metafisica di stampo religioso per rischiararne le tenebre"⁶⁷⁷, ma il primo, che sostiene la teoria dell'atavismo – ossia che lo sviluppo di ciascun individuo ripercorre lo sviluppo della specie di appartenenza – e che quindi alcuni soggetti si arrestano nel loro sviluppo ad

⁶⁷⁵ Cfr. S. MUSIO, *L'elaborazione del Codice Rocco*, in *L'Altro Diritto: Centro di Documentazione su carcere, devianza e marginalità* fondato presso il Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto dell'Università di Firenze, sezione Ricerche, pubblicata su internet all'indirizzo www.altrodiritto.unifi.it, ISSN 1827-0565.

⁶⁷⁶ M. CAVALLO, *Ragazzi senza disagio, devianza e delinquenza*, Mondadori, Milano, 2002, p. 14.

⁶⁷⁷ D. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, Mondadori, Milano, 2002, p. 56.

uno stadio ‘primitivo’ rispetto a quello ‘ordinario’, trovandosi così in una condizione di ‘devianza criminale’⁶⁷⁸; “il secondo mette al centro dell’intervento penale la pericolosità del reo e quindi la necessità di intendere la sanzione come misura di difesa sociale indeterminata nel massimo, sia introducendo il tema dei cd. ‘sostitutivi penali’, cioè di quelle riforme e di quegli interventi sociali che dovrebbero essere in grado di prevenire l’insorgere della criminalità e quindi la necessità di ricorrere alla sanzione penale”⁶⁷⁹. I seguaci della Scuola Positiva sembrano ignorare queste ‘ombre’. Essi intendono dar vita ad un metodo del tutto nuovo rispetto al passato, soddisfacendo un’esigenza di novità rispetto alla Scuola Classica, con membri come Pessina, alla quale, a dire di Enrico Ferri, intendono “succeedere non per la mania di demolizione ma con intelletto d’amore, con riverente affetto e per l’indeclinabile dovere di evolvere ciò che essi non poterono, perché ogni epoca ha la sua missione scientifica”⁶⁸⁰. Esigenza di innovazione sentita, afferma lo studioso, dallo stesso Pessina che “fin dal 1879, dopo i primi albori della nuova scuola criminale, sosteneva la necessità pel diritto penale di rinnovarsi nell’onda pura del naturalismo”⁶⁸¹. Sebbene l’operato della corrente positiva “non risponda in tutto alle mire di chi l’annunciava come desiderio e bisogno comune” “questa è contingenza che non elimina la necessità perpetua nella scienza, che ognuno cerchi di portare innovazioni al patrimonio intellettuale della generazione, cui esso appartiene”: è evidente come gli adepti della nuova scuola si sentano latori di una vera e propria ‘missione’ da portare a compimento con scrupolosità⁶⁸².

Cesare Lombroso, nella sua disamina in materia di aborto, ponendo a confronto i costumi di varie popolazioni e paragonando il *modus vivendi* delle

⁶⁷⁸ Cfr. G. PACE, *Il discernimento dei fanciulli*, Giappichelli editore, Torino, p. 145; D. MELOSSI, *Stato, controllo*, cit., p. 56.

⁶⁷⁹ D. MELOSSI, *Stato, controllo*, cit., pp. 70 e 71.

⁶⁸⁰ E. FERRI, *La scuola criminale positiva*, Enrico Dektén editore, Napoli, 1885, p. 9.

⁶⁸¹ E. FERRI, *La scuola criminale positiva*, cit., p. 10.

⁶⁸² E. FERRI, *La scuola criminale positiva*, cit., p. 11.

civiltà umane con quelle degli animali, afferma che la procedura interruttiva della gravidanza viene impiegata come rimedio all’“aumento soverchio della popolazione” che, “in confronto ai mezzi di nutrizione”, è “un pericolo maggiore e continuo della vita selvaggia”⁶⁸³. Lo studioso spiega così “la morale dei popoli primitivi e la gran parte degli omicidi, che fra loro si commettono, non solo impunemente, ma spesso per obbligo morale e religioso ed anche a titolo di gloria”⁶⁸⁴. Puntualizza poi che la pratica abortiva è ignota alle specie animali nella forma volontaria, mentre è piuttosto comune tra i popoli selvaggi⁶⁸⁵. Enrico Ferri concorda con Lombroso nel fatto che l’aborto “come omicidio preventivo è ignoto agli animali nella sua forma cosciente e quindi criminosa”, essendo “tuttavia comune fra i selvaggi, presso i quali è lecito ad una donna distruggere il frutto delle sue viscere come tagliarsi i capelli”⁶⁸⁶. Lombroso spiega poi che ancor più diffuso dell’aborto è l’infanticidio, soprattutto se si tratta di figli successivi al primogenito e di sesso femminile⁶⁸⁷, trattandosi, co-

⁶⁸³ C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia: alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, I, 5^a edizione, Fratelli Bocca editori, Torino, 1896, p. 45; “*La pratica dell'infanticidio e dell'aborto è enormemente diffusa tra i popoli selvaggi, anzi nell'umanità in generale: causa specialmente il bisogno di proporzionare gli individui della famiglia e della società alle sussistenze*” cfr. C. Lombroso, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Fratelli Brocca editori, Milano, 1903, p. 201.

⁶⁸⁴ C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, cit., p. 45.

⁶⁸⁵ Lombroso descrive le abitudini dei popoli selvaggi in relazione all’interruzione della gravidanza, affermando: “*l'aborto, che è ignoto agli animali nella sua forma volontaria comune fra i selvaggi, e bisogna giungere fino allo Zend-Avesta per trovare le prime proibizioni a tale riguardo. Fra i Tasmiani, le donne non vogliono divenir madri se non dopo parecchi anni di matrimonio, per conservare la freschezza delle carni, e perciò tentano o provocano l'aborto con colpi replicati sul ventre. L'aborto è pure usato in America, alla baia d'Hudson e al bacino dell'Orenoc; nella Piata, i Payaguas fanno abortire le loro donne, dopo che queste hanno avuto due figli, e così fanno i Mbayas, loro vicini. Tra i Papuani di Andai, le donne muoiono giovani per l'uso generale di procurare aborti dopo il primo od il secondo figlio. Ma è soprattutto nelle isole, ove più sono scarse le sussistenze che l'omicidio e l'aborto sono permessi. Anzi all'Isola di Formosa, malgrado la minore barbarie degli abitanti, l'aborto è comandato dalla pubblica utilità e quindi dalla pubblica morale; talché le donne ivi non possono aver figli prima dei 36 anni, e vi sono apposite sacerdotesse, che fanno abortire chiunque resti incinta prima di questa epoca*”: cfr. C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, cit., p. 45.

⁶⁸⁶ E. FERRI, *L'omicidio nell'antropologia criminale*, Fratelli Brocca editori, Torino, 1895, p. 46.

⁶⁸⁷ “*E per le stesse cause è fra i selvaggi assai più frequente dell'aborto l'infanticidio; ne sono vittime i figli nati dopo il primogenito o il secondogenito, e assai più le femmine dei maschi*” cfr. C. Lombroso, *L'uomo delinquente*, cit., p. 46; nello stesso senso “*Anzitutto è regola, che siano vittime*

me riporta Ferri, secondo tali popolazioni, di “non valori, quando, com’è di solito, essi vivono di guerre e rapine ed appartengono quindi al tipo sociale militare anziché a quello industriale e pacifico”. Lombroso rileva la diffusione dell’infanticidio tra le popolazioni più selvagge⁶⁸⁸, riportando anche aberranti esempi⁶⁸⁹. Ferri riferisce dell’abitudine di commettere infanticidio per la morte della madre, osservando la tradizione di seppellirne il corpo con i suoi bambini⁶⁹⁰, o per pregiudizio tra i gemelli, “che vengono uccisi o come prova di infedeltà della moglie, perché si ritiene che un uomo non possa avere che un figlio per volta, o per altre superstizioni”⁶⁹¹. Lombroso sostiene che spesso la donna sia indotta a questi due reati per “la cura della propria bellezza e la gelosia”⁶⁹², o per “lavoro eccessivo e la vanità”⁶⁹³, ma spesso “per eccessiva lus-

dell’infanticidio i figli nati dopo il primogenito o il secondogenito e assai più le femmine dei maschi, perché le donne sono considerate dai selvaggi come non valori, quando, com’è di solito, essi vivono di guerre e rapine ed appartengono quindi al tipo sociale militare anziché a quello industriale e pacifico” cfr. E. FERRI, L’omicidio, cit., p. 47.

⁶⁸⁸ “Cosi avviene in tutta la Melanesia. Nell’India, da Ceylon all’Himalaya, l’infanticidio è santificato dalla religione, non solo presso gli aborigeni più barbari, ma anche fra i Badjpontas, classi nobili, che si credono disonorate se hanno una figlia non maritata. Gli abitanti dell’Isola Tikopia uccidono invece più i maschi che le femmine, d’onde la loro poligamia. Nel Giappone e nella China, come già narrava Marco Polo, l’infanticidio era ed è un mezzo violento di malthusianismo, e così fra gli abitanti delle Isole Sandwich, i Boschi mani, gli Ottentotti, i Fidjani, gli indigeni dell’America, tanto che nell’isola di Tahiti non meno dei due terzi dei fanciulli, al dire dei missionari, erano assassinati dai loro genitori; in molte tribù del Paraguay le donne non allevano che un figlio ciascuna, e siccome risparmiavano quello che esse supponevano dover essere l’ultimo, capitava frequentemente che rimanessero senza figli” cfr. C. LOMBROSO, *L’uomo delinquente*, cit., p. 47.

⁶⁸⁹ Lombroso racconta che “alcune tribù dell’Africa spesso usano i loro figli come esca nelle trappole per i leoni, e in certe regioni dell’Australia li uccidono per usarne il grasso pegli ami. Le madri Guarany uccidono spesso le figlie femmine per rendere più desiderate le superstiti”: cfr. C. LOMBROSO, *L’uomo delinquente*, cit., p. 47.

⁶⁹⁰ “Una causa di infanticidio è pure la morte della madre, perché allora alcuni selvaggi usano seppellire con essa anche i bambini, come per es., i Cinesi i Tasmaniani, i Pelli Rosse e gli Eschimesi, per la credenza religiosa che la madre dal Khillo, soggiorno dei morti, chiami suo figlio” cfr. E. FERRI, *L’omicidio*, cit., p. 46.

⁶⁹¹ E. FERRI, *L’omicidio*, cit., p. 48.

⁶⁹² Lombroso afferma che “le donne degli Abiponi nel Paraguay, non potendo aver rapporti col marito durante l’allattamento del figlio, uccidono il bambino per non vedere il marito con altre donne. Secondo Abt-Gili alcune Indiane dell’Orenoco, credendo che la bellezza si alteri dopo parti frequenti, abortiscono; altre, credendo che i parti la conservino, cercano di procreare molto”: cfr. C. LOMBROSO, *La donna delinquente*, cit., p. 201.

suria” o per “la scarsità delle sussistenze”⁶⁹⁴. Analizzando poi le varie categorie di ree, fa notare che la donna che abortisce è per lo più una “rea d’occasione suggestionata”, una delinquente occasionale e non abituale, appartenente a quella “classe infinitamente più numerosa di criminali, in cui la perversità e il vizio sono attenuati e in cui le virtù più belle della donna, come il pudore e la maternità, non fanno difetto”⁶⁹⁵. Si tratta di soggetti che, prive di “note degenerative e fisionomiche speciali”, “si lasciano più facilmente degli uomini toccare dal pentimento, ritornano al bene più presto e ricadono nella colpa meno spesso”⁶⁹⁶. Le donne di questo genere abortiscono più perché indotte, ‘suggerite’, dagli uomini da cui sono sedotte, che spesso agiscono titubanti e sono poi torturate dal rimorso⁶⁹⁷. La ‘suggerite’ può anche provenire non solo dall’amante ma anche da un’amica “che si è trovata nelle medesime circostanze e che è già più pratica”⁶⁹⁸. Ci si trova in presenza “di una creazione artificiale di responsabilità criminosa, ottenuta con la suggestione, e interamente analoga a quella che, in proporzioni più grandi ci mostrano le esperienze ipnotiche”⁶⁹⁹: si tratta di una ‘capacità a delinquere’ più tenue rispetto a quella delle

⁶⁹³ Lombroso riferisce che per vanità “in Persia le donne cercano di abortire quando vedono, durante la gravidanza, i loro mariti correr dietro ad altre donne. Nella Nuova Caledonia, a Tahiti, in Hawai le donne abortiscono perché la loro bellezza sfiorisca più tardi. E per conservare le loro grazie abortivano spesso le Tasmaniane, specialmente alle prime gravidanze, secondo Bonwick. Anche le signore Romane abortivano spesso per non imbruttire. E in Oriente oggi egualmente per allontanare una separazione matrimoniale”. Per il lavoro eccessivo invece le donne sono spesso indotte “a sbarazzarsi di quel sopraccarico che deriverebbe dalla maternità, come tra gli indigeni delle due Americhe durante la dominazione spagnuola. Nel Doresen la donna, schiava dell’uomo e oppressa da fatiche, non vuole avere più di due figli e abortisce in tutte le successive gravidanze”: cfr. C. LOMBROSO, *La donna delinquente*, cit., p. 202.

⁶⁹⁴ Lombroso sottolinea come la penuria di mezzi economici può far sì che “l’infanticidio viene elevato per la donna a un dovere”: cfr. C. LOMBROSO, *La donna delinquente*, cit., p. 203.

⁶⁹⁵ C. LOMBROSO, *La donna delinquente*, cit., p. 471.

⁶⁹⁶ C. LOMBROSO, *La donna delinquente*, cit., p. 471.

⁶⁹⁷ “I caratteri distintivi di questi reati d’occasione per suggestione sono il lungo tempo che ci vuole per indurre il succube come egli lo chiama; l’incertezza dell’esecuzione da parte di costui, il rimorso dopo commesso il delitto” cfr. C. LOMBROSO, *La donna delinquente*, cit., p. 475.

⁶⁹⁸ C. LOMBROSO, *La donna delinquente*, cit., p. 477.

⁶⁹⁹ C. LOMBROSO, *La donna delinquente*, cit., p. 477.

“criminali nate”⁷⁰⁰. Nel caso poi delle prostitute, le “intenzioni malvagie” sono ancor minori, perché mancano comunemente di “sentimenti caritatevoli e famigliari”, e “refrattarie all’amore materno, non vogliono figli e mettono in opera tutte le pratiche abortive per evitare questa ‘disgrazia’ spesso anche per evitare i pericoli dell’aborto, ricorrendo a dei preventivi semplicissimi, come la spugna”⁷⁰¹.

Le infanticide appartengono invece alla tipologia delle “ree per passione” che agiscono invece con premeditazione e malvagità, per quanto non siano prive di “sentimenti buoni” e “famigliari”: sono spesso donne che per orgoglio preferiscono uccidere la loro prole piuttosto che farla morire per penuria di sostentamento⁷⁰².

Raffaele Garofalo critica sia i progetti che il codice Zanardelli, perché del tutto privi di basi ‘scientifiche’, ‘positive’ appunto, e di ogni riferimento all’antropologia e psichiatria, “nessun accenno alle categorie dei delinquenti; nessuna diversità di trattamento pei malfattori abituali, pei novizi e per gli occasionali; ridotti sempre più i mezzi eliminativi; nulla mutato nel principio della imputabilità; nessun tentativo fatto per dare alle pene uno scopo di vera utilità sociale”, osservando come siano lontani dalle “conclusioni della dottrina criminale positiva”⁷⁰³.

Lino Ferriani, in materia di infanticidio, afferma come si siano fatti enormi passi avanti rispetto alla concezione della donna del periodo antecedente all’“unificazione del regno italico”⁷⁰⁴, e di come secondo la

⁷⁰⁰ C. LOMBROSO, *La donna delinquente*, cit., p. 478.

⁷⁰¹ C. LOMBROSO, *La donna delinquente*, cit., p. 532; “Secondo la Scuola Positiva la donna era potenzialmente capace di compiere, in egual misura, i crimini tipici degli uomini, e che quasi tutte le prostitute appartenevano alla schiera del cosiddetto criminale nato” cfr. G. GRECO, *Lo scienziato e la prostituta: due secoli di studi sulla prostituzione*, Edizioni Dedalo, Bari, 1987, p. 47.

⁷⁰² C. LOMBROSO, *La donna delinquente*, cit., p. 494.

⁷⁰³ R. GAROFALO, *Alcune Osservazioni sul progetto del codice penale*, Fratelli Brocca editori, Torino, 1884, p. 6.

⁷⁰⁴ Ferriani commenta lo *status* sociale della donna nel periodo preunitario definendola “*un mobile domestico qualunque*”, *priva di qualsiasi “diritto alla vita pubblica”*. Parla persino di “schiavi-

codificazione zanardelliana e la dottrina coeva⁷⁰⁵, dovesse essere considerata al pari dell'uomo titolare di diritti e destinataria di doveri, e della medesima intelligenza⁷⁰⁶. L'unica ipotesi delittuosa in cui tuttavia il legislatore deve impiegare maggiore pietà è, secondo lo studioso, l'infanticidio, per le peculiari "condizioni psicologiche e fisiologiche", e quindi "per la scienza non perdendo di vista il lato morale della causa"⁷⁰⁷, con ovvia eccezione delle infanticide 'disoneste', "che non possono parlare di onore"⁷⁰⁸. Per questi motivi occorre che "non pietà dunque che urti la legge penale e morale, ma d'altra parte esame sereno per vedere se la infanticida potè liberamente disporre della propria volontà ovvero se questa dovette soggiacere a una forza maggiore. Chi voglia sottrarsi a simile esame non può fare a meno di commettere ingiustizia, poiché prima ricerca da farsi nel delinquente consiste appunto nello studiare se costui agì in un modo piuttosto che in un altro per proprio volere o per cumulo di circostanze che il suo volere inceppavano"⁷⁰⁹. Conseguentemente la donna accusata di infanticidio dovrà essere sottoposta ad un rigoroso esame dell'imputabilità e punita se riconosciuta capace di intendere e di volere, tenendo conto delle particolari

tù". Lo studioso afferma che "*l'uomo era tutto; a lui lo scettro del comando, alla donna la parte della vittima, alla donna cui si negava volontà, studio, intelligenza*", in quanto "*ritenuta un essere inferiore*": cfr. L. FERRIANI, *La infanticida nel codice penale e nella vita sociale: considerazioni*, Fratelli Dumolard editori, 1886, pp. 95, 96 e 97.

⁷⁰⁵ "*La legge non saprebbe avere due pesi e due misure nelle questioni d'imputabilità in ragione del sesso degli accusati. Nulla prova che la donna abbia nel suo sesso un motivo generale di giustificazione e di scusa (...) In verità vi sono dei delitti più scusabili in una donna che in un uomo*" cfr. P. ROSSI, *Trattato di diritto penale per Pellegrino Rossi*, a cura di E. PESSINA, Tipografia Gaetano Bozza, Torino, 1859, p. 253; "*L'intelligenza della donna è lucida ed ordinata quanto basta per tenerla capace di comprendere il debito che le corre, sì dinanzi alla legge civile e sì dinanzi alla legge morale e religiosa*" cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale ossia Esposizione dei delitti in specie*, I, seconda edizione, Tipografia Giusti, Lucca, 1868, p. 234.

⁷⁰⁶ Ferriani parla addirittura di emancipazione, che definisce una "*grossa parolona*", per quanto si possa considerare "*la donna uguale all'uomo dirimpetto al nostro codice penale senza distinzione di sorta*": cfr. L. FERRIANI, *La infanticida*, cit., pp. 97 e 98.

⁷⁰⁷ L. FERRIANI, *La infanticida*, cit., p. 108.

⁷⁰⁸ L. FERRIANI, *La infanticida*, cit., pp. 112 e 113.

⁷⁰⁹ cfr. L. FERRIANI, *La infanticida*, cit., p. 103.

circostanze in cui tale reato è di solito commesso⁷¹⁰. Né si può addurre a sostegno della tesi dell'imputabilità della donna l'osservazione che se ella fosse provata per la gravidanza, avrebbe ricorso all'aborto e non avrebbe atteso il parto, in quanto ben è possibile che "il sentimento dell'onestà nella fanciulla, che peccò per amore e per inesperienza, risorge più fiero quando il peccato le si para innanzi in tutta la sua dura realtà"⁷¹¹. Ferriani sottolinea poi l'aspetto 'antropologico' della questione, consistente in un *mix* di turbamento "psicologico" e "fisiologico": "il momento terribile del parto è giunto e con esso la commozione dell'anima ha raggiunto il suo grado massimo, commozione – come afferma la medicina – che si fa più energica per l'afflusso maggiore del sangue al cervello e per la esaltazione del sistema nerveo, conseguenziali alle naturali fatiche del parto. Per lo stato speciale psicologico e fisiologico della partoriente torna facile a chiunque comprendere che essa perde l'apprezzamento della condizione in cui versa"⁷¹². In tale circostanze il *discrimen* tra pena e impunità si rinviene soltanto nell'onore⁷¹³. Alla donna che versa in questa drammatica situazione non resta che "perciò suicidio, o aborto, o infanticidio; i tre estremi terribili cui arriva la disgraziata quando si sente soffocare nel pelago dell'onta. E se non si suicida, come qualche volta avviene, se non osa od ignora effettuare l'esperimento abortivo, allora, sgomenta, ammalata d'anima e di corpo, si dibatterà tra la illusione che il feto non nasca vivo e

⁷¹⁰ Ferriani afferma infatti che "quando è giunto il momento solenne di affermare o negare la sua reità sorge una domanda che riassume tutte le fasi del processo, una domanda che legge penale e legge morale presentano alla coscienza di chi giudica e cioè: "Questa donna quando uccise il proprio bambino fu padrona della sua volontà?". Si vedrà poi – a norma delle risultanze processuali – e codesta volontà fu più o meno vincolata, ma intanto è certo che il giurato deve farsi simile interrogazione, poiché indubbiamente la giovane sventurata non potè disporre del proprio volere come lo può colui che ha l'animo calmo e la mente sgombra da idee perturbatrici": cfr. L. FERRIANI, *La infanticida*, cit., p. 106.

⁷¹¹ L. FERRIANI, *La infanticida*, cit., p. 108.

⁷¹² L. FERRIANI, *La infanticida*, cit., p. 120; Per il riferimento alle nozioni mediche, cfr. J. L. CASPER - C. DEMARIA, *Manuale teorico pratico di medicina legale*, I, Tipografia eredi Botta, Torino, 1858, p. 512.

⁷¹³ L. FERRIANI, *La infanticida*, cit., p. 114.

il pensiero cupo di distruggere il testimonio della sua colpa, di una colpa che la società non saprà perdonarle”⁷¹⁴. Ascarelli definisce lo stato particolare in cui versa la donna durante la gravidanza e al momento del parto, tale da poter far emergere ‘propensioni criminose’⁷¹⁵.

Ferriani puntualizza poi un aspetto di non secondaria importanza: se le infanticide ‘oneste’ sono esenti da pena, lo stesso non può dirsi di coloro che le hanno spinte o hanno cooperato con esse, ossia i genitori “per la leggerezza nell’allevare la prole” e il seduttore, spesso impunito⁷¹⁶. Il pensiero del giurista si rivolge però anche alla famiglia, in quanto “a che gridare contro le infanticide, se queste, novantanove volte su cento, possono riversare la loro responsabilità sui genitori? Che pretendono costoro dal codice penale quando essi sono quasi sempre i primi colpevoli? Adunque camminino unite, legge morale e legge penale e là dove si tratta de’reati che ledono l’onore della famiglia, vegli, con occhio severo, il legislatore perché codesto onore abbia, nel tempio della famiglia, primi sacerdoti il padre e la madre”⁷¹⁷: emerge in queste parole la vena ‘antropologica’ della Scuola Positiva. Quanto poi all’aspetto più sociologico della questione, lo studioso nota come sia più frequente nelle classi più umili, ma non perché le donne siano educate meno diligentemente, ma perché è più probabile che lo sposo non si assuma le sue responsabilità⁷¹⁸.

Occorre infine, nel tentativo di essere esaustivi, fare cenno al progetto Ferri, figlio della cultura ‘positiva’.

⁷¹⁴ cfr. L. FERRIANI, *La infanticida*, cit., p. 120.

⁷¹⁵ Ascarelli descrive “*l’influenza disturbatrice*” che spesso determina nella gestante “*stati morbosi nel campo dell’ideazione*”, affermando che “*in alcuni temperamenti queste idee, che predominano su tutto il modo di pensare della donna incinta, possono essere punto di partenza di malattie mentali*”. Definisce inoltre “*abbastanza frequente nella gravidanza la manifestazione di idee cleptomani*”, “*per attenuazione dei poteri inibitori*” la frequenza di “*atti impulsivi e violenti sia contro sé stessa, che contro altri*”: cfr. A. ASCARELLI, *Compendio*, cit., pp. 389 e 390.

⁷¹⁶ L. FERRIANI, *La infanticida*, cit., p. 123.

⁷¹⁷ L. FERRIANI, *La infanticida*, cit., pp. 124 e 125.

⁷¹⁸ L. FERRIANI, *La infanticida*, cit., p. 133.

Tre decenni dopo l'entrata in vigore del codice penale italiano, le spinte della Scuola positiva, oltre alla nuova situazione politica generale, inducono il guardasigilli Mortara, nel 1919, ad affidare ad Enrico Ferri, il massimo esponente di tale indirizzo criminologico, il compito di aggiornare la legislazione penale. Dopo due anni, nasce il Progetto Ferri, in antitesi al codice Zanardelli, espressione coerente della rivale Scuola classica⁷¹⁹. Carlo Ghisalberti afferma che “rovesciando la logica ispiratrice di ogni legislazione penale codificata tendente a considerare il reato invece del reo e la repressione retributiva piuttosto che in forma preventiva, il progetto era essenzialmente costruito sulla personalità e sulla pericolosità del delinquente, ritenendo il delitto un elemento di valutazione di queste e non anche il dato oggettivamente più rilevante”⁷²⁰. Il progetto Ferri si caratterizza per il fondarsi sul principio della responsabilità sociale al posto del ‘convenzionale’ principio della responsabilità morale del delinquente, focalizzandosi sulla pericolosità piuttosto che sulla imputabilità, laddove per responsabilità sociale si intende la condizione per la quale “chi commette un reato deve comunque risponderne davanti alla società la quale ha il diritto di tutelarsi tramite delle misure di difesa sociale”⁷²¹ mentre il concetto di imputabilità, ritenuto un “anacronismo metafisico degno della migliore tradizione Scolastica in quanto collegato ad assiomatiche assunzioni circa colpa morale e libero arbitrio del soggetto, viene soppresso unitamente al concetto di pena determinata”⁷²². L’assioma della colpevolezza ne risulta rinnovato, in quanto è ricondotto alla propensione del delinquente a commettere reati, e quindi ad una maggiore – minore pericolosità e ‘correggibilità’. Sotto la veste della risocializzazione del reo si nasconde un intervento fortemente repressivo della libertà personale, per quanto non possa essere taciuto

⁷¹⁹ A. CIANNAVEI, *L'imputabilità del minore*, Editrice Uni Service, Trento, 2009, p. 53.

⁷²⁰ C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto penale in Italia*, Laterza, Roma, 2006, p. 200.

⁷²¹ S. CIAPPI - A. CALUCCIA, *Giustizia criminale: retribuzione, riabilitazione, e riparazione; modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Franco Angeli Editore, Milano, 1997, p. 64.

⁷²² S. CIAPPI - A. CALUCCIA, *Giustizia criminale*, cit., p. 64.

che “si deve al progetto Ferri la comparsa di alcuni istituti quali la sospensione condizionale della pena, la liberazione condizionale e il perdono giudiziale”⁷²³. L’elaborato ferriano si connota “per una precisa tipizzazione degli autori di reato e una differenziata tipologia delle sanzioni penali, attraverso la classificazione criminologica dei criminali nelle categorie dei delinquenti per tendenza, infermi di mente, abituali, recidivi, occasionali, minorenni, politico – sociali, ad ognuna delle quali era destinato un provvedimento sanzionatorio particolare in vista della risocializzazione del soggetto”⁷²⁴.

Tuttavia il progetto Ferri non interessa ‘direttamente’ il nostro ambito di ricerca, in quanto “limitandosi alla parte generale del codice (prevista in 131 articoli) il progetto rifuggì dalla parte speciale, settore dove sono più evidenti le scelte politiche e sociali, non tentando minimamente di riflettere nel diritto penale i mutamenti sociali intervenuti nel dopoguerra. Secondo l’impostazione positiva, le disposizioni penali avrebbero dovuto adattarsi al delinquente anziché al delitto”⁷²⁵.

⁷²³ S. CIAPPI - A. CALUCCIA, *Giustizia criminale*, cit., p. 64.

⁷²⁴ S. CIAPPI - A. CALUCCIA, *Giustizia criminale*, cit., p. 64.

⁷²⁵ S. MUSIO, *L’elaborazione del Codice Rocco*, cit.

3. LAVORI PREPARATORI AL CODICE ROCCO

Nella relazione ministeriale, il guardasigilli Rocco motiva la scelta di creare *ex novo* una nuova categoria di delitti “contro la sanità ed integrità della stirpe”, nella quale inserire i delitti di “procurata impotenza alla procreazione”, “incitamento a pratiche contro la procreazione” “contagio di sifilide e di blenorragia” e il delitto di aborto, riparando la scelta ‘fallace’ dei predecessori che li avevano inseriti tra i reati contro la vita e l’incolumità individuale⁷²⁶.

La collocazione più ‘insolita’ in questo titolo appare certamente quella del delitto di aborto, che il ministro giustifica affermando di aver ritenuto opportuno “trasportare nel nuovo titolo altresì i delitti di procurato

⁷²⁶ “Una più attenta revisione di tutto l’organismo della parte speciale del Codice mi ha indotto nella determinazione di creare una nuova categoria di delitti sotto il titolo: “Dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe”, nel quale trovano la loro più esatta sistematica collocazione il delitto di procurata impotenza alla procreazione; il delitto di incitamento a pratiche contro la procreazione (art. 539 del Progetto); il delitto di contagio di sifilide e di blenorragia (art. 588 del Progetto) e il delitto di aborto (articoli 594 e seguenti del Progetto). Non mi è parso, infatti, in primo luogo, che le così dette pratiche malthusiane potessero venire vietate e punite nello esclusivo interesse della tutela della pubblica moralità e del buon costume pubblico. Ancor meno mi è parso esatto il vedere in esse un’offesa al pudore ovvero all’onore sessuale. Mi è parso, invece, che la principale ragione d’essere della incriminazione di tali pratiche sia da trovarsi nella offesa all’interesse che ha la Nazione, come unità etnica, di difendere la continuità e la integrità della stirpe. Non può invero dubitarsi che ogni atto diretto a sopprimere o isterilire le fonti della procreazione sia un attentato alla vita stessa della razza nella serie delle generazioni presenti e future che la compongono e quindi un’offesa all’esistenza stessa della società etnicamente considerata, cioè all’esistenza della Nazione. Non si nega che, accanto all’offesa di questo interesse, esistano lesioni di altri particolari interessi anch’essi degni di tutela penale, come offesa alla moralità pubblica e al buon costume sociale. Si vuol soltanto affermare che all’offesa di ogni altro interesse prevale l’offesa all’integrità e continuità della razza, elemento essenziale della vita della Nazione e dello Stato. Analoghe ragioni mi hanno indotto a portare sotto il titolo nuovamente creato il delitto di contagio di sifilide e di blenorragia che il progetto definitivo collocava invece, meno opportunamente, fra i delitti contro la vita e la incolumità individuale. Mi è sembrato, infatti, che, dovendosi considerare la sifilide (e in un certo senso, per quanto in un minor grado, anche la blenorragia) quale uno dei massimi fattori di degenerazione della razza, il procurato contagio di sifilide non possa non considerarsi come una offesa all’interesse della sanità della stirpe, avvisata sempre quale elemento essenziale della vita della Nazione e dello Stato” cfr. F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, Tipografia della Camera dei deputati, 1930, Roma, pp. 426 e 427.

aborto, pur essi classificati dal Progetto tra i delitti contro la vita e la incolumità individuale, e ciò per la considerazione che l'aborto procurato, attentando alla maternità quale fonte perenne della vita degli individui e della specie, costituisce in realtà un'offesa alla vita stessa della razza e così della Nazione e dello Stato", puntualizzando tuttavia che con tale collocazione sistematica non si intende negare che, "accanto all'offesa dell'interesse demografico dello Stato e della Nazione, altri interessi vengano offesi dalle pratiche cd. abortive, come, ad esempio, l'offesa all'interesse della vita del nascituro, che è sempre una *spes vitae* se non ancora una vita, l'offesa all'interesse della vita e della incolumità individuale della madre, l'offesa all'interesse della moralità e del buon costume famigliari e sociali", ma si vuole piuttosto sostenere che "ad ogni altra deve considerarsi prevalente l'offesa all'interesse della Nazione di assicurare la continuità della stirpe, senza la quale verrebbe, in definitiva, a mancare la stessa base personale dell'esistenza della Nazione e dello Stato"⁷²⁷. Il ministro precisa poi di aver voluto distaccarsi dalle precedenti legislazioni che avevano posto una *summa divisio* tra il "fatto della uccisione del feto nel ventre materno", e quello "della immatura espulsione che produca la morte. Ma siffatta distinzione non ha influenza sulla determinazione della materialità di questi reati, giacché, come si desume dalla ricordata definizione, l'aborto si commette con la violenta distruzione del feto avvenuta in qualsiasi momento anteriore al compimento normale della gravidanza"⁷²⁸, risolvendo inoltre definitivamente l'annosa questione del *discrimen* tra aborto, feticidio ed infanticidio⁷²⁹. Il ministro ha poi ritenuto opportuno scioglie-

⁷²⁷ F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, *Codice penale illustrato*, cit., p. 427.

⁷²⁸ F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, *Codice penale illustrato*, cit., p. 428.

⁷²⁹ F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, *Codice penale illustrato*, cit., p. 428; Nella relazione ministeriale Arturo Rocco precisa, commentando l'articolo 578 in materia di scusante d'onore dell'infanticidio, afferma: "Ho equiparato all'uccisione del neonato, quella del feto nascente. In tal guisa, ho voluto por termine alle dispute medico - legali sul trattamento penale di questo fatto, che, in quanto compiuto durante il parto su infanti tuttora viventi di vita fetale, non potrebbe rientrare nella nozione del delitto di procurato aborto, la obiettività del quale è costituita dalla interruzione del processo fisiologi-

re l'intricato nodo della punibilità del tentativo di aborto in senso affermativo⁷³⁰.

In merito all'articolo sull'istigazione all'aborto a dispetto delle ragioni su cui il ministro ha preferito incriminare la sola istigazione reale, e non anche quella verbale⁷³¹, Madia osserva invece che in questo articolo non si punisce la istigazione all'aborto, se non quando sia accompagnata dalla somministrazione di mezzi idonei. Riterrebbe che anche la sola istigazione all'aborto dovrebbe essere punita, anche in omaggio a quell'educazione demografica che il Regime sta operando⁷³², raccogliendo il dissenso di

co della gravidanza; né, sulla scorta dell'articolo 369 del Codice Zanardelli, potrebbe parimenti esser compreso nel titolo di infanticidio, che presuppone un infante nato vivo. Da molti si dubitò della opportunità di incriminare il feticidio, attesa la grave difficoltà di stabilire, attraverso una delicata indagine non scevra da incertezze ed equivoci, la capacità del feto alla vita extra-uterina. Ma ho ritenuto che ciò non possa, da solo, costituire argomento valido e sufficiente per conservare una manifesta lacuna nella tutela penale, perpetuando quelle difficoltà di applicazione, che inducevano, per le incoercibili esigenze della pratica, a improprie equiparazioni. L'articolo contiene una definizione del delitto di infanticidio assolutamente indipendente da quella dell'omicidio; il che serve a stabilire, in modo non equivoco, l'intendimento del legislatore di creare un titolo autonomo di reato. Così, l'infanticidio si adegua giuridicamente al feticidio, che è anche preveduto nell'articolo, e del quale non può essere dubbia la recisa differenziazione dall'omicidio. Deriva da ciò la conseguenza che anche i terzi, i quali concorrano con taluna delle persone indicate nell'articolo, dovranno rispondere del delitto di infanticidio o di feticidio": cfr. F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, Codice penale illustrato, cit., p. 460.

⁷³⁰ *"Gli articoli 594 e 595 (art. 545 e 546) prevedono, il primo l'aborto su donna non consenziente, e l'altro l'aborto su donna consenziente: essi sono stati formulati in guisa da non lasciar dubbio che l'evento consumativo del reato è l'aborto: è risolta così, in senso affermativo, la nota questione sulla punibilità del tentativo di aborto su donna consenziente. Il Progetto ha voluto stabilire nettamente la punibilità del tentativo rispetto a tutte le forme di aborto, giacché le considerazioni pratiche e di opportunità, alle quali si affidava la contraria teorica, sono oggi in aperto e stridente contrasto con i principi etici della dottrina fascista, che intende imporre una rigida disciplina dei costumi e proteggere lo sviluppo della popolazione. Penso che l'aver costruito come reati di danno le varie ipotesi di aborto, e, più specialmente, l'aver preveduto come reato a sé stante taluna attività preordinata alla produzione dell'aborto, che si sarebbe potuto dubitare se integrasse una forma di tentativo punibile, siano manifeste espressioni legislative di tale intendimento e risolvano in modo espresso ogni ulteriore dubbio di interpretazione"* cfr. F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, Codice penale illustrato, cit., p. 428.

⁷³¹ *"Nel sistema del Progetto, la semplice istigazione, verbale o reale, non è punibile quando non è accolta, ovvero non è seguita dal reato. Ho tenuto fermo tale concetto per la ipotesi di mera istigazione verbale all'aborto; non per la istigazione reale, consistente nella somministrazione di mezzi idonei. In tal guisa, il testo provvede ad eliminare una deficienza nella tutela giuridica, stabilendo una espressa deroga all'articolo 119 (art. 115) e prevedendo, come reato indipendente e perfetto, una forma di agevolazione all'aborto"* cfr. F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, Codice penale illustrato, cit., p. 428.

⁷³² F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, Codice penale illustrato, cit., p. 428.

Mancini, che critica tale proposta in quanto “nel Progetto del 1927 era stabilito in tal senso, e fu proprio in seguito a rilievi circa l’eccessività di tale ipotesi che fu stabilito che occorresse la somministrazione di mezzi idonei”⁷³³. Madia risponde tuttavia che “la somministrazione costituisce complicità dell’aborto. Chi fornisce coscientemente i mezzi per commettere il reato deve essere punito come complice del reato stesso, e non come reo d’una minor figura di reato”⁷³⁴.

Madia, controbattendo poi alla riflessione di Mancini, secondo il quale nel caso di specie la donna non fa uso dei mezzi che le sono somministrati e non si può quindi parlare di concorso, sostiene, incontrando la critica del deputato, l’incriminazione dell’istigazione semplice per le stesse ragioni su cui si fonda la punibilità dell’incitamento a pratiche contro la procreazione⁷³⁵. La commissione non avanza poi alcuna proposta sulle altre disposizioni, quali la norma sulla “morte o lesione della donna”, “gli atti abortivi su donna ritenuta incinta”, la “causa d’onore” *ex* articoli 549, 550, 551, né sulla circostanza aggravante dell’articolo 555.

Il guardasigilli evidenzia il carattere innovativo della nuova figura delittuosa di cui all’articolo 550, incriminante gli atti abortivi commessi su donna di cui si suppone lo stato di gravidanza, affermando che “s’imponessa la necessità di una previsione specifica, onde evitare che tali

⁷³³ F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, *Codice penale illustrato*, cit., p. 428.

⁷³⁴ F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, *Codice penale illustrato*, cit., p. 428.

⁷³⁵ “Madia osserva che nel Progetto è contemplata come reato la propaganda malthusiana. La sola propaganda malthusiana è reato a sé stante; gli pare conseguente che anche l’istigazione all’aborto debba essere reato. Ritiene che la istigazione all’aborto, anche senza la somministrazione di mezzi idonei, sia reato più grave. Nel primo caso si istiga ad astenersi dal procreare, nel secondo si istiga a commettere un reato: l’aborto. Mancini obietta che l’incitamento a pratiche contro la procreazione è punito soltanto se fatto pubblicamente o se avviene mediante propaganda, cioè mediante un mezzo diffusivo. Gli sembrerebbe eccessivo punire la semplice istigazione all’aborto fatta in privato. L’istigazione è regolata convenientemente dall’articolo 119 del Progetto (art. 115)” cfr. F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, *Codice penale illustrato*, cit., p. 429.

fatti, di indubbia e rilevante gravità, non trovassero appropriata repressione in un Progetto, che attua, in questo campo, una severità, giustamente da tempo invocata. Affidarsi senz'altro alla applicazione delle forme colpose dei reati contro la persona, di cui non sempre apparirebbe esatto il richiamo, avrebbe costituito una manifesta insufficienza della tutela giuridica⁷³⁶. Elementi caratterizzanti il reato sono la supposizione dello stato di gravidanza, che rende il reato 'putativo'⁷³⁷ e la lesione personale o la morte della donna, essendo infatti necessario, ai fini dell'incriminazione, un danno all'integrità fisica della donna⁷³⁸.

⁷³⁶ F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, *Codice penale illustrato*, cit., p. 430.

⁷³⁷ “La nuova figura delittuosa prevede due ipotesi: la somministrazione alla donna di mezzi per procurarle l'aborto, ovvero la consumazione su di lei di atti egualmente diretti a cagionarle l'aborto. Il criterio differenziale tra questo nuovo delitto e quelli precedentemente esaminati, è quindi costituito dal fatto che la donna sulla quale si compie l'attività abortiva, non deve essere incinta” cfr. F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, *Codice penale illustrato*, cit., p. 430.

⁷³⁸ “Ciò spiega come ad integrare il delitto, dal punto di vista degli elementi materiali, il Progetto stabilisca la condizione che dal fatto derivi una lesione personale o la morte della donna. Poiché innegabilmente in questi casi vi è lesione di un solo bene giuridico (vita o integrità fisica della donna) e manca un attentato effettivo al prodotto del concepimento, ho stabilito in questo articolo pene inferiori a quelle fissate nell'articolo 598 (art. 549). Nella determinazione di tali pene ho creduto richiamare quelle relative ai delitti di lesione o di omicidio preterintenzionale, concedendo una diminuzione per il caso che il fatto sia commesso su donna consenziente” cfr. F. GABRIELI - R. MANGINI - U. COSENTINO, *Codice penale illustrato*, cit., p. 430.

4. IL CODICE ROCCO

Denominato “Codice Rocco” dal nome del ministro guardasigilli dell’epoca, questo *corpus* normativo viene pubblicato con R.D. del 19 ottobre 1930, ed entra in vigore il 1° luglio 1931. “Sul piano della sistematica il codice del 1830 mutua da quello del 1889 l’articolazione in tre libri”⁷³⁹ di cui il primo disciplina la struttura del reato in generale; il secondo regola le fattispecie delittuose ed il terzo le contravvenzioni: mentre la parte generale esaurisce la trattazione della struttura generale del reato, i libri relativi agli specifici delitti e alle contravvenzioni non esauriscono la materia, essendo molte fattispecie di reato previste da numerosissime altre leggi, diverse dal codice penale. “Nella parte generale spiccano diversi titoli ed in particolare il terzo e il quarto che, sotto le rubriche “del reato e del reo” e “della persona offesa del reato”, raggruppano e coordinano la disciplina di una serie di istituti che il codice previgente considerava in modo alquanto disorganico”⁷⁴⁰. La maggior innovazione del codice del 1930 è certamente l’introduzione del sistema binario di pene – misure di sicurezza, realizzando “una vera rivoluzione sistematica”⁷⁴¹. Il codice ‘fascista’ presenta tuttavia anche degli aspetti più ‘oscuri’, con particolare riferimento al principio di colpevolezza. Emilio Dolcini afferma: “che il codice del 1930 segni una svolta in senso repressivo nella legislazione penale italiana trova d’altra parte puntuale conferma di una serie di istituti di parte generale (...) e ciò a dispetto di una pretesa neutralità politico – criminale della parte generale, nonché della tesi che vorrebbe limitata alla parte speciale la caratterizzazione fascista del Codice Rocco”⁷⁴². Inoltre “tra i tratti salienti del sistema sanzionatorio

⁷³⁹ G. GRECO - D. MONDA, *Novecento italiano raccontato da scrittori*, Liguori editore, Napoli, 2008, p. 118.

⁷⁴⁰ G. GRECO - D. MONDA, *Novecento*, cit., p. 118.

⁷⁴¹ E. DOLCINI, voce *Codice Penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Utet, Torino, 1998, p. 279.

⁷⁴² E. DOLCINI, voce *Codice Penale*, cit., p. 281.

delineato dal Codice del 1930, quanto alla tipologia delle pene principali, la formale abolizione dei cd. surrogati penali, ai quali il codice Zanardelli aveva affidato la timida sperimentazione di una strategia ‘differenziata’ nella lotta della criminalità, ma soprattutto la restaurazione della pena di morte”⁷⁴³. La stessa scelta di introdurre le misure di sicurezza, presentata dal ministro come momento di ammodernamento della legislazione, risulta immediatamente funzionale ad un ‘brutale’ disegno repressivo: essa – vero e proprio duplicato della pena ma indeterminata nel massimo – è infatti impiegata in luogo della pena (secondo le indicazioni della Scuola Positiva), sia in aggiunta ad essa⁷⁴⁴. Dolcini rileva la natura ‘autoritaria’ e ‘fascista’ del codice nella “proliferazione delle fattispecie incriminatrici”, soprattutto in materia di reati contro la personalità dello Stato, “la pubblicizzazione degli oggetti di tutela”, ad esempio nella trasposizione dei delitti contro i diritti politici del cittadino tra i delitti contro la personalità dello Stato, e il “generalizzato inasprimento delle risposte sanzionatorie”⁷⁴⁵.

Il codice Rocco disciplina l’aborto nel titolo X del libro II, negli articoli 545 – 551, tra i delitti contro l’integrità e la sanità della stirpe. La collocazione sistematica è evidentemente innovativa: se nei codici preunitari si era discusso tra la natura di reato contro la vita o contro l’ordine delle famiglie, e nel codice Zanardelli si era qualificata la condotta abortiva come un reato contro la persona, adesso si considera una lesione della ‘Stirpe’, che “significa la discenden-

⁷⁴³ G. GRECO - D. MONDA, *Novecento*, cit., p. 119.

⁷⁴⁴ E. DOLCINI, voce *Codice Penale*, cit., pp. 280 e 281; Nello stesso senso cfr. A. CIANNAVEI, *L'imputabilità del minore*, cit., p. 53.

⁷⁴⁵ E. DOLCINI, voce *Codice Penale*, cit., pp. 281 e 282; nello stesso senso “Ma l'impronta autoritaria è presente anche in altri settori, come in quello della personalità, dove la logica autoritaria del legislatore del '30 ha vanificato le innovatrici aperture verso la personalità del delinquente, operate dal diritto sostanziale (...) sotto la spinta del positivismo penale, sia attraverso la configurazione della pericolosità sociale presunta (...) sia vietando (...) al giudice di avvalersi dei mezzi scientificamente più appropriati per l'esame della pericolosità e più in generale della personalità del soggetto” cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 1992, p. 31; A. CIANNAVEI, *L'imputabilità del minore*, cit., p. 55.

za della società umana. È interesse dello Stato che la discendenza della società umana vivente nel suo territorio non venga artificiosamente diminuita (interesse alla integrità della stirpe), e che non vengano compiuti atti per cui abbia a soffrire la salute fisica e psichica delle generazioni future (interesse alla sanità della stirpe)”⁷⁴⁶. Remo Pannain puntualizza che “per “stirpe”, però, non si intende la sola stirpe o nazione italiana, ma tutta la specie umana nelle sue più ampie possibilità di vita, in conformità ai canoni religiosi, morali e sociali, che dominano questa materia”⁷⁴⁷. Enrico Contieri afferma che “gli interessi giuridici specificamente tutelati dalle norme del titolo X del libro II del codice penale rientrano tutti in una delle su dette categorie di interessi dello Stato: interesse alla integrità della stirpe (per esempio, l’art. 552 c. p.); interesse alla sanità della stirpe (per esempio, l’art. 554 c. p.). Ciò non esclude che quelle norme tutelino sussidiariamente anche interessi di altra natura: la moralità pubblica e il buon costume (per esempio, l’art. 553 c.p.); la vita e l’incolumità individuale (per esempio, gli art. 545. 546 in relazione all’art. 549 e. p.); la libertà morale dell’individuo (per esempio, l’art. 545). Ma la sanzione penale è preordinata principalmente alla tutela degli interessi riguardanti la integrità e la sanità della stirpe”⁷⁴⁸.

L’articolo 545 si occupa dell’aborto su donna non consenziente⁷⁴⁹; l’articolo successivo sulla gestante col consenso della stessa⁷⁵⁰; l’articolo 547 regola la condotta abortiva commessa dalla gestante su se stessa e l’articolo

⁷⁴⁶ E. CONTIERI, voce *Delitti contro l’integrità e sanità della stirpe*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1938, p. 1191.

⁷⁴⁷ R. PANNAIN, voce *Aborto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, Utet, Torino, 1957, p. 81.

⁷⁴⁸ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1191.

⁷⁴⁹ L’articolo 545 recita: “*Chiunque cagiona l’aborto di una donna, senza il consenso di lei, è punito con la reclusione da sette a dodici anni*”.

⁷⁵⁰ L’articolo 546 dispone: “*Chiunque cagiona l’aborto di una donna, col consenso di lei, è punito con la reclusione da due a cinque anni. La stessa pena si applica alla donna che ha consentito all’aborto. Si applica la disposizione dell’articolo precedente: 1) se la donna è minore degli anni quattordici o, comunque, non ha capacità d’intendere o di volere; 2) se il consenso è estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero è carpito con inganno*”.

548 si occupa di un'importante novità del codice Rocco: il reato di istigazione all'aborto⁷⁵¹. L'articolo 549 disciplina l'ipotesi più grave in cui dalla condotta abortiva derivi la morte della donna⁷⁵²; la disposizione successiva prevede il compimento di atti abortivi su donna ritenuta incinta; l'articolo 551 regola la scusante d'onore ed infine l'articolo 555 concerne l'aggravamento di pena per gli esercenti attività sanitarie⁷⁵³.

Il concetto di aborto che il guardasigilli Arturo Rocco riporta nella relazione ministeriale al progetto è contraddittoria, in quanto in un passo parla di “interruzione del processo fisiologico di maturazione del feto”, interruzione che può avvenire o cagionando la morte del feto entro “l'alvo materno” o provocando la prematura espulsione dello stesso, e in un altro passo lo definisce “la violenta distruzione del feto avvenuta in qualsiasi momento anteriore al compimento normale della gravidanza”. Contieri sottolinea la distinzione tra le due nozioni, “non coincidendo il concetto di “interruzione della gravidanza” con quello di “distruzione del feto”. Però, siccome la seconda definizione è data dalla relazione incidentalmente, in riguardo alla questione della morte del feto avvenuta entro l'alvo materno, mentre con la

⁷⁵¹ Gli articoli 547 e 548 statuiscono rispettivamente: “La donna che si procura l'aborto è punita con la reclusione da uno a quattro anni?”; “Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato preveduto dall'articolo precedente, istiga una donna incinta ad abortire, somministrandole mezzi idonei, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni”.

⁷⁵² L'articolo 549 dispone: “Se dal fatto preveduto dall'articolo 545 deriva la morte della donna, si applica la reclusione da dodici a venti anni; se deriva una lesione personale, si applica la reclusione da dieci a quindici anni. Se dal fatto preveduto dall'articolo 546 deriva la morte della donna, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni; se deriva una lesione personale, è della reclusione da tre a otto anni”.

⁷⁵³ Gli articoli 550, 551 e 555 stabiliscono: “Chiunque somministra a una donna creduta incinta mezzi diretti a procurarle l'aborto, o comunque commette su lei atti diretti a questo scopo, soggiace, se dal fatto deriva una lesione personale o la morte della donna, alle pene rispettivamente stabilite dagli articoli 582, 583 e 584. Qualora il fatto sia commesso col consenso della donna, la pena è diminuita”; “Se alcuno degli atti preveduti dagli articoli 545, 546, 547, 548, 549 e 550 è commesso per salvare l'onore proprio o quello di un prossimo congiunto, le pene ivi stabilite sono diminuite dalla metà ai due terzi”; “Se il colpevole di uno dei delitti preveduti dall'articolo 545, dalla prima parte e dal secondo capoverso dell'articolo 546, dagli articoli 548, 549 e 550, dalla prima parte dell'articolo 552 e dall'articolo 553 è persona che esercita una professione sanitaria, la pena è aumentata. Nel caso di recidiva, l'interdizione della professione sanitaria è perpetua”.

prima definizione, riferita nel testo, s'inizia la trattazione dell'argomento", ritiene che la prima definizione rifletta maggiormente il pensiero del relatore⁷⁵⁴. In ogni caso tale nozione sembra trascurare l'ipotesi, non rara, in cui il feto prematuramente 'espulso' violentemente dall'utero materno sopravvive: il caso cioè del parto 'accelerato'. Contieri risolve la questione definendo aborto la sola interruzione della gestazione, senza che si richieda l'ulteriore presupposto del decesso del feto⁷⁵⁵. Pannain afferma invece che "l'essenza del delitto è data dalla interruzione del processo della gestazione e dalla distruzione del prodotto del concepimento" puntualizzando che "uno solo dei due fatti non è sufficiente a concretare il delitto di aborto" e che "lo stato di gravidanza non è presupposto del reato ma, in quanto qualità del soggetto, elemento essenziale; ne è precisamente l'oggetto materiale, in quanto l'azione del reato si esplica sulla donna incinta e attraverso essa, sul feto che è perciò il vero oggetto dell'azione e del reato"⁷⁵⁶.

Il *limen* tra aborto e parto accelerato non è univocamente delineato dalla dottrina. Secondo Contieri esso sussiste se la volontà dell'agente è rivolta a produrre sia l'accelerazione del parto che l'aborto, e se dalla condotta 'accelerativa' è derivata involontariamente la morte del feto⁷⁵⁷. Altri studiosi⁷⁵⁸ sostengono invece che si debba parlare piuttosto di tentativo di aborto, soluzione che viene accolta da Contieri solo se l'agente, volendo produrre la morte del feto, determina l'accelerazione del parto, dato che "questa soluzione non è applicabile alle altre due ipotesi, perché, per aversi tentativo, è necessario che si sia voluto l'evento del delitto consumato, che secondo la teoria dominante

⁷⁵⁴ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1192.

⁷⁵⁵ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1192.

⁷⁵⁶ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 81.

⁷⁵⁷ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1192.

⁷⁵⁸ C. BIANCHEDI, *Considerazioni sul delitto di procurato aborto*, in *Riv. Pen.*, II, Unione tipografica editrice, Torino, 1927, p. 500; E. ALTAVILLA, *Delitti contro la persona. Delitti contro l'integrità e sanità della stirpe*, Fratelli Vallardi editori, Milano, 1934, p. 326.

consisterebbe nella distruzione del feto”⁷⁵⁹. Pannain distingue analiticamente le ipotesi che si sostanziano nell’impiego di pratiche abortive determinanti l’accelerazione del parto e la loro qualificazione giuridica⁷⁶⁰, e ritiene che, quanto alle pratiche dirette non all’aborto ma alla sola accelerazione del parto, date le due finalità perseguite nella fattispecie abortiva (interruzione della gravidanza e la morte del feto), non è mai configurabile il delitto di aborto, poiché la volontà dell’agente è diretta alla produzione soltanto del primo evento lesivo. Se invece il feto muore o “nell’alvo materno in seguito alle manovre dirette ad accelerare il parto”, o dopo la sua espulsione, non è comunque integrato il delitto di aborto “per la mancanza del relativo dolo” né la condotta è punibile non essendo l’aborto configurabile nella forma colposa: “se ne ricava che l’acceleramento del parto non è un reato”⁷⁶¹. Caso diverso è quello dell’aborto spontaneo in quanto, “se il feto espulso è vivo ma maturo, e viene poi soppresso, si ha reato di infanticidio”⁷⁶². Pannain giunge però alla singolare conclusione che “se il feto espulso è vivo ma immaturo e viene soppresso, non si ha alcun reato, non potendosi configurare l’aborto perché manca un elemento essenziale di esso, e cioè, l’interruzione della gestazione, né l’infanticidio, perché il feto immaturo non è essere umano vivente”⁷⁶³.

⁷⁵⁹ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1193.

⁷⁶⁰ La diversa nomenclatura della fattispecie deriva infatti da una congerie di fattori: in primis la natura vitale del feto, in quanto “*se il feto espulso era già morto nell’alvo materno, non si ha aborto, né consumato, né tentato, ma tentativo impossibile per inesistenza dell’oggetto*”; in secundis il grado di maturità dello stesso, perché “*se il feto espulso è vivo ma immaturo, sia che esso venga soppresso o no, si ha sempre reato di aborto consumato*”; se invece “*il feto espulso è maturo, si ha tentativo di aborto e non aborto consumato, perché non si è verificato l’evento cui gli atti idonei erano diretti*”; “*se il feto, espulso prematuramente, è maturo e viene soppresso, si risponde di aborto tentato e di omicidio*”; se infine “*il feto espulso è vivo e maturo e muore in conseguenza delle pratiche, si ha reato di aborto consumato e non concorso tra aborto tentato ed omicidio*”: cfr. R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 82.

⁷⁶¹ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 82.

⁷⁶² R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 82.

⁷⁶³ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 82.

Quanto all'oggetto materiale del reato, esso è costituito dalla gestazione in corso, che intercorre "dal momento in cui il prodotto del concepimento si forma come embrione nell'alvo materno fino all'espulsione dell'alvo o alla morte intrauterina"⁷⁶⁴. Secondo Contieri basta che il feto sia vivo e non è necessario che sia vitale: si richiede cioè che non si tratti di un prodotto patologico, ma non è indispensabile, ai fini dell'incriminazione della condotta, che sia destinato a pervenire "alla maturità"⁷⁶⁵. Da ciò consegue che "nel caso di gravidanza ectopica, nella quale il carattere anormale della sede dell'impianto ovulare non impedisce che talvolta il feto giunga a termine e sia atto alla vita extra-uterina, l'aborto costituisce reato, quando non vi sia il pericolo attuale di un danno grave alla persona della gestante"⁷⁶⁶. Se invece tale necessità sussiste, si tratta di aborto 'terapeutico' o 'sanitario', che, a dire di Pannain, non è scriminabile con le norme disciplinanti l'esercizio della professione sanitaria, ma con quelle relative allo stato di necessità. "Occorre, perciò, la presenza di tutti gli estremi di cui all'art. 54 c.p." e quindi "il pericolo deve essere attuale (lo stato di pericolosità latente non basta); tale da nuocere alla gestante in modo da provocarle conseguenze irreparabili per la sua salute; non deve essere altrimenti evitabile"⁷⁶⁷. La natura legittima dell'aborto terapeutico è subordinata all'osservanza di tali disposizioni, e non si richiede l'ulteriore requisito di un previo consulto, in quanto l'accertamento dello stato di necessità è rimesso alla scienza e coscienza del medico. "Egli può ritenere pericoloso attendere un consulto, o può ritenerlo superfluo; in questo secondo caso si dovrà esaminare, se mai, se egli sia o no in contravvenzione, ma ciò non ha a che vedere con la legiti-

⁷⁶⁴ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1194.

⁷⁶⁵ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1194.

⁷⁶⁶ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1194.

⁷⁶⁷ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 82.

timità dell'aborto"⁷⁶⁸. Pannain puntualizza poi che “non è neanche necessario che colui che interviene sia un ostetrico o un medico; potrebbe anche essere la gestante stessa o un terzo purché si tratti di ovviare ad un danno grave non altrimenti evitabile; versandosi in stato di necessità, non si può parlare neanche di esercizio abusivo di una professione sanitaria"⁷⁶⁹. Lo stato di necessità è una scriminante così ‘potente’ da operare anche quando esso sia putativo e in presenza di intenzione criminosa⁷⁷⁰. Inoltre se la donna ‘si persuade’ dell’esistenza dello stato di necessità e il medico procede all’aborto, nonostante si sia accertato che gli estremi previsti dall’articolo 54 non sussistono, la donna rimane impunita per l’art. 59, mentre il medico risponde di aborto cagionato a donna non consenziente; “va escluso che il medico, anche se ritiene lo stato di necessità, possa intervenire senza il consenso della gestante perché essa può scegliere tra la propria vita e quella del figlio, sia il prodotto maturo sia immaturo"⁷⁷¹. Se invece la madre è incapace e manca il consenso dei familiari, il medico risponde ugualmente del reato di cui all’art. 545. Lo studioso aggiunge che “se il medico rifiuta per scrupoli religiosi di intervenire in caso di comprovata necessità, egli non deve rispondere della morte della donna perché non si può dimostrare che la donna non potesse vivere senza l’interruzione, né che la mancanza di essa sia stata la causa unica della morte; è molto discusso ancora nella scienza medica se sia opportuno intervenire o no, cosicché il non intervento non può considerarsi inosservanza di doveri generici o specifici"⁷⁷².

La novità della dottrina sull’aborto risiede nella maggiore ‘autonomia’ che viene attribuita al feto, che diventa un ente sempre più assimila-

⁷⁶⁸ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 82.

⁷⁶⁹ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 82.

⁷⁷⁰ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 82.

⁷⁷¹ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 82.

⁷⁷² R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 82.

bile ad una vita formata a tutti gli effetti: se infatti viene ucciso “un feto nascente”, se il colpevole ha agito col fine di salvare l’onore proprio o di un prossimo congiunto, si configura il delitto di cui all’art. 578 c.p., nel quale è espressamente prevista l’uccisione di un feto durante il parto. In caso contrario si ha il delitto di omicidio (art. 575 e. p.) e mai quello di aborto, possedendo il feto già durante il parto quel fenomeno essenziale della vita extra-uterina che è la respirazione”⁷⁷³.

Quanto poi all’oggetto giuridico dell’ipotesi di aborto su donna non consenziente *ex* articoli 545 e 546 secondo capoverso, Contieri osserva che “il feto non è considerato dalla legge penale come una semplice *portio viscerum* della madre, bensì autonomamente, per cui la sua vita viene protetta indipendentemente da quella della gestante”, sebbene non possa affermarsi che “il feto sia titolare di interessi propri, non essendo esso persona, e potendo invece essere titolari di interessi penalmente protetti soltanto persone fisiche o giuridiche, oppure collettività di persone fisiche o giuridiche”⁷⁷⁴. La conseguenza di questo assunto è che “neanche l’interesse della gestante alla propria integrità personale, posta in pericolo o danneggiata dalle manovre abortive, oppure l’interesse della gestante alla propria libertà morale, formano oggetto sostanziale specifico della tutela apparecchiata dall’art. 545, bensì sono soltanto sussidiariamente protetti. Invero, se l’integrità personale della gestante fosse l’oggetto specifico del delitto di cui all’art. 545, non dovrebbe costituire reato, come invece lo è, l’aborto procuratosi dalla donna (art. 547 c.p.) E se oggetto specifico del delitto fosse la libertà morale della gestante, non dovrebbe sussistere il reato di aborto di donna consenziente (art. 546 c.p.). (...) Pertanto titolare dell’interesse specificamente tutelato dall’art. 545 c.p. è lo Stato, e oggetto giuridico del reato è appunto l’interesse del-

⁷⁷³ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1194.

⁷⁷⁴ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1194.

lo Stato a che non venga diminuita o minorata la discendenza in formazione della società umana”⁷⁷⁵. Al contrario Carlo Saltelli, Enrico Romano Di Falco e Benvenuto sostengono che titolare dell’interesse leso sia la gestante⁷⁷⁶, che invece secondo Contieri è persona offesa del reato⁷⁷⁷.

Contieri, commentando gli articoli 545 e 546 secondo capoverso, afferma che “soggetto attivo del delitto di aborto di donna non consenziente è ‘chiunque’ abbia la capacità penale, esclusa la gestante sulla quale si compiono gli atti abortivi, essendo richiesta come modalità dell’azione la mancanza del consenso”⁷⁷⁸. Un’altra innovazione che riguarda non il legislatore ma la dottrina è l’estensione in via astratta della condotta incriminabile non solo alla versione attiva ma anche a quella omissiva. Il giurista asserisce infatti che “il mezzo per la consumazione del reato consiste in una qualsiasi attività che cagioni l’aborto di una donna. Questa attività si concreta di regola in una azione in senso stretto, talvolta in un’omissione. Il reato però conserva sempre natura commissiva”⁷⁷⁹. Si mantengono tuttavia dei profili meno ‘scientifici’ e più ‘superstiziosi’ come il credere che “l’attività adoperata per cagionare l’aborto può essere delle più diverse specie, materiale o immateriale (per esempio, l’incutere spavento)”⁷⁸⁰. Una novità assoluta risiede nella illuminante distinzione tra il consenso espresso e quello tacito, come emerge dalle parole dello studioso che puntualizza che una caratteristica dell’azione è che essa deve essere compiuta senza il consenso della gestante, il quale manca, sia che ella dissenta, sia che non abbia manifestato, neppure tacitamente, il suo consenso, consenso che, “se prestato, si con-

⁷⁷⁵ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1194.

⁷⁷⁶ C. SALTELLI - E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico pratico del nuovo codice penale*, Jandi Sapi editori, Roma, 1930, II, p. 803; G. BENVENUTO, *I delitti contro l’integrità e sanità della stirpe*, La Toga, Napoli, 1934, p. 35.

⁷⁷⁷ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1194.

⁷⁷⁸ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1191.

⁷⁷⁹ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1191.

⁷⁸⁰ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1191.

sidera come mancante nei seguenti casi: “se la donna è minore degli anni quattordici o, comunque, non ha capacità d’intendere o di volere; se il consenso è estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero è carpito con inganno” in quanto “in tali ipotesi sussiste il titolo di reato di “aborto di donna non consenziente”⁷⁸¹. Vi sono quindi dei casi in cui il consenso non è tale da ‘trasferire’ la condotta abortiva nell’articolo di cui all’articolo 545 c.p., in quanto “riguardo a tale consenso non sono applicabili, né la dottrina sui requisiti del consenso dell’avente diritto ex art. 50 c.p., non essendo la gestante soggetto passivo del reato, né la dottrina sul consenso diretto al compimento di qual si voglia atto lecito, trattandosi di consenso criminoso di cui all’art. 546 1° capoverso c.p.”⁷⁸². Una parte della dottrina parla di “invalidità del consenso”⁷⁸³, secondo altri, come Ruggiero Messini, “si tratta piuttosto di cause che impediscono al consenso della gestante di sottrarre il fatto al titolo dell’art. 545 per trasferirlo sotto altro titolo di reato”⁷⁸⁴. Contieri pur condividendo il pensiero di Messini, non accetta la distinzione che lo studioso pone con riferimento alle cause di cui sopra, “a seconda che esse si verificano indipendentemente dall’attività dell’agente (art.546, 2° capoverso, n.1, c.p.) o in conseguenza di tale attività (art. 546, 2° capoverso, n.2, c.p.)”, affermando che tale distinzione “pare esatta ed utile, ma non accettabile se, come fa il Messini, viene formalmente riferita ai n.1 e 2 del 2° capoverso dell’art. 546. Invero anche la incapacità d’intendere e di volere prevista dal n.1 del suddetto capoverso può essere causata dall’attività del colpevole, che abbia, ad esempio, ubriacato la gestante. La mancanza della capacità d’intendere e di volere si riferisce alle più svariate ipotesi, per effetto del “comunque” contenuto nella norma”, potendo essere utili strumenti

⁷⁸¹ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1191.

⁷⁸² E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1192.

⁷⁸³ C. SALTELLI - E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico*, cit., p. 805.

⁷⁸⁴ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1191; cfr. R. MESSINI, *Consenso e suggestione nel procurato aborto e nell’omicidio*, in *Riv. Ita. Dir. Pen.*, Giuffrè, Padova, 1933, p. 796.

di confronti gli articoli 579 e 613 c.p.. Contieri sostiene quindi che se la gestante ha compiuto i 14 anni, ma non ancora i 18, può essere considerata dal giudice priva della capacità d'intendere e di volere; se invece si accerta che il consenso è stato estorto con violenza o minaccia e queste siano state adoperate per ottenere il consenso e non già immediatamente per la esecuzione degli atti abortivi, non c'è concorso formale col reato di violenza privata (art. 610 c.p.), perché la violenza privata è elemento costitutivo del reato di aborto di donna non consenziente, nell'ipotesi prevista dal 2° capoverso dell'art. 546 (articolo 84 c.p.). “Quanto alla suggestione, il raffronto con gli art. 579, 2° capoverso, n.3, e 613, l^a parte, del codice penale prova che per suggestione nell'art. 546 deve intendersi qualunque insistente e lenta opera di persuasione, tale da fiaccare la volontà della gestante, e non già la suggestione ipnotica o in veglia, la quale è un mezzo per porre la paziente in stato d'incapacità d'intendere e di volere, e pertanto rientra nel n.1 del 2° capoverso dell'art. 546”. Non di poco rilievo è l'osservazione di Pannain circa la necessità o meno che l'agente sia edotto del consenso della donna, bastando infatti “una manifestazione con atti concludenti” e dato che il consenso è elemento differenziatore delle due ipotesi di reato di cui agli art. 545 e 546, è molto importante stabilire se esso operi oggettivamente o debba essere conosciuto dall'agente perché si realizzi l'ipotesi dell'art. 546. Il giurista nota che, data la natura degli estremi “con consenso” o “senza consenso” di “elementi del fatto”, e osservato che “tutti gli elementi del fatto debbono essere illuminati dall'elemento psichico”, questo principio deve necessariamente operare in *favor* del soggetto e non a suo danno. “Perciò, se si provoca l'aborto di donna che è veramente consenziente, anche se se ne ignora il consenso, si realizza l'ipotesi di cui all'art. 546; se si ritiene, per errore, prestato un consenso che non vi fu, l'errore giova e l'agente risponde del reato di cui

all'art. 546, pur avendo in effetti realizzato quello di cui al 545⁷⁸⁵. Pannain sottolinea però che, non operando la scriminante del consenso dell'avente diritto di cui all'articolo 50 c.p.⁷⁸⁶, il consenso della donna determina solo la differente qualificazione giuridica del fatto e un diverso trattamento sanzionatorio, senza elidere l'antigiuridicità della condotta⁷⁸⁷. Lo studioso sostiene poi che la distinzione tra aborto cagionato a donna dissenziente e aborto procuratosi dalla donna potrebbe rinvenirsi nell'osservazione che “nel primo la donna è vittima, nel secondo è agente, ma, a prescindere dalla necessità di distinguere in base all'opera prestata, c'è da rilevare che esiste anche l'aborto cagionato a donna consenziente, la quale non può essere considerata vittima”⁷⁸⁸.

Contieri afferma poi che negli art. 545–547 c.p., l'acceleramento del parto o la morte del feto sono elementi costitutivi del reato, e costituiscono precisamente l'evento, punibile solo se voluto dall'agente; da ciò consegue che la legge affida al giudice il compito di differenziare il trattamento sanzionatorio, “a seconda che l'evento si sia verificato nella forma più grave della morte del feto o in quella meno grave del semplice acceleramento del parto”. Conseguentemente l'evento del reato di cui all'art. 545 c.p. è certamente l'interruzione della gestazione: costituiscono quindi il reato di aborto di donna non consenziente, “sia l'uccisione del feto entro l'alvo materno, sia la prematura espulsione del feto”, indipendentemente dalla morte dello stesso. “Questo evento è evento di un danno e il suo verificarsi segna il momento della consumazione del reato”⁷⁸⁹. Inoltre perché la condotta ricada sull'articolo 545 e non sull'articolo 546 di aborto su donna consenziente è ne-

⁷⁸⁵ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 83.

⁷⁸⁶ L'articolo 50 recita: “*Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre*”.

⁷⁸⁷ Pannain puntualizza infatti che semmai “*il prestato consenso si considera manifestazione di volontà criminosa*”: cfr. R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., pp. 82 e 83.

⁷⁸⁸ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 83.

⁷⁸⁹ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1193.

cessario l'elemento psicologico costituito dal dolo, ossia nell'aver preveduto e voluto, come conseguenza dell'azione, l'aborto di una donna non consenziente: occorre perciò la coscienza della gravidanza della donna, la volontà che l'azione determini l'interruzione della gravidanza e la consapevolezza del dissenso della gestante. "Se erroneamente crede esistente tale consenso, il fatto costituisce il reato di cui all'art 546 c.p."⁷⁹⁰. Occorre infine osservare che il reato non è previsto nella forma colposa ma solo dolosa, conseguentemente "se l'aborto avviene in seguito ad una lesione colposa, sarà applicabile la norma generale dell'art. 590, 1° capoverso, c.p."⁷⁹¹.

Il confine tra le ipotesi di cui agli articoli 546 e 547, ossia aborto su donna consenziente e aborto procurato dalla gestante, è piuttosto sottile, in quanto "se la gestante compie essa stessa gli atti materiali di esecuzione dell'aborto ricorre il delitto di cui all'art. 547 c.p., del quale il terzo può essere correo. Se invece è il terzo a compiere, col consenso della donna, gli atti materiali di esecuzione dell'aborto, il terzo è responsabile del delitto di cui alla 1ª parte dell'art. 546, e la donna del delitto di cui al 1° capoverso del medesimo articolo. E ciò indipendentemente dal fatto che la gestante abbia assunto l'iniziativa del reato"⁷⁹². Contieri puntualizza quindi che pertanto il mezzo per la consumazione del reato, di cui alla 1° parte dell'art. 546 c.p., consiste nell'impiego di qualunque mezzo che abbia cagionato l'aborto. Afferma poi che "la nozione del mezzo per la consumazione del reato va ampliata e vi rientra qualsiasi attività che abbia cagionato l'aborto (attività di chi abbia i-

⁷⁹⁰ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1193.

⁷⁹¹ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1193.

⁷⁹² E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1197; nello stesso senso "Il criterio distintivo tra l'art. 546 e l'art. 547 non attiene, dunque, all'elemento psicologico (iniziativa, ideazione), bensì all'attività materiale diretta a produrre l'evento. Se il mezzo abortivo è posto in essere dal terzo, si applica l'art. 545 se la donna non consente o consente non validamente; ovvero l'art. 546, se la donna consente validamente. Quando, invece, è la donna che spiega essa stessa l'attività materiale diretta all'aborto, si applica l'art. 547" cfr. Cass., 2° sezione, 21 febbraio 1936, in *Giustizia Penale*, Società tipografica Leonardo Da Vinci, Roma, 1950, p. 606.

stigato il soggetto attivo principale, o abbia somministrato i mezzi, o abbia determinato la gestante a prestare il consenso)”⁷⁹³. Nel caso di specie quindi si richiede come elemento costitutivo del reato la partecipazione penalmente illecita della gestante, attraverso il consenso, e da ciò si evidenzia la natura di reato bilaterale. Conseguentemente “la partecipazione della gestante non è un caso di concorso nel reato di cui alla 1^a parte dell’art. 546”⁷⁹⁴. Il consenso illecitamente prestato *ex* articolo 546 fa sì che la donna non sia “neppure persona offesa dal reato”⁷⁹⁵.

L’articolo 548, incriminando la condotta di istigazione all’aborto anche quando non sia commesso, costituisce un’eccezione al principio generale di cui all’articolo 115 c.p., che dispone invece, in mancanza della realizzazione del reato, l’impunità dell’istigatore. Osserva giustamente Contieri che “soggetto attivo di questo reato è chiunque abbia la capacità penale, all’infuori della gestante” e che “il mezzo per la consumazione del reato consiste in due forme di attività, entrambe necessarie per l’esistenza del delitto. La prima forma è rappresentata da qualsiasi attività che abbia cagionato l’istigazione della gestante ad abortire. La seconda forma da qualsiasi attività che abbia cagionato la somministrazione alla gestante di mezzi idonei a procurare l’aborto”⁷⁹⁶. Si tratta poi di un’ipotesi di istigazione ‘qualificata’, per la natura complessa dell’evento consumativo del reato, che consiste nella istigazione di una gestante ad abortire e nella somministrazione ad essa di mezzi idonei a procurare l’aborto: “si può dire pertanto che si tratta di un’istigazione qualificata dalla somministrazione dei mezzi idonei per il compimento del delitto. Se l’agente ha soltanto istigato, senza sommini-

⁷⁹³ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1197.

⁷⁹⁴ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1197.

⁷⁹⁵ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1197.

⁷⁹⁶ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1198.

strare i mezzi, riprende impero la norma dell'art. 115 del c.p.”⁷⁹⁷. Lo studioso sottolinea che trattandosi di un evento di pericolo, la condotta non è punita per se stessa, ma perché si verifica il pericolo che la gestante, accolta l'istigazione ed avendo a disposizione mezzi adatti, si procuri l'aborto⁷⁹⁸. Nonostante ciò non può essere definito un reato formale, “in cui il momento della fine del processo esecutivo del reato coincida con quello dell'evento, bensì di un reato materiale, potendo l'evento verificarsi a distanza cronologica dall'azione”. Contieri pone poi l'esempio dell'agente che invia alla gestante una lettera istigatrice ed i mezzi idonei a procurare l'aborto, puntualizzando che “il momento della spedizione segna il fine del processo esecutivo del delitto, e il momento in cui la donna riceve la lettera ed i mezzi segna il verificarsi dell'evento e quindi il momento consumativo del reato”⁷⁹⁹. L'incriminazione è del tutto indipendente dall'accoglimento o meno della istigazione da parte della gestante⁸⁰⁰.

L'elemento soggettivo del dolo deve coinvolgere non solo l'istigazione ma anche la somministrazione di mezzi⁸⁰¹ e “l'opera di per-

⁷⁹⁷ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1198; l'articolo 115 recita: “*Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo. Nondimeno, nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza. Le stesse disposizioni si applicano nel caso di istigazione a commettere un reato, se la istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso. Qualora la istigazione non sia stata accolta, e si sia trattato d'istigazione a un delitto, l'istigatore può essere sottoposto a misura di sicurezza*”.

⁷⁹⁸ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1198.

⁷⁹⁹ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1198.

⁸⁰⁰ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1198.

⁸⁰¹ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1198; La necessità di questo requisito si evince anche dalle parole di Punzo, secondo il quale si richiede la somministrazione effettiva del mezzo non solo come estremo del reato ma anche come ‘espediente’ per poter accertarne l'idoneità, dato che “*dall'esame dell'azione fisiopatologica di tutti tali mezzi, eccezion fatta per alcuni mezzi diretti esterni, risulta che in nessun caso essi potrebbero ritenersi astrattamente idonei allo scopo, dimodoché per conoscere l'idoneità del mezzo non si può rescindere dal risultato*”. La mera somministrazione di mezzi, che non sia correlata all'idoneità degli stessi consente soltanto “*di comminare misure di sicurezza, ai sensi dell'art. 203 c.p. perché tale atto manifesta la pericolosità dell'istigatore*”: cfr.

suasione” deve essere rivolta ad una donna determinata: non costituisce quindi il delitto d’istigazione all’aborto il mero incitamento rivolto al pubblico ad usare pratiche abortive, anche se accompagnato dallo spaccio di mezzi abortivi, potendosi applicare piuttosto l’art. 553 del c.p.⁸⁰²; “l’esistenza del reato è subordinata ad una condizione di punibilità, che consiste nel mancato compimento, da parte della gestante, di atti esecutivi dell’aborto. Infatti l’art. 548 dispone che il delitto di istigazione dell’aborto esiste fuori dei casi di concorso nel reato di aborto procuratosi dalla donna”⁸⁰³. Contieri puntualizza che “condizione di punibilità è non già il mancato verificarsi dell’aborto, ma il semplice mancato inizio di atti idonei di esecuzione in virtù appunto dell’inciso “fuori dei casi di concorso nel reato previsto dall’articolo precedente” e perciò tale constatazione può avere importanza soltanto per stabilire che il tentativo di aborto procuratosi dalla donna fa sì che l’istigatore sia correo in tale delitto e non responsabile del reato di cui all’art. 548”⁸⁰⁴. Contieri si chiede poi se, compiuti da un terzo atti esecutivi idonei sulla gestante consenziente, seguiti o no dall’aborto, colui che ha istigato e somministrato i mezzi senza eseguire gli atti debba rispondere del reato di cui all’art. 548 oppure di quello di cui all’art. 546”⁸⁰⁵, ossia dell’aborto provocato su donna consenziente. Lo studioso risponde al quesito affermando che “l’art. 548 c.p. è applicabile soltanto se l’agente ha istigato la donna a cagionare a se stessa direttamente l’aborto, a commettere cioè il reato di cui all’art. 547: se la gestante commette questo reato, l’istigatore è correo nell’aborto procuratosi dalla

G. PUNZO, *Il reato di istigazione all’aborto e l’articolo 548 c.p.*, in *Rassegna di Studi medico legali*, 1934, p. 16 e in *Giustizia Penale*, Roma, 1950, p. 549.

⁸⁰² L’articolo 553 recita: “*Chiunque pubblicamente incita a pratiche contro la procreazione o fa propaganda a favore di esse è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a lire diecimila. Tali pene si applicano congiuntamente se il fatto è commesso a scopo di lucro*”.

⁸⁰³ E. Contieri, voce *Delitti*, cit., p. 1199.

⁸⁰⁴ E. Contieri, voce *Delitti*, cit., p. 1199.

⁸⁰⁵ E. Contieri, voce *Delitti*, cit., p. 1199.

donna –“fuori dei casi di concorso nel reato preveduto dall’articolo precedente” *ex* articolo 548 –; se la gestante, pur avendo eventualmente accolta l’istigazione, non commette il reato, l’istigatore è responsabile d’istigazione all’aborto (articolo 548 c.p.)”. Chiarisce poi che “l’art. 548 non è mai applicabile al caso di chi, somministrando mezzi idonei, abbia istigato la donna a fare eseguire da un terzo atti abortivi su se stessa: in tal caso, se il reato non è commesso, si applicano le norme generali sull’istigazione (art.115 c.p.), se il reato è commesso (sia nella forma del tentativo, che in quella del delitto perfetto), si applica l’art. 546 c.p.”⁸⁰⁶. Pone a sostegno della sua tesi la circostanza che si tratta di un reato di pericolo: quando l’agente istiga una gestante a compiere su se stessa atti abortivi e le somministra mezzi idonei a procurare l’aborto, il pericolo di aborto è immediato e la legge stabilisce una deroga alle normali regole sull’istigazione (le quali dispongono che questa non costituisce reato e prescrivono solo l’applicazione di misure di sicurezza). Ma se l’agente, somministrando mezzi idonei, istiga la gestante a far compiere da altri su se stessa gli atti abortivi, il pericolo di aborto non è così immediato, perché è ancora necessaria l’opera di un terzo. Inoltre la somministrazione di mezzi idonei ha una sua precisa gravità quando si istiga la donna ad usarli direttamente su se stessa, non già quando la si istiga a ricorrere all’opera di un terzo⁸⁰⁷. Pannain aggiunge che se la donna istigata si procura l’aborto con altri mezzi diversi da quelli che le ha fornito l’istigatore, questi rimane impunito. Se invece alla somministrazione dei mezzi seguono le pratiche abortive da parte dello stesso istigatore, risponde di entrambi i delitti, quello di istigazione e quello di aborto cagionato o tentato; “se seguono le pratiche da parte della donna, egli risponde solo di concorso nel reato di cui all’art. 547. Questa diversità di soluzione delle due ipotesi

⁸⁰⁶ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1199.

⁸⁰⁷ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1199.

deve ricavarsi dal chiaro dettato dell'art. 548 che configura il reato progressivo, e quindi l'assorbimento del delitto di cui all'art. 548 solo in relazione a quello di cui all'art. 547 –condotta abortiva commessa dalla gestante – e non di quelli prospettati dagli artt. 545 e 546⁸⁰⁸ di aborto *invitata ea* o su donna consenziente. Lo studioso chiarisce poi che non è necessario, per la consumazione di tale reato, che l'istigazione sia stata accolta; “purché essa sia stata reale, il delitto è perfetto”⁸⁰⁹ sostenendo con tale assunto l'impunità dell'istigatore del caso peculiare in cui l'istigazione consista nel mettere a disposizione della donna la propria casa per effettuare la pratica abortiva⁸¹⁰. Il reato è poi ammissibile nella forma ‘continuata’, ossia quando con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, si commettono, anche in tempi diversi, più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge⁸¹¹. È tuttavia inammissibile nella versione del tentativo, perché o sono somministrati i mezzi idonei e allora il delitto si è perfezionato, o non sono somministrati o non sono idonei e allora non si ha alcun reato. “Se la gestante inizia l'esecuzione di atti idonei a produrre l'aborto, entrambi rispondono del reato; se la donna desiste, essa va esente da pena per il 2° capoverso dell'art. 56, ma l'istigatore risponde di concorso in delitto tentato; se l'istigatore induce la donna a desistere, allora sono entrambi esenti da pena”⁸¹².

La circostanza aggravante di cui all'articolo 549, ossia quello della morte o lesione personale della gestante, contiene in sé “l'elemento psicologico ed il fatto del delitto di cui all'art. 586. Sì che l'aborto di donna non consenziente aggravato ai sensi dell'art. 549 è un reato complesso, che

⁸⁰⁸ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 85.

⁸⁰⁹ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 85.

⁸¹⁰ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 85.

⁸¹¹ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 85.

⁸¹² R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 85.

non ammette perciò il concorso con il reato di cui all'art. 586. Se l'agente invece ha voluto, non solo l'aborto, ma anche la morte o la lesione della donna, si avrà concorso formale tra i reati previsti dagli art. 545 e 575 o 582 c.p.”⁸¹³. Contieri asserisce che perché si possa escludere l'applicazione dell'aggravante e rendere applicabili le norme comuni sul concorso dei reati, “non basta però che l'agente abbia preveduto la morte o la lesione della donna, come sostiene Bernardino Alimena⁸¹⁴, occorre che le abbia volute”⁸¹⁵. Egli puntualizza infatti che per dolo non si intende soltanto la rappresentazione, bensì anche la volontà dell'evento⁸¹⁶. Lo studioso spiega poi che “il fatto, cui si riferisce l'art. 549, comprende sia l'azione che l'evento del reato”, perciò la morte o la lesione determinano l'aggravamento di pena, “sia che derivino dall'azione (uso dei mezzi abortivi), sia dall'evento (interruzione della gestazione), e sia dal tentativo, che è appunto un'azione interrotta ovvero non seguita dall'evento del reato consumato”. Tra il fatto così definito e la morte o lesione deve esistere il rapporto di causalità. Perché la lesione costituisca aggravante, non deve consistere nel normale processo morboso della interruzione della gestazione: non può essere infatti circostanza del reato ciò che è indispensabilmente collegato con l'evento di esso⁸¹⁷. Come sottolinea lo studioso, “non esiste rapporto di necessaria coesistenza tra l'elemento costitutivo-azione e la circostanza-lesione. L'aborto può essere ottenuto senza che alla donna si cagioni altra lesione che il normale processo morboso della interruzione del parto”. Se si verifica una diversa lesione che si identifichi con l'uso del mezzo adoperato, essa non costituisce aggravante, “perché

⁸¹³ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1195.

⁸¹⁴ B. ALIMENA, voce *Delitti contro la persona*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiana.*, Società editrice libraria, Milano, 1909, IX, p. 708.

⁸¹⁵ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1195.

⁸¹⁶ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1195.

⁸¹⁷ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1195.

essa o non ha prodotto una malattia nel corpo o nella mente (diversa dal naturale processo morboso dell'aborto) e allora non ha rilevanza giuridica, ovvero ha cagionato tale malattia ed allora, essendosi voluta la lesione come mezzo per ottenere l'aborto, si ha concorso tra il reato di cui all'art. 545 e quello di cui all'art. 582 c.p., aggravato per l'art. 61, n. 2"⁸¹⁸. L'adesione alla definizione di aborto come mera interruzione della gravidanza o anche uccisione del feto determina delle importanti conseguenze sul piano di qualificazione del fatto di reato nell'ipotesi peculiare in cui in seguito alle manovre abortive la gestante riporti la morte o una lesione personale, ed il feto invece sopravviva. Per chi infatti come Contieri considera evento del reato in esame l'interruzione della gestazione, è evidente che "in tale caso, se il feto sia stato prematuramente espulso, ma sopravviva, si avrà il delitto di aborto consumato, aggravato per l'art. 549. Se invece non si riesca ad interrompere la gestazione, né con l'uccisione del feto nell'alvo materno, né con la sua prematura espulsione da esso, si avrà tentativo di aborto, aggravato per l'art. 549"⁸¹⁹. Per chi fa consistere l'evento del reato nell'uccisione del feto, si ha in ogni caso tentativo di aborto, aggravato ai sensi dell'art. 549⁸²⁰. La circostanza aggravante di cui all'articolo 549 è una circostanza oggettiva del reato, in quanto concerne la gravità del danno, e può essere quindi posta a carico di tutti i correi *ex* articolo 118 c.p.— disposizione che si occupa della valutazione delle circostanze aggravanti e attenuanti — a differenza di quella *ex* articolo 555 c.p., che è invece soggettiva, perché riguarda una qualità personale del reo, e che eccezionalmente "si estende ai correi servendo ad agevolare l'esecuzione del reato"⁸²¹. La qualità personale in questione è quella di e-

⁸¹⁸ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1195.

⁸¹⁹ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1195.

⁸²⁰ C. BIANCHEDI, *Considerazioni sul delitto*, cit., p. 523.

⁸²¹ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1195.

esercizio di attività sanitaria, che però non determina aggravamento di pena quando ricorre la causa d'onore⁸²². Lo studioso evidenzia che l'aggravamento di pena si fonda sulla violazione dei doveri professionali e dell'interesse all'integrità della stirpe, nonché “nella maggior facilità, per chi eserciti la professione sanitaria, al compimento del reato”. Conseguentemente “basta la qualità inerte e non occorre l'esercizio attuale della professione sanitaria”. Con ciò non si intende tuttavia “che l'aggravante funzioni anche se manca l'abilitazione all'esercizio professionale o se il soggetto sia stato sospeso o cancellato dall'albo e persino se cancellato in seguito a precedenti condanne” perché in tal caso si è in presenza di un “individuo che, proprio per legge, non è considerato sanitario; perciò è contraddittorio contestargli l'aggravante di esercente una professione sanitaria, che vuol dire esercizio legittimo della medesima”⁸²³.

Pannain concorda con Contieri sulla comunicabilità della circostanza *ex* articolo 448, ma per motivi diversi, affermando che sebbene sia pacifica per tutti coloro che sono concorsi nell'aborto a qualsiasi titolo, anche prestando semplicemente aiuto o assistenza, si deve ritenere che ciò avvenga “perché quella prevista dall'art. 549 sarebbe una circostanza aggravante oggettiva, comunicabile a tutti i concorrenti ai sensi dell'art. 118 c.p.”. L'art. 549, viceversa, “è figura autonoma; la soluzione in pratica non cambia perché tutti i concorrenti rispondono ugualmente delle lesioni o della morte, però ne rispondono in base all'art. 110⁸²⁴ e per nessuno si richiede la volontà o la conoscenza del più grave risultato”⁸²⁵. Non esclude poi che in taluni casi circoscritti si possa applicare un diverso trattamento sanzionatorio “per es., facendo carico ad uno e non ad un altro

⁸²² R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 87.

⁸²³ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 87.

⁸²⁴ L'articolo 110 stabilisce: “Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salvo le disposizioni degli articoli seguenti?”.

⁸²⁵ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 86.

dell'evento mortale considerando gli agenti con come “concorrenti in un medesimo reato, ma soggetti attivi di distinti reati”⁸²⁶. Pannain nota poi ‘legittimamente’ che “ci si può domandare se l’art. 549 sia applicabile anche nell’ipotesi in cui la lesione o la morte seguano ad aborto soltanto tentato”⁸²⁷. Sebbene l’orientamento generalmente seguito dalla dottrina sia in senso positivo, “perché l’articolo in questione non distingue”, lo studioso dissente da chi sostiene che se l’ipotesi di cui all’art. 549 si realizza in seguito ad un aborto soltanto tentato, la pena debba essere diminuita. Egli fa notare infatti che l’art. 549 è figura autonoma di reato e che quindi essa irroga una pena autonoma, che “va sempre applicata per intero anche se l’ipotesi, fatta dall’art. 549, si verifica come conseguenza di un aborto solo tentato”⁸²⁸. Interessante è anche l’osservazione che “perché possa applicarsi l’art. 549, occorre un rapporto di causalità materiale (“deriva”) e non psichica (“cagiona”). Le cause preesistenti, simultanee o sopravvenute non escludono il nesso di causalità; né sarebbe sufficiente ad escluderlo l’intervento di un sanitario”⁸²⁹. Lo studioso pone il singolare esempio in base al quale se la donna si suicida “per il dolore derivante dalla perdita della propria creatura in seguito all’aborto”, in questo caso manca il rapporto di causalità materiale, perché il suicidio si presenta come un fatto autonomo “di cui l’aborto fu soltanto l’occasione”⁸³⁰.

L’articolo 550, regolando l’ipotesi di procedura abortiva realizzata su donna ritenuta incinta, pone rimedio alla lacuna del codice Zanardelli relativa alla questione. Contieri afferma che autore del reato è chiunque abbia la capacità penale, con la sola esclusione della gestante, che “non commette reato anche se abbia prestato il proprio consenso o abbia ese-

⁸²⁶ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 86.

⁸²⁷ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 85.

⁸²⁸ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 85.

⁸²⁹ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 85.

⁸³⁰ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 85.

guito su se stessa atti diretti a procurare l'aborto"⁸³¹. Quanto al mezzo per la realizzazione del reato, si distingue tra due ipotesi di fatto diverse, che possono verificarsi alternativamente o cumulativamente: "esso può consistere in qualsiasi attività che abbia cagionato la somministrazione alla donna di mezzi diretti a procurarle l'aborto o in qualsiasi attività che abbia cagionato il compimento sulla donna di pratiche "dirette a procurarle l'aborto"⁸³². Non si richiede l'ulteriore requisito dell'idoneità dei mezzi, in quanto nel caso di specie "l'inidoneità astratta dei mezzi e degli atti a procurare l'aborto non influisce sull'idoneità dell'azione a cagionare l'evento del reato, cioè a determinare una situazione di pericolo per l'incolumità della donna"⁸³³: si tratta di un reato di pericolo, in quanto "crea una situazione pericolosa per l'interesse della donna alla propria incolumità, individuale, il quale è l'oggetto specifico della tutela penale apprestata dall'art. 550"⁸³⁴. Quanto al dolo – non essendo prevista la versione colposa – "occorre che l'agente abbia il convincimento che la donna sia incinta, ch'egli ne voglia l'aborto e che a tale scopo le somministri i mezzi o compia su di essa gli atti"⁸³⁵. Per il perfezionamento del reato è necessario che si verifichi una condizione di punibilità, e cioè che dal fatto del reato derivi una lesione personale o la morte della donna, che tuttavia non devono essere state volute dall'agente, perché in quest'ultimo caso si applicano le disposizioni degli art. 575, 582, 583. Contieri sottolinea l'erronea collocazione di questo reato tra i delitti contro l'integrità e sanità della stirpe, che si giustifica solo per l'elemento psichico, dovendo essere piuttosto inserito tra i reati contro l'integrità personale: egli afferma infatti che ciò è evidente soprattutto nell'ipotesi prevista dall'art. 550 c.p. di atti abortivi su donna incinta, in cui

⁸³¹ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1199.

⁸³² E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1199.

⁸³³ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1200.

⁸³⁴ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1200.

⁸³⁵ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1200.

non si verifica, né danno, né pericolo per l'integrità e la sanità della stirpe, configurandosi piuttosto, "con la produzione dell'evento, una situazione di pericolo per la vita e l'incolumità della donna"⁸³⁶. Pannain sostiene che "il richiamo fatto nell'art. 550 alle disposizioni di cui agli art. 582, 583 e 584, vale a riavvicinare il reato ipotizzato dall'art. 550 a quelli richiamati, non *quoad delictum*, ma soltanto *quoad poenam*. Per avere, infatti, lesione od omicidio preterintenzionale occorre il dolo di ledere l'incolumità personale altrui, dolo che qui è escluso perché è previsto e voluto il solo delitto di aborto"⁸³⁷.

Contieri, commentando la scusante d'onore *ex* articolo 551, asserisce che l'attenuante è costituita "da una particolare qualificazione dell'elemento psicologico del reato, da un fine specifico cui è rivolta la volontà dell'agente e che consiste nel volere evitare il prodursi della cattiva fama che colpisce nel consorzio sociale la donna che abbia avuto volontariamente rapporti sessuali fuori del matrimonio, o lo stato di minorazione che ugualmente colpisce la donna che quei rapporti abbia subito non volontariamente"⁸³⁸. Perché operi, a dire dello studioso, non è necessario che il feto sia effettivamente frutto di rapporti sessuali extra-matrimoniali: basta che l'agente lo creda⁸³⁹. Il giurista puntualizza infatti che "l'indagine deve essere rivolta non già a stabilire se il feto era frutto di rapporti non matrimoniali, bensì se l'agente abbia effettivamente creduto che fosse frutto di simili rapporti. E viceversa occorre che il fine dell'agente sia stato realmente quello di salvare l'onore proprio o di un prossimo congiunto, e l'attenuante non è applicabile se tale fine mancò, anche se il concepimento del feto fosse avvenuto in conseguenza di rapporti sessua-

⁸³⁶ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1200.

⁸³⁷ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 86.

⁸³⁸ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1196.

⁸³⁹ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1196.

li extra-matrimoniali”⁸⁴⁰. Perché operi la scusante è però necessario che “la donna goda buona fama, nel consorzio sociale, giacché altrimenti non può volersi salvare ciò che non esiste. Tuttavia, trattandosi di valutare una specificazione dell’elemento psicologico, è sufficiente che l’agente abbia potuto ragionevolmente credere nella buona fama della donna, anche se questa non esistesse effettivamente”⁸⁴¹. È evidente poi che la scusante di aver agito per salvare l’onore della gestante (quando cioè l’aborto sia commesso da *extranei*) non opera nella ipotesi di aborto su donna non consenziente. Inoltre, come nota Contieri “il prossimo congiunto della gestante deve avere avuto il fine di salvare l’onore di costei, non già il proprio onore di marito o di chi è tenuto nel consorzio sociale come moralmente responsabile della condotta sessuale della donna”⁸⁴². È considerata pacificamente una circostanza soggettiva, “che concerne l’intensità del dolo”, e non si estende perciò ai correi. Pannain puntualizza che non può essere confusa la scusante d’onore con lo stato di necessità ‘morale’: durante la gestazione è vietato interrompere la gravidanza, “qualunque sia la ragione o il motivo della fecondazione, sia essa stata prodotta con mezzi naturali o artificiali, con seme del marito o meno, avvenga con o senza la volontà della donna, sia essa nubile o maritata”. Non può essere interrotta neppure “se la fecondazione é dovuta a stupro, e persino se in guerra e da uomini di colore”. Non si può infatti invocare lo stato di necessità fisica che va constatata nelle gravi condizioni di salute della madre e non “al modo della fecondazione”; né può configurarsi lo stato di necessità morale “perché l’onore non si perde per azioni cui non si é consentito”; né potrebbe farsi ricorso all’art. 51 perché la scriminante dell’esercizio di un diritto “non giustifica l’offesa ai

⁸⁴⁰ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1196.

⁸⁴¹ E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1196.

⁸⁴² E. CONTIERI, voce *Delitti*, cit., p. 1196.

diritti di un innocente”; né, infine si può addurre “un diritto in contrasto con un interesse dello Stato così perentoriamente e intransigentemente posto com’è quello della tutela della stirpe”⁸⁴³. Lo studioso aggiunge poi che quando l’agente che ha agito per salvare l’onore sia la donna stessa, la causa di onore può concedersi tanto alla nubile che alla coniugata, ma “non alla donna già disistimata dal punto di vista sociale, a meno che essa ritenga, per errore, di non essere disistimata. Può concedersi anche alla donna che abbia già illegittimamente concepito, con aborto o senza, con processo o no, non essendo queste necessariamente cause che privano definitivamente dell’onore”⁸⁴⁴.

Pannain rileva che “i reati di aborto sono tutti a forma libera, ed è da considerare elemento materiale ogni azione da cui derivi, come effetto da causa, l’evento. È, ovviamente, necessario che gli atti siano idonei, giacché se l’evento si verificasse per altra causa, il delitto verrebbe meno per mancanza del nesso causale”⁸⁴⁵. Inoltre si evidenzia un’importante novità rispetto alla dottrina sull’aborto dei codici preunitari ma anche del codice Zanardelli: la gamma di mezzi impiegabili. Pannain annovera tra di essi non solo i tradizionali mezzi meccanici e morali, ma anche quelli chimici e chirurgici, osservando inoltre che l’aborto non può di norma essere causato con un’omissione in senso proprio, che di norma non è in grado di “produrre l’arresto della gestazione”. Se invece tale arresto si profila spontaneamente è necessario chiedersi se l’omissione determini la responsabilità in base al capoverso dell’art. 40. La risposta, secondo Pannain, deve essere negativa “perché né la gestante, né il marito o i parenti hanno l’obbligo di intervenire; né tale obbligo ha il sanitario. L’unico caso che potrebbe prospettarsi sarebbe quello che rientrasse nell’ipotesi di cui all’art. 593, ma è caso indi-

⁸⁴³ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., pp. 82 e 83.

⁸⁴⁴ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 86.

⁸⁴⁵ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., pp. 82 e 83.

retto: bisognerebbe, cioè, che il terzo si trovasse di fronte ad una gestante che versa in pericolo di vita per la minacciata interruzione del processo gravidico”⁸⁴⁶.

Lo studioso definisce poi analiticamente le ipotesi di aborto tentato, per il cui compimento non sono sufficienti gli atti preparatori, essendo necessari atti *strictu sensu* esecutivi, i quali devono essere idonei e diretti in modo non equivoco a commettere il delitto. “Il mezzo deve essere idoneo in concreto; perciò non c’è reato di aborto, neanche tentato, se il mezzo idoneo in astratto non lo sia in concreto, mentre c’è il reato se il mezzo, inidoneo in astratto, si rivela idoneo in concreto”⁸⁴⁷. Si richiede inoltre che il mezzo idoneo sia impiegato ‘idoneamente’, “in quanto un mezzo idoneo ma usato inidoneamente non può concretare il delitto di aborto tentato ma, se mai, altro reato”⁸⁴⁸. Pannain aggiunge che “se l’azione è esaurita e non segue l’evento della morte del feto, o se esso segue per altra causa, o se l’aborto non si verifica per particolari ragioni di resistenza, siamo in presenza di un tentativo compiuto di aborto perché l’azione è esaurita e l’evento è mancato”⁸⁴⁹. È opportuno accertare, per le differenti conseguenze sul piano sanzionatorio, se si ha desistenza volontaria, e cioè “quando l’azione viene compiuta non per intero e non si sono ancora verificate conseguenze irreparabili”. Se ad esempio la gestante, decisa ad ingerire sostanze che sono inidonee a produrre l’aborto, desiste prima che esse possano produrre l’evento, non si configura desistenza volontaria, ma inesistenza di reato⁸⁵⁰. Si ha invece “ravvedimento attuoso se, finita per intero l’azione esecutiva, si interviene per impedire l’evento, chiedendo, ad es., l’intervento di un sanitario per scongiurare il perico-

⁸⁴⁶ R. PANNAIN, voce Aborto, cit., p. 84.

⁸⁴⁷ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 84.

⁸⁴⁸ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 84.

⁸⁴⁹ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 84.

⁸⁵⁰ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 84.

lo”⁸⁵¹. Lo studioso soggiunge poi che il concorso è configurabile sia nell’aborto consumato che in quello tentato, ma gli atti del concorrente devono essere tenuti in ogni caso prima che cominci l’aborto e contribuire al suo compimento o anche al suo ‘successo’⁸⁵². Asserisce poi che “l’attenuante della minima partecipazione può spettare ad un concorrente ma mai al soggetto necessario del reato plurisoggettivo, cioè a colui che ha cagionato l’aborto da solo a donna consenziente. La desistenza volontaria, essendo causa soggettiva, attinente all’intensità del dolo, non si comunica ai concorrenti, né necessari né eventuali”⁸⁵³.

⁸⁵¹ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 84.

⁸⁵² R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 86.

⁸⁵³ R. PANNAIN, voce *Aborto*, cit., p. 86.

5. LA COSTITUZIONE E I PROFILI ATTUALI DELLA DISCIPLINA

La Carta Costituzionale del 1948 costituisce uno spartiacque rispetto al passato in materia di tutela penale della vita umana: *ex* articolo 2⁸⁵⁴ l'uomo assume un suo valore *uti singulus*, secondo la nuova matrice 'personalistica' dell'ordinamento giuridico introdotta dalla Costituzione. Si estende la latitudine della tutela penale della vita umana, elevata a bene primario di rilevanza costituzionale. L'unica questione parzialmente irrisolta concerne il *limen* di questa 'area protetta', quando cioè possa parlarsi di vita suscettibile di tutela e se quindi possa farsi rientrare nei "diritti inviolabili dell'uomo" il feto. Indubbiamente il legislatore italiano ha compiuto un importante passo in avanti con l'approvazione della legge 194 del 1978, che, abrogando con l'articolo 22 la disciplina in materia di l'interruzione della gravidanza del codice Rocco, ha tentato di delineare il confine tra il diritto della donna di disporre del proprio corpo – fermi i limiti *ex* articolo 5 c.c.⁸⁵⁵ – e il diritto della vita *in fieri* al perfezionamento del proprio processo di sviluppo e a divenire vita 'formata'. Lasciati nel dimenticatoio l'onore e le altre eccezionali ipotesi in cui si escludeva o si attenuava la rilevanza penale della condotta, la disposizione dell'articolo 4 consente l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi 90 giorni, in presenza di "circostanze per le quali la prosecuzione della gestazione, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute o alle sue condizioni economiche o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previ-

⁸⁵⁴ L'articolo 2 della Costituzione recita: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

⁸⁵⁵ L'articolo 5 del codice civile dispone: "Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume".

sioni di anomalie o malformazioni del concepito”. Con la fissazione del primo trimestre si è inteso stabilire un termine temporale, fondato sulla necessità di definire un momento orientativo in cui il feto è ancora un organismo in stato di formazione e non una vita a tutti gli effetti, e la sua posizione giuridica può ‘soccombere’ al volere della gestante.

Tuttavia si è approdati alla legge del 1978 soltanto dopo un travagliato percorso, che è passato *in primis* per i tribunali per poi tradursi nel dettato normativo. Sebbene infatti la Carta Costituzionale entri in vigore l’1 gennaio del 1948, la disciplina in materia di aborto ‘efficace’ è quella contenuta nel codice Rocco, che pone l’accento essenzialmente su “interessi (la stirpe) estranei tanto alla madre che al concepito” sebbene “in dottrina si affermasse che la vita del nascituro era comunque tutelata, seppure in via collaterale⁸⁵⁶. L’*imput* che ha poi generato la legge 194 è stato quello della Corte Costituzionale, che nel 1975, con la sentenza n. 27, ha dichiarato illegittimo l’articolo 546 nella parte in cui non prevedeva la possibilità di interrompere la gravidanza qualora il proseguimento della stessa implicasse un danno o un pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile per la salute della madre. “La Corte, pur facendo esplicita menzione della tutela costituzionale del concepito e riconoscendogli i diritti inviolabili dell’uomo, (sia pure con le caratteristiche sue proprie) ha affermato che il concepito ‘persona ancora deve diventare’ e lo ha considerato ‘uomo’ ma ‘diminuito’ nel bilanciamento di valori con la vita e la salute della madre”⁸⁵⁷. La chiave della depenalizzazione risiede proprio nel ‘declassamento’ dell’embrione quale ente dotato di minore soggettività: l’*aliquid novi* inserito dalla sentenza non consiste nell’estensione dell’operatività dell’articolo 54 c.p., ossia dello stato di necessità, che in combinato disposto con l’articolo 546 scrimina il cd. aborto terapeutico, ma piuttosto “nel nuovo

⁸⁵⁶ F. PALAZZO - C. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2° edizione, Cedam, Padova, 2007, p. 2007.

⁸⁵⁷ F. PALAZZO - C. PALIERO, *Commentario breve*, cit., p. 2007.

atteggiamento sui rapporti di valore: la salute della donna sarebbe preminente rispetto alla vita del concepito”⁸⁵⁸, e conseguentemente alla donna sarebbe ‘consentito’ anche al fuori dell’articolo 54 – e cioè quando la soppressione della vita del feto sia proporzionata al pericolo della vita e della salute della donna – , “nella regolamentazione del fenomeno secondo un modello di depenalizzazione, ovvero di aborto per giusta causa, che consenta la realizzazione di un equo temperamento dei principi costituzionali relativi alla tutela dei diritti inviolabili dell’uomo (art. 2 Cost.), della famiglia legittima (art. 29 Cost.), della filiazione in genere (art. 30 Cost.) e della maternità in particolare (art. 31 Cost.), con quelli, di pari rango, relativi alla tutela della salute (art. 32 Cost.)”⁸⁵⁹. La volontà della Corte è stata quella di una apertura ma non di una liberalizzazione dell’aborto, “indicando il modello dell’aborto per giusta causa come l’unica via compatibile con i principi costituzionali”⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ F. PALAZZO - C. PALIERO, *Commentario breve*, cit., p. 2007; nello stesso senso “ *Secondo la pronuncia costituzionale del 1975, cioè il temperamento tra l’esigenza di tutela del diritto alla vita del concepito e quella del diritto alla salute della gestante può anche avvenire con prevalenza del secondo valore rispetto al primo, in quanto la Corte considera il nascituro come soggetto portatore di vera e propria personalità: un soggetto, quindi, che al di là delle più o meno acute concettualizzazioni dei commentatori della pronuncia, si pone, dal punto di vista della tutela costituzionale, su di un rango meno elevato della persona umana. È appunto tale differenziazione di livelli che giustifica, nel ragionamento della Corte, la prevalenza della tutela della gestante, che è persona, anche a discapito della vita del nascituro che, per quanto dotato di soggettività sin dal momento del concepimento, persona ancora non è*” cfr. L. V. MOSCARINI, voce *Aborto: Profili costituzionali e disciplina legislativa*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, I, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 3.

⁸⁵⁹ L. V. MOSCARINI, voce *Aborto*, cit., p. 3.

⁸⁶⁰ L. V. MOSCARINI, voce *Aborto*, cit., p. 3.

6. CONCLUSIONI

Con il presente elaborato si è tentato di trattare la disciplina dell'aborto nella dottrina penalistica dell'Ottocento e del primo Novecento guardando ad un'ottica poliedrica, comprensiva dei molteplici aspetti penali, civili, etici, e clinici inerenti al feto e alla tanto dibattuta questione della sua 'soggettività' giuridica. Da questo percorso storico giuridico emerge come la vita prenatale abbia destato sempre, in misura talora minore, talora maggiore, l'interesse del legislatore, italiano e 'straniero', e si rileva il progresso, con lo sviluppo delle conoscenze scientifiche, della concezione del feto e della sua posizione, ancora parzialmente 'irrisolta', nell'ordinamento giuridico.

Nel percorso affrontato si evince un κλιμαξ di progressivo interesse del legislatore prima straniero e poi nazionale in merito all'incriminazione della condotta abortiva. Nel legislatore francese si registra, anche in termini 'numerici'⁸⁶¹ l'esigua attenzione rivolta all'aborto, oltre alla 'invisibilità' della donna, della quale non rileva, sul piano sanzionatorio, né il consenso alla procedura, né la condotta abortiva stessa che, se da lei compiuta, rimane impunita.

Il medesimo giudizio non può essere dato tuttavia al legislatore austriaco, che non si limita ad incriminare la fattispecie abortiva limitatamente alla gestante ed al privato, bensì delinea tutte le possibili figure di reo incriminabili. È evidente la natura 'attenuata' del disvalore attribuito alla condotta, sulla base di quello che è il 'termometro' primario in materia di *vis* incriminatoria: la pena. Tale posizione è rivelatrice di una riflessione scontata: la *ratio* ispiratrice dei codici ottocenteschi e del primo Novecento e la tutela della *res* e non della persona, e dalla visione patrimonialistica discende l'attenzione esclusiva verso ciò che è monetizzabile, e certamente lo stato interessante della donna non rientra *strictu sensu* nei 'beni' suscettibili di valutazione economica.

⁸⁶¹ La disciplina è concentrata infatti nei soli articoli 17 nel code pénal del 1791 e 317 nel codice napoleonico del 1810.

Anche i codici preunitari sono pervasi da questa prospettiva utilitaristica, dalla quale si distacca forse il solo codice toscano, nel quale si rinvengono i prodromi dell'‘antropocentrismo giuridico’ del Novecento. Mori afferma infatti che la tutela della vita deve essere apprestata dal legislatore sin dalla condotta abortiva che anche se *levior* rispetto all'infanticidio ed all'omicidio, deve comunque essere oggetto di solerte intervento del legislatore⁸⁶². La particolare clemenza del codice toscano, che si connota per l'abolizione della pena di morte, evidenzia un maggiore rispetto del legislatore verso la vita in tutte le sue espressioni, e quindi anche della vita del reo.

Tuttavia la vera cesura si registra nel dibattito tra Scuola Classica e Scuola Positiva: la seconda, che intende distaccarsi dalla prima per rispondere ad una pressante esigenza di novità, è in realtà figlia del pensiero di studiosi quali Carrara e Pessina. La Scuola Classica è imperniata sui canoni garantistici e liberali dell'Illuminismo e persegue l'obiettivo di costruire un sistema giuridico indipendente dalle contingenze politiche e sociali, traendo frutto dall'eredità tradizionalista ed ‘emancipata’ della rivoluzione francese. Alla concezione retributiva della pena che contraddistingue i ‘classicisti’ si antepone la percezione nella Scuola Positiva dell'atto criminale come esplicitazione di una $\sigma\upsilon\nu\chi\alpha\sigma\iota\varsigma$ di fattori genetici, ambientali psicologici. La Scuola Positiva segna il passaggio dalla prospettiva utilitaristica a quella antropocentrica mediante l'applicazione delle nozioni ‘positive’ di pericolosità del reo e componente ‘biologica’ del comportamento. La concezione volontaristica del Giusnaturalismo che ha pervaso nei secoli la codificazione civile attraverso il protagonismo del contratto fa il suo ingresso nella disciplina penale, gettando le basi dell'attuale bipartizione tra pene e misure di sicurezza, vera innovazione di cui si rende fautore il codice Rocco.

⁸⁶² V. sul punto p. 86 capitolo 2.

Queste osservazioni afferenti il piano giuridico non sono tuttavia sufficienti ad esplicitare il poliedrico sviluppo della concezione dell'aborto, che ha coinvolto anche il piano etico e clinico. Ad una sempre crescente energia incriminatrice del legislatore si correla infatti la spinta sociale dettata dalla progressiva emancipazione della donna, e del progredire della conoscenza scientifica. Certamente anche l'affermarsi di tecniche di esplorazione del corpo sempre più penetranti ha contribuito ad una maggiore attenzione sociale e giuridica verso quell'essere che non può definirsi vita formata ma che ha le fattezze di una persona in miniatura, e come tale degno di essere riconosciuto come soggetto. Le questioni tanto dibattute dei medici legali e degli studiosi del diritto sulla vitalità del feto riportate nell'elaborato non erano finalizzate ad un'arida speculazione filosofica, ma costituivano piuttosto l'espressione della nuova e consapevole responsabilità nella difesa di un'entità di difficile soluzione ma di certa esistenza. La progressiva depenalizzazione della condotta abortiva che trova nel nostro ordinamento la sua αρχή nella sentenza di illegittimità dell'articolo 546, trova il suo fondamento nel bilanciamento tra valori fondamentali della persona quali l'interesse alla vita e l'autodeterminazione della donna, segno dell'intrecciarsi di due fenomeni complementari: la progressiva affermazione della donna come soggetto eguale all'uomo sul piano giuridico e sociale ed il riconoscimento del feto di una soggettività giuridica definibile non come un *minus* ma come un *aliud*. Si registra infatti un recente orientamento, facente capo alla bioetica americana, volto ad un'esemplificazione della libertà di autodeterminazione della donna a scapito della tanto ardua conquista, da parte del feto, della soggettività. La regressione del feto ad una semplice *res* suscettibile di disposizione della donna senza alcuna ingerenza dello Stato 'inquisitore' appare forse la soluzione più semplicistica ad una questione così spinosa da aver destato per secoli l'interesse di dottrina e giurisprudenza. L'equo contemperamento di questi interessi, talora

contrastanti, è probabilmente la chiave plausibile della soddisfazione di un'esigenza primaria, quella della dignità della persona, dalla quale nessun legislatore, neppure il più 'moderno' può prescindere.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- ADELON N. P.- CHAUMETON F. P., voce *Foet*, in *Dictionnaire des sciences médicales*, Tomo XVI, C. L. F. Panckoucke éditeur, Parigi, 1816;
- ALBISTUR M.- ARMOGATHE D., *Histoire du féminisme en France du Moyen Age à nos jours*, Editions de femmes, Paris, 1977;
- ALIMENA B., voce *Delitti contro la persona*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiana.*, Società editrice libraria, Milano, 1909;
- ALTAVILLA E., *Delitti contro la persona. Delitti contro l'integrità e sanità della stirpe*, Fratelli Vallardi editori, Milano, 1934;
- AMBROSOLI F., *Studi sul codice penale toscano confrontato specialmente coll'austriaco*, Stabilimento tipografico Negretti, Mantova, 1857;
- ARABIA F. S., *I principi del diritto penale applicati al codice del Regno delle Due Sicilie*, Tipografia della sirena, Napoli, 1859;
- ASCARELLI A., *Compendio di medicina legale: guida alle perizie medico forensi*, Il Policlinico, Roma, 1912,
- BALOCCHI V., *Tentativo di aborto seguito da morte*, in *Sperimentale: Giornale critico di medicina e chirurgia*, V, Federico Bencini Editore, Firenze, 1858;
- BARBERA P., *Dottrina Giuridica: il reato di lesione con aborto*, Tipografia Vecchi, Trani, 1893;
- BARZELLOTTI G., *Questioni di medicina legale*, Terza edizione, I, Ranieri Prosperi Stampatore, Pisa, 1836;
- BASEVI G.- GABBA C. F., *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco*, Domenico Bolchesi Editore, Milano, II edizione, 1859;
- BENTHAM J., *The Theory of Legislation*, edited by Kegan Paul Trench Trübner & Co, London, 1896;

BENTHAM J., *Libertà di gusto e d'opinione, Un altro liberalismo per la vita quotidiana*, a cura di Gianfranco Pellegrino, Edizioni Dedalo, Bari, 2007;

BENVENUTO G., *I delitti contro l'integrità e sanità della stirpe*, La Toga, Napoli, 1934;

BERTINI E., *Considerazioni intorno al codice penale toscano pubblicato nel 1853 e ancora vigente*, Tipografia Alberghetti, Prato, 1861;

BIANCHEDI C., *Considerazioni sul delitto di procurato aborto*, in *Riv. Pen.*, II, Unione tipografica editrice, Torino, 1927;

BLANCHE A., *Études pratiques sur le code pénal*, II, Cosse et Marchal, Parigi, 1861;

BOITARD J. E., *Leçons sur les codes pénal et d'instruction criminelle contenant le commentaire complet de ces codes*, Cotillon Libraire, Paris, 1863;

BOSCO G. M., *Uno sguardo allo schema del nuovo codice penale: Progetto Mancini*, primo libro, Stamperia Filantropica, Napoli, 1878;

BOSELLINI L., *Il processo orale accusatorio secondo le varie legislazioni?* in *La Temi: Giornale di Legislazione e Giurisprudenza*, Volume III, Tipografia Nazionale Italiana, Firenze, 1851;

BOZZI G., *La lesione che ha prodotto l'aborto secondo l'articolo 372*, in *Antologia Giuridica*, Reale Tipografia Passini, Catania, 1894;

BROGGIA C. A., *Movimento legislativo e scientifico del diritto penale negli Stati italiani dal 1848 al 1859*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, IV, Napoli, Stamperia della R. Università, 1867;

BUCCELLATI A., *Sommi principi di diritto penale*, Vallardi editore, Milano, 1865;

BUCCELLATI A., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Ulrico Hoepli editore, Milano, 1884;

CADOPPI A. - CANESTRARI S. - PAPA M. - MANNA A., *Trattato di diritto penale: Parte speciale*, Utet, Milano, 2009;

CADOPPI A., *Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, Cedam, Padova, 1991;

CADOPPI A., *Struttura e funzione di un codice penale: A proposito del "Regolamento sui delitti e sulla pene" del 1832, il 'brutto anatrocchio' dei codici penali della Restaurazione"*, in *I Regolamenti Penali di papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1831)*, Cedam, Padova, 2000;

CALOGERO C., *Del procurato aborto*, Vallardi editore, Milano, 1894;

CARMIGNANI G., *Elementi di diritto criminale*, prima edizione milanese riveduta e annotata da Filippo Ambrosoli, Francesco Sanvito Editore, Milano, 1863;

CARNOT M., *Commentaire sur le codé penal*, II, De Mat P.J., Bruxelles, 1835;

CARONI P., *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa: atti del convegno internazionale, Pavia, 11-12 ottobre 2002*, a cura di Pio Caroni e di Ettore Dezza, Cedam, Padova, 2006;

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale ossia Esposizione dei delitti in specie*, I, seconda edizione, Tipografia Giusti, Lucca, 1868;

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale: Parte generale*, I, Tipografia Giusti, Lucca, 1868;

CARRARA F., *Pensieri sul progetto del codice penale italiano del 1874*, Giuseppe Pellas Editore, Firenze, 1874;

CARRARA F., *Se la Unità sia condizione del giure penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Cammelli, Firenze, 1898;

CASPER J. L. - DEMARIA C., *Manuale teorico pratico di medicina legale*, I, Tipografia eredi Botta, Torino, 1858;

CATTANEO M. A., *Modernità e autoritarismo nel 'Regolamento' Penale Gregoriano*, in *I Regolamenti Penali di papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1831)*, Cedam, Padova, 2000;

CAVALLO M., *Ragazzi senza disagio, devianza e delinquenza*, Mondadori, Milano, 2002;

CHAUVEAU A.- HÉLIE F., *Theorie du code pénal*, Cosse et Marchal, Place Dauphine, 1862, IV;

CHAUVEAU A., *Code pénal progressif: Commentaire sur la loi modificative du code pénal*, Chèz L'Editeur, Paris, 1832;

CHIRONI G. P., *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1888;

CIANNAVEI A., *L'imputabilità del minore*, Editrice Uni Service, Trento, 2009;

CIAPPI S. - CALUCCIA A., *Giustizia criminale: retribuzione, riabilitazione, e riparazione; modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Franco Angeli Editore, Milano, 1997;

CONTIERI E., voce *Delitti contro l'integrità e sanità della stirpe*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1938;

COSENTINO V., *Breve commentario al Codice penale italiano annotato*, Presso Gabriele Sarracino, Napoli, 1866;

CREMANI L., *De Iure criminali*, III, Bonsignori Francesco Editore, Lucca, 1848;

CRIVELLARI G., *Dei reati contro la vita e l'integrità personale*, I, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1885;

CRIVELLARI G. - SUMAN G., *Il codice penale per il Regno d'Italia*, I, Unione Tipografico Editrice, Napoli, 1889;

D. J. JOULIN, *Traité complet d'accouchement*, F. Savy éditeur, Parigi, 1867;

DE CRECCHIO L., voce *Aborto Procurato*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, I, Vallardi Editore, Milano, 1884;

DE GOUGES O., *Declaration des droits de la Femme et de la Citoyenne*, Ed. Emanuel Gaulier, Paris, 2003;

DE VERO G., *Corso di diritto penale*, I, Giappichelli editore, Torino, 2004;

DELPEAU A., voce *Accouchement*, in *Traité complet de l'art des accouchemens*, terza edizione, Chez H. Dumont éditeur, Bruxelles, 1835;

- DEODATI E., *Sopra il disegno di Codice Penale*, Stabilimento Tipografico Ferrari, Kirchmayr e Scozzi, Venezia, 1888;
- DESTRIVEAUX P. J., *Essais sur le code pénal*, Collardin imprimeur de l'université, Liège, 1818;
- DEZZA E., *Lezioni di storia della codificazione civile: Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) (1812)*, Giappichelli, Torino, 2000;
- DOLCINI E., voce *Codice Penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Utet, Torino, 1998;
- DUBY G. - PERROT M., *Storia delle donne in Occidente. Dal Rinascimento all'età moderna.*, Ed. Economica Laterza, Bari, 1995;
- ELLERO P., *Della prevenzione dei crimini*, in *Giornale per l'abolizione della pena di morte*, I, Tipografia di Giuseppe Radaelli, Milano, 1861;
- FAGGELLA G., voce *Competenza penale*, in *Il Digesto Italiano*, VII, Unione tipografica editrice torinese, Milano, 1896 – 1899;
- FEOLA R., *Dall'Illuminismo alla restaurazione. Donato Tommasi e la legislazione delle Sicilie*, Napoli, 1977;
- FERDUT E., *De l'avortement au point de vue médical, obstetrical, médico- légal, légal et théologique*, These de doctorat, Parigi, 1865;
- FERRARESE L., *Nuove ricerche di sublime psicologia medico-forense*, Tipografia Francesco Del Vecchio, Napoli, 1845;
- FERRAROTTI T., *Commentario teorico pratico del codice penale per gli Stati di S.M. Vittorio Emanuele II con la comparazione dei codici penali di tutta la penisola italiana del codice austriaco del giure romano e del diritto penale francese*, Tipografia nazionale di Gaetano Biancardi, Torino, 1860;
- FERRI E., *La scuola criminale positiva*, Enrico Dekten editore, Napoli, 1885;
- FERRI E., *L'omicidio nell'antropologia criminale*, Fratelli Brocca editori, Torino, 1895;

FERRIANI L., *La infanticida nel codice penale e nella vita sociale: considerazioni*, Fratelli Dumolard editori, 1886;

FORTI F., *Trattati inediti di Giurisprudenza*, Volume unico, G. P. Vieusseux Editore, Firenze, 1854;

FRESCHI F., *Manuale teorico pratico di medicina legale: ad uso dei medici, dei chirurghi, dei magistrati: colle connesse disposizioni in materia civile e criminale portate dai vigenti codici di Parma, Austria, Piemonte, Napoli, Toscana, Roma, e Modena*, F. Perelli Editore, Milano, 1846;

FRÜHWALD W. T., *Manuale sul processo generale penale austriaco*, tradotto da F. Zangiacomi, parte III, Tipografia Cecchini, Torino, 1855;

GABRIELI F. - MANGINI R. - COSENTINO U., *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, Tipografia della Camera dei deputati, 1930, Roma;

GALLO G., *Osservazioni su vari articoli del progetto del codice penale*, Tipografia Romeo, Reggio Calabria, 1874;

GAROFALO R., *Alcune Osservazioni sul progetto del Codice Penale*, Fratelli Bocca editori, Roma, 1884;

GHISALBERTI C., *La codificazione del diritto penale in Italia*, Laterza, Roma, 2006;

GIANELLI G. L., *L'uomo ed i codici nel nuovo regno italico, commentario medico legale*, Editori del Politecnico di Torino, Milano, 1860;

GIANNELIA B., *Del nuovo codice penale (Progetto Zanardelli): impressioni*, Mantellate editore, Trieste, 1889;

GIULIANI G., *Istituzioni di diritto criminale: col commento della legislazione pontificia e toscana*, tipografia di Alessandro Mancini, Macerata, 1856;

GRECO G. - MONDA D., *Novecento italiano raccontato da scrittori*, Liguori editore, Napoli, 2008;

GRECO G., *Lo scienziato e la prostituta: due secoli di studi sulla prostituzione*, Edizioni Dedalo, Bari, 1987;

HOFMANN E., *Nouveaux éléments de médecine légale*, J. B. Bailiere et fils, Parigi, 1881;

IMPALLOMENI G. B., *L'omicidio nel diritto penale*, Unione tipografica editrice, Torino, 1900;

ISNENGI M., "L'Unità italiana", in AA.VV., "Tesi, Antitesi. Romanticismo-Futurismo", Messina, D'Anna, 1974;

JOUSSE D., *Traité de matieres criminelles*, Debure, Paris, 1771;

LEGRAVEREND J. M., *Traité de la Legislation Criminelle*, I, Société typographique belge, Bruxelles, 1839;

LOCRÈ J. G., *Esprit du Code Napoléon tire de la discussion ou conference historique analytique et raisonné du projet du Code Civil*, De l'Imprimerie Impériale, Paris, 1807-1814;

LOMBROSO C., *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia: alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, I, 5^a edizione, Fratelli Bocca editori, Torino, 1896;

LOMBROSO C., *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Fratelli Brocca editori, Milano, 1903;

LUCCHINI L. - MANFREDINI G., voce *Aborto*, in *Dizionario di Giurisprudenza Pratica Penale*, I, Unione Tipografica Editrice, Milano, 1895;

LUCCHINI L., voce *Aborto Procurato*, in *Digesto Italiano*, Volume I Parte I, Unione Tipografica Editrice, Milano, 1897- 1902;

MACARI F., *Memorie originali dell'aborto provocato*, *Gazzetta medica italiana degli Stati sardi*, Tipografia nazionale di Gaetano Biancardi, Torino, 1862;

MAHON M., voce *Cordon Ombilical*, in *Encyclopédie méthodique*, Tomo V, C. L. F. Panckoucke éditeur, Parigi, 1892;

MAJORANA CATALABIANO G., *Difetto nell'elemento morale o nel fisico del tentativo*, in *Circolo Giuridico: Rivista giuridica di Legislazione e Giurisprudenza*, XIV, Stabilimento Tipografico Virzi, Palermo, 1884;

MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 1992;

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, III, Utet, Torino, 1920;

MARINI C., *Sul diritto pubblico e privato del Regno delle Due Sicilie*, Tipografia Giuseppe Barone, Napoli, 1848;

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè editore, Milano, 2006;

MELOSSI D., *Stato, controllo sociale, devianza*, Mondadori, Milano, 2002;

MERLIN P. A., *Rèpertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Garnery Libraire Editeur, Paris, 1827;

MESSEDAGLIA A., *Le statistiche criminali dell'impero austriaco nel quadriennio 1856-1859*, Priv. Stab. Naz. di Giuseppe Antonelli, Venezia, 1867;

MESSINI R., *Consenso e suggestione nel procurato aborto e nell'omicidio*, in *Riv. Ita. Dir. Pen.*, Giuffrè, Padova, 1933;

MITTERMAIER C. J. A. - MUGNA P., *Delle condizioni d'Italia*, Tendler & Chäfler, Milano e Vienna, 1845;

MITTERMAIER C. J. A., *Tentativo del reato di procurato aborto secondo la giurisprudenza moderna*, in *Gazzetta dei Tribunali*, VII, Stabilimento tipografico della Gazzetta dei Tribunali, Genova, 1855;

MORI F. A., *Teorica del codice penale toscano*, Dalla Stamperia delle Murate, Firenze, 1854;

MORIN P. A., *Rèpertoire général et raisonné du droit criminel*, II, Chez A. Durand Éditeur, Paris, 1851,

MOSCARINI L. V., voce *Aborto Profili costituzionali e disciplina legislativa*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, I, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988;

NEGRI C., *Del vario grado d'importanza degli stati odierni*, Tipografia di Giuseppe Bernandoni, Milano, 1841;

NICOLINI N., *Questioni di Diritto*, Collezione di opere legali, I, Livorno, 1849;

NOVARESE D., *Costituzione e codificazione nella Sicilia dell'Ottocento*, Giuffrè, Milano, 2000;

NOVARESE D., *Istituzioni e processo di codificazione nel Regno delle Due Sicilie. Le Leggi Penali' del 1819*, Giuffrè, Milano, 2000;

OMODEI C. G. A. - CALDERINI C.A. - GRIFFINI R., *Annali universali di medicina legale*, XVI, Società degli Editori degli Annali Universali delle Scienze e dell'industria, Milano, 1855;

ORESTANO L., *Progetto del codice penale: Osservazioni per l'avv. Orestano Luigi*, estrarro dalla rivista "Il Circolo Giuridico", anno XX, Stabilimento tipografico Virzì, Palermo, 1889;

PACE G., *Il discernimento dei fanciulli*, Giappichelli editore, Torino;

PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa dal Medioevo all'Ètà Contemporanea*, Società Editrice il Mulino, Bologna, 2007;

PALAZZO F. - PALIERO C., *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2° edizione, Cedam, Padova, 2007;

PANATTONI G., *Opinioni del professor Mittermaier sullo stato della scienza e della legislazione penale in Germania e in Italia*, in *La temi Giornale di legislazione e giurisprudenza*, IV, Tipografia Nazionale Italiana, Firenze, 1853;

PANATTONI G., *Teoria del codice penale toscano*, in *La temi Giornale di legislazione e giurisprudenza*, IV, Tipografia Nazionale Italiana, Firenze, 1853;

PANNAIN R., voce *Aborto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, Utet, Torino, 1957;

PERRONI FERRANTI G., *Studi di diritto criminale e civile*, Stamperia Capra, Messina, 1879;

PESSINA E., *Propedeutica al diritto penale delle due Sicilie*, Stabilimento tipografico dei classici italiani, Napoli, 1858;

PESSINA E., *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX* in *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli*, Stamperia dell'Università, Napoli, volume 3, 1867;

PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, Marghieri Editore, Napoli, 1882;

PESSINA E., voce *Aborto Procurato*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, I, Vallardi Editore, Milano, 1884;

PESSINA E., *Limiti al diritto di difesa*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano: Raccolta di Monografie*, V, Società editrice Libraiia, Milano, 1904;

PESSINA E., *La riforma del diritto penale in Italia*, Stabilimento tipografico dell'Università di Napoli, Napoli, 1905;

PESSINA E., *Il diritto penale in Italia. Da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto italiano*, Milano, 1906;

POMA A., voce *Infanticidio*, in *Dizionario anatomico-medico-legale*, editore Coi tipi della Minerva, Padova, 1834;

POMA A., voce *Vitalità*, in *Dizionario anatomico-medico-legale*, editore Coi tipi della Minerva, Padova, 1834;

PUCCINOTTI F., in *Lezioni di Medicina Legale*, Per Borroni e Scotti, Milano, 1856;

PUCCIONI G., *Il Codice penale toscano illustrato*, II, Tipografia Cino, Pistoia, 1855;

PUCCIONI G., *Saggio di diritto penale teorico-pratico*, IV, Tipografia di Giuseppe Niccolai, Firenze, 1858;

PUGLIA F., *L'aborto criminoso: brevi considerazioni*, Tipografia del foro, Messina, 1881;

PUGLIA F., *Studi critici di diritto criminale*, Ernesto Anfossi Libraio e Editore, Napoli, 1885;

PUGLIA F., *Manuale teorico pratico di diritto penale secondo il codice vigente: Parte Speciale*, II, Stabilimento tipografico cav. A. Tocco, Napoli, 1895;

PUGLIA F., *Della Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano, Raccolta di monografie* a cura di E.Pessina, V, Società Editrice Libreria, Milano, 1904;

PUJOS M., *De la législation civile, criminelle et administrative des Etats Pontificaux*, Cotillon, Parigi, 1862;

- PUNZO G., *Il reato di istigazione all'aborto e l'articolo 548 c.p.*, in *Rassegna di Studi medico legali*, 1934;
- RAPISARDI E., *Saggio d'un progetto del codice penale italiano*, Pietro Giuntini Tipografo, Catania, 1862;
- RAUTER J. F., *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, II, Charles Ingray Editeur, Paris, 1836;
- RONDONNEAU L., *Corps de droit français, civil commercial, criminel*, de l'Imprimerie de J. P. Jacob, Paris, 1811;
- ROSSI P., *Trattato di diritto penale per Pellegrino Rossi*, Tipografia Gaetano Bozza, Torino, 1859;
- RUSSO A. V., *L'aborto criminoso: conferenza tenuta in Napoli nella sala Gauthier la sera del 24 novembre 1898*, Stabilimento tipografico De Angelis e Bellisario, Napoli, 1899;
- SALOM M. A., *Sui diritti dei figli illegittimi nati o concepiti sotto l'impero del codice austriaco*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, Tipografia dell'Archivio Giuridico, Pisa, 1876.
- SALTELLI C. - ROMANO DI FALCO E., *Commento teorico pratico del nuovo codice penale*, Jandi Sapi editori, Roma, 1930;
- SALUCCI E., *Questioni sul delitto d'infanticidio*, in *La Temi: giornale di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Tipografia Barbera Bianchi, Firenze, 1855;
- SCLOPIS F., *Storia della legislazione italiana*, Parte Prima, Volume III, Unione tipografico editrice, Torino, 1864;
- SELLA A., *Provocazione dell'aborto come mezzo terapeutico*, in *Giornale delle scienze mediche*, volume 14, Accademia medico chirurgica di Torino, 1852;
- SERVIDIO A., *L'imbroglio nazionale: Unità e unificazione d'Italia (1860-2000)*, Alfredo Guida Editore, Napoli, 2002;
- SPANGENBERG E., *Del sesso femminile, considerato relativamente al diritto ed alla legislazione criminale*, in *Scritti germanici di diritto criminale* raccolti da F. A. Mori,

- Nanni Editore, Livorno, 1846; STOPPATO A., *Questioni di diritto e procedura penale*, Fratelli Drucker, Padova, 1892;
- TARDIEU A., *Étude médico-légale sur l'avortement*, Libraires de l'Académie impériale de médecine J.B. Bailliére, Parigi, 1864;
- TAVILLA E., *Istituzioni e cultura giuridica in area estense*, Giappichelli Editore, Torino, 2006;
- TIVARONI C., *L'Italia durante il dominio francese*, III, Parte II, Roux Editore, Torino, 1889;
- TORTOSA G., *Istituzioni di medicina forense*, nuova edizione arricchita di molte aggiunte, Alla Volpe, Bologna, 1842;
- VICO P., voce *Diritto penale militare*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano: Raccolta di monografie* a cura di Enrico Pessina, 1908, XI, Società Editrice Libreria, Milano;
- VINCIGUERRA S., *Breve profilo storico giuridico del codice penale albertino*, in *Codice Penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (1839)*, Padova, 1993;
- VINCIGUERRA S., *Il diritto penale dell'Ottocento: I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Cedam, Padova, 1993;
- VINCIGUERRA S., *Fonti culturali ed eredità del codice penale toscano*, in *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, Cedam, Padova, 1995;
- VINCIGUERRA S., *Un'esperienza di codificazione fra emergenza politica e suggestioni del passato: I Regolamenti Penali Gregoriani?*, in *I Regolamenti Penali di papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1831)*, Cedam, Padova, 2000;
- ZIINO G., *Manuale di Medicina Legale*, Vallardi Editore, Milano, 1890.

INDICE SOMMARIO

L'ABORTO CRIMINOSO NELLA DOTTRINA PENALISTICA DELL'OTTO E NOVECENTO

CAPITOLO 1. L'ABORTO NELLA DISCIPLINA DEL VECCHIO CONTINENTE

1. L'articolo 17 del <i>Code Pénal</i> del 1791	1
2. Lavori preparatori al <i>Code Pénal</i> del 1810	4
3. L'articolo 317 del <i>Code Pénal</i> del 1811	10
4. Applicazioni dottrinali e giurisprudenziali	14
5. I paragrafi dal 128 al 132 del codice universale austriaco del 1803 e la disciplina del codice del 1852	22
6. Applicazioni dottrinali e giurisprudenziali	26

CAPITOLO 2. L'ITALIA PREUNITARIA

1. Il codice penale delle Due Sicilie	37
2. Il codice penale parmense	49
3. Il regolamento penale gregoriano	56
4. Il codice criminale estense	65
5. I codici penali sardo piemontesi	74
6. Il codice penale toscano	78
7. Il codice sardo modificato con il decreto luogotenenziale del 1861	89

CAPITOLO 3. VERSO IL CODICE ZANARDELLI

1. Il 1861 fonte della nuova prospettiva 'unitaria' del diritto	92
2. 'Rilettura' dei codici preunitari nella nuova ottica 'risorgimentale' dei giuristi post 1861: l'ex Codice del Regno delle due Sicilie	95
3. Il Codice sardo piemontese	102
4. L'ex Codice penale del Granducato di Toscana	109
5. Il codice penale sardo modificato col decreto luogotenenziale del 1861	126

**CAPITOLO 4. ESPERIMENTI DI ELABORAZIONE DI UN CODICE PENALE
UNITARIO: I PROGETTI ANTE ZANARDELLI**

1. Il problema dell'unificazione della disciplina	128
2. I tentativi di codificazione ante Zanardelli: Il Progetto Pisanelli	131
3. I Progetti Borsani e De Falco	151
4. Il Progetto Vigliani	154
5. Il Progetto Mancini	164

**CAPITOLO 5. LA DISCIPLINA DELL'ABORTO NELL'ITALIA DEL
NOVECENTO**

1. Il codice Zanardelli: Il primo codice penale dell'Italia unita	168
2. La Scuola Positiva	199
3. Lavori preparatori al Codice Rocco	210
4. Il codice Rocco	215
5. La Carta Costituzionale e i profili attuali della disciplina	244
6. Conclusioni	247
Indice Bibliografico	I
Indice	XIII