

Elisabetta Fusar Poli

**Confluenze e interferenze fra morale e diritto:
sguardi attraverso le sentenze penali dell'Otto-Novecento**

*Confluences and interference between morality and law: views through
criminal decisions of the nineteenth-twentieth century*

ABSTRACT: Expressions and words such as “public morality”, “honor”, “modesty”, “scandal”, “obscenity”, open a diaphragm between law and society, through which the sphere of morality is particularly solicited, understood as a set of socially shared (or imposed) values and models in a historically given society. Between the nineteenth and twentieth centuries, the case law relating to crimes against public morality proves to be a particularly useful field of investigation to enhance the problematic and unavoidable (both in the full liberal age and in the fascist age) links between morality, particularly the sexual one, and criminal law. The present paper intends to propose an insight to these links from within the case law itself, that is, assuming as a focus of investigation the judicial decision as a text and as a form of legal discourse, within the framework of the theory and practice of argumentation, its strategies and tools.

KEYWORDS: criminal law, public morality, argumentation theory.

SOMMARIO: 1. Prospettive di un'indagine: la sentenza fra documento e testo – 2. Esperimenti dalle riviste di diritto – 3. La moralità pubblica attraverso il ragionamento del giudice – 3.1. Strategie e tecniche – 3.2. Contenuti: fra ordine sociale e libertà individuale – 4. Continuità e transizioni.

1. *Prospettive di un'indagine: la sentenza fra documento e testo*

Oggetto principale di questo studio¹, che muove da una ricerca estensiva nel campo della giurisprudenza penale dell'Otto-Novecento², è la sentenza, sia come testo, in senso linguistico, sia come forma di discorso giuridico, entro la cornice della teoria e pratica dell'argomentazione.

Sulla base di questa premessa – che è metodologica e concettuale – l'indagine storica sarà condotta con l'obiettivo di valorizzare, attraverso l'osservazione e l'analisi di strutture del ragionamento giuridico e di schemi argomentativi, l'elemento 'morale' e come esso si declina nel discorso giudiziale. Ciò, entro un selezionato laboratorio di fonti, che è pure osservatorio privilegiato: le decisioni dalla Corte di Cassazione penale ormai unificata in Roma³, in tema di reati «contro il buon costume e l'ordine delle

¹ Il presente studio è uno sviluppo, aggiornato e arricchito di nuovi spunti di ricerca e analisi, dei temi da me proposti nel corso del convegno internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto svoltosi in Camerino, 27-29 settembre 2018, intorno a “Argomentazione e lessico nella tradizione giuridica”.

² Con riguardo allo studio in generale del 'formante' giurisprudenziale, si vedano F. Mastroberti, *Il 'culto' della sentenza tra Ottocento e Novecento: dalle raccolte di giurisprudenza alla nota a sentenza*, in «Historia et ius» [www.historiaetius.eu], 14 (2018), paper 9, al quale si rimanda anche (pp. 2-3, note nn. 2 e 3) per i riferimenti bibliografici ai più recenti studi storici che hanno focalizzato l'attenzione sulla giurisprudenza, sull'attività giudiziaria da 'dentro', nonché (pp. 8. ss.) per la valorizzazione delle sentenze sulle riviste specializzate dopo l'unificazione, in ispecie sull'emersione del genere «nota a sentenza», particolarmente stimolante nella prospettiva di un'indagine che intenda cogliere anche l'impatto della decisione sulla scienza giuridica o comunque sul dibattito scientifico. Per ulteriori riflessioni in merito agli studi storici sulla giurisprudenza, rimando sempre a Francesco Mastroberti (che evoca le intuizioni di Gino Gorla) e alla sua *Storia giuridica e giurisprudenza: prospettive di lavoro*, introduzione a *Le supreme corti di giustizia nella storia giuridica del Mezzogiorno*, curato con S. Vinci, Napoli 2015, pp. 9-20; nonché a G. Di Renzo Villata (cur.), *Premessa a Il diritto tra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del convegno Internazionale della Società italiana di Storia del Diritto, Napoli 18-20 ottobre*, Napoli 2003; O. Abbamonte, *Fra tradizione ed autorità: la formazione giurisprudenziale del diritto durante il ventennio fascista*, in «Quaderni Fiorentini», XL (2011), pp. 869-966 e, per uno sguardo alla giurisprudenza nell'ottica della dottrina (anche qui numerosi spunti provengono dagli scritti di Gino Gorla), S. Vinci, *Riflessioni sulla rivalutazione della giurisprudenza nella scienza giuridica italiana postbellica*, in «Historia et Ius» [www.historiaetius.eu], 17 (2020), paper 15.

³ Sulla Cassazione, cfr. O. Abbamonte, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano 2003; M. Meccarelli, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano 2005, nonché F. Mastroberti, *Gli avvocati e la Cassazione unica (1865-1872)*, in S. Borsacchi - G.S. Pene Vidari (curr.), *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, Bologna 2014, pp. 733 ss. (anche per i richiami bibliografici in note). Gli interventi della Cassazione e il ruolo della magistratura in età fascista emergono altresì, in molteplici campi del diritto, attraverso la raccolta di saggi di L. Lacchè (cur.), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma 2015. Si intreccia con le vicende storiche della Suprema Corte l'accurato e ricco studio sulla magistratura, dall'età liberale alla Costituzione, di A. Meniconi, *Storia della magistratura*, Bologna 2013 (soprattutto le parti dalla Prima alla Quarta, anche per i preziosi riferimenti alle fonti).

famiglie», dal 1930 ripartiti fra «delitti contro la moralità pubblica e il buon costume» e «delitti contro la famiglia».

L'ipotesi di partenza è che in un arco temporale di transizione e di profonda trasformazione culturale e sociale, oltreché giuridica⁴, quale quello che dalla vigenza del codice Zanardelli si spinge sino agli anni Trenta del ventesimo secolo, con i primi anni d'applicazione del codice penale Rocco⁵, le

⁴ Il momento di transizione è tale anche internamente al sistema di diritto penale e alla giurisprudenzialità. Un passaggio, quello dall'Otto al Novecento, dallo Zanardelli al Rocco, che, dal profilo della scienza penalistica, vede trascolorare il ben noto conflitto fra scuola 'classica' e scuola 'positiva' nella progressiva affermazione di un indirizzo tecnico-giuridico (i cui corifei sono Vincenzo Manzini e Arturo Rocco) che afferma la «fondazione autopoietica del diritto penale» (L. Ferrajoli, *La cultura giuridica dell'Italia nel Novecento*, Roma-Bari 1999, p. 32). Su tale passaggio, considerati i molteplici angoli visuali e prospettive attraverso i quali è stato colto, la storiografia è sterminata, pertanto circoscrivo i riferimenti allo scopo di offrire un quadro essenziale, che può essere colto attraverso alcuni scritti ora riuniti in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, ovvero: *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* (t. 1, pp. 493-590); *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)* (t. 1, pp. 591-670) e *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del Fascismo* (t. 2, pp. 1001-1034) e "Deterior est conditio foeminarum". *La storia della giustizia penale alla prova dell'approccio di genere* (t. 2, pp. 1247-1266); nonché E. Dezza, *Tra Scuola Classica e Scuola Positiva: Antonio Buccellati e le "Istituzioni di diritto e procedura penale" (1884)*, in «Annali di Storia Pavese», XXII-XXIII (1995), pp. 465-477; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, pp. 14-16, 83-88, 256-265; A. Sciumè, *Causalità e casualità: il problema del nesso di causalità materiale nel diritto penale italiano tra il 1889 e il 1929*, in «Rivista di Storia del diritto italiano», LXXX (2007), pp. 6 ss.; F. Colao, *Le scuole penalistiche*, in *Enciclopedia Italiana. Il contributo italiano alla Storia del pensiero. Ottava Appendice: diritto*, Roma 2012, pp. 349-356; Ead, "Consorelle" tra "vincoli indissolubili", "scuole", "indirizzi" del penale, in L. Lacchè - M. Stronati (curr.), *Una tribuna per le scienze criminali. La 'cultura' delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata 2012, pp. 21-48; M. Pifferi, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano 2013; M.N. Miletti, *Giustizia penale e identità nazionale (A proposito di Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista)*, a cura di Luigi Lacchè, Roma, Donzelli, 2015), in «Quaderni Fiorentini», XLV (2016), pp. 684-685, particolarmente alle pp. 687-703, anche per i preziosi richiami alla storiografia giuridica degli ultimi anni e Id., *Giustizia penale* in *Enciclopedia Italiana. Il contributo italiano alla Storia del pensiero. Ottava Appendice: diritto*, Roma 2012, pp. 467 ss., da vedersi in relazione alla complementare voce, dal medesimo titolo, curata da Renzo Orlandi, sempre per la *Enciclopedia Italiana* (pp. 675 ss.); E. Tavilla, *Ordine biologico e ordine morale. Appunti sulla riflessione criminologica italiana in tema di pena di morte (sec. XIX)*, in «Historia et ius» [www.historiaetius.eu], 10 (2016), paper 25. Per un focus sul codice di procedura penale del 1930, rimando al ricco L. Garlati (cur.), *Inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano 2010.

⁵ Nel codice Zanardelli, l'ambiente normativo è il Titolo Ottavo del Libro Secondo; il codice Rocco se ne occupa nel Titolo Nono e Undicesimo del Libro Secondo. Con un'attenzione specifica alle fonti codicistiche e rinviando alle note successive per richiami ulteriori alla letteratura storico-giuridica sui temi che sono, di volta in volta, più immediato oggetto d'attenzione, indico qui: S. Vinciguerra (cur.), *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova 1999, particolarmente per i contributi raccolti nella Parte Terza (pp. 397 ss.); *Codice Penale per il Regno d'Italia (1889), Ristampa anastatica*, con scritti di D. Brunelli, C. Carcereri de Prati, M. A. Cattaneo, E. Dezza, M.G. di Renzo Villata, R. Ferrante, P. Ferrua, R. Isotton, A. Manna, P. Pittaro, S. Vinciguerra, raccolti da S. Vinciguerra, Padova 2009; A.A. Cassi, *Dalle barricate a Bava Beccaris. Giuseppe Zanardelli un giurista nell'Italia del secondo Ottocento*, Bologna 2019, soprattutto pp. 159-175; su Giuseppe Zanardelli, avvocato, uomo politico e statista, offre un importante stato dell'arte A.A.

fattispecie considerate possano far emergere un preciso discorso (sotteso al dato normativo ed estrinsecato poi nell'applicazione dello stesso) intorno alla «morale oggettiva» quale insieme di valori e modelli socialmente condivisi (o imposti) entro un determinato sostrato sociale ed etico-culturale.

Le varie centinaia di sentenze che ho raccolto e assunto a oggetto d'analisi sono state individuate mediante lo spoglio sistematico di alcune delle principali riviste giuridiche, sia specializzate nel diritto penale – *in primis* la «Giustizia Penale» di Giovan Battista Impallomeni e Gennaro Escobedo⁶, ma

Cassi, *Il 'cantiere storiografico' dedicato a G. Zanardelli. Rilievi di metodo e linee di ricerca*, in M.G. Di Renzo Villata, *Lavorando al cantiere del 'Dizionario Biografico dei Giuristi italiani (XII-XX sec)'*, Milano 2014, pp. 351-371; si veda altresì A. A. Cassi, *Giuseppe Zanardelli* in I. Birocchi - E. Cortese - A. Mattone - M. N. Miletto (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, II, pp. 2077-2080. In relazione al codice penale successivo e attualmente in vigore, rimando a *Il codice penale per il regno d'Italia (1930): il Codice Rocco*, scritti raccolti da Sergio Vinciguerra, Padova 2010 e, per uno sguardo ai reati che saranno qui presi in specifica considerazione, muovendo dal contesto dell'epoca, trovo indispensabile il riferimento ai *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V: *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, parte II: *Relazione sui Libri II e III del Progetto*, Roma 1929, pp. 303 ss.. Per una preziosa guida al profilo di Alfredo Rocco, richiamo la voce onomastica di Giuseppe Speciale ne *Il contributo italiano alla Storia del pensiero. Ottava Appendice: diritto*, Roma 2012, pp. 559-563 e la voce, curata da P. Costa, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, pp. 1701-1704; inoltre, di particolare interesse, anche bibliografico, sono G. Simone, *Il Guardasigilli del regime. L'itinerario politico e culturale di Alfredo Rocco*, Milano 2012, e, anche per i densi riferimenti alle fonti e alla storiografia G. Chiodi, *Alfredo Rocco e il fascino dello Stato totale*, in I. Birocchi - L. Loschiavo, *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma 2015, pp. 103 ss..

⁶ Pongono in luce le caratteristiche della rivista e la sua impostazione editoriale e scientifica M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale. La "Rivista Penale" di Luigi Lucchini (1874-1900)*, ora in Id., *Storia del diritto penale*, cit., I, particolarmente p. 976, n. 122; F. Migliorino, *Edoardo Weiss e "La Giustizia Penale". Zone di contagio tra psicoanalisi e diritto*, Acireale-Roma 2016, *passim* e soprattutto pp. 64 ss., dedica poi un'attenzione specifica alla figura del brillante avvocato calabrese Gennaro Escobedo (delineata nella voce onomastica curata da Claudia Storti, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, pp. 803-804 e ripresa in C. Passarella, *Una disarmonica fusione di competenze. Magistrati togati e giudici popolari in corte d'assise negli anni del fascismo*, Roma 2019, *passim*) e alla sua iniziativa editoriale, aperta anche alle scienze sociali e mediche, ai «presupposti del diritto e della procedura penale», come evidenzia il titolo della specifica sezione avviata dalla rivista dagli anni Trenta, ma già anticipata da rubriche e contributi degli anni precedenti. Il ruolo fondamentale delle riviste quale spazio elettivo per il dialogo (e talora lo scontro) fra diritto e altri saperi emerge dagli scritti raccolti nel volume collettaneo L. Lacchè - M. Stronati (curr.), *Una tribuna per le scienze criminali*, cit., in particolare con i contributi di Paolo Marchetti, Giuseppe Speciale e, in chiave comparata, Carlos Petit e Michele Pifferi. Interessanti spunti in merito, sono anche nell'articolata recensione al volume, curata da A. Torini, *Diritto penale e "Nuove scienze" a confronto nei periodici di fine Ottocento*, in «Historia et Ius» [www.historiaetius.eu], 6 (2014), paper 15 e, per utili osservazioni sulla diffusione della riviste in età fascista, nonché sul ruolo da esse svolto nel progetto culturale del regime, S. Gentile, *Fascismo e riviste giuridiche. Il caso de 'Il Diritto fascista' (1932-1943)*, in G. Chiodi - I. Birocchi - M. Grondona (curr.), *La costruzione della "legalità" fascista negli anni Trenta*, Roma 2020, pp. 99 ss.. Con riguardo alle connessioni fra diritto e nuove scienze, soprattutto dai profili criminologico e medico-legale (particolarmente connessi allo sviluppo della Scuola Positiva e al metodo 'sperimentale'), menziono, ancora una volta con la consapevolezza di dare conto di una scelta funzionale alle mie indagini e non certo un quadro completo degli scritti in tema, P. Marchetti, *Cesare Lombroso* e M. Stronati,

anche la «Rivista Penale» avviata da Luigi Lucchini – sia “generaliste”, come il «Monitore dei Tribunali», la «Giurisprudenza Italiana» e il «Foro Italiano».

Oltre all’ampia osservazione temporale, che permette di apprezzare più agevolmente tendenze e linee di direzione interpretativa o discontinuità, le riviste, grazie a note e commenti⁷ e al proprio “filtro” editoriale, lasciano intuire un’attenzione specifica per determinati fenomeni sociali, oltreché per istituti e fattispecie. E si tratta di un’attenzione riconducibile alla comunità dei giuristi, e forse anche più estesamente all’opinione pubblica, in quanto ragionevolmente traduce la percezione della rilevanza collettiva di determinati reati, dell’allarme sociale per alcuni specifici fenomeni, oltre all’interesse ‘tecnico’ per la soluzione di dibattute questioni di diritto⁸.

Operata, dunque, questa scelta operativa, l’aspettativa è che nel gruppo di reati considerati, il quale complessivamente lascia trapelare con più immediatezza, rispetto ad altri, il codice valoriale ad essi sotteso sin dal dettato codicistico, la morale⁹, nel senso di «morale collettiva» e di «buon costume»

Enrico Ferri, entrambi in *Enciclopedia Italiana. Il contributo italiano alla Storia del pensiero. Ottava Appendice: diritto*, Roma 2012, rispettivamente alle pp. 366 ss. e 371 ss.; E. Musumeci., *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano 2012; Ead., *Emozioni, crimine, giustizia. Un’indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano 2015; C. Latini, *Soldati delinquenti, scienza giuridica e processi penali militari nell’Italia unita*, in «Historia et ius» [www.historiaetius.eu], 2 (2012), paper 10, ed Ead., *I segni della devianza e la criminalità dei poveri. Pena e prevenzione nel pensiero di Enrico Ferri, un socialista fuzzy*, in «Historia et ius» [www.historiaetius.eu], 11 (2017), paper 10; e F. Migliorino, *Edoardo Weiss e “La Giustizia Penale”*, cit..

⁷ Sempre più accurate, le note e i commenti a sentenza si rendono spesso protagonisti di dibattiti a distanza fra giuristi, avvocati, fra scuole e orientamenti di studio del diritto penale. Evidenzia i *pro* e i *contra* dell’opzione d’indagine sulle riviste F. Mastroberti, *Il “culto” della sentenza*, cit., p. 3.

⁸ Un interesse che contribuiscono a illuminare, anche attraverso l’analisi e commento degli orientamenti giurisprudenziali, alcune voci enciclopediche dell’epoca considerata, fra le quali, F. Precone, *Buon costume (reati contro il)*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. II, p. III, Milano 1892, pp. 580-643 (da p. 627 sono riportate fonti della legislazione comparata) che svela le ascendenze darwiniane e l’adesione alla Scuola Positiva, citando ampiamente Lombroso e concedendo ampio spazio a ricostruzioni storico-antropologiche, e a personalità del calibro di Giuseppe Sergi, uno dei maggiori esponenti della psicologia scientifica nazionale dell’epoca (emblematici gli stralci sul pudore femminile tratti da *Per l’educazione del carattere*, Milano 1893); si vedano anche, *inter alia*, A. Mortara, *Buon costume e ordine delle famiglie (delitti contro il)*, in *Digesto Italiano*, Torino 1890-1899, V, pp.1023-1033; F. Carfora, *Atti di libidine*, in *Digesto italiano*, Torino 1893-1899, IV, pp. 290 ss. e Id., *Corruzione di minorenni*, in *Digesto Italiano*, Torino 1891, VII, pp. 965-966; M.A. Vicini, *Oltraggio al pudore*, in *Digesto Italiano*, Torino 1904-1908, XVII, pp. 102-145; F. Grisogni, *Offese al pudore ed all’onore sessuale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1939, IX, pp. 26 ss.

⁹ In tema di diritto e morale, o anche di *legal enforcement of morality* (o *morals*) nella prospettiva giusfilosofica contemporanea, la letteratura è sterminata, ma, pur esulando dal nostro ambito d’indagine, mi pare opportuno quantomeno indicare alcune delle sollecitazioni che hanno contribuito a guidare e incentivare la prospettiva qui prescelta. Esse provengono (e la menzione non intende suggerire priorità, ma solo palesare letture personali) dagli scritti di F. Viola e soprattutto dalle nitide riflessioni in *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in *Studi in memoria di*

secondo la percezione di un'epoca¹⁰, si sveli, principalmente attraverso la

Giovanni Tarello, Milano 1990, I, pp. 667-705; Id., *Quando il diritto diventa morale*, in «Etica & Politica», XX (2018), 3, pp. 437-449; Id., *Diritto e morale. Una rilettura aggiornata*, in A. Rovello-V. Viva (curr.), *Legalità ed etica pubblica*, Assisi 2015, pp. 77-98; L. Gianformaggio, *Sul senso della giustificazione morale e giuridica*, in L. Gianformaggio - E. Lecaldano (curr.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari 1986, pp. 151-172. Sulla rilevanza del codice valoriale 'tradizionale' in chiave storica ('800-'900), si vedano anche L.M. Friedman, *The Republic of Choice: Law, Authority and Culture*, Cambridge 1990, soprattutto alle pagine 18-50, e G. Danesi, *Diritto e morale. Variazioni su un (sotto)tema*, in «Ragion Pratica», 2004, 23, pp. 589 ss.; si veda in merito anche il poderoso e ormai classico lavoro di J. Feinberg, *The moral Limits of the Criminal Law*, e particolarmente, con riguardo ai reati che qui ci occupano, il vol. IV: *Harmless Wrongdoing*, Oxford 1995.

¹⁰ Tali fattispecie sottendono una «offesa [...] arrecata a tutta la società; quindi l'obiettività giuridica del reato consiste nel diritto che a tutti i cittadini compete che il senso morale della collettività non venga turbato e corrotto da atti contrari alla pubblica morale» (M.A. Vicini, *Oltraggio al pudore*, cit., p. 102). Si tratta comunque di un'attitudine complessiva del comportamento dell'individuo, giacché, come spiega Carrara, la morale «non prescrive l'adempimento di un solo dovere, ma l'osservanza di tutti. Un individuo non potrà dirsi di buona morale soltanto perché sia casto, quando l'avidità, l'infingardaggine, la crudeltà, la intemperanza, l'egoismo formino le abitudini della sua vita. [...] La idea che informa questa classe che dicesi contro la pubblica morale trasporta la contemplazione del vizio dal punto di vista soggettivo ad un punto di vista oggettivo. Finché il vizio si guarda soggettivamente esso è fuori dal dominio della legge penale perché questa non ha potestà di esercitare il suo magistero tranne dove sorga una lesione del diritto» (F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte speciale ossia esposizione dei delitti in specie con aggiunta di note per uso della pratica forense*, Lucca 1876, VI, pp. 18-19; Carrara, alla p. 14 menziona Bentham a sostegno di una netta separazione tra diritto e morale). L'elemento 'pubblico' appare essere il discrimine tra mero vizio (o peccato) e condotta penalmente rilevante: «I fatti di incontinenza in vero per sé stessi sono violazione della morale non del diritto, essendo che essi, astrattamente considerati, non recano per sé nessuna lesione giuridica, sempre che coloro che li compiono, senza offendere il pubblico pudore liberamente e di comune accordo vi si danno, essendo che il diritto alla castità appartiene a quella categoria di quelli, a cui, senza danno sociale, ciascuno, nel segreto delle domestiche mura può rinunciare» (F. Carfora, *Atti di libidine*, cit., p. 294). Più 'relativista' il sarcastico e pungente Manzini, per il quale «La storia e l'etnografia insegnano come nessuna nozione etica sia tanto variabile quanto quella della moralità pubblica e del così detto buon costume. Gli antichi (come alcuni popoli selvaggi moderni) ammettevano la prostituzione delle donne in onore della divinità, come ne fa fede il mito di Venere Mylita, nonostante le gratuite negazioni di Voltaire. I re egizi Ramsete e Cheope prostituirono le figlie per far denaro. Le donne dell'antica Sitri offrivansi liberamente agli stranieri, costume confermato da viaggiatori moderni. Lo stesso Erodoto informa di certo "buon costume" degli Agatirsi e dei Messageti, che per i nostri concetti etici, non potrebbe essere più turpe» (V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, vol. VII: *Delitti contro l'ordine economico, delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume, delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe, delitti contro la famiglia*, a cura di P. Nuvolone-G.D. Pisapia, V ed., Torino 1984, p. 242). Sempre per il Manzini: «La moralità pubblica sessuale e il buon costume sono beni giuridici essenziali della civiltà moderna, i quali si integrano reciprocamente e, perciò, si trovano associati anche in relazione alla tutela che ad essi appresta la legge penale. Anzi si può dire che la moralità pubblica sessuale e il buon costume costituiscono un tutt'uno, perché quella moralità non è che una disciplina del buon costume nei riguardi sessuali, e questo buon costume altro non è che pubblica moralità sessuale» (ibidem). La netta distinzione fra morale e diritto trova accoglimento normativo e proclamazioni di principio nel *Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei culti (Zanardelli): seduta del 22 novembre 1887* (libro II, Roma 1889, p. 213); l'approccio pare poi ribaltarsi e assumere i connotati del

dimensione della sessualità¹¹ (e il «corpo» femminile¹²), penetrando nel diritto e nelle sue dinamiche applicative, e trovando terreno fertile negli interstizi interpretativi che la vaghezza normativa sovente lascia aperti, per l'impiego di concetti – si pensi solo al «pudore»¹³ - che delineano uno spazio semantico fluido e relativo.

L'indagine intende dunque individuare e porre in luce, dall'interno del discorso giuridico, indizi, elementi e dati che definirei pre-normativi e tendenzialmente meta-giuridici, particolarmente indicativi di quel sostrato cui s'accennava in avvio. Proverò, pertanto, a isolare tali dati nell'argomentazione del giudice di legittimità, per gli anni presi a riferimento, identificando la strategia discorsiva e argomentativa entro la quale essi si collocano e sono sviluppati. Ciò, offrendo nel paragrafo seguente, a mo' di funzionale inquadramento della successiva analisi delle argomentazioni giudiziali, qualche preliminare considerazione di tipo "quantitativo" e tipologico a cui la rilevazione attraverso le riviste ha potuto dare adito.

moralismo giuridico, con il codice Rocco, in relazione al quale la «morale pubblica» di cui lo Stato si fa manifestamente veicolo e tutore, pare ormai attingere ampiamente all'ideologia ed è paternalisticamente e autoritativamente imposta, al di fuori di un criterio di utilità, piuttosto che riconosciuta (cfr. A. Rocco, *Scritti e discorsi politici*, vol. III: *La formazione dello stato fascista (1925-1934)*, Milano 1938, p. 798). Propongo, per gli interessanti spunti in prospettiva storica, A. Cadoppi - P. Venezian, *Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume. Generalità*, in A. Cadoppi et al. (curr.), *Trattato di diritto penale*, Padova 2009, VI, pp. 5 ss..

¹¹ Sul legame tra sessualità, morale borghese liberale e conoscenze medico-psichiatriche, cfr. il fondamentale M. Foucault, *La volontà del sapere. Storia della sessualità*, I, Milano 2019 (I ed. in lingua francese: *La volonté de savoir*, Paris 1976). Nel ben noto lavoro d'avvio della sua riflessione intorno alla sessualità quale oggetto di sapere, il filosofo e storico transalpino, prendendo in considerazione i «codici del volgare, dell'osceno, dell'indecente», riconduce alla fine del XVIII secolo l'intensificarsi del discorso intorno ai comportamenti sessuali, che contribuisce a innescare la percezione di un pericolo incessante: dalla sua oggettivizzazione, secondo criteri medico-psichiatrici, che pure condiziona la riflessione giuridica del secolo successivo, alla repressione anche attraverso la giustizia penale «che aveva avuto a lungo a che fare con la sessualità, soprattutto sotto forma di crimini 'enormi' e contro natura, ma che, verso la metà del XIX secolo, si apre alla giurisdizione minuta dei piccoli delitti, degli oltraggi minori, delle perversioni senza importanza» (p. 31). Foucault identifica un nesso fra sessualità e potere che coinvolge direttamente il diritto attraverso la «istanza della regola», ovvero la sottoposizione del sesso a un «regime binario: lecito e illecito, permesso e vietato», anche dalla legge, e la «logica della censura» (pp. 74-75).

¹² Quale corpo-oggetto, ma anche quale simbolo e corpo-strumento e corpo-veicolo, che non si distingue dal corpo sociale e familiare (ivi, pp. 92 ss.). Sin dal XVIII sec., il corpo femminile è un corpo «qualificato e squalificato» come «integralmente saturo di sessualità», che deve assicurare la «fecondità regolata», essere funzionale alla famiglia, e alla procreazione e alla cura dei figli». Un rapporto strumentale, questo, che emerge anche dalla casistica della violenza domestica (si vedano interessanti spunti in A. Borgione, *Separazione coniugale e maltrattamenti domestici a Torino (1838-1889)*, in S. Feci - L. Schettini (curr.), *La violenza contro le donne nella storia. Contesti, linguaggi, politiche del diritto (secoli XV-XXI)*, Roma 2017, pp. 88-105).

¹³ F. Serpico, *Vizi privati, pubbliche virtù. Note sulla tutela penale del pudore nell'Italia dell'Ottocento*, in «Questione Penale», 2016, 2, *passim*.

2. *Esperimenti dalle riviste di diritto*

Gli esiti dell'osservazione dei dati giurisprudenziali raccolti, se pur non consentono di esporre numeri esatti¹⁴, lasciano però intuire tendenze percepibili, attraverso valori che vorrei fossero accettati come “grezzi”, quantità approssimate, le quali, se trasferite su un piano diacronico, risultano però assai indicative. Avvantaggiandomi di un'ampia letteratura storico-giuridica¹⁵ che traccia imprescindibili linee ricostruttive e perimetri contestuali

¹⁴ Se il dato ‘di cancelleria’ non si riflette fedelmente nelle riviste, è però assai dubbio che attraverso di esso potrebbe comunque pervenirsi a un'immediata rilevazione della criminalità effettiva. Particolarmente per reati di questa tipologia, tanto più nel periodo storico considerato, il quadro reale non sarebbe fedelmente rappresentato neanche da statistiche, all'epoca pur presenti, curate sulla scorta dell'attività degli uffici giudiziari; ciò, per effetti distorsivi (in difetto o in eccesso), connesso alla fluidità, vaghezza e soggettività dell'elemento ‘morale’ e della sua percezione, nonché alla cultura patriarcale dominante.

¹⁵ La storiografia giuridica cui mi sono principalmente riferita, per poter analizzare i dati giurisprudenziali raccolti sulla scorta di adeguate conoscenze di contesto, e per trarne indicazioni e suggestioni di ricerca, è variegata e avvincente. Cercherò di ordinare i riferimenti bibliografici per temi, con la consapevolezza, però, che tanti di questi lavori di necessità attraversano molteplici questioni rilevanti ai miei fini. Iniziando dal rapporto tra ‘femminile’ e crimine, menziono il fondamentale G. Cazzetta, *Paesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano 1999 (particolarmente da pag. 185 ss.); D. Novarese, *Sul corpo delle donne. Stupro e debitum coniugale in Italia fra Otto e Novecento* e V. Calabrò, *Storia di un contrastato tramonto: la legge abrogativa della causa d'onore e del matrimonio riparatore*, entrambi in M.A. Cocchiara (cur.), *Violenza di genere, politica e istituzioni*, Milano 2014, rispettivamente alle pp. 233 ss. e 275 ss.; G. De Giudici, “La donna di fronte alla legge penale”. *Il problema della imputabilità della donna tra Otto e Novecento*, «Historia et ius» [www.historiaetius.eu], 10 (2016), paper 5; M. Pignata, “Dal” Corpo e “sul” Corpo della donna. Il reato di stupro tra Ottocento e Novecento, in «Questione Giustizia», 2016, 2; S. Feci - L. Schettini (curr.), *La violenza contro le donne*, cit.; E. De Cristofaro, *The crime of honor: an Italian story*, in «Historia et ius» [www.historiaetius.eu], 14 (2018), paper 15; L. Garlati. *Pink crimes. Criminalità femminile e condanne capitali nelle sentenze del Senato di Milano (1471-1783)*, in «Historia et Ius» [www.historiaetius.eu], 17 (2020), paper 6, ove è anche compiuta un'indagine ‘quantitativa’, e C. Latini, *Il preambolo di Venere. Delicta carnis e bacio violento nella scienza giuridica dell'età moderna*, in «Historia et Ius» [www.historiaetius.eu], 17 (2020), paper 11. Per una più ampia comprensione del contesto entro il quale collocare la *minoritas* femminile da un profilo anche dei diritti civili, G. Alessi, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino 2006, pp. 31 ss.; M. Tita, *Logiche giuridiche dell'esclusione. Sui diritti al femminile tra Otto e Novecento*, Torino 2018 e, sulla capacità femminile anche nel contesto familiare, F. D'Alto, *La capacità negata: forme giuridiche e complessità della persona nella giurisprudenza tra Otto e Novecento*, Torino 2017. Sulla famiglia e il coniugio, negli aspetti fisiologici e patologici rilevanti per la sfera giuridica, importanti spunti e temi sono in M. Cavina, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità ad oggi*, Roma-Bari 2007 (soprattutto pp. 171 ss.); Id., *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Roma-Bari 2011; Id., *Il diritto di famiglia*, in *Enciclopedia Italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava Appendice: diritto*, Roma 2012, pp. 349-356 (e relativi riferimenti bibliografici); M.G. Di Renzo Villata, *Leggendo oggi la disciplina dei reati contro la famiglia*, in *Scuola positiva e Codice Rocco. Atti del convegno nazionale in ricordo di Giuliano Marini*, Torino, 21-23 ottobre 2010, Padova 2011, pp. 373-406; Ead. *Il lungo cammino verso la depenalizzazione. L'adulterio dal*

entro lo spazio d'indagine individuato, posso dunque proporre un "censimento ragionato" delle numerose sentenze repertate, aggregate per fattispecie di reato, ed esaminate.

Il primo elemento percepibile è la ricorrenza dei dati: si può anzitutto evidenziare quali reati e quali questioni complesse sottoposte all'attività interpretativa del giudice di legittimità si riscontrino empiricamente con più frequenza nelle effemeridi giuridiche.

E dunque, balza immediatamente all'attenzione una coppia di reati che, oltre a predominare per numero di sentenze riportate, per esteso o in massima, spicca per i frequenti interventi a commento in nota, non di rado polemici nei riguardi del *decisum* riportato in rivista: la violenza carnale e il ratto.

Non stupisce che ricorra significativamente la violenza carnale, tra i *delicta carnis* il più grave; qui le parole della giustizia si concentrano sull'esigenza di mantenimento e, se del caso, di ripristino dell'ordine sociale (presidiato dalla «onestà» femminile)¹⁶, vero principio immanente alle norme, confermato dal

codice Zanardelli al codice Rocco, in *Il codice penale per il regno d'Italia (1930): il Codice Rocco*, scritti raccolti da Sergio Vinciguerra, Padova 2010, pp. CLV-CXVIII, ed Ead., *Il matrimonio civile*, in *Avvocati. Protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, Bologna 2014, pp. 123 ss.; P. Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano 2011; M. Pignata, *Legami in crisi. I rimedi della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Torino 2012; M.S. Testuzza, *Matrimonio e codici. L'ambiguo statuto della corporeità*, in «Quaderni Fiorentini», XLII (2013), pp. 281-321; C. Valsecchi, *Filiazione naturale e ricerca della paternità*, in *Avvocati. Protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, Bologna 2014, pp. 167 ss.; E. Mongiano, *Famiglia e patrimonio. Profilo storico-giuridico*, Torino 2015. Sui minori e il loro status, tema strettamente connesso a quelli qui proposti, P. Passaniti, *Diritto e questione minorile tra Otto e Novecento* in L. Lacchè - M. Stronati (curr.), *Questione criminale e identità nazionale in Italia tra Otto e Novecento*, Macerata 2014, pp. 157 ss.; F. Colao, «L'albero nuovo si piega meglio di quello vecchio». *La giustizia 'educatrice' per i minori nell'Italia liberale*, in «Historia et ius» [www.historiaetius.eu], 10 (2016), paper 1; G. Pace Gravina, «A-t-on, dans un âge si tendre, une volonté certaine?»: «dubbi» e «certezze» sull'imputabilità minorile tra Otto e Novecento, in «Quaderno di storia del penale e della giustizia», II (2020), pp. 167-176.

¹⁶ Sul tema, rimando alle preziose pagine di G. Cazzetta, *Praesumitur seducta*, cit., che, concentrandosi sulla volontà femminile in relazione al processo di secolarizzazione del diritto penale fra XVIII e XIX secolo, disvela contraddizioni e autoinganni che connotano le scelte del legislatore liberale, il quale elide il reato di 'stupro semplice' contemplando solo lo congiunzione carnale compiuta con violenza o minaccia. Si noti che in caso di congiunzione carnale con minorenne, la violenza o minaccia è presunta nel caso di vittima inferiore ai dodici anni, oppure quindici se l'agente è ascendente, tutore o istitutore (rispettivamente quattordici e sedici nel codice Rocco, art. 519). Dalla seduzione, che presuppone l'onestà della vittima nel modello di antico regime, si passa a un'esaltazione della volontà libera della donna, padrona del suo corpo, finendo di fatto, però, per ribaltare il modello e dunque presumere il consenso, salva la prova (talora concretamente *diabolica*) di una resistenza attiva. E così, «i penalisti e i civilisti riusciranno nel corso dell'Ottocento a riproporre forme più ampie di protezione giuridica solo utilizzando esplicitamente richiami al modello di antico regime e delineando la tutela come ancora rivolta a una donna 'veramente onesta'» (pp. 10-11). La distinzione fra diritto e morale non trova qui coerente attuazione, infatti, il «programmatico disinteresse del diritto per la morale e il peccato, non è sufficiente a impedire che

meccanismo del *subsequens matrimonium*¹⁷ che garantisce all'autore della violenza l'esenzione dalla pena, sotto la vigenza del codice Zanardelli, l'estinzione del reato, ovvero la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali della condanna, con il codice Rocco.

Non meno frequenti sono le decisioni in materia di ratto¹⁸, sia esso violento o anche «consensuale», ovvero, nella tassonomia del 1889 come in quella del 1930, il ratto perpetrato sottraendo il minore, pur consenziente, a chi nei suoi confronti eserciti una forma di autorità o *potestas* legale. Qui il soggetto che subisce l'azione incriminata è tipicamente minorenni e di sesso femminile, ma l'offesa che giustifica la sanzione di diritto è alla *patria potestas*, all'ordine familiare incarnato dalla figura paterna, la cui violazione sortisce più allarme sociale rispetto a quella della libertà di chi subisce la diretta *abductio*¹⁹.

l'accertamento della volontà della vittima sia rigoroso sino ad essere spietato», per raggiungere comunque la prova della onestà della vittima (p. 184).

¹⁷ «Il colpevole» dei delitti di cui agli articoli 331 (violenza carnale), 333 (atti di libidine violenta), 335 (corruzione di minorenni), 340 e 341 (ratto) «va esente da pena, se, prima che sia pronunciata la condanna, contragga matrimonio con la persona offesa; e il procedimento cessa per tutti coloro che sono concorsi nel delitto» così stabilisce il codice Zanardelli all'articolo 352; analogamente, seppur mutando sensibilmente la lettera della norma, l'articolo 544 del codice Rocco sancisce che per i delitti di violenza carnale, atti di libidine violenta, ratto, congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale, seduzione con promessa di matrimonio commessa da persona coniugata e corruzione di minorenni «il matrimonio, che l'autore del reato contragga con la persona offesa, estingue il reato anche riguardo a coloro che siano concorsi nel reato medesimo; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali». Cfr. *infra* anche note nn. 29 e 41.

¹⁸ Il ratto, con finalità di libidine o di matrimonio, è disciplinato dagli artt. 340 e 342 del codice liberale e artt. 522-524 del codice Rocco. Si noti che la fattispecie di ratto 'consensuale' appare anche nel codice Rocco (ove peraltro ritorna il reato di «seduzione con promessa di matrimonio», all'art. 526, in coda ai «delitti contro la libertà sessuale» come fattispecie autonoma che rimanda al passato d'antico regime) ma fra i delitti contro la famiglia, all'art. 573, così ancor più evidenziandone il principale bene offeso, presidiato dall'esercizio della vigilanza e della difesa morale dei figli e dei pupilli da parte di chi detenga la patria potestà o la potestà tutoria.

¹⁹ Vittima del reato è, in effetti, la famiglia, non la persona che con l'inganno è fatta oggetto della violenza morale o fisica (si veda Cass. Pen., 19 dicembre 1890, Ric. Mirabella, Pres. De Cesare, in «Monitore dei Tribunali», XXXII (1891), p. 89); poi, negli anni '20 inizia a consolidarsi la interpretazione del ratto quale reato che lede anzitutto «il diritto alla libertà individuale della persona rapita» e solo di riflesso quella della famiglia (si vedano a titolo d'esempio Cass. Pen., 25 gennaio 1922, Ric. Tucci, Pres. Nonis, in «Giustizia Penale», XXVII (1922), cc. 927-930); da ciò derivando l'estensione della tutela anche al soggetto passivo senza famiglia o con famiglia illegittima, estensione alla quale hanno aperto la strada alcune pronunce innovative del precedente decennio, nonché la configurabilità del reato anche in caso di consenso dell'esercente la patria potestà (cfr. a titolo esemplificativo Cass. Pen., 22 marzo 1919, Ric. Gaviglia, Pres. Ferrante, in «Giustizia Penale», XXIV (1919), cc. 695-698). Degna di nota la motivazione della sentenza 15 marzo 1926, Ric. Carandola, Pres. Dobelli, in «Giustizia Penale», XXXI (1926), cc. 598-599, in cui l'obiettività giuridica del ratto consensuale è rappresentata nella sua problematicità, attraverso una sintetica ricostruzione della giurisprudenza sviluppatasi in tema e un'argomentazione incentrata sull'identificazione del bene giuridico leso, che prende le distanze dal formalismo legalistico: «La più recente giurisprudenza, infatti, con visione più realistica e tutelante, non contestando che

Densa è poi la casistica in tema di corruzione di minorenni (della minorenni, nella più parte dei casi), un reato che sfida l'interprete sui crinali scoscesi della valutazione dell'imputabilità del reo e, ancor più, della «moralità» del soggetto che patisce la condotta incriminata. L'esclusione di una preesistente corruzione (quale «traviamento morale» passibile di gradazione: si parla di soggetto «iniziato», «corrotto», «massimamente corrotto») attraverso le argomentazioni dei giudici diviene elemento costitutivo del reato, oggetto dell'esame di fatto – ripreso spesso nelle motivazioni della Cassazione – per il quale rileva l'integrità morale della minorenni²⁰. In questo caso, morale e

l'obiettività del delitto di ratto consensuale si basi anche sulla violazione dei diritti famigliari, ammette contemporaneamente una lesione diretta anche dei diritti della minorenni, che è il soggetto passivo del reato; e pertanto anch'essa, colpita ed offesa materialmente e moralmente dal reato medesimo, anche per la eventuale menomazione della di lei libertà personale». Nello stesso senso si veda, sotto la vigenza del codice Rocco, anche Cass. Pen., 3 aprile 1935, Ric. Scarpa, Pres. Casati, in «Giustizia Penale», XL (1935), II, cc. 1392-1395: in un caso di azione civile per risarcimento dei danni proposta da minore rapita a scopo di matrimonio (ma, a quanto pare, «tanto precocemente sviluppata nel corpo, quanto intellettualmente svegliata»), la Corte divaga precisando che «la donna sia, non meno dell'uomo, consapevole dei propri diritti e dei correlativi doveri e che quindi possa e debba trarre dalla propria coscienza morale la forza di custodire e difendere, da sé stessa, la propria onestà. Ché, se invece il chiaro intuito e l'innata verecondia femminili si reputassero difese insufficienti contro l'opera insidiatrice dei funesti corruttori della muliebre virtù, spetta al magistrato dell'Educazione Nazionale, ed eventualmente a quello delle discipline punitive, rafforzare quegli argini, non già al magistrato di fare violenza alla legge per piegarla a finalità che le sono estranee».

²⁰ Indicative di un orientamento a lungo mantenuto dalla Suprema Corte, le pronunce Cass. Pen., 12 novembre 1908, Ric. Sabatino, Pres. Lucchini, in «Giustizia Penale», XIV (1909), cc. 265-267 e 14 gennaio 1909, Ric. Betti, Pres. Lucchini, *ivi*, cc. 257-259, entrambe in tema di corruzione di minorenni (art. 335) 'già corrotta': non bastano gli atti di libidine, ma perché il reato sia consumato, occorre che l'agente con i suoi atti produca «una lesione effettiva dell'integrità morale del paziente, per quanto essa possa non provarsi che per via di apprezzamenti induttivi» (*ivi*, c. 259). Ancora più sottilmente, la congiunzione carnale, ove avvenga senza violenza, seppur su minore di sedici anni, può «non essere capace di pervertire o corrompere, in quanto essa, se fa perdere il fiore della verginità ledendo il corpo, integra e pura lasciar può moralmente la persona, offesa e immacolata l'anima di lei»: il passaggio è tratto dalla sentenza Cass. Pen., 13 agosto 1909, Ric. Favolaro, Pres. Lucchini, in «Giustizia Penale», XIV (1909), cc. 1403-1410, con la colorita nota di Escobedo, *Elogio della congiunzione carnale*, ricca di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Sul medesimo caso torna ad esprimersi la Seconda Sezione della Suprema Corte, sempre presieduta da Lucchini, con una pronuncia i cui toni moralistici sono di nuovo aspramente criticati da Escobedo (Cass. Pen., 14 luglio 1911, in «Giustizia Penale», XVI (1911), cc. 1537-1539), che per altra vicenda, vedendo riaffermato il principio della necessità d'accertamento delle modalità di corruzione, parla invece di giurisprudenza «immorale o sciocca [...] favoreggiatrice del vizio, del mal costume e del disordine delle famiglie» (*ivi*, cc. 1078-1079). Con una decisione sui 'gradi' di corruzione, si veda anche la pronuncia del 19 dicembre 1911, Ric. Provenzano, Pres. Lucchini, in «Giustizia Penale», XVII (1912), cc. 332-335, ove è chiaramente evidente la difficoltà nell'identificare e descrivere il concetto di idoneità degli atti alla corruzione; in tema, è d'interesse pure Cass. Pen., 14 novembre 1912, Ric. Accreditato, Pres. Lucchini, in «Giustizia Penale», XVIII (1913), cc. 167-1695. L'avvento di Garofalo alla presidenza della Seconda Sezione determina un radicale mutamento interpretativo, in ordine agli estremi del reato di corruzione, a partire dalla pronuncia Cass. Pen., 6 marzo 1914, Ric.

«onore»²¹ sono inscindibilmente connessi nelle valutazioni, spesso frutto di invasive perizie destinate al soggetto passivo.

Sempre gravemente sovversive dell'ordine familiare sono altre fattispecie di reato che potremmo definire *gender sensitive*, sia dal profilo normativo, sia alla luce della casistica. Mi riferisco in particolare all'adulterio femminile, configurato dal legislatore diversamente da quello maschile, che rileva solo in caso di concubinato²²: in tale ambito, il *punctum* che più frequentemente

Panariello, Pres. Garofalo, in «Giustizia Penale», XIX (1914), cc. 662-663 (salutata dall'entusiasmo della redazione della rivista che la recensisce); si veda poi Cass. Pen., 12 gennaio 1914, Ric. Affinito, Pres. Garofalo, in «Giustizia Penale», XIX (1914), c. 361, nel nome della «maggior protezione all'adolescenza ignara». Sotto la vigenza del codice Rocco, si vedano i medesimi principî riaffermati anche *ex pluribus* da Cass. Pen., 1 luglio 1932, Ric. Corbino, Pres. Seganti, in «Giustizia Penale», 37 (1932), II, cc. 1595-1597. Su questi temi, anche evidenziando il contrasto acceso e 'fantasioso' (nei titoli ad effetto e nello stile colorito delle note a sentenza) fra Seconda Sezione della Corte e indirizzo interpretativo della redazione, richiamo G. Cazzetta, *Praesumitur seducta*, cit., pp. 352 ss., ove si sottolinea come, in relazione alla corruzione di minore (ma anche in caso di congiunzione carnale con minore di anni dodici, parificata alla violenza carnale), a «caratterizzare la lettura dei giudici è un costante equivoco tra la configurazione di una tutela giuridica verso il minore e l'implicito richiamo a tale protezione come ultimo residuo di una tutela più ampia dell'onesta della donna» (ivi, p. 355). Si interseca spesso con la coppia di reati testé considerata, il lenocinio, ovvero l'induzione di minorenni alla prostituzione, in relazione al quale, analogamente assume importanza l'età del soggetto o 'agente passivo', sollevando la conseguente questione della *scientia aetatis*, rispetto alla quale la giurisprudenza è oscillante, finché diviene uniforme orientamento interpretativo la presunzione della conoscenza. Il codice Zanardelli ne disciplina varie fattispecie (in parte sovrapponibili a quella di corruzione di minorenni), agli artt. 345 ss.; successivamente nel Codice del '30, la disciplina del reato occupa gli artt. dal 531 al 534. Con riguardo a tale reato, la giurisprudenza si chiede se l'elemento soggettivo includa la consapevolezza dell'età, o se l'età non sia piuttosto un elemento oggettivo: la conoscenza o almeno la «ragionevole opinione dell'età» diviene elemento del reato (Cass. Pen., 19 maggio 1911, Pres. Lucchini, in «Giustizia Penale», XVI (1911), cc. 1219-1222) e, con l'entrata in vigore del codice Rocco, la *scientia aetatis* si dà per presunta: Cass. Pen., 4 marzo 1936, Ric. Bianchi, Pres. Saltelli, in «Giustizia Penale», XLI (1936), II, cc. 1299-1300; Cass. Pen., 24 gennaio 1936, Ric. Delli Ponti e Simeone, Pres. Natali, ivi, cc. 600-604.

²¹ In tema di onore, con riguardo alle fattispecie qui di nostro interesse, è imprescindibile il richiamo a C. Latini, *Il preambolo di Venere*, cit., soprattutto pp. 2-7.

²² Il Capo V del Titolo Nono, Libro Secondo del Codice Zanardelli, rubricato «dell'adulterio», reprime la violazione dell'obbligo di fedeltà da parte dei coniugi: l'articolo 353 punisce la moglie adultera, la norma seguente, invece, stabilisce gli elementi necessari affinché anche l'infedeltà del marito possa essere considerata un illecito penale e così, risponde di concubinato «il marito che tiene una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove». Si tratta di reati in cui sono plurimi i beni giuridici offesi: «Quando si punisce la violenza usata nello stupro [...] si punisce precisamente la mancanza di consenso al congresso carnale che si manifesta nella forma della resistenza; resistenza che ancor prima dell'integrità fisica della vittima, è diretta a salvarne l'integrità morale, ossia il pudore [...] Neppure l'adulterio può sottrarsi alla nozione fondamentale della offesa al buon costume. Invero seppure il diritto con esso immediatamente attaccato è quello familiare relativo alla fedeltà coniugale e alla sicurezza circa la provenienza della prole, è però indubitabile che la notizia delle adultere relazioni resa pubblica dalla querela, ha per effetto di scuotere il buon costume e la moralità pubblica, che non possono non essere offesi dai lubrici appetiti di femmina» (A. Mortara, *Buon costume e ordine delle famiglie*, cit., pp. 1028-1029). Agli articoli 559 e 560, il codice Rocco riproduce sostanzialmente le medesime fattispecie, ma il differente regime punitivo appare

occupa l'interprete è la decorrenza dei termini prescrittivi per la querela del coniuge offeso (e poiché sussiste un «diritto personalissimo alla fedeltà coniugale», personalissimo è il diritto di proporre querela nel caso sia violato). La soluzione offerta discende dalla interpretazione della norma, che riflette un sistema di valori ben presente nelle argomentazioni dei giudici: l'adulterio è reato istantaneo, poiché la lesione è determinata dal mero congiungimento (al limite, anche da baci e abbracci²³), mentre reato permanente è il concubinato, che non punisce l'atto sessuale in quanto tale, ma, appunto, la stabilità di un rapporto extraconiugale che configuri una pericolosa «sovversione dell'ordine delle famiglie».

È infine cospicuo il catalogo di decisioni emesse in relazione a un novero piuttosto eterogeneo di fattispecie, in cui è decisivo l'elemento dello «scandalo», ovvero del «turbamento dell'opinione pubblica»²⁴, sia quale

esprimere in modo cristallino gli equilibri interni al rapporto coniugale secondo la tradizionale concezione patriarcale, che trova una estrinsecazione anche nella dimensione patologica della violenza entro la coppia: si veda in merito la profonda e chiarificatrice analisi di M. Cavina, *Nozze di sangue*, cit., particolarmente alle pp. 153-210. Vigente il codice Rocco, sono poi assai frequentemente riportati casi di violazione degli «obblighi di assistenza familiare», che includono anche il rifiuto dell'amplesso coniugale, considerata «ingiuria grave al marito» (cfr. a titolo di esempio, la rappresentativa Cass. Pen., 13 maggio 1935, Ric. Muhlberger, Pres. Natali, in «Giustizia Penale», XL (1935), II, cc. 1067-1070). Sempre più frequenti, successivamente al primo conflitto mondiale, e similmente perseguiti per la forte carica di offensività rispetto al bene giuridico 'ordine familiare', sono anche i casi di bigamia, che sovente coinvolgono donne di paesi esteri.

²³ Dall'entrata in vigore del codice Rocco, anche sulla scorta dei lavori preparatori al nuovo codice, frequenti sono le sentenze che si sforzano di identificare cosa debba intendersi per «abbandono del proprio corpo a un uomo», se esso possa configurarsi anche per meri atti di libidine (al limite baci e abbracci), o solo per congiungimento carnale: l'atteggiamento della giurisprudenza, che si allinea alla dottrina, appare decisamente rigoroso (cfr. in via esemplificativa Cass. Pen., 4 maggio 1931, Ric. Piccinelli, Pres. Caffarel, in «Giustizia Penale», XXXVI (1931), I, cc. 1295-1299, con interessante nota esplicativa del magistrato Ernesto Battaglini).

²⁴ Con riguardo al concetto di opinione pubblica, che può ben essere riferito al periodo storico considerato, quando ormai esso ha iniziato ad attrarre pure l'attenzione scientifica, cfr. L. LACCHÈ, *Per una teoria costituzionale dell'opinione pubblica. Il dibattito italiano (XIX secolo)*, in «Giornale di storia costituzionale», 6/II (2003), pp. 273-290; dello stesso autore segnalato: *L'opinione pubblica saggiamente rappresentata. Giurie e corti d'assise nei processi celebri tra Otto e Novecento*, in P. Marchetti (cur.), *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, Napoli 2007, pp. 89-147; *“Non giudicate”. Antropologia della giustizia e figure dell'opinione pubblica tra Otto e Novecento*, Napoli 2009; *“Public opinion in its relationship with the evidence”, or rather an ‘uncomfortable’ witness of the trial: the Italian case between the Nineteenth and Twentieth Centuries*, in «Acta Histriae», XIX (2011), pp. 453-468; G. Cianferotti, *Logica del processo, logica del giudizio ed opinione pubblica*, in *Studi in onore di Remo Martini*, Milano 2009, I, pp. 607-618; *Alle origini di un matrimonio difficile: processo penale e opinione pubblica*, in L. Garlati - G.E. Vigevani (curr.), *Processo e informazione*, Milano 2012, pp. 13-44. Per ulteriori riferimenti bibliografici, rimando al già richiamato numero monografico del «Giornale di storia costituzionale», VI (2003), in particolare ai contributi di Busino, Stronati e Beneduce; nonché a D. Rizzo, *L'impossibile privato. Fama e pubblico scandalo in età liberale*, in «Quaderni Storici», XXXVIII (2003), 112/1, pp. 215-242, e agli scritti raccolti in F. Colao - L. Lacchè - C. Storti (curr.), *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, Bologna 2008. Menziono altresì, per il coinvolgimento di profili che concernono anche la

elemento del reato per espressa previsione normativa (si pensi all'incesto), sia in via interpretativa, quale circostanza comunque determinante ai fini della giudizio in fatto. Rileva in particolare, quale reato di pericolo, l'oltraggio al pudore, sorta di categoria residuale, particolarmente capiente, per la quale l'impatto della condotta sul «pubblico» indistinto assume rilevanza argomentativa determinante²⁵.

Entro questo sintetico, ma indicativo quadro d'insieme, trovano i necessari punti di riferimento le osservazioni che mi accingo ora a proporre focalizzando l'attenzione sulla strategia discorsiva e argomentativa entro la quale la dimensione etico-sociale della «moralità pubblica» (con i suoi modelli e le sue contraddizioni) trova sfogo testuale.

3. *La moralità pubblica attraverso il ragionamento del giudice*

Dall'esame delle sentenze considerate, emerge come l'elemento della 'morale', variamente declinato e piuttosto sfuggente nei suoi contorni obiettivi, sia assai pervasivo. Esso fa decisa breccia (implicitamente o espressamente, declinato in «moralità» o «morale pubblica», «comune» o «sociale», «senso morale della collettività», ma anche «buon costume», «pudore» e «onore») nel discorso dei giudici nell'ambito degli specifici reati qui considerati, in cui comunque la morale chiamata in causa appare inestricabilmente connessa alla sessualità.

La morale così intesa rappresenta, al contempo, oggetto dell'interpretazione del giudice e strumento della stessa. Essa, infatti, da un

questione femminile, A. Groppi, *Il teatro della giustizia. Donne colpevoli e opinione pubblica*, in «Quaderni Storici», XXXVII (2002), 111/3, pp. 649-680 e T. Simpson, *The Fadda Affair, 1879. Public trials and the formation of the Italian Public Sphere*, in «Le carte e la storia», XXIV (2018), 2, pp. 63-77. L'opinione pubblica è oggetto di attenzione da parte dei giudici, ma assume rilevanza anche per la carriera dei magistrati medesimi, come evidenziato in G. Mecca, *La Perdita della pubblica fiducia. La magistratura italiana tra 'responsabilità pubblica' e responsabilità disciplinare (1848-1908)*, in *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano 2015, pp. 385-409, particolarmente pp. 406 ss.

²⁵ Il reato di oltraggio al pudore è previsto e punito dagli artt. 338 e 339 del codice Zanardelli, poi dagli artt. 527-529 del codice Rocco, ove si perseguono per offesa al pudore gli «atti osceni» e pure gli «oggetti osceni» con una espressa salvaguardia per «l'opera d'arte o l'opera di scienza» (art. 529). Nel Novecento anche in connessione con il diffondersi della stampa, emerge una casistica piuttosto articolata (a tratti colorita), che pone in primo piano la sessualità e il corpo femminile esposto in immagini, descritto in opere letterarie, raffigurato in opere d'arte (cfr. fra le numerose pronunce, Cass. Pen., 7 giugno 1926, Ricc. Mariani e Mattavelli, Pres. Bianchi, in «Giustizia Penale», XXXI (1926), cc. 478-482; Cass. Pen., 13 maggio 1931, Ric. Costa, Pres. Carrara, in «Giustizia Penale», XXXVII (1932), cc. 239-241; Cass. Pen., 30 aprile 1934, Ric. Donivi, Pres. Saltelli, in «Giustizia Penale», XXXIX (1934), cc. 1132-1134).

lato si annida nel dettato normativo applicato dal giudice, esito di precise scelte assiologiche del legislatore, dall'altro, permeando l'intero ordinamento giuridico quale *prius* logico, orienta le operazioni ermeneutiche, divenendo strumento argomentativo (e spunto retorico) rintracciabile nella sentenza.

Al fine di cogliere e analizzare tali aspetti nel novero più ristretto di sentenze che appaiono emblematiche (in sostanza degli *exempla*), per ampiezza e tipicità del discorso giuridico, anche nella sua dimensione pragmatica, la teoria della argomentazione giuridica può fornire i necessari riferimenti concettuali secondo categorie e concetti identificati e riconoscibili²⁶. Considerata, dunque, la sentenza quale specifica forma del discorso giuridico,

²⁶ I riferimenti nella presente nota valgono a delineare un quadro neppure minimamente rappresentativo della riflessione in prevalenza filosofica in tema di argomentazione giuridica, sulla quale si è concentrata soprattutto la scuola analitica del diritto. Con riferimento alla scuola italiana in particolare, costituiscono riferimenti obbligati e 'originari', N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», IV (1950), 2, pp. 342-367 e U. Scarpelli, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano 1976. Ma, come dicevo, non ho qui l'obiettivo d'essere esauriente, o di cimentarmi in ricostruzioni storiche di orientamenti e scuole di pensiero, quanto piuttosto di indicare gli strumenti utili a "lavorare" il materiale complesso ed eterogeneo raccolto. Dunque, rendendo tali strumenti concettuali manifesti, menziono fra le opere che mi hanno offerto più elementi e stimoli utili alla mia indagine (anche palesando la inevitabile complessità del concetto di 'argomentazione'): L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino 1986; Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, rist. a cura di E. Diciotti - V. Velluzzi e riveduta da S. Zorzetto, Torino 2018 (particolarmente alle pp. 89 ss.); R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, a cura di M. La Torre, Milano 1998; C. Perelman - L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, con prefazione di N. Bobbio, Torino 2001; R. Guastini, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, II ed., Torino 2006; M. Atienza, *Il Derecho como argumentación*, Barcelona 2006 e Id, *Robert Alexy e la "svolta argomentativa" nella filosofia del diritto contemporanea*, in «Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», XV (2010), 1, pp. 37 ss.. Ai miei fini rilevano anche T. Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino 1996, per l'attenzione alla coppia dialettica 'contesto di scoperta' e 'contesto di giustificazione', in merito alla quale riprendo altresì G. Pino, *Riflessioni sul ragionamento giudiziale (a partire dalla teoria di Manuel Atienza)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2016, 3, pp. 231-251, nonché V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino 2012 e A. Abignente, *Argomentazione giuridica*, in *Atlante di filosofia del diritto*, Torino 2012, II, pp. 1-36. Infine, per una differente e originale impostazione, che affronta l'argomentazione dal profilo retorico, in una prospettiva di pragmatica giuridica, con attenzione ai fini e agli obiettivi dell'argomentazione medesima, richiamo anche T. Aránguez Sánchez, *Argumentación Jurídica y Ética de la Virtud*, Madrid 2018. In tema di interpretazione, con l'intento di raccogliere in questa nota alcuni riferimenti funzionali all'indagine in corso, rimando a E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1949, II ed. a cura di G. Crifò, Milano 1971; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980; C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano 1990; F. Viola - G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari 1999; R. Sacco, *L'interpretazione*, in *Le fonti del diritto italiano*, vol. II: *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, a cura di G. Alpa et al., in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino 1999; F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, t. I: *L'oggetto*, Vicenza 2015; A. Banfi - E. Stolfi - M. Brutti (curr.), *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma 2020; infine, fondamentale per un panorama sulla dottrina a cavallo dei secoli diciannovesimo e ventesimo, A. Sciumè, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino 2002, pp. 177-198, con ampie note.

caso particolare del discorso pratico²⁷, l'analisi storica può essere condotta con l'obiettivo di valorizzare nelle singole decisioni le ragioni, etico-politiche e morali, nonché le modalità e scelte retoriche e stilistiche con le quali tali ragioni sono esposte e corroborate.

3.1. Strategie e tecniche

Entrando ora più nel merito dell'argomentazione, quale attività pratica orientata e guidata, sia da regole (dal profilo certo) della logica formale, sia da regole (dal profilo incerto) della ragionevolezza e del discorso pratico di giustificazione, si rivela proficuo procedere anzitutto rilevando nelle decisioni le tecniche e strategie di interpretazione ed argomentazione, da porre poi in relazione con le specifiche fattispecie di reato e con l'elemento pre- o meta-giuridico rintracciabile nel testo.

Ebbene, in questa prospettiva, può osservarsi che, se la parte argomentativa di regola si regge sulla sussunzione logica della fattispecie sotto le disposizioni normative del codice penale, i casi più complessi sono risolti, in particolare nei primi due decenni dall'entrata in vigore del codice Zanardelli (e comunque ancora, sino agli anni Venti del Novecento), con un rassicurante e frequente richiamo alla volontà del legislatore, seguendo prevalentemente due strategie, che sono anche un *escamotage* retorico²⁸.

Una prima, si traduce nel riportare la volontà del legislatore ai lavori preparatori, alle parole chiarificatrici delle relazioni ministeriali, ma anche ai dibattiti parlamentari e, comunque, ai passaggi ove è testualmente spiegata e illustrata la *ratio* della norma, ivi incluso l'immancabile riferimento alla scelta di bilanciamento dei diritti e interessi effettuata e alle priorità assunte a riferimento.

Se del caso, il giudice riporta anche il percorso accidentato che ha portato all'adozione del testo definitivo della norma: l'argomentazione impiegata dai giudici è dunque sovente di tipo 'genetico', ovvero risalente all'originaria giustificazione della norma, caratterizzata da una apparente indiscutibilità. La

²⁷ Il riferimento primario è ad Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 169-175.

²⁸ Scelte retoriche pur presenti e rintracciabili, per quanto meno vistose di quelle tipiche degli avvocati di imputati e parti offese, talora riportate nelle note a sentenza pubblicate sulle riviste specializzate (in merito alla 'eloquenza forense', rimando, anche per cenni alla prima metà del XIX secolo, a S.T. Salvi, *Avvocati oratori. Eloquenza forense e trasformazioni di una professione tra Otto e Novecento*, in «Historia et ius» [www.historiaetius.eu], 12 (2017), paper 14, che richiamo anche per il ricco apparato bibliografico). Sul linguaggio giuridico, anche in relazione all'attività processuale, offrono preziosi punti di riferimento e sollecitazioni d'approfondimento i volumi A. Mariani Marini - F. Bambi (curr.), *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa, 2013 e F. Bambi (cur.), *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, Firenze 2016.

strategia è ricorrente e attuata mediante la riproduzione testuale di stralci delle fonti, con una forza argomentativa tendenzialmente stabilizzante nel tempo (attraverso la riproducibilità fedele dell'argomentazione e della soluzione), che per certi versi può assimilarsi all'uso del precedente, in un sistema che certo riconosce il ruolo fondamentale della giurisprudenza, ma che è rigidamente legalistico.

La seconda strategia rappresenta una breccia in quella che parrebbe la staticità interpretativa conferita dall'argomento strettamente «genetico», e si identifica nella ricerca di quelli che potremmo definire «principi impliciti», tipicamente atti a sorreggere da un profilo logico l'interpretazione estensiva di norme. Disvela, ad esempio, tale operazione dei giudici l'impiego della coppia semantica «lettera» (o «parola») e «spirito» della legge, soprattutto nei primi due decenni dall'entrata in vigore del codice Zanardelli: una coppia di opposti (armonizzati) della tradizione giuridica, che in chiave argomentativa ha la funzione di richiamare, contestualmente, il tenore letterale della norma e la giustificazione della stessa all'interno del gruppo di norme a cui può essere ricondotta, nonché all'interno dell'ordinamento²⁹. Qui, il percorso logico induttivo è dunque più sottile e volto a identificare scelte valoriali implicite e generali.

Si veda un esempio di «spirito» della legge, evocato con riguardo agli atti di libidine *contra naturam*, per esplicitare l'inclusione fra le fattispecie di cui agli artt. 331 (violenza carnale) e 338 (oltraggio al pudore) del codice Zanardelli, che sanzionano la commissione con violenza o in luogo pubblico, escludendone la punibilità *ex se*:

[...] perché se con essa [la legge] si intese proteggere il pudore e il buon costume e se questo può essere offeso non solo da un atto lecito di per sé stesso, ma che

²⁹ Sono numerose le sentenze che offrono esempi d'impiego argomentativo del ricorso alla «lettera e spirito» della legge, di fatto per introdurre nella motivazione elementi che non sono strettamente aderenti al dettato normativo, ma che richiamano scelte (anche valoriali) del legislatore. Oltre all'esempio nel testo (e in nota seguente) si veda anche Cass. Pen., 16 maggio 1895, Ric. Petruccio, Pres. Del Vecchio, in «Monitore dei Tribunali», XXXVI (1895), pp. 765-766 in tema di incesto e di scandalo da esso determinato, ove il riferimento è allo «spirito a cui si informò il legislatore nella dettare la disposizione» dell'art. 337, spirito che è rinsaldato dalla «conferma» della dottrina (il Pessina, nella fattispecie). Ma forse lo «spirito» non si manifesta sempre in modo così inequivoco, se la redazione del Monitore afferma essere «massima ripugnante» quella veicolata della sentenza Cass. Pen., 19 maggio 1897, Ric. Falciani e Cerrato, Pres. Serra, in «Monitore dei Tribunali», XXXVIII (1897), pp. 575-576, ove si afferma che il *subsequens matrimonium* non valga ad escludere la pena anche per i correi in caso di violenza di gruppo, nel caso in cui l'azione delittuosa sia imputabile separatamente a ciascuno: per la Corte, se il legislatore avesse voluto questo, l'avrebbe chiaramente espresso nell'art. 352 (secondo il brocardo *ubi voluit dixit, et ubi noluit tacuit*), tanto più che «[n]on sarebbe poi razionalmente concorso, a pro' di tutti questi autori individuali della congiunzione carnale, lo stesso principio di equità che concorre per colui che col matrimonio risarcisce l'offesa privata».

tale più non si può dire solo perché compiuto in luogo pubblico, come ad esempio, l'amoroso amplesso tra coniugi, altresì e molto più da atti di libidine contro natura, i quali sono essenzialmente immorali e che compiuti pubblicamente destano ribrezzo, oltraggiando il pudore, offendendo il buon costume, non vi ha chi non vegga che la sanzione di legge come si applica al primo, così e a più forte ragione deve applicarsi al secondo caso³⁰.

«Lettera e spirito» sono sovente ricostruite col richiamo ai lavori delle commissioni, alle relazioni ministeriali, ai lavori parlamentari, ma in questo caso, l'argomentazione di tipo genetico si spinge a indagare il fine di tutela, attraverso argomenti di tipo sistematico, che nel percorso logico del giudice sfruttano la *ratio* assunta dal legislatore a giustificazione di un novero di fattispecie astratte. Evidenzio che nell'ambito dei reati qui presi a riferimento, l'operazione dà adito a una percepibile "condivisione dei fini" da parte del giudicante, tendenzialmente rivelata anche dalle scelte retoriche nell'ambito della motivazione.

Le difficoltà interpretative, suscitate dalle ampie zone grigie normative, sono evidenti anche nel frequente ed espresso richiamo alla dottrina, in chiave di argomento pragmatico con richiamo all'*auctoritas*, usata ad avallo «personale» del ragionamento giuridico: dunque nelle motivazioni appaiono, anche riflettendo le diatribe dottrinali in corso, citazioni testuali dal Beccaria, parafrasi di scritti del Carmignani, menzioni di Carrara e Manzini, così come rimandi alla letteratura consiliare, a Giacomo Menochio e Giulio Claro soprattutto³¹.

³⁰ Cass. Pen., 12 luglio 1890, Ric. De Benedetti, Pres. Nobile, in «Monitore dei Tribunali», XXXI (1890), pp. 957-958: con un ragionamento sillogistico e *a fortiori*, che di fatto si spinge a cercare la *ratio* della previsione normativa ai fini della sussunzione della fattispecie concreta sotto una norma che fa impiego di espressioni generiche (non meramente generali), si apre la via a valutazioni morali che sono attribuite al (e condivise col) legislatore medesimo. Ricordo incidentalmente che le «relazioni omosessuali» inserite fra i reati dal progetto Appiani di codice penale del 1927 (in quanto rispondenti pienamente al «nuovo orientamento del regime fascista»), sono infine espunte: il «vizio» è più efficacemente emarginato mediante internamento in manicomio e confino di polizia (L. Benadusi, *Il nemico dell'uomo nuovo. L'omosessualità nell'esperimento totalitario fascista*, Milano 2005, *passim*).

³¹ Un esemplificativo florilegio (per la materia del ratto) si trova in Cass. Pen., 15 settembre 1905, Ric. Conti, Pres. Gui, in «Monitore dei Tribunali», XLVII (1906), pp. 117-118: ivi si afferma altresì, che la valutazione della durata della sottrazione o ritenzione ai fini della integrazione del reato *ex art.* 341 è affidata a «criteri di per sé incerti e mal sicuri», in un ambito che comporta il necessario «libero apprezzamento del magistrato per stabilire il rapporto tra il fatto e la legge, onde i dottori insegnavano a ragionare che in soggetta materia tutto è affidato al *giudizio di uomini prudenti...*». In alcune questioni non è infrequente il ricorso a passi del Digesto: ad esempio, il tema della deflorazione perché si configuri reato di violenza carnale consumato, fra fine '800 e primi '900 incontra descrizioni imbarazzate, tratteggiate attraverso richiami pudichi a brocardi latini e a passi ulpiane; altrettanto frequenti sono, in tema di ratto e con riguardo alla durata e finalità dell'abduzione ai fini della configurabilità del reato, i cenni alle Pandette così come alla trattatistica moderna (si veda, sempre in tema di ratto, la criticata pronuncia Cass. Pen., 27 settembre 1907, Ric. Desidera, Pres. Gui, in «Giustizia Penale», XIII (1908), cc. 130-132).

Nella prospettiva della stabilizzazione interpretativa, si colloca anche il frequente richiamo al precedente, con fine confermativo in questioni che generano contrasti giurisprudenziali, ed è riscontrabile soprattutto in corrispondenza di alcuni presidenti di Seconda Sezione (al cui ruolo sono assegnati i reati contro il buon costume): penso in particolare a Luigi Lucchini, sotto la cui presidenza, durata dal maggio 1907 all'ottobre 1913³² è assai ricorrente l'argomento inerziale del precedente proprio.

In ultimo, attraverso l'esame analitico dell'apparato argomentativo delle sentenze censite, è possibile apprezzare la rilevanza, nel percorso logico dei giudici, del fine punitivo e allo stesso tempo preventivo, in difesa della collettività (presente e futura) e del suo ordine. L'attività interpretativa è in effetti condizionata da una strategia essenzialmente teleologica che pervade il discorso giuridico. Ad essa si aggiunge, sul finire degli anni Venti e negli anni Trenta, anche una tendenziale adesione al sistema di valori «sacri» propugnato dal regime totalitario³³.

3.2. *Contenuti: fra ordine sociale e libertà individuale*

Ho così presentati, in via di sintesi, alcuni degli schemi argomentativi più ricorrenti nei casi di maggior complessità, ove l'elemento della morale, positivizzato nell'ordinamento, si identifica col «buon costume» e la «libertà sessuale» (concetto cristallizzato nel codice penale versione 1930)³⁴, col pudore e l'onore³⁵, ovvero quei valori fondanti la convivenza sociale e assunti (*in primis*

³² Per un'accurata biografia di Luigi Lucchini (1847-1929), amico e sodale di Zanardelli, che mette in luce le eclettiche capacità del giurista padovano e il suo temperamento risoluto, oltre a tratteggiare la sua poliedrica carriera, sviluppatasi fra avvento della sinistra storica e fascismo, in accademia, in magistratura e in politica, rimando a F. Venturini, *Luigi Lucchini, magistrato e politico*, in «Studi Storici», LI (2010), 4, pp. 881-934; indispensabile anche C. Latini, *Luigi Lucchini*, in *Enciclopedia Italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava Appendice: diritto*, Roma 2012, pp. 376-380. Evidenzia i profili d'eccellenza del giurista (fra i pochissimi magistrati di Cassazione «di nomina esterna») A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., *passim* e pp. 83 e 125.

³³ Come è stato rilevato, la Suprema Corte è, nei confronti del regime fascista, «tutt'altro che incline a contrastarne i disegni ed anzi sembrò interpretarne meglio d'altri corpi dello Stato l'effettivo indirizzo, secondando quegli'interessi dei quali più il fascismo si rendeva difensore» (O. Abbamonte, *Fra tradizione e autorità*, cit., pp. 870-871).

³⁴ Una 'libertà sessuale' che si identifica nella «intangibilità carnale della persona, contro le manifestazioni illecite dell'altrui libidine» e che si riferisce «ad ogni atto che costituisca manifestazione, normale o anormale, dell'istinto sessuale»; ma comunque l'obiettività giuridica dei reati contro la libertà sessuale deve ricondursi all'«interesse dello Stato di assicurare i beni giuridici della moralità pubblica e del buon costume» (V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., pp. 243-244).

³⁵ Che è «il bene giuridico più elevato della personalità umana», più della libertà individuale (Cass. Pen., 3 marzo 1922, Ric. Tallarico, Pres. Nonis, in «Giustizia Penale», XXVII (1922), cc. 568-569): argomentando sulla scorta del prevalente bene giuridico protetto, la Corte ritiene configurato il

dal legislatore) come comuni e condivisi, in quanto idonei a conservare, rafforzare e vivificare, nonché a controllare, la società medesima. Una morale convenzionale, che è imposta dal legislatore (quello penale in primo luogo) ma che è attuata e assicurata dalla giurisprudenza.

L'analisi effettuata dall'interno delle decisioni connotate da apparati argomentativi più complessi o riferite a casi da considerarsi più significativi, per le questioni giuridiche implicate (e le note a sentenza, spesso molteplici e anche assai articolate, hanno funto da efficace indicatore), svela un'alleanza fra modelli di ragionamento induttivo, deduttivo e retorico, sovente sbilanciata a sostegno della bontà morale e valoriale della soluzione interpretativa argomentata e trasfusa in motivazione.

E così, il soggetto passivo del reato, tipicamente femminile e di minore età, spesso non coincide con il soggetto propriamente offeso e non detiene il bene giuridico primariamente leso. Il corpo che subisce l'azione violenta o perversa del reo si trasfigura in strumento, dispositivo di amplificazione attraverso il quale sono lesi diritti che appartengono alla collettività, pertinenti alla sfera della sicurezza sociale e dell'ordine pubblico, al quale può in via generale ricondursi il buon costume tutelato dalla norma.

L'esigenza di reprimere le condotte antiggiuridiche che mettano a rischio o possano far vacillare la struttura sociale e i suoi canoni, per come trasfusi nell'ordinamento, è del tutto preponderante da un profilo finalistico e la libertà (costretta, violata o ignorata) del soggetto passivo è un tema minimamente rilevante, se non in negativo e di solito nella parte *in facto*³⁶. In effetti, evidenti varchi attraverso i quali il giudice di legittimità veicola l'elemento etico-morale sotteso all'argomentazione in punto di diritto, sono rilevabili nelle premesse fattuali che preludono alla motivazione o, in ogni caso, nei richiami alla fattispecie che paiono svolgere essenzialmente due funzioni, oltre a quella di assolvere all'onere di inquadrare la fattispecie.

Anzitutto, essi esplicano una funzione diretta (e consapevole): il richiamo alla ricostruzione fattuale di aspetti complessi, magari implicanti il ricorso a scienze medico-psichiatriche, dà adito alla Corte d'intervenire, pur riconoscendo trattarsi d'accertamento spettante ai giudici di merito, con l'evidente scopo di orientare *pro futuro* i criteri interpretativi della fattispecie concreta³⁷; ciò, particolarmente in caso di termini vaghi o giuridicamente

reato di atti di libidine violenti e non di mera violenza privata, nel caso di atti violenti osceni su una giovane.

³⁶ Il soggetto passivo ha opposto la necessaria resistenza? Il sonno o uno stato d'incoscienza può lasciar presumere un'eventuale incapacità a resistere? L'idiozia o imbecillità (nei loro vari gradi) della vittima, rilevano ove l'imputato sia «uomo di corto criterio e di mediocre moralità»? (Cass. Pen., 8 maggio 1933, Pres. Cannavina, in «Giustizia Penale», XXXVIII (1933), II, cc. 1166-1167).

³⁷ Interessante in tal senso un caso di ratto con inganno, in una fattispecie che per ben tre volte è

indefiniti impiegati dal legislatore, come il già menzionato pudore³⁸, o per avvalorare elementi di giudizio introdotti *ex novo* dal legislatore (soprattutto nella fase di transizione al codice Rocco) o tratti dalla maggiore dottrina³⁹, che

portata a conoscenza della Corte (provenendo dalle Corti d'Appello di Potenza, Aquila e Trani), nel quale si riconosce che «l'apprezzamento del giudice del merito sia sovrano e incensurabile finché si tratti di accertare le circostanze peculiari e contingenti dei fatti costituenti il sostrato della imputazione [...] non più quando esso si riferisca all'ordine generale e comune delle cose, che ognuno è in grado di valutare»; la Corte non esita poi a rimarcare in motivazione il suo ruolo di guida ermeneutica con un minaccioso «che il magistrato del merito dica schiettamente e francamente se intenda o no ribellarsi ai dettami della Corte Suprema e per essa della legge» (Cass. Pen., 28 dicembre 1910, Ric. Lepore, Pres. Lucchini, in «Giustizia Penale», XVI (1911), cc. 1327-1332).

³⁸ Domina, ad esempio, il principio per il quale elemento costitutivo del reato di 'oltraggio al pudore' sia, non tanto lo scopo dell'agente, quanto l'attitudine dell'atto stesso ad offendere il senso del pudore «a cui tutti i cittadini hanno diritto» e che si sostanzia in «quella impressione di disgusto che è base fondamentale del reato previsto all'art. 338», ma che non pare così univoca, dal momento che, in un caso può portare ad escludere l'oltraggio per palpeggiamenti in pubblico, compiuti nell'ambito di una perquisizione (Cass. Pen., 19 maggio 1891, Ric. Scaborro, Pres. Nobile, in «Monitore dei Tribunali», XXXII (1891), pp. 966-967), in altri, porta a identificarlo per un bacio in pubblico, come in Cass. Pen., 21 aprile 1891, Ric. Steri, Pres. Nobile, *ivi*, p. 886 o Cass. Pen. 18 gennaio 1907, Ric. Licciardo Pres. Gui, in «Monitore dei Tribunali», XLVIII (1907), p. 420. In quest'ultima decisione, dopo una lunga disquisizione sulle caratteristiche intrinseche del bacio, che è «privilegio speciale, concesso all'umanità perché possa, a differenza dei bruti, manifestare sensibilmente i sentimenti di puro affetto, ed è un atto per sè stesso equivoco», ovvero non univoco nel significato, si precisa che, non potendo esso costituire atto di libidine ai sensi e per gli effetti dell'art. 333 del codice, può però essere un'offesa al pudore, ove eseguito in pubblico, in quanto appartenente alla categoria degli «spettacoli inverecondi e capaci di eccitare, specialmente negli adolescenti, affetti e desideri sensuali». Il tema del bacio ritorna successivamente nella giurisprudenza della Suprema Corte, per la quale, però, «non potrebbe certamente un pregiudizio elevarsi alla essenza di oltraggio al pudore in pubblico secondo il C.p.» (caso Licursi, 1 marzo 1910, in «Giustizia Penale», XVI (1911), cc. 1224-1225), per un bacio dato in pubblico in terra calabra: che si tratti di ingiuria (come ritiene la Corte) e non di oltraggio al pudore è messo tuttavia in dubbio nella nota a sentenza, che biasima la sottovalutazione del contesto geografico, e dunque culturale, in cui il bacio in pubblico si è verificato, in quanto, «il giudice non può non tener conto della diversità di ambiente [...] e le norme del codice sono formule astratte, di cui l'applicazione trova spesso maggior luce nel riguardo a circostanze ambientali». Sul bacio torneranno altre sentenze anche nei decenni successivi, riconoscendone l'idoneità a configurare un oltraggio al pudore (si veda a titolo d'esempio Cass. Pen. Sez. I, 10 maggio 1929, Ric. Romeo, Pres. Bianchi, in «Giustizia Penale», XXXIV (1929), II, cc. 1024-1026).

³⁹ Ne offro alcuni esempi, che principalmente attengono alla nuova rilevanza assunta dagli studi criminologici e, più ingenerale, psico-antropologici, variamente assorbiti da ampia parte della dottrina giuridica. In generale, assume rilevanza argomentativa crescente e a tratti preponderante, soprattutto dagli anni '10 del Novecento, lo stato soggettivo del reo: si pensi alla causa d'onore, da accertarsi in via di fatto, avente un «fondamento morale e sociale» non rintracciabile né nella vendetta, né in «forme barbariche del diritto familiare», ma piuttosto in ragioni legate al «turbamento dello stato umano» che suscita ira e determina impeto di violenza (Cass. Pen., 21 ottobre 1932, Ric. Carpenteri, Pres. Marongiu, in «Giustizia Penale», XXXVIII (1933), II, cc. 1904-1906). Altresì interessante per la complessa motivazione, in cui l'elemento psichico diviene oggetto di analitici approfondimenti ai fini della identificazione dell'attenuante dei motivi di «valore sociale e morale» *ex art.* 62 del Codice Rocco, è Cass. Pen., 1° maggio 1936, Pres. Aloisi, in «Giustizia

abbiamo visto rappresentare sovente un faro argomentativo.

Le premesse in fatto, o comunque i dettagli fattuali (e narrativi) della vicenda *sub iudice*, paiono poi esercitare una seconda funzione, che potremmo definire indiretta: un'azione conformativa e performativa al contempo, esercitata aderendo al sistema di principi etici e morali assunti a riferimento dal legislatore e, al contempo, incessantemente e lentamente adeguando, per così dire, il testo (normativo) al contesto (sociale).

E così, attraverso espressioni colorite e metaforiche, sornione reticenze, sarcastici richiami agli amori letterari, che svelano spesso un atteggiamento paternalistico, è dalla parte narrativa, non infrequentemente ampia e dettagliata, che emerge, ad esempio, una precisa visione del femminile, secondo lo stereotipo passivo alimentato dalla criminologia (e dagli studi lombrosiani in particolare). È un soggetto fisiologicamente debole, che reca in sé un codice genetico di principî (onore, decoro, pudore), i quali costituiscono per la donna «il maggior presidio»⁴⁰ contro i reati qui considerati, che sono sanzionati in funzione del ruolo centrale della famiglia, del «sacrario familiare»⁴¹, come si legge nella giurisprudenza degli anni Trenta. Soprattutto

Penale», XLII (1937), II, cc. 19-23: «è al dinamismo dei sentimenti, delle emozioni delle associazioni psichiche che bisogna tenere fisso lo sguardo per discernere se a determinare il fatto delittuoso abbiano confluato, conflagrando, spinte spirituali di natura diversa per ciascuna delle quali la legge prevede una attenuante». Casi degni di nota concernono pure gli atti di libidine e la violenza carnale, in relazione alla impotenza a resistere del soggetto passivo (anche «fraudolentemente provocata»), ove il giudice di legittimità ricorre sovente a terminologia attinta dalla scienza criminologica, anche per sottili distinzioni fra passione, quale stato psichico (a tendenza degenerativa) e volontà: Cass. Pen., 10 marzo 1930, in «Giustizia Penale», XXXV (1930), I, cc. 1151-1152.

⁴⁰ Nella giurisprudenza degli anni '20 leggiamo: «il pudore è tale sentimento che è offeso, come dimostra la quasi istintiva reazione di ogni onesta fanciulla, da qualsiasi atto che, pur non avendo carattere sessuale, sia o appaia intenzionalmente diretto a violare quel riserbo e quella compostezza, che è come l'abito esteriore del costume sessuale» (la definizione è nella decisione Cass. Pen., 12 gennaio 1925, Ric. Furi, Pres. Manferoce, in «Giustizia Penale», XXX (1925), cc. 829-831).

⁴¹ Non a caso, l'onore violato, da cosa è ripristinato? Dal matrimonio conseguente alla violenza, che ripristina, appunto, l'ordine sociale, costituendo una nuova famiglia. Si giustifica così l'estensione dell'esimente anche ai correi della violenza, pur se, ovviamente, non hanno contratto il matrimonio. E ancora nel 1914, in tema di violenza carnale e *subsequens matrimonium*, la Corte abbraccia le parole della relazione di Zanardelli al progetto presentato nel 1887, affermando essere prudente «agevolare con la concessione dell'impunità la più grande riparazione che l'uomo possa dare alla donna da lui disonorata» (Cass. Pen., 4 aprile 1914, Ricc. Petri e Locatelli, in «Giustizia Penale», XIX (1914), cc. 641-642). Analogo richiamo testuale ritorna sul finire degli anni '20, in un caso di violenza di gruppo: qui, il matrimonio diviene «ravvedimento operoso», e determina l'esenzione dalla pena per tutti, anche se soggetti attivi e non solo agevolatori; in altra fattispecie, si afferma che l'interesse alla «costituzione di una nuova e regolare famiglia, sorpassa il semplice interesse privato della parte lesa» (Cass. Pen., 20 marzo 1929, Pres. Marconi, in «Giustizia Penale», XXXIV (1929), cc. 18667-1869 e nello stesso senso, ancora indagando lo «spirito» della disposizione codicistica, Cass. Pen., 17 Maggio 1929, Pres. Marconi, in «Giustizia Penale», XXXIV (1929), cc. 2021-2022, ove è ripreso lo stesso passaggio della relazione ministeriale riportato nella succitata sentenza del 1914). Il codice Rocco rafforza, poi, espressamente la funzione riabilitatrice, da un profilo sociale, del matrimonio

nel corso del '900, dalle pronunce emerge la famiglia anche come rigida gerarchia naturale dei rapporti (il padre è «il capo naturale»⁴²), che si appresta a divenire primo baluardo a difesa dei principi propalati dal regime, dopo che nel tempo si è registrata una dilatazione con finalità “garantista” del suo significato giuridico ai fini della sanzione penale, includendovi anche il convivente *more uxorio* attraverso argomenti sistematici⁴³.

L'entità della profanazione di questo ordine sociale e familiare presidiato dalla giustizia si misura anche attraverso un incontrovertibile indice: lo «scandalo». Le diverse declinazioni che assume l'elemento oggettivo dello scandalo in plurimi reati sono però sintomatiche delle difficoltà nell'individuare la sfera della morale la cui lesione è rilevante ai fini giuridici.

riparatore, prevedendo l'estinzione del reato per tutti i concorrenti, ma restano difficoltà interpretative per il caso di correi che siano al contempo autori principali.

⁴² Perché «l'andamento della famiglia, e la economia domestica abbiano unico indirizzo e non soffrano detrimento, il godimento della podestà durante il matrimonio, è esclusivamente del padre, che è il capo naturale della famiglia» (Cass. Pen., 13 maggio 1904, Ricc. Becucci e Salomoni, Pres. Petrella, in «Monitore dei Tribunali», XLV (1904), p. 978, anche nel «Foro Italiano», XXIX (1904), II, cc. 343-348). L'affermazione è estrapolata dalla parte motiva di una sentenza in cui sorge il tema della querela sporta dalla madre, pur esistendo in vita il padre: qui (ma *contra*, di lì a poco, Cass. Pen., 14 maggio 1906, Pres. Lucchini, in «Monitore dei Tribunali», XLVII (1906), pp. 738-739), per un caso «unico negli annali giudiziari», come afferma la stessa Corte, è ritenuta valida la querela della madre di una minore che ha subito reato di corruzione in cui è implicato il padre, il quale dunque si trova nell'impossibilità anzitutto morale di sporgere querela secondo il principio del *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, e pure nella impossibilità per «assurdità giuridica», che consiste di fatto in un conflitto d'interessi (in successivi casi simili, si argomenta per identità di *ratio* dalla previsione del codice di rito proprio in merito al conflitto d'interessi, da intendersi esteso anche alle «ragioni di incompatibilità esclusivamente morale»: si veda la significativa Cass. Pen., 11 marzo 1927, Ric. Campioni, Pres. Dobelli, in «Giustizia Penale», XXXIII (1928), II, cc. 258-259).

⁴³ Accade ai fini della sanzione dei maltrattamenti di «persone della famiglia» per il convivente *more uxorio*, alla luce del «contesto degli artt. 390 e 391» e in considerazione del fatto che non è possibile desumere argomenti contrari dai lavori preparatori (Cass. Pen., 28 giugno 1920, Ric. Romagnino, Pres. Nonis, in «Giustizia Penale», XXV (1920), cc. 845-847). Un caso non meno significativo di interpretazione quantomeno estensiva (del medesimo Presidente di Sezione, Nonis) è la innovativa sentenza emessa per una fattispecie di corruzione aggravata di minore che svolga attività di servizio domestico in famiglia, ove viene riconosciuto «anche indipendentemente da speciali pattuizioni e da corrispettivo del servizio, non soltanto l'obbligazione di corrispondere un bene economico, ma anche la corresponsione di doveri morali specifici, quale appunto quello della cura, vigilanza e custodia della domestica minore. Ciò che è da ritenersi perfettamente esatto dal punto di vista di quella valutazione di ordine etico e sociale che nella specie forma il substrato della correlativa valutazione del rapporto giuridico» (Cass. Pen., 9 gennaio 1920, Ric. Depanis, Pres. Nonis, in «Giustizia Penale», XXV (1920), cc. 796-797: decisione che è sì di «elevata moralità, ma esorbita dai limiti delle norme», si legge in nota). La figura del giudice Giuseppe Nonis, presidente della Seconda Sezione dal 1919, appare associata a svariate sentenze dotate di una certa portata “innovativa”; peraltro, non solo in materia di buon costume, ma anche nello spinoso ambito giuslavoristico, come dimostrano alcune sue sentenze del 1922, approfondite in C. Storti, *Lavoratori ribelli e giudici eversivi. Sciopero e licenziamento collettivo nella giurisprudenza di Cassazione tra 1900 e 1922*, in L. Lacchè, *Il diritto del Duce*, cit., pp. 26 ss..

La qualificazione dello scandalo che si evince dalle motivazioni è frutto del tipico argomento genetico-teleologico di cui s'è detto poco sopra: lo scandalo causa una «lesione dei diritti della società»⁴⁴ e pertanto il comportamento, che altrimenti rientrerebbe nella sfera delle azioni private, diviene lesivo di un diritto collettivo, e dunque da reprimere per interrompere gli effetti perturbanti della condotta. Lo scandalo esteriorizza condotte altrimenti destinate a restare riservate fra le mura domestiche, comunque nella sfera del privato, con ciò escludendone qualsivoglia rilevanza per il diritto.

La rilevanza pubblica, la visibilità (nella sua concreta dimensione sensoriale) e l'effetto di turbamento sociale sono una costante nelle argomentazioni logiche delle sentenze dei decenni considerati, ma «scandalo» è una parola (fondamentale per reati come l'incesto o l'adulterio) che attraverso l'interpretazione del giudice si riempie di significato, variando al variare del sistema di valori e del contesto sociale assunto a riferimento nelle pronunce della Cassazione⁴⁵. Al punto, che sovente si assiste a inversioni logiche, a motivazioni che, muovendo dall'aprioristico assunto della offensività della condotta, forzano le premesse argomentative, estendendo a dismisura gli elementi identificativi dello scandalo, anche interferendo con gli accertamenti di merito.

Peraltro, il giudizio, l'attività processuale celebrata di fronte al pubblico, nel caso dei reati contro il buon costume, determina esso stesso scandalo e «propalazione dell'offesa»: tutto, insomma, rimanda al rilievo pubblico dei reati considerati e dell'offesa da essi inflitta.

L'elemento della «pubblicità», emblematico della rilevanza collettiva del bene offeso e degli effetti potenzialmente dannosi per l'ordine espliciti del novero di reati considerato, è stato decisivo nelle valutazioni del legislatore⁴⁶,

⁴⁴ C. App. Milano, 1 dicembre 1896, App. Altigieri, Pres. Geloso Peralta, in «Monitore dei Tribunali», XXXVIII (1897), p. 535-536.

⁴⁵ È difficile delinearne con precisione i contorni dello scandalo e si ricorre pure a citazioni dantesche per descriverlo: «Ed è per effetto adunque del modo, *che ancor mi offende*, che deve aversi lo scandalo richiesto dall'art. 337 C.p. e così la violazione del diritto alla tutela del buon costume» (sentenza in una fattispecie d'incesto, emessa da Cass. Pen., 21 luglio 1911, Ric. Giambruni, Pres. Lucchini, in «Giustizia Penale», XVII (1912), cc. 340-343).

⁴⁶ Significativa, in proposito, la relazione del Guardasigilli Rocco, ove, illustrando le scelte normative relative all'incesto, pur collocato nel Titolo X del Libro Secondo («Dei delitti contro la famiglia»), così si spiega la versione definitiva dal testo: nel «Progetto preliminare avevo non soltanto mantenuto la disposizione, che punisce l'incesto, ma anche reso incondizionato il delitto, non più richiedendo che derivasse pubblico scandalo dal modo col quale avviene l'incesto. Mi ero a ciò indotto per lo scopo di una più efficace tutela dell'interesse eugenico a evitare la decadenza, che le procreazioni tra consanguinei possono determinare nella razza. Una ulteriore meditazione ha fatto prevalere nell'animo mio l'identica preoccupazione che indusse, nel Codice Zanardelli, a condizionare il reato al pubblico scandalo. Gravissimo, per le funeste conseguenze che possono derivarne, è il pericolo di aprire l'adito a indagini nell'interno delle famiglie. Ne seguirebbe un danno incalcolabile alla morale pubblica» (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*,

così come resta determinante nelle argomentazioni dei giudici, che si appigliano per via logico-deduttiva ad alcuni indici normativi da cui desumere 'principi' immanenti all'ordinamento. Si tratta di indici che si rintracciano nelle fattispecie di reato normate, come nel caso di oltraggio al pudore: qui il fatto che il legislatore abbia escluso la punibilità in caso di atti commessi in privato è argomento genetico *a contrariis*, idoneo ad affermare che tali atti debbano essere pubblici per rilevare penalmente.

Altri importanti indici sono desunti in via sistematica, anche ampliando la prospettiva dell'interprete sino ad accogliere il codice di rito o comunque disposizioni e regole di natura procedurale, che «per ragioni di pubblica morale» mirano a impedire che sia ancor più lesa la sensibilità collettiva, attraverso un'ulteriore pubblicità e notorietà dei fatti già in sé socialmente perniciosi.

Fra gli argomenti addotti in tal senso dai giudici di legittimità, la procedibilità, a querela (con relativa remissibilità) o d'ufficio, appare spesso dirimente: l'opzione del legislatore è letta e impiegata, da un profilo argomentativo, quale indice di maggiore o minore impatto del reato sulla morale collettiva. Porto in tal senso l'esempio del *subsequens matrimonium*: al riguardo, gli orientamenti circa l'effetto riparatore non sono univoci nel caso in cui la violenza carnale sia procedibile d'ufficio perché commessa in pubblico, e pertanto da ciò possa desumersi un già intervenuto, dunque appunto irreparabile, danno alla collettività.

Inversamente rileva la querela (e la sua remissione). Essa ha notevole rilevanza argomentativa, che trascende gli eventuali motivi di ricorso connessi ad irregolarità formali o decadenze: dalla procedibilità a querela è infatti desunta la volontà del legislatore di affidare alla scelta privata l'avvio del procedimento, per «non attirare la gran luce della giustizia [...] sopra i travimenti della vita intima»⁴⁷. Pertanto, una volta apertosi il dibattito non vi può più essere remissione. E ancora negli anni Venti tornano le stesse

vol. V: *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, parte II: *Relazione sui Libri II e III del Progetto*, Roma 1929, pp. 346-347).

⁴⁷ Così è affermato, sulla scorta della volontà del legislatore nella sentenza Cass. Pen., 17 luglio 1922, Pres. Nonis, in «Giustizia Penale», XXVII (1922), cc. 1015-1017. Aggiungo che il diritto a querelare identifica il soggetto titolare del bene offeso: di qui, la significativa casistica in tema di soggetti legittimati alla querela, per reati, come l'esemplare ratto, in cui il soggetto passivo non coincide col titolare del bene giuridico leso. La giurisprudenza non è uniforme e nel tempo oscilla, fino al codice Rocco, con il quale la querela può essere presentata per l'esigenza di tutelare «l'onore e il decoro della famiglia» (solamente) dal «genitore», ove la dicitura generica comprende sia il padre che la madre, non avendo ritenuto il legislatore di «subordinare tale materia a considerazioni meramente formali di costruzioni simmetriche degli istituti giuridici e subordinare gli interessi punitivi alle vedute particolaristiche del capo famiglia» (Cass. Pen., 31 maggio 1933, Ric. Pacini, Pre. Saltelli, in «Giustizia Penale», XXXVIII (1933), II, cc. 974-976).

espressioni riscontrabili nella giurisprudenza ottocentesca, espressioni che rimandano alla pubblicità del giudizio, al fatto che, una volta avviata la cruda macchina della giustizia penale, prevalga l'interesse «sociale che la giustizia compia il suo corso, perché sia data alla moralità, offesa da un fatto reso pubblico, la dovuta riparazione»⁴⁸.

4. *Continuità e transizioni*

Da quanto emerso, posso provare a trarre alcune prime e parziali conclusioni che rappresentano anche un nuovo punto di partenza, per proseguire l'indagine sulle fonti lungo ulteriori e nuove tracce.

Ebbene, attraverso l'analisi delle motivazioni e dei passaggi argomentativi sviluppati nelle decisioni considerate, la giurisprudenza appare tendenzialmente attenta al rispetto del dato letterale e della *voluntas* del legislatore, quindi tesa a confermare il proprio ruolo di custode dei valori, sia in piena età liberale, sia negli anni d'avvio del regime fascista: la certezza è conferita al sistema dal legislatore, la stabilità dall'interpretazione, e pertanto da un'applicazione tendenzialmente uniforme delle norme⁴⁹.

Tuttavia, le formule e il lessico impiegati dal legislatore paiono talora lasciare margini, ove l'ancoraggio interpretativo appare scivoloso e sfuggente anche a chi è chiamato a decidere. In tali casi, il processo interpretativo e il ragionamento giudiziale che trovano esito scritto in sentenza, lasciano maggiormente trapelare scelte assiologiche che sono prontamente ricondotte al legislatore attraverso strategie logico-deduttive ricorrenti, ma che in un campo così sensibile al quadro meta-positivo di contesto, sono sovente affidate alla 'scoperta' del giudice fra le pieghe dell'ordinamento.

Accanto al ruolo statico di conservazione e consolidamento del sistema, vi è, del resto, la consapevolezza, da parte della magistratura, del suo indefettibile ruolo di interprete anche del tessuto sociale sul quale il *decisum* produrrà effetti. Un provvedimento giurisdizionale deve essere «compreso» nella comunità di riferimento anche attraverso la giustificazione che della decisione controversa è fornita: pena il rischio dell'inattuazione (in senso repressivo e preventivo). Una sentenza, e allora la sua argomentazione, deve essere condivisa, o meglio condivisibile, capace in definitiva di essere considerata giusta; ciò, particolarmente nell'ambito dei reati qui considerati. E, di questo, in piena età liberale, ma anche negli anni Venti e Trenta, pare esservi coscienza nei giudici.

⁴⁸ Cass. Pen., 17 luglio 1922, Pres. Nonis, in «Giustizia Penale», XXVII (1922), cc. 1015-1017.

⁴⁹ Un aspetto che è anche rapporto fra poteri (e fra saperi), al quale possono fare da sfondo le più ampie e paradigmatiche riflessioni di Z. Bauman, *Legislators and Interpreters. On Modernity, Post Modernity and Intellectuals*, Cambridge 1987.

Si è rinvenuto anche un intenso sforzo interpretativo nelle fasi di passaggio, durante le quali, dalle variazioni del dettato normativo scaturiscono dubbi di complessa soluzione, che la successione delle norme nel tempo (pensiamo alla *reductio ad unum* dei molteplici sistemi normativi penalistici introdotta col codice Zanardelli, ma anche alle novità e alla risistemazione dei reati determinata dall'entrata in vigore del codice del 1930) propone all'attenzione della magistratura, non solo nell'immediatezza dell'entrata in vigore di un nuovo testo, ma anche per molti anni a seguire.

Una magistratura che, lo preciso in via conclusiva, per comodità abbiamo immaginato monolitica e spersonalizzata, ma che, attraverso l'esame analitico delle sentenze e delle motivazioni, rivela come prestigiose personalità abbiano connotato di sé e della propria impostazione gli orientamenti interpretativi, anche determinando *revirement* o brusche sterzate d'indirizzo. Osservare il lavoro svolto nei decenni da una medesima Sezione, la seconda, della Cassazione ha consentito anche l'empirico apprezzamento di un simile dato, che ritengo meriti una sua propria prospettiva d'indagine e studio.

Per i temi specifici qui coinvolti, ad esempio, mi è parsa sonora la transizione, in particolare, dalla presidenza Lucchini a quella di Raffaele Garofalo⁵⁰, sia dal profilo dell'orientamento ermeneutico, sia considerando i modelli argomentativi e lo "stile" delle pronunce. Tipico delle sentenze emesse durante la presidenza del primo è il richiamo ai precedenti proprii⁵¹, nonché la ricostruzione particolarmente dettagliata e attenta della genesi delle norme⁵² (alla quale, del resto, Lucchini ha attivamente partecipato); può

⁵⁰ Senza addentrarmi in richiami alla Scuola Positiva, per i quali mi rifaccio alle indicazioni bibliografiche generali già fornite *supra*, alla nota n. 4, mi limito qui a un riferimento biografico utile per illuminare la figura del giurista e criminologo napoletano, vissuto fra 1851 e il 1934), rimandando a F. Venturini, *Raffaele Garofalo magistrato: un conservatore dalla "scuola positiva" al fascismo*, in «Le Carte e la Storia», 2010, 2, pp. 164-180 e a M.N. Miletta, *Garofalo, Raffaele*, in *Dizionario Biografico di Giuristi Italiani*, cit., I, pp. 947-951.

⁵¹ A titolo esemplificativo, menziono la decisione Cass. Pen., 2 dicembre 1907, Ric. Santangelo, Pres. Lucchini, in «Giustizia Penale», XIV (1908), cc. 275-277: in tema di ratto consensuale, oltre ai «precedenti storici» dell'articolo, richiama proprie decisioni assunte ad esito dei ricorsi Ponturo (ivi, c. 251), D'Ignazio (in «Giustizia Penale», XII (1907), c. 97), Lupi (ivi, c. 456) e Lo Giudice (in «Giustizia Penale», IX (1905), c. 1235).

⁵² Fra i numerosissimi esempi adducibili, riprendo la pronuncia Cass. Pen., 25 novembre 1910, Ric. Nueti, Pres. Lucchini, in «Giustizia Penale», XVI (1911), cc. 715-718, in tema di corruzione di minore: Lucchini ricorda che la previsione normativa (l'art. 335) è stata un'innovazione del legislatore che ha incontrato molti contrasti, con riguardo in particolare all'ipotesi – poi non accolta nel testo definitivo – di ripristino del reato di seduzione sotto promessa di matrimonio, previsto nel codice penale sardo; i contrasti sono riportati da Lucchini in sentenza, anche stralciando parte delle discussioni in Senato. In questa sentenza, l'argomentare si fa interessante, giacché dall'abolizione del delitto di seduzione, la Corte inferisce la corretta interpretazione del termine 'corruzione', da non intendersi come mera seduzione, ma come «la più grave offesa alla personalità intera della minore corrotta [...] perciò sarebbe incivile l'impunità di coloro che non si limitano alla persuasione, ma ottengono il soddisfacimento dell'appetito carnale ricorrendo a mezzi più deplorabili, più

rilevarsi altresì la tendenza a forzare l'argomentazione con accenti e coloriture retoriche molto marcate.

Quando a Lucchini, nell'ottobre del 1913 succede Garofalo, più «sostanzialista»⁵³, la linea della Seconda Sezione muta, sia nelle scelte interpretative, sia nello stile meno retorico e più asciutto, sia nell'argomentare, arricchendosi di spunti sociologici e di contesto e svelando una maggior attenzione per i principi sottesi all'ordinamento. Anche nella fase di transizione che prelude al consolidarsi del regime fascista, ulteriori tangibili differenze fra orientamenti della medesima Sezione, corrispondenti a diversi presidenze, possono essere colte attraverso l'analisi delle parti motive e ricondotte a magistrati dalla spiccata individualità. Ma, come dicevo, qui mi limito a indicare una traccia che conduce a ulteriori piste d'indagine, tutte da battere.

Certamente le linee di sviluppo riscontrate nel corso dell'indagine appaiono, in linea generale, piuttosto allungate nel tempo.

Se guardiamo ai cambiamenti, o ai tentativi di cambiamento, da un profilo interpretativo, con riguardo ai reati considerati, essi appaiono di lenta e graduale affermazione, rivelando una certa viscosità (che è anche quella dei modelli sociali di riferimento), nel senso del tendenziale mantenimento degli assetti e delle soluzioni giurisprudenziali. Improvvise discontinuità sono più spesso riconducibili a impulsi isolati e personali, non necessariamente connesse a passaggi macroscopici, quale può essere l'entrata in vigore del nuovo codice. Sono cambiamenti, se pur lenti, e discontinuità rese possibili dallo iato, talora ampio, fra fattispecie normativa e fattispecie concreta, uno spazio che tende ad essere colmato con costruzioni argomentative (talora criticate pesantemente nelle note a sentenza, sempre più ficcanti e intransigenti, nei confronti di presunte arbitrarieità giudiziali) che, sebbene ancorate al dato normativo anche sistematico e alla volontà del legislatore, lasciano intravedere interventi più sostanziosi e “creativi” dell'interprete.

antisociali, più temibili. Tale è la genesi dell'art. 335 c.p.».

⁵³ Cito, in particolare, fra le pronunce significative del suo *stylus* decisamente più sobrio e orientato alla individuazione di principi impliciti nell'ordinamento, Cass. Pen., 13 luglio 1914, Ric., Cappelletta, Pres. Garofalo, in «Giustizia Penale», XIX (1914), cc. 1458-1465, ove è espressamente riconosciuto il minore orfano quale titolare della facoltà di esercitare *jure proprio* «quegli atti necessari al ristabilimento del suo diritto leso dal fatto delittuoso altrui. Ritenere, al contrario, che il minore, per ciò solo che fu temporaneamente sprovvisto di colui che integra la sua personalità giuridica ed esercita su di essa i diritti e i doveri della patria potestà nel momento della perpetrazione del detto reato, sia *res nullius* e quindi possa essere legittima preda del primo occupante, al quale sia così lecito calpestare impunemente tutti i diritti della sua personalità fisica e morale, e impunemente commettere delitti in danno di essa, è concetto non degno di una società civile; come non è degno il disconoscimento, non ostante i nuovi insegnamenti di questa S.C. del diritto del minore rapito, che è il vero soggetto passivo del reato, di produrre validamente querela».

Il diritto interviene dove il comportamento dell'individuo, che altrimenti atterrebbe alla sfera privata della morale, può causare un danno alla collettività e tale passaggio è evidenziato dalla giurisprudenza stessa. Ma la scelta dell'obiettività giuridica da tutelare risponde a criteri assiologici che un dato codice etico-morale presuppongono; un codice sostanzialmente stabile, ma non definitivamente fissato nello spazio e nel tempo, e che può subire (come ha subito) condizionamenti esogeni, di connotazione marcatamente ideologica.

Con l'argomentazione prevalentemente genetico-teleologica la giurisprudenza ha così integrato il diritto positivo. Il tentativo di "asetticità" normativa (perché l'elemento morale è colto e rappresentato, particolarmente in età liberale, come contaminante la pura giuridicità della norma) è per definizione velleitario e di fatto ha ampliato lo spazio d'intervento della giurisprudenza. Ad essa, come tipicamente accade in presenza di norme vaghe e lacune, finisce così per essere lasciato un significativo margine interpretativo, che veicola incessantemente le variabili socio-culturali e le istanze etico-ideologiche del contesto.

È dunque una lenta transizione, con pochi sussulti, radicata nella conservazione e nella tradizione, quella che possiamo osservare anche per quanto concerne i modelli e le strategie argomentative adottate nelle decisioni della Suprema Corte. Il mutamento inizia a registrarsi dagli anni Venti, nel corso dei quali i diritti e le libertà individuali s'avviano ad una autonoma e prioritaria valorizzazione anche da un profilo logico, in prospettiva ontologica. Il modello argomentativo, affinando gli schemi rodati nei decenni precedenti, appare così pronto per la nuova fase costituzionale, ove i principi rilevanti diventeranno quelli «fondamentali», alimentando nuove confluenze così come nuove interferenze fra morale e diritto.