

Emilia Musumeci

“Il funesto delitto”: il contagio e l'imbarazzo dei giuristi

SOMMARIO: 1. Il veleno eterno della pestilenza - 2. La peste venerea e la 'nascita' del delitto di contagio: il panorama preunitario - 3. Il delitto di contagio nel codice Zanardelli e nella prassi giurisprudenziale otto-novecentesca - 4. Il contagio nel laboratorio dei giuristi 5. Dentro il caleidoscopio giuridico.

ABSTRACT: The aim of this paper is to retrace the origins and the development of the crime of contagion in order to understand how legislation, jurisprudence and legal science have attempted to handle with such 'invisible enemy', with specific regard to Italian criminal law in the 'long XIX century'. After analysing the roots of this crime, traceable in the era of the great plagues, it will be examined how the contagion of venereal diseases in Italian pre-unitarian codification and in the Zanardelli Code (1889) has been slowly transformed into a crime against public morality (aggravated sexual assault or rape) or against the person (as a crime of corporal lesion aggravated by the inception of a disease.)

KEY WORDS: Plague and Jurists; Trials of the plague-spreaders; Crime of Contagion of Venereal Disease; Pre-unitarian penal codes; Zanardelli Code.

1. Il veleno eterno della pestilenza

La paura del contagio richiama inevitabilmente alla mente le grandi pestilenze e le risposte che con fatica cercarono di fornire i giuristi a tali epocali eventi. La *peste*, intendendo con tale termine ogni tipo di sconosciuta e devastante epidemia che ha periodicamente flagellato anche le più grandi e fiorenti civiltà fino al punto di annientarle, ha, infatti, del tutto trasfigurato il diritto in ogni suo aspetto. Come lamentava nel 1714 Ludovico Antonio Muratori (1672-1750), “letterato nel senso settecentesco del termine, e perciò ben attento alla dimensione giuridica”¹, nel suo colto lavoro sulla peste e dei mezzi politici e giuridici per arrestarla, la diffusione di tale morbo è un evento così devastante da mutare in peggio non solo il corpo degli uomini ma anche i loro più intimi sentimenti: “l’Apprensione, il Terrore, e la Malinconia sono anch’essi una Peste ne’ tempi di Peste”². Circa sessant’anni più tardi, nel 1780, Gaetano Filangieri (1753-1788)³ non esitava a definire il più funesto tra i delitti contro

¹ I. Birocchi, *Muratori, Ludovico Antonio*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologna 2013, II, p. 1397; Su Muratori si veda altresì E. Tavilla, *Ludovico Antonio Muratori*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Ottava appendice, *Diritto*, Roma 2012, pp. 237-240 e G. Imbruglia, *Muratori, Ludovico Antonio*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 77 (2012), pp. 443-452.

² L.A., Muratori, *Del governo della peste e della maniera per guardarsene* [1714], Milano 1832, p. 48. Per un’analisi critica di tale trattato cfr. *Il buon uso della paura: per una introduzione allo studio del trattato muratoriano «Del Governo della peste»*, Firenze 1990.

³ Sulla figura di Filangieri e la sua funzione come giurista di riferimento nel mutamento legislativo e culturale tra Sette e Ottocento, si rinvia a S. Cotta, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, Torino 1954; G. Galasso, *La filosofia in soccorso de’ governi: la cultura napoletana del Settecento*, Napoli 1989; R. Romeo, *Illuministi meridionali*, in M. Fubini (cur.), *La cultura illuministica in Italia*, Torino 1957, pp. 163-188; P. Alvazzi del Frate, *Gaetano Filangieri et l’interprétation de la loi: la tradition italienne et l’influence de la doctrine*

la salute pubblica⁴.

Ben prima che giuristi e pensatori di questo calibro percepissero l'importanza di tale problema, le grandi pestilenze avevano messo a dura prova per la tenuta delle principali istituzioni (dalla Chiesa ai detentori del potere temporale). Il riferimento è ovviamente alla terribile e leggendaria *peste nera* o peste bubbonica diffusasi rapidamente in tutta l'Europa dal 1347. Seconda a numero di vittime solo alla grande "peste di Giustiniano" del 541-542 d.C.⁵, la peste nera nel giro di due-tre anni falciava un quarto della popolazione⁶ riuscendo a fare più morti delle altre due sciagure (guerra e carestia) tanto da potersi parlare della "gran moria del Trecento"⁷. Vi fu un mutamento epocale anche di tipo antropologico di fronte all'*enigma* della peste, come se fosse un qualcosa di soprannaturale⁸. La peste nera venne non a caso considerata, sin dalla notte dei tempi, come si legge già nell'*Iliade*⁹ e ancora per molti secoli, un castigo divino¹⁰ di fronte al quale anche medici e preti si trovano impreparati¹¹. In un quadro apocalittico quanto desolante i giuristi non potevano esimersi dallo svolgere un ruolo chiave, sebbene giungendo un po' in ritardo rispetto a medici e preti. Durante la grande epidemia trecentesca così come con l'insorgere delle altre pandemie che nei secoli funestarono la nostra penisola come la peste di Venezia (1478), di Napoli (1493) e di Milano (la c.d. Peste di S. Carlo del 1576-77 e quella di "manzoniana" memoria del 1629-30), i giuristi dovettero fronteggiare di volta in volta l'emergenza con misure straordinarie meramente transitorie o drastiche modifiche. Si sviluppò innanzitutto un notevole apparato di norme e istituti parecchio avanzati e ruotanti attorno all'organizzazione sanitaria, come il Magistrato della Sanità a Venezia

française au XVIIIe siècle, in *Les grands juristes, Actes des journées internationales de la Société d'Histoire du Droit (Aix-en-Provence, 22-25 mai 2003)*, Aix-Marseille 2006, pp. 129-136; A. Trampus, *Gaetano Filangieri, Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 253-256, nonché, in maniera specifica, sull'apporto di Filangieri nel panorama dottrinale sul procedimento accusatorio e inquisitorio, E. Dezza, *Note su accusa e inquisizione nella dottrina settecentesca*, in L. Berlinguer-F. Colao F. (curr.), *Illuminismo e dottrine penali*, Milano 1990, pp. 209-223.

⁴ G. Filangeri, *La scienza della legislazione* [1780], Firenze 1872, II, p. 378.

⁵ A tal riguardo, nonché più in generale sulle pandemie occorse nell'età antica, si veda L.K. Kittle (cur.), *Plague and the End of Antiquity: The Pandemic of 541-750*, Cambridge 2007.

⁶ Cfr. L. Del Pantà, *Le epidemie nella storia demografica italiana (secoli XIV-XIX)*, Torino 1980, p. 116.

⁷ G. Cosmacini, *Storia della medicina e della sanità in Italia*, Roma-Bari 1987, p. 5.

⁸ Cfr. S. Givone, *Metafisica della peste. Colpa e destino*, Torino 2012, il quale, facendo interagire estetica, filosofia e letteratura si interroga sulla peste come infezione più della mente che del corpo poiché simbolicamente rappresenta il fato, il destino o la maledizione che grava sull'essere umano in quanto mortale.

⁹ Com'è rintracciabile nel libro I dell'*Iliade* all'origine della peste vi erano le micidiali frecce scagliate da Apollo, dio della salute ma al contempo portatore di tale terribile malattia. Cfr. W. Burkert, *La religione greca di epoca arcaica e classica*, Milano 2003², p. 292 (ed. or., *Griechische Religion der archaischen und klassischen Epoche*, Stuttgart-Berlin-Köln 1977).

¹⁰ V. *amplius*, F. Manconi, Castigo de Dios. *La grande peste barocca nella Sardegna di Filippo IV*, Roma 1994, pp. 314-323.

¹¹ Occorrerà aspettare fino al 1894 quando il bacillo della peste venne finalmente isolato dal medico franco-svizzero Alexander Yersin e così denominato *Yersinia pestis*. Cfr. R. Delort, *La peste ovvero il topol*, in J. Le Goff-J.-C. Sournia (curr.), *Per una storia delle malattie*, Bari 1986, p. 160. (ed. or., *Les maladies ont une histoire*, Paris 1985).

e a Firenze o le Deputazioni Sanitarie a Pisa, Pistoia e Pontremoli con compiti soprattutto di polizia sanitaria¹². Gli Uffici di Sanità, specie nell'Italia settentrionale, si trasformarono da istituzioni temporanee e ancora arcaiche in istituzioni permanenti e sempre più votate alla profilassi¹³. Tuttavia la prevenzione del contagio avveniva con una fitta rete di controlli sanitari, sbarramento dei passi e dei porti, quarantene anche nel Regno di Napoli: dopo la disastrosa epidemia del 1493 che aveva colpito la città di Napoli, il ripresentarsi di una nuova epidemia nel 1522-23 costrinse Charles De Lannoy, appena nominato da Carlo V viceré, ad adottare una politica sanitaria senza precedenti per il territorio¹⁴.

Con l'avvento di tale perniciosa malattia del resto si abbandonò definitivamente, il modello di controllo che Michel Foucault in maniera come sempre suggestiva definì dell'*esclusione del lebbroso* a vantaggio del nuovo modello dell'*inclusione dell'appestato*¹⁵. Al posto della *marginalizzazione* si assisteva alla nascita delle tecnologie positive di potere con il complicato sistema gerarchico delle *quarantene*¹⁶.

Al di là degli ovvi provvedimenti che riguardavano in maniera specifica l'emergenza sanitaria (come l'istituzione e l'ampliamento di lazzaretti e sanatori) i maggiori mutamenti a livello politico-sociale e istituzionale avvennero in Italia sul finire dell'età comunale. La grande epidemia di peste nera giunse in concomitanza con la crisi delle istituzioni comunali cui si assistette nella seconda metà del Trecento e, coniugandosi con i conflitti e le carestie, finì con accelerare i processi già in atto, lasciando da un lato che governi signorili oligarchici potessero stabilizzarsi e, dall'altro che si accentuasse una già latente instabilità politica. In tale *temperie* con la peste sorsero una serie di problematiche giuridiche derivanti dalla situazione emergenziale dovuta al contagio e che interessava ogni ambito del diritto: dall'opportunità di giustificare o meno inadempimenti contrattuali alla problematica sospensione della decorrenza dei termini fino alla necessità di dover sottoporre a tassazione anche categorie prima escluse grazie a vari privilegi, passando per i delicati temi del rapporto tra i coniugi (ad esempio, le questioni attinenti l'obbligo di assistenza del coniuge infermo e la sua operatività anche in tempo di contagio), la materia testamentaria oltre che le problematiche strettamente legate all'amministrazione della giustizia (sospensione delle udienze e prescrizione) e così via¹⁷. I giuristi, dopo un iniziale spaesamento, si trovarono a dover fronteggiare con il loro sapere quest'emergenza che travalicava le questioni squisitamente sanitarie. Non è un caso se nel corso del Quattrocento vi fu un fiorire di studi su tale materia: dai primi commentari (specialmente in ambito civilistico) in cui i giuristi si cimentavano ad adeguare i frammenti del *Corpus iuris* alle nuove esigenze nate dalla pestilenza fino alle trattazioni più compiute sull'argomento

¹² Su tali temi si rinvia a C.M. Cipolla, *Contro un nemico invisibile. Epidemie e strutture sanitarie nell'Italia del Rinascimento* [1985], Bologna 2007.

¹³ Cfr. C.M. Cipolla, *Miasmi e umori* [1989], Bologna 2012, pp. 11-12.

¹⁴ V. *amplius*, P. Lopez, *Napoli e la peste, 1464-1530. Politica, istituzioni, problemi sanitari*, Napoli 1989, pp. 278-310.

¹⁵ Cfr. M. Foucault, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*, Milano 2000, pp. 47-50 (ed or., *Les anormaux. Cours au Collège de France. 1974-1975*, Paris 1999).

¹⁶ Ivi, p. 50.

¹⁷ Su tali aspetti si veda, più diffusamente, M. Ascheri, *I giuristi e le epidemie di peste (secoli XIV-XVI)*, Siena 1997, pp. 63-116.

oltre che i numerosi *consilia* occasionati dal contagio. Bisognerà però aspettare ancora un po' affinché i tempi siano maturi per un approccio più sistematico ovvero con la forma del *tractatus*¹⁸. In tal senso spicca lo sforzo del giurista pavese Gianfrancesco Sannazari della Ripa (1480-c. 1535)¹⁹ che per primo decise di mettere insieme gli sparsi *remedia* e *consilia* in un unico *tractatus iuridicus de peste* che, ricalcando le analoghe trattazioni apparse in campo medico, doveva dedicarsi però non tanto a un singolo istituto quanto agli svariati profili giuridici connessi al tema della peste. A questo nel corso del Cinquecento ne seguirono molti altri: dalla bozza di *Tractatus* del fiorentino Silvestro Aldobrandini (1499-1558)²⁰, mai dato alle stampe, alla ben più nota opera *Tractatus legalis de peste*²¹ di Girolamo Previdelli (1496-c.1534), giurista reggiano operante a Bologna che pubblicava quasi in contemporanea al Ripa (tra il 1522 e il 1523) ritenendo che ormai quella che i “*novi casus emergentes*” a causa della peste non potevano più essere ignorati dai *doctores* più diligenti²².

Si affermò, infatti, pian piano fino a consolidarsi del tutto nel corso del Seicento la convinzione che non solo i medici ma anche i giureconsulti e i magistrati dovessero con il proprio sapere porre un freno o comunque cercare di porre rimedio al rischio sanitario come risulta dalla complessa e voluminosa opera²³ di Girolamo Gastaldi (1616-1685). Quest'ultimo ben prima di divenire cardinale era già stato commissario per governo della sanità a Roma durante l'epidemia del 1656 quindi era ben addentro a tutte le questioni giuridiche e politiche sollevate da una siffatta emergenza a partire dai bandi e dagli editti pubblicati in occasione del contagio spesso tesi ad una sorta di “pulizia sociale” nei confronti di vagabondi, mendicanti, prostitute, zingari, ebrei e ogni altro soggetto visto con sospetto²⁴, anche mediante il ricovero coatto nei temibili lazzaretti, più anticamera della morte che luoghi di cura cui difficilmente giungevano appartenenti delle classi più agiate²⁵. La popolazione (e in particolare i ceti meno abbienti) venne, difatti, soggetta a vari espedienti “purificativi” non solo da possibili contaminazioni igieniche ma anche sociali²⁶.

Malgrado tali dotti studi, la terribile pestilenza, il cui acme si registrò in molte città

¹⁸ J.F. de S.N. Ripa, *Iuridicus de peste tractatus editus per excellentem iureconsultum d. Io. Franciscum de Sacto Nazario cognominatum de Ripa civem papiensem iura interpretantem in florenti academia Avenionensi impressum fuit praesens opus in civitate Avenioni per solertem impressionem magistrum Iohannem de Channey anno domini 1522, die 12 septembris, Avignon 1522.*

¹⁹ Cfr. M. Ascheri, *Sannazari della Ripa, Gianfranco*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., II, pp. 1789-1790.

²⁰ P. Carta, *Aldobrandini, Silvestro*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., I, p. 35.

²¹ H. Previdellus, *Tractatus legalis de peste, in quo continetur quid de iure fieri debeat et possit, tam circa ea, quae salubritatem civitatum respiciunt, quam circa ultimas voluntates, iudicia, et ceteros actus inter vivos, tempore quo peste affligimur*, Hieronymus de Benedictis, Bononiae 1524.

²² Cfr. A. Pastore, *Le regole dei corpi. Medicina e disciplina nell'Italia moderna*, Bologna 2016, p. 38.

²³ H. Gastaldi, *Tractatus de auertenda et profliganda peste politico-legalis eo lucubratus tempore, quo ipse Loemocomiorum primò, mox Sanitatis Commissarius generalis fuit, peste urbem inuadente anno MDCLVI & LVII*, Typographia Manolessiana, Bononiae, 1684.

²⁴ Cfr. A. Pastore, *Le regole dei corpi*, cit., pp. 46-48.

²⁵ Cfr. R. Canosa, *Tempo di peste. Magistrati ed untori nel 1630 a Milano*, Roma 1985, pp. 11-12.

²⁶ Lo segnalava, tra gli altri, L.A., Muratori, *Del governo della peste*, cit., p. 48.

italiane²⁷ nel Seicento, colse ancora una volta impreparati i giuristi. Questi ultimi anziché mettere a frutto quanto già saggiamente indicato dai giureconsulti delle epoche precedenti sembrarono perdersi nel vortice di un aumento esponenziale, da un lato, di provvedimenti emergenziali che finivano per scardinare le certezze tranquillizzanti di istituti e pratiche consolidate, e, dall'altro, dai veri e propri episodi di panico collettivo generati dal timore di una diffusione ad arte del contagio da parte di pochi ma pericolosi perturbatori della salubrità del corpo sociale²⁸. L'aumento della litigiosità, la mancanza di certezza delle rispettive soluzioni giuridiche, i provvedimenti emergenziali e le inevitabili infrazioni delle stesse non potevano non mettere in crisi il sistema già precario della giustizia dell'età moderna oltre che incrinare pericolosamente l'ordine politico e sociale.

Limitandoci ai soli profili penalistici, l'aspetto più preoccupante all'epoca consisteva nella perseguibilità della diffusione dolosa del contagio che dall'età moderna iniziò a essere denominato *unzione*. Tale termine inizialmente usato genericamente per indicare un "composto di carattere medicamentoso o balsamico"²⁹ con i drammatici episodi occorsi durante l'epidemia del 1630 a Milano³⁰, insieme a quello di *untore*, venne tristemente associato alla *peste manifatta*³¹ per essere poi reso celebre dal suo utilizzo nelle ben note pagine manzoniane (dai *Promessi Sposi* alla *Storia della Colonna Infame*). Già con la grande pestilenza del 1348 si era assistito a fenomeni di "paranoia collettiva"³² generati dall'insorgere misterioso e inaspettato della peste nera, al punto di lasciar diffondere tra la popolazione l'idea che il morbo fosse stato diffuso ad arte da ebrei, vagabondi o reietti di ogni tipo³³. Benché tali superstizioni avessero accompagnato ogni grave pandemia, fu proprio la peste secentesca a portare con sé i fenomeni più virulenti di persecuzione di innocenti, di sedicenti untori la cui eliminazione, anche grazie alla complicità del ceto dei giuristi, fungeva da *pharmakon* per depurare il resto della comunità. Non è un caso se il processo³⁴ ai presunti untori

²⁷ Sulle epidemie di peste che interessarono molte città della penisola italiana nel corso dell'età moderna e sulle conseguenze a livello demografico e politico-sociale delle stesse nonché delle politiche sanitarie emanate in tale epoca si veda, da ultimo, S.K. Cohn Jr., *Cultures of Plague. Medical thinking at the end of Renaissance*, Oxford 2010.

²⁸ Cfr. A. Pastore, *Crimine e giustizia in tempo di peste nell'Europa moderna*, Roma-Bari 1991, pp. 187-190.

²⁹ A. Pastore, *Dal lessico della peste: untori, unzioni, unti*, in "Acta Histriae", 1 (2007), p. 129.

³⁰ V. *amplius*, F.M. Ferro, *La peste nella cultura lombarda*, Milano 1973.

³¹ Sulla "teoria della peste manifatta" si veda più diffusamente P. Preto, *Epidemia, paura e politica nell'Italia moderna*, Roma-Bari 1987, pp. 5-23.

³² Tale concetto è ben analizzato dal punto di vista storico-culturale e psicopatologico da L. Zoja, *Paranoia. La follia che fa la storia*, Torino 2011. Ovviamente siamo qui ancora lontani da quella che è stata efficacemente definita "l'età delle folle" iniziata dopo la Rivoluzione francese (cfr. R. Bodei, *Destini personali. L'età della colonizzazione delle coscienze*, Milano 2002, p. 195). A tal riguardo e, in particolare, sulla nascita della psicologia collettiva nel corso dell'Ottocento e sui primi studi sulla "follia delle folle" e la loro incidenza sul dibattito gius-penalistico si rinvia invece a P. Marchetti, *L'inconscio in tribunale. Azioni incoscienti e diritto penale. Da Charcot alle neuroscienze*, Milano 2014, pp. 147-177.

³³ Su queste forme di ossessione a metà strada tra la superstizione e la patologia diffuse tra Francia e Svizzera si veda C. Ginzburg, *Storia notturna. Una decifrazione del sabba*, Torino 1989, pp. 36-42.

³⁴ V. *amplius*, G. Farinelli-E. Paccagnini (curr.), *Processo agli untori. Milano 1630: cronaca e atti giudiziari in edizione integrale*, Milano 1988 e più recentemente, L. Garlati, "Colpevoli di un delitto che non c'era". Il processo agli untori nella lettura di Verri e di Manzoni, in "La Corte d'Assise", I, 2-3 (2011), pp. 395-449.

Gian Giacomo Mora e Guglielmo Piazza “sorpresi” nell’*annus horribilis* della storia milanese a diffondere la peste ungendo le pubbliche vie e le pareti delle abitazioni private con misture velenose non passò inosservato non solo alla sensibilità di un letterato come Manzoni ma a molti intellettuali di matrice illuministica che elevarono tale caso come esempio più deteriore della giustizia dell’*ancien régime* in cui prova legale e tortura sono i tratti peculiari del sistema probatorio. Spicca tra tutti la forte presa di posizione di Pietro Verri (1728-1797)³⁵ che, nel suo celeberrimo *Osservazioni sulla tortura*, non lesinò parole durissime per ricordare i giorni bui in cui Milano era “immersa nella più luttuosa ignoranza” abbandonandosi “ai più assurdi e atroci delirj”³⁶, utilizzando come pretesto il processo agli untori per sostenere l’impossibilità di considerare la tortura come un mezzo lecito per giungere alla verità³⁷ e più in generale criticare il sistema delle prove legali affermatosi nei secoli precedenti³⁸. Tale processo, al cui centro si trova proprio il delitto di contagio nella sua veste più spettacolare, rappresentava l’emblema di una giustizia ancora preda di superstizioni e gravata da tutti quei pesi che l’Illuminismo di lì a poco avrebbe cercato di spazzare via. Del resto, gli accusati, nient’altro che “due manovali nell’industria venefica”³⁹, sono vittime sacrificali di un sistema giudiziario perverso in cui “l’esorcismo penalistico ricomponi gli equilibri sconvolti” senza scovare i veri responsabili, essendo al contrario, “un alambicco che [...] genera [...] colpevoli”⁴⁰.

Ma al contempo, com’è stato di recente segnalato grazie ad una rilettura delle carte processuali⁴¹, il processo agli untori è il simbolo di una giustizia umana bifronte: una giustizia ‘politica’, approssimativa e vittima di ingranaggi diabolici pronti a colpire, nel più breve tempo possibile, dei “colpevoli” e una giustizia più ‘riflessiva’ che, pur adoperando gli stessi strumenti probatori, una volta passato il panico generalizzato, giunge (sebbene con notevole ritardo, ovvero tre anni dopo la condanna a morte degli accusati) alla piena assoluzione.

³⁵ C. Capra, *Verri, Pietro*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., II, pp. 2036-2039 e L. Garlati, *Pietro Verri*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 245-248

³⁶ P. Verri, *Osservazioni sulla tortura* [1776-1777], Milano 1979, p. 34. Va precisato che tale opera, sebbene concepita tra il 1776 e il 1777 venne pubblicata postuma soltanto nel 1804.

³⁷ Su tale, sconfinato, tema si rinvia per tutti a P. Marchetti, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano 1994 e L. Garlati, *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in M.N. Miletta (cur.), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Milano 2006, pp. 265-359.

³⁸ Su tale complesso sistema nel processo criminale del medioevo e dell’età moderna si vedano rispettivamente, G. Chiodi, *Tortura ‘in caput alterius’, confessione ‘contra alios’ e testimonianza del correo nel processo criminale medievale: nascita e primi sviluppi dei criteri del diritto comune (secoli XII-XIV)*, in A. Padoa Schioppa-D. Mantovani (curr.), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia 2014, pp. 673-728 e Id., *Nel labirinto delle prove legali: la testimonianza del complice nel processo penale d’età moderna*, in “Rivista Internazionale di Diritto Comune”, 24 (2013), pp. 113-179.

³⁹ F. Cordero, *La fabbrica della peste*, Roma-Bari 1984, p. 75.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ M.G. Di Renzo Villata, *Il processo agli untori di manzoniana memoria e la testimonianza (ovvero...due volti dell’umana giustizia)*, in “Acta Histriae”, 3 (2011), pp. 419-452.

2. La peste venerea e la ‘nascita’ del delitto di contagio: il panorama preunitario

La peste, per quanto possa essere stata terrificante, non è stata certo l'unica epidemia che ha diffuso la paura del contagio mettendo a disagio contemporaneamente classe medica, ceto dei giuristi e persino il clero. Alle grandi pestilenze che hanno flagellato il Vecchio Continente nel corso dei secoli si accompagnarono ben presto altre e non meno letali epidemie, dal colera alla ‘spagnola’, passando per tubercolosi e vaiolo. Ma la malattia infettiva che più di ogni altra ha inaugurato un dibattito tra i giuristi è stata senza dubbio la sifilide. La più terribile delle malattie trasmesse sessualmente si caratterizzò fin dalla sua prima comparsa in Europa per la sua connotazione fortemente morale⁴². Portata in Europa dal Nuovo Mondo nel 1494 e presumibilmente apparsa dopo la campagna d'Italia di Carlo VIII di Francia e l'assedio di Napoli del 1495, la sifilide destò subito terrore e sconcerto. Non è un caso che tale morbo, rimasto privo di nome fino al 1530, venne denominato *sifilide* (dal greco *syphlos*, laido, turpe, deforme) dal medico italiano Girolamo Fracastoro (1476c.-1553)⁴³ nel suo poema mitologico *Della sifilide, ovvero del morbo gallico*⁴⁴ basato sulla storia del pastore Sifilo, punito dal dio Apollo con una malattia trasfigurante tutto il corpo con bubboni spaventosi per essersi lagnato dell'eccessiva intensità del calore del sole. Più o meno negli stessi anni, una sola cosa sembrò subito chiara: la trasmissibilità della sifilide mediante rapporti sessuali⁴⁵ che la rendeva un evidente sintomo del peccato e insieme fortemente stigmatizzante. La bruttezza fisica che derivava dalle notevoli deformità dovute alla malattia sembrava, infatti, rispecchiare anche quella morale; se a ciò si aggiunge il carattere repentino e legato al comportamento sessuale non stupisce come tutto lasciò pensare all'epoca in cui si presentò e per tutti i secoli seguenti che la sifilide fosse, ben più della stessa, leggendaria peste nera, una punizione divina per adulteri, blasfemi e peccatori⁴⁶. Di tale “malattia-castigo” allora nessuno volle rivendicare la paternità, preferendo pensare che il colpevole propagatore di un siffatto morbo fosse “l'altro”⁴⁷. Così se inizialmente si preferì dare la colpa genericamente ai “selvaggi”

⁴² Sull'atteggiamento di fronte alla ‘scoperta’ di tale nuova malattia si veda A. Foa, *Il nuovo e il vecchio: l'insorgere della sifilide (1494-1530)*, in “Quaderni Storici”, 55 (1984), pp. 11-34.

⁴³ E. Peruzzi, *Fracastoro, Girolamo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 49 (1997), pp. 543-548.

⁴⁴ H. Fracastorii, *Syphilis, sive morbus gallicus*, Veronae 1530; poi soprattutto diffusa nella sua edizione settecentesca ‘volgarizzata’ da Vincenzo Benini Colognese si veda, G. Fracastoro, *Della sifilide ovvero del morbo gallico*, I-III, Bologna 1765.

⁴⁵ Si scoprì successivamente anche della trasmissibilità dalla madre al feto (al momento del parto) e dalla nutrice al lattante (e viceversa, durante l'allattamento. Cfr., tra gli altri, L. Martini, *Manuale di polizia medica*, Napoli 1829, pp. 37-39, il quale mette in chiaro i metodi di contagio alternativi a quello venereo della sifilide al fine di capire se tale malattia possa trasmettersi alla prole e dunque considerarsi un “un ostacolo al maritaggio” (Ivi, p. 37).

⁴⁶ Non è un caso se i sifilitici rientrano a pieno titolo tra i destinatari di quel movimento iniziato in Francia dalla metà del Seicento e notoriamente definito da Foucault il “grande internamento” che coinvolge oltre ai sifilitici, folli, vagabondi, poveri, ladruncoli ed altri soggetti marginali. A partire dal 1679 tuttavia furono ammessi all'Hôpital général solo gli affetti dal morbo venereo che fossero prima stati “sottoposti alla punizione e alla frusta”. Cfr. M. Foucault, *Storia della follia nell'età classica*, Milano 2012, *edizione digitale* (ed. or., *Histoire de la folie à l'âge classique, suivi de Mon corps, ce papier, ce feu et La folie, l'absence d'oeuvre*, Paris 1972).

⁴⁷ Cfr., anche in relazione al rapporto tra sifilide, pauperismo ed esclusione sociale, A. Ciuffetti, *Difesa*

indios (rei di essere ancora primitivi nei comportamenti se non persino dediti a rapporti incestuosi) di volta in volta fu il turno degli ebrei “impuri”, portatori di tale misteriosa malattia come una forma di degenerazione della lebbra, diffusa con la cacciata degli stessi dalla Spagna⁴⁸. Poi, quando si trattò di individuare un nome ciascun popolo preferì affibbiare tale triste primato ai propri diretti nemici divenendo *mal francese* o *morbus gallicus* in Italia e *mal de Naples* o *mal napolitain*, o più semplicemente *mal d'Italie* o *mal italien*, in Francia⁴⁹.

Al di là della qualificazione, tale malattia a differenza delle altre pandemie come la peste o il colera, essendo originata dal comportamento sessuale, sembrò materia da lasciare più al clero e ai medici che dominarono incontrastati la scena per tutta l'età moderna. Una volta superato il ‘libertino’ Settecento in cui tale malattia sembrava essere ormai soltanto un argomento per redarguire incauti licenziosi⁵⁰ o tutt'al più i militari al fronte, l'Ottocento vide realizzarsi un mutamento di prospettiva considerevole visto che tale secolo può essere ricordato come “sifilofobico” per eccellenza. Iniziò una vera e propria “drammatizzazione delle malattie veneree”⁵¹ senza precedenti che sarebbe poi proseguita anche durante il secolo successivo. Dopo il dominio incontrastato della scienza medica sulla sifilide e finita ormai l'era in cui era divenuta persino oggetto di sonetti sarcastici e burleschi nell'austero Ottocento la stessa diventò affare per giuristi che dovevano fronteggiare con le proprie armi la “malattia segreta”⁵². La paura del contagio divenne non tanto più affare privato ma problema pubblico che il diritto deve necessariamente fronteggiare. In primo luogo, la minaccia sembrò incombere sulla sacralità e l'integrità della famiglia: nessun'altra epidemia aveva prima di allora posto il problema di dover tutelare degli innocenti dal comportamento sessuale ‘dissoluto’ di uno dei coniugi, che rischiava di infettare sia la prole, sia i *partner* incolpevoli. D'altro canto, prevedere un obbligo di denuncia da parte dei medici comportava non solo evidenti questioni di etica e deontologia professionale ma la responsabilità di minare comunque l'integrità del vincolo familiare, se non con la malattia, con la divulgazione dell'avvenuto adulterio. Dalla famiglia all'intera comunità il passo è breve: il XIX secolo in tutta Europa fu, non a caso, l'epoca aurea del controllo della moralità dei costumi e della sorveglianza sanitaria. Si iniziò a spargere il timore che la diffusione delle malattie veneree tra la popolazione e, in particolare, della

sociale. Povertà, assistenza e controllo in Italia; XVI-XX secolo, Perugia 2004, pp. 55-56.

⁴⁸ Cfr. A. Foa, *Ebrei in Europa. Dalla peste nera all'emancipazione*, Roma-Bari 2014 (edizione digitale).

⁴⁹ La lista potrebbe essere ancora lunga essendo tale malattia di volta in volta denominata in maniera differente (da *morbo castigliano* in Portogallo a *mal dei tedeschi* in Polonia, *morbo dei cristiani* in Turchia e così via). A tal riguardo si veda, più diffusamente, E. Tognotti, *L'altra faccia di Venere. La sifilide dalla prima età moderna all'avvento dell'Aids (XV-XX sec.)*, Milano 2006, pp. 55-56.

⁵⁰ È noto, del resto, come il Settecento oltre ad essere stato il Secolo dei Lumi sia stato anche segnato, specie in Francia, da un'ondata di frivolezza e di libertinismo tant'è che persino la moda sembrava adeguarsi persino alla sifilide: “non è escluso che la moda dei nei posticci sia nata per coprire le cicatrice lasciate [dal vaiolo] alle fortunate che sopravvivevano senza esserne segnate, o peggio, per coprire le ulcere della sifilide” (F. Sgorbati Bosi, *Guida pettegola al Settecento francese*, Palermo 2013 (edizione digitale).

⁵¹ E. Tognotti, *L'altra faccia di Venere*, cit., p. 21.

⁵² V. *amplius*, I. Pedrazzini, *Istruzioni popolari sulla igiene delle malattie segrete: sifilide e matrimonio*, Mortara 1905.

sifilide, per la sua trasmissibilità ai figli⁵³ avrebbe potuto non solo condurre ad un indebolimento dei valori sacri del matrimonio e della famiglia ma soprattutto, specie sul finire del secolo, ad una *degenerazione* biologica e razziale, che avrebbe poi alimentato le teorie eugenetiche di inizio Novecento. Come già avvenuto all'epoca della sua comparsa durante l'età moderna, ancora una volta, si preferì attribuire la colpa della diffusione del contagio agli *altri*, anzi alle *altre* appartenenti stavolta al livello infimo della popolazione e soprattutto alle temibili *classi pericolose*⁵⁴ che affollano ormai i bassifondi delle sempre più brulicanti città: le prostitute⁵⁵. Si consolidò ancor di più il vecchio stereotipo⁵⁶ dell'*Eva tentatrice*, rea di adescare inconsapevoli uomini e diffondere anche tra il focolare domestico il veleno venereo. Non è un caso se si affermò il binomio prostituzione-sifilide, fino a diventare la questione politica, medico-sociale e giuridica più urgente. Si pensi alla nascita dei sifilocomi e alla previsione del controllo sanitario (anche coatto) delle prostitute. In altri termini, non si poteva più immaginare un controllo sanitario della sifilide disgiunto anche dalla disciplina della prostituzione che dal 1848 iniziò a oscillare tra regolamentazione, tolleranza e abolizionismo⁵⁷.

Rimanendo, anche in questo caso, confinati al solo ambito penale, la sifilide sollevò

⁵³ Non tanto nel senso del contagio dalla partoriente al feto mediante la placenta ma come ereditarietà della sifilide considerata "debolezza costituzionale". Cfr. M. Turno, *Il malo esempio. Donne scostumate e prostituzione nella Firenze dell'Ottocento*, Firenze 2003, p. 108.

⁵⁴ Si veda almeno il classico L. Chevalier, *Classi laboriose e classi pericolose a Parigi durante la metà del XIX secolo*, Roma-Bari 1977 (ed. or., *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris, pendant la première moitié du XIX siècle*, Paris 1958) nonché G. Gattei, *Controllo di classi pericolose: la prima regolamentazione prostituzionale unitaria (1860-1888)*, in M.L. Betri-A. Gigli Marchetti (curr.), *Salute e classi lavoratrici in Italia dall'Unità al Fascismo*, Milano 2006, pp. 764-796. In maniera più specifica sull'ossessione securitaria e le origini di un 'diritto penale del nemico' si rinvia invece a P. Marchetti, *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona 2008 e Id., *Le 'sentinelle del male'. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 38 2009, II, pp. 1009-1080, nonché, sulla repressione 'legale' del nemico interno a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, M. Stronati, *Il brigante tra antropologia e ordine giuridico: alle origini di un'icona dell'uomo criminale nel XIX*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 38 2009, I, pp. 953-1008. Tra i numerosi studi ottocenteschi si segnalano almeno G. Alongi, *La mafia nei suoi fattori e nelle sue manifestazioni: studio sulle classi pericolose della Sicilia*, Torino 1887; G. Bolis, *La polizia e le classi pericolose della società*, Bologna 1879 e F. Mastriani, *I vermi: studi storici su le classi pericolose in Napoli*, Napoli 1877, I-V.

⁵⁵ A tal riguardo, per un inquadramento storico generale si veda, tra gli altri, R. Canosa, I. Colonnello, *Storia della prostituzione in Italia: dal Quattrocento alla fine del Settecento*, Roma 2004. In maniera più specifica, sul processo di stigmatizzazione della prostituzione tra Otto e Novecento si vedano almeno, G. Greco, *Lo scienziato e la prostituta. Due secoli di studi sulla prostituzione*, Bari 1987 e R. Villa, *Sul processo di criminalizzazione della prostituzione nell'Ottocento*, in "Movimento Operaio e Socialista", 3 (1981), pp. 269-285.

⁵⁶ Non solo lo stereotipo riguardava chi effettivamente esercitava il *meretricium*, ma anche altre categorie 'intermedie' di donne tra le *honeste* e le *meretrices*. In età moderna non mancavano ad esempio casi di donne che tenevano uno stile di vita considerati troppo 'disinvolto', tanto da rischiare di essere bollate ugualmente come *inboneste*. Cfr. E. Tavilla, *Cinquecento postribolare: Dilemmi morali e giuridici in tema di meretrices e meretricium*, in M. Cavina-B. Ribémont (curr.), *Le donne e la giustizia fra Medioevo ed età moderna: il caso di Bologna a confronto*, Bologna 2014, pp. 95-96.

⁵⁷ A tal riguardo si rinvia, per tutti, a M. Gibson, *Stato e prostituzione in Italia*, Milano 1995 (ed. or., *Prostitution and the State in Italy, 1860-1915*, London 1986).

un'altra categoria di interrogativi, direttamente derivanti da forme dolose o colpose di contagio di malattie veneree. Se si esclude il delitto di diffusione della peste da cui derivarono i famosi processi agli untori di cui si accennava sopra, il delitto di contagio e il relativo dibattito sulla sua ammissibilità sorsero proprio nell'Ottocento per poi svilupparsi maggiormente negli anni a cavallo tra Otto e Novecento. Il pericolo del contagio venereo spinge, infatti, in tali anni i legislatori di moltissimi paesi di tutto il mondo occidentale a premunirsi introducendo tale fattispecie di reato come delitto a sé stante oppure come forma circostanziata di altri reati contro la persona (in particolare il reato di lesione o di omicidio). Quanto alla legislazione della penisola italiana la situazione si presentava in questo caso prima dell'unità piuttosto variegata. Il più delle volte nei codici preunitari non era previsto uno specifico delitto di contagio ma si poteva far rientrare lo stesso tra le ipotesi di lesione personale grave o gravissima. Così ad esempio il codice penale del Granducato di Toscana⁵⁸ del 1853 all'art. 325 considerava reo di lesione personale "chiunque dolosamente, ma senza l'animo di uccidere, ovvero colposamente, ha cagionato un danno o un dolore al corpo, od una perturbazione alla mente altrui" quando ovviamente dal fatto non derivi la morte della persona offesa. Ancora, l'art. 326 lett. a) precisava che si considerava "gravissima" la lesione in grado di provocare "una malattia fisica o mentale, certamente o probabilmente insanabile", rientrando, al contrario nelle ipotesi di lesione grave le malattie guaribili ma che hanno comunque provocato sulla salute dell'offeso degli effetti "per trenta o più giorni" (art. 326 lett. d). Il regime sanzionatorio in questo caso, come del resto piuttosto usuale nel codice toscano, era il risultato di un'intricata trama di circostanze che tengono conto di una serie di ipotesi per calibrare la pena; in caso di premeditazione, ad esempio, se la pena per la lesione gravissima era la "casa di forza da cinque a dodici anni" (art. 327 lett. a), in caso di "lesione personale improvvisa" gravissima (art. 329 lett. lett. a) era la detenzione in carcere da uno a cinque anni. Più o meno negli stessi termini nel codice sardo-piemontese del 1859⁵⁹, il contagio poteva rientrare nel reato di ferite, percosse e altre "simili offese volontarie contro le persone" (art. 537). All'art. 539 tale codice prevedeva difatti la pena della reclusione tra i cinque e i dieci anni nel caso in cui le lesioni avessero prodotto "una debilitazione delle facoltà mentali, od una malattia fisica, certamente o probabilmente insanabili" (n. 1), mentre nel caso, meno grave di un impedimento fisico o mentale di almeno trenta giorni la pena si riduceva alla reclusione fino a cinque anni (art. 538 n. 1). Seppur non come reato proprio da tali fattispecie poteva trarsi quantomeno a livello interpretativo una sorta di "delitto di contagio". Non può dirsi altrettanto per molti altri codici preunitari poiché le fattispecie di reato sono costruite facendo riferimento ad atti di violenza esterna (ferite e percosse) e non di meri atti (anche non violenti) volti a causare una malattia. Ad esempio l'art. 315 del Codice penale del Ducato di Parma, Piacenza e Guastalla del

⁵⁸ A tal proposito, si vedano quantomeno i saggi raccolti in S. Vinciguerra-M. Da Passano (curr.), *Codice penale per il Granducato di Toscana (1853)*, Padova 1995.

⁵⁹ Sull'esperienza codificatoria del regno sardo-piemontese si vedano, almeno, S. Vinciguerra, *Breve profilo storico-giuridico del codice penale albertino*, in S. Vinciguerra-M. Da Passano (curr.), *Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (1839)*, Padova 1993, pp. VII-XXVIII; M. Da Passano, *L'estensione del codice penale albertino alla Sardegna*, ivi, pp. XXIX-L, nonché S. Vinciguerra, *I codici penali sardo-piemontesi del 1839 e del 1859*, in Id. (cur.), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova 1993, pp. 350-393.

1820⁶⁰ pur includendo tra gli effetti del reato di “ferite e percosse volontarie” l’insorgere di una malattia precisava come l’elemento oggettivo del reato dovesse comunque consistere in “atti di violenza volontari”.

Più o meno alle stesse conclusioni si può giungere analizzando gli artt. 356 e ss. del Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819⁶¹ relativi alle ferite e percosse volontarie. Sebbene la dicitura della norma fosse diversa dal codice parmense, mancando ogni riferimento verbale al requisito della “violenza” dalla descrizione dell’elemento fattuale, è ben comprensibile come la fattispecie in questione riguardasse proprio la punizione di atti tesi a ferire, percuotere ma non a uccidere (in maniera dunque violenta). In questo caso non era rintracciabile alcun riferimento ad una malattia e si parlava inoltre di percossa o ferita grave quando pone la vittima al rischio concreto di perdere la propria vita o di rimanere claudicante o mutilato mentre si trattava di percossa o ferita lieve in mancanza di tale pericolo⁶². Non faceva alcun riferimento espresso ad “atti violenti” neppure il *Codice criminale e di procedura criminale per gli Stati Estensi* del 1855⁶³ che, in maniera piuttosto analoga all’art. 390, alludeva solo a ferite e percosse in grado di far insorgere una malattia, quindi tutti atti comunque che richiedevano anche in questo caso di un comportamento prevaricatore e brutale⁶⁴.

Diversa la dicitura invece contenuta nella nuova edizione del Codice penale austriaco del 1803⁶⁵ emanata nel 1852⁶⁶ e in vigore nel Regno Lombardo-Veneto che al § 152 disciplinava il crimine della “grave lesione corporale” commessa non con

⁶⁰ V. A. Cadoppi, *Il codice penale parmense del 1820*, in S. Vinciguerra, *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, cit., pp. 196-272.

⁶¹ Sulle caratteristiche di tale codice e sul relativo contesto si rinvia ai saggi raccolti in S. Vinciguerra-M. Da Passano (curr.), *Codice per lo Regno delle due Sicilie (1819). Parte seconda. Leggi penali*, Padova 1994, nonché a F. Saluto, *Diritto penale secondo l’ordine del codice per lo Regno delle Due Sicilie*, Palermo 1858; D. Novarese, *Istituzioni e processo di codificazione nel Regno delle Due Sicilie: le leggi penali del 1819*, Milano 2000; A.M., Stile, *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle Due Sicilie*, in S. Vinciguerra, *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, cit., pp. 183-195.

⁶² Molto similmente anche il codice sardo del 1839, in cui all’art. 586 si parlava solo di ferite e percosse volontarie facendo riferimento, anche in questo caso, al pericolo di vita e all’insorgere di una malattia guaribile in non meno di trenta giorni (per le ipotesi più gravi). È più che evidente come tale norma poi nel successivo codice sardo-piemontese del 1859 sia stata del tutto modificata, come si è già visto sopra.

⁶³ Su tale codice si veda C. Carcereri de Prati, *Il codice criminale estense tra dispotismo illuminato di vecchio e nuovo tipo*, in S. Vinciguerra, (cur.), *Codice criminale per gli Stati Estensi (1855)*, Padova 2002, pp. XI-XIX; C.E. Tavilla, *Il diritto penale estense codificato. Aspetti sistematici e sostanziali*, ivi, pp. XXI-XLVIII nonché A. Martini, *Il codice criminale estense del 1855*, in S. Vinciguerra, *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, cit., pp. 300-349.

⁶⁴ Lo stesso poteva dirsi per il Regolamento su i delitti e sulle pene del 20 settembre 1832 applicato nello Stato Pontificio che agli artt. 315 ss. si limitava a sanzionare le “ferite” con o senza pericolo di vita. Sulla legislazione penale dello Stato Pontificio si rinvia a M. Da Passano, *I tentativi di codificazione penale nello Stato Pontificio (1800-1832)*, in S. Vinciguerra, *I regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1832)*, Padova 2000, pp. CXLIII-CLXXXIII e T. Padovani, *Considerazioni sulla «parte generale» del Regolamento Gregoriano*, ivi, pp. XLIII-LIV.

⁶⁵ Sulle caratteristiche e i valori di riferimento di tale codice rinvia ai saggi contenuti in S. Vinciguerra (cur.), *Codice Penale Universale Austriaco (1803)*, Padova 1997

⁶⁶ Cfr. L. Oldrati, *Codice penale austriaco attualmente in vigore nel Regno Lombardo-Veneto con osservazioni teorico-pratiche e confronto coll’antecedente abrogato*, Milano 1852.

l'intenzione di uccidere ma "con altra nemica intenzione" provocando "un'alterazione nella salute" o comunque l'impossibilità di attendere alle proprie occupazioni per almeno venti giorni, con una pena della reclusione da sei mesi a un anno estensibile fino a cinque anni in caso di circostanze aggravanti.

Come si può desumere da questo rapido quadro prima dell'unità d'Italia non vi era alcuna uniformità riguardo il delitto di contagio di malattie veneree visto che, già basandosi sul solo dato letterale, la mancanza nella maggior parte dei codici di una nozione di "lesione" a vantaggio del più generico "ferite" o "ferite e percosse" lasciava escludere tale ipotesi. A fortiori, tale ipotesi pareva esclusa laddove fosse specificato che tali reati derivavano necessariamente da "atti violenti". Molto più agevole, invece, come abbiamo visto, poter ricomprendere il delitto di contagio venereo all'interno del reato di lesione o di "altre offese volontarie" per come disciplinati dal codice austriaco (1852) dal codice toscano (1853) e dal codice sardo-piemontese (1859).

3. Il delitto di contagio nel codice Zanardelli e nella prassi giurisprudenziale ottonevicesca

Dall'analisi dei codici preunitari emergono dunque due modelli contrapposti nella costruzione, sia pur ancora embrionale, del delitto di contagio, con l'affermazione, da un lato, di un modello più aperto alla possibilità di incriminare forme di contagio all'interno del reato di lesione qualora si fosse trattato di condotte anche non connotate da violenza e, dall'altro, l'approccio opposto, più restrittivo, in cui non appariva possibile, se non senza snaturare la *ratio* delle norme incriminatrici, far ricomprendere tale ipotesi.

Tra questi approcci opposti solo uno chiaramente poteva avere la meglio nel momento in cui, all'indomani dell'unità d'Italia: mentre si applicava temporaneamente il codice sardo-piemontese su quasi tutto il territorio nazionale, si pose la fondamentale questione di immaginare un nuovo diritto penale da estendere finalmente a tutti gli italiani. A contendersi il campo da Nord a Sud, ben tre codici (oltre al codice sardo-piemontese del 1859, il codice toscano del 1853 e la versione del codice del 1859 adottata nelle Province Napoletane a partire dal 1861)⁶⁷. Si apriva così il tortuoso cammino che avrebbe portato solo nel 1889 all'approvazione del Codice Zanardelli che sarebbe riduttivo vedere come un mero *corpus* di norme⁶⁸. È in questa fase cruciale, durata più di un ventennio, che si susseguirono diversi progetti in cui il dibattito sull'ammissibilità del delitto di contagio come fattispecie *ad hoc*, divenne

⁶⁷ Cfr. L. Lucchini, *Sull'antico progetto del nuovo Codice penale italiano. Considerazioni generali*, in "Rivista penale", VIII 15 (1881), pp. 458-474.

⁶⁸ Com'è stato lucidamente affermato, infatti, proprio a proposito della genesi di tale codice, oltre ad un compiuto sistema di norme, dietro tale cammino codificatorio possono rintracciarsi un preciso processo culturale e storico che rispondono a ragioni politiche e ideologiche complesse. Cfr. L. Lacché, *Un code pénal pour l'Unité italienne: le code Zanardelli (1889). La genèse, le débat, le projet juridique*, in X. Rousseaux, R. Levy (dir.), *Le pénal dans tous ses états. Justice, États et Sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)*, Bruxelles 1997, pp. 303-319. Sulla codificazione penale in Italia nel delicato percorso di formazione dell'identità nazionale si veda inoltre, da ultimo, M. Pifferi, *The roots of Italian penal codification: Nation building and the claim for a peculiar identity in criminal law*, in A. Masferrer (cur.), *The Western Codification of Criminal Law. The Myth of the Predominant French Influence in Europe and America Revisited*, London (in corso di pubblicazione).

sempre più centrale. Basta ripercorrere, seppur rapidamente, l'*iter* che ha preceduto il codice del 1889 per comprendere come il nodo principale fosse stato il considerare il c.d. danno alla salute come fattispecie di reato autonoma o comunque ricompresa nel delitto di lesioni oppure se ritenerlo penalmente rilevante solo come aggravante del delitto di violenza sessuale.

Alla fine nel balletto dei progetti che si avvicendarono per circa un ventennio in cui si oscillava tra l'una e l'altra ipotesi alla fine prevalse la tesi che propendeva per un'ipotesi di reato aggravato, anche per semplificarne l'applicazione concreta. Per quel che riguardava la punibilità del delitto di contagio tale scelta non fu certo di poco conto. Il fatto che fosse stata scartata l'ipotesi di utilizzare il complesso meccanismo del concorso di reati in caso di morte o malattia in seguito a violenza carnale lasciava aperta la possibilità che ci fossero due ipotesi di reato distinte tra loro che avessero a oggetto il danno da salute: il già citato art. 351, inserito al capo I del titolo VIII *Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie* in cui, come abbiamo visto, la lesione comportava un aggravamento del trattamento sanzionatorio dei delitti commessi per scopo di libidine e il vero e proprio delitto di lesione personale previsto all'art. 372. Quest'ultima disposizione, inserita, non a caso, nell'omonimo capo II del Titolo IX *Dei delitti contro la persona*, prevedeva la pena della reclusione da un mese ad un anno nei confronti di chi senza il fine di uccidere avesse cagionato "ad alcuno un danno nel corpo o nella salute o una perturbazione di mente". Seguivano poi una serie di ipotesi di delitto circostanziato tra cui figurava anche il caso in cui il fatto avesse prodotto una malattia "certamente o probabilmente insanabile", per cui la pena aumentava da cinque a dieci anni di reclusione e precisando, al contrario, che qualora non fosse occorsa alcuna malattia o si fosse trattato di una malattia guaribile in non più di dieci giorni la pena fosse più lieve (reclusione sino a tre mesi o multa da lire cinquanta a mille) e con procedibilità a querela di parte.

Da ciò si evince come alla fine il codice Zanardelli nella stesura finale abbia scelto l'orientamento già in parte adottato nel codice sardo-piemontese del 1859 e nel codice toscano in cui sembrava esserci spazio per l'incriminabilità del delitto di contagio nell'ambito delle lesioni personali, anche senza che vi fossero stati degli "atti violenti". Ma vi è di più. Il codice del 1889 sembra persino essere andato oltre l'approccio già affermatosi in alcune esperienze codificatorie preunitarie adottando la formulazione molto ampia di "danno nel corpo o nella salute" che attestava chiaramente il contagio da malattie veneree nell'ambito dei beni tutelati in quanto afferenti al singolo individuo. Infatti la decisione, seppur piuttosto sofferta, di "sganciare", almeno in parte, la punibilità del danno alla salute dalla violenza sessuale e dagli altri delitti in cui il bene giuridico protetto era ancora il buon costume e l'ordine delle famiglie per ricondurlo esclusivamente nell'alveo dei delitti contro la persona era significativa dei valori di un codice di ispirazione liberale come quello del 1889. Iniziava ad affermarsi, in maniera tecnicamente molto avanzata rispetto ai precedenti codici, il bene giuridico di esclusiva disponibilità del singolo, dell'integrità della salute, lasciandosi alle spalle una tradizione secolare in cui il contagio e, più in generale, la salute fosse un bene di cui era titolare non tanto l'individuo quanto la collettività. Sebbene nel nuovo codice persistessero delitti a tutela della salute pubblica (ad esempio riguardanti l'avvelenamento delle acque potabili ex art. 318 o la contraffazione, adulterazione e vendita di sostanze alimentari o medicinali pericolose per la salute) i processi agli untori della

peste secentesca sembravano ormai un episodio tanto lontano nel tempo, non solo per le barbarie del modello inquisitorio che li rese tristemente celebri, ma anche, perché simboleggiavano un concetto del tutto diverso di bene-salute che da collettivo si fa ormai privato, individuale.

Malgrado le, più o meno dichiarate, intenzioni del legislatore, però, a livello applicativo i dubbi continuarono. La chiarezza della formulazione dell'articolo relativo al delitto di lesioni personali risultava infatti offuscato dall'inserimento di una norma, sempre nell'ambito dei delitti contro il buon costume, ovvero dell'art. 351 che prevedeva gli aumenti di pena in caso di morte o lesione della persona offesa dei predetti reati. Nonostante fosse stata volutamente abbandonata la prima ipotesi di collegare il reato di stupro con quello di lesioni con il concorso di reati a vantaggio dell'inserimento di una forma circostanziata di delitto quando nei tribunali si era trattato di dover interpretare tali articoli si era ripresentato nuovamente l'annoso problema che si era tentato di risolvere definitivamente. In particolare la questione che si poneva di fronte ai giudici della Suprema Corte⁶⁹, infatti, era se l'avvenuto contagio di una malattia venerea dovesse essere considerato solo una mera aggravante dei delitti commessi a scopo di libidine o come reato a sé stante poiché rientrante nella nuova qualificazione delle lesioni personali e soprattutto, se potesse configurarsi il "delitto di contagio" anche senza aver commesso tali delitti. In maniera quasi unanime la giurisprudenza, fin dall'approvazione del codice Zanardelli, in caso di avvenuto contagio considerò la comunicazione della malattia venerea dal violentatore alla vittima non come "delitto di contagio" (ovvero lesione personale) bensì come violenza sessuale aggravata dalla lesione consistente nell'infezione da sifilide o blenorragia ritenendo che dovessero applicarsi in questi casi gli artt. 331 e 351 del codice. Ciò aveva delle conseguenze non solo sulla sanzione da comminare (non rispondendo più di due reati in concorso tra loro ex art. 77 c.p. ma di uno soltanto, sia pure nella sua forma aggravata) ma anche sulla competenza e sugli effetti estintivi del reato per remissione di querela. Così, ad esempio, la Cassazione in un caso di violenza sessuale nei confronti di una bambina di molto inferiore ai dodici anni che dalla predetta violenza aveva contratto una malattia venerea duratale per diversi mesi⁷⁰, disponeva che la remissione della querela faceva venir meno il reato di violenza carnale aggravata (assorbente quello di lesione). In tale occasione la Corte ribadendo, ancora una volta, che la comunicazione di una malattia venerea era da considerare aggravante del delitto di violenza carnale e non delitto a parte di lesione personale, annullava la sentenza di condanna a tre anni e quattro mesi di reclusione della Corte d'Assise straordinaria di Palermo perché grazie alla remissione della querela il reato si doveva considerare estinto. Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure che aveva reputato che, essendo avvenuto il contagio, il reato fosse divenuto non solo di competenza della Corte d'Assise ma anche fosse perseguibile d'ufficio. Per la Cassazione non solo

⁶⁹ Sul fondamentale ruolo 'stabilizzante' della giurisprudenza della Corte di Cassazione a partire dalla seconda metà dell'Ottocento si rinvia a M. Meccarelli, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata*, Milano 2005 e, più, recentemente, Id., *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 40 2011, II, pp. 721-745.

⁷⁰ Cassazione 25 gennaio 1892 - *Di Carlo*, in "Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza", XXXV (1892), pp. 300-302.

non si potevano sollevare dubbi sull'applicabilità dell'art. 351 c.p. (e non dell'art. 336 n. 1 c.p.) ma anche sul fatto che “la circostanza aggravante un reato non ne varia l'indole, ne aumenta soltanto la pena per il maggior allarme che il reato produce”⁷¹.

Diverse sentenze, difatti, dando per scontato che in tal caso dovesse applicarsi la fattispecie aggravata di violenza carnale e non le distinte norme concernenti la lesione (con ovvie ripercussioni in termini di pena), si concentravano solo sulla questione della competenza, del resto, consequenziale al problema principale dell'applicabilità o meno dell'art. 351 c.p. In un caso, ad esempio, la Cassazione confermava la decisione della Corte d'appello presso il Tribunale di Palermo che, deliberando su una violenza sessuale ai danni di un'undicenne a cui era seguito uno “scolo purulento”⁷², dichiarava l'incompetenza dei giudici di primo grado, per via dell'applicazione dell'art. 351 che prevedeva la pena della reclusione superiore ai dieci anni, implicando di conseguenza la competenza della Corte d'Assise⁷³. In tale occasione la Suprema Corte ribadiva la propria contrarietà a considerare automaticamente applicabili le pene per i due reati (violenza carnale e lesioni) in concorso per la questione della sussistenza dell'elemento soggettivo concludendo che un soggetto avrebbe dovuto rispondere di entrambi i reati (e non soltanto della forma aggravata della violenza) qualora “con la violenza carnale avesse cagionato di proposito e volontariamente alla vittima anche una lesione”⁷⁴ e non, viceversa, quando la lesione fosse stata “l'effetto non voluto della violenza e quasi una conseguenza necessaria di essa”⁷⁵, non potendosi in ogni caso dubitare che l'inoculazione della sifilide⁷⁶ e della blenorragia⁷⁷ fossero lesioni sanzionabili ai sensi e per gli effetti dell'art. 351 c.p..

Lo stesso orientamento venne seguito anche nel caso del compimento di meri atti di libidine con conseguente comunicazione di malattia venerea, considerati non lesione personale ma semplice circostanza aggravante del delitto stesso. Per la giurisprudenza del resto era “logicamente impossibile e giuridicamente assurdo”⁷⁸ che dalla mera conseguenza di un delitto (in questo caso l'insorgere della malattia) potesse ricavarsi anche un reato a sé stante. Tale orientamento, che di fatto escludeva qualunque ipotesi autonoma di delitto di contagio da malattie veneree a vantaggio della sola incriminazione come delitto di libidine, fu del tutto incontrastata finché la Cassazione a Sezioni Unite a dieci anni dall'entrata in vigore del nuovo codice, con un clamoroso

⁷¹ Ivi, p. 301.

⁷² Cassazione, 18 marzo 1892 – *Ancorello*, in “Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza”, XXXVI (1892), pp. 50-52.

⁷³ Del resto la Suprema aveva adottato tale criterio anche per le semplici lesioni (contusioni, abrasioni e feriti occorse durante la violenza ricevuta) e non solo per la comunicazione di malattia venerea. In tal senso, ad esempio, Cassazione 21 marzo 1892 – *Silvestro*, in “Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza” XXXVI (1892), pp. 50-51 e Cassazione 10 marzo 1893 – *Cino*, in “Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza”, XXXVII (1893), pp. 579-581.

⁷⁴ Cassazione, 18 marzo 1892 – *Ancorello*, in “Rivista penale”, cit., p. 51.

⁷⁵ Ivi, pp. 51-52.

⁷⁶ Cassazione 3 maggio 1900 – *Rescina*, in “Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza”, LII (1900), p. 386.

⁷⁷ Cassazione 3 aprile 1900 – *Ziz̄za*, in “Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza”, LII (1900), pp. 613-614.

⁷⁸ Cassazione 25 gennaio 1892 - *Di Carlo*, in “Rivista penale”, cit. p. 301.

revirement non sostenne, abbracciando una tesi minoritaria, che la comunicazione della sifilide mediante rapporto sessuale fosse reato di lesione e non l'ipotesi di stupro aggravato ex art. 351⁷⁹.

Anche se l'altro orientamento continuò a persistere, a tale importante arresto giurisprudenziale, ve ne furono ulteriori dello stesso tenore, con la conseguente affermazione di due reati distinti (uno avente come bene giuridico protetto il buon costume e l'ordine delle famiglie e l'altro in cui è tutelata penalmente la persona).

Particolarmente discusso un caso in cui la Suprema Corte sosteneva la punibilità del contagio come delitto di lesioni e, in particolare, la comunicazione della blenorragia occorsa in seguito ad una violenza sessuale commessa ai danni di una minore di dodici anni. In tale frangente la Corte affermava che l'imputato "non poteva ignorare che, avendo commercio con [la parte offesa], le avrebbe certamente inoculato il virus blenorragico, e quindi avea precisamente voluta la conseguenza ancor più disastrosa della violenza carnale che commetteva, rendendosi così responsabile non di questa soltanto, ma anche della lesione che volontariamente produceva [...] non potendo ignorare le condizioni della propria salute"⁸⁰.

Successivamente la Cassazione riuscì ad andare oltre affermando la sussistenza di contagio in termini di lesione personale anche in assenza di un concomitante delitto contro il buon costume⁸¹. Iniziava a far breccia un nuovo filone interpretativo che sosteneva la punibilità del delitto di lesioni colpose nei confronti di chi, pur non avendo intenzione di contagiare l'altro, ma essendo ben consapevole di essere affetto da malattia venerea (le sentenze si occupavano di casi di contagio sia da sifilide sia da blenorragia) anziché astenersi dal rapporto si univa comunque, in maniera evidentemente imprudente, carnalmente⁸². Ma se tali sentenze parlavano ancora in maniera piuttosto sibillina del contagio, negli anni Venti, quando ormai infiammava il dibattito sulle riforme in *feri* da parte del regime fascista, la giurisprudenza fu sempre più perentoria nel sostenere l'ammissibilità del delitto di contagio quantomeno a titolo di colpa, affermando chiaramente che poteva dirsi colpevole del delitto di lesione colposa chi sapendosi affetto da malattia venerea, l'avesse inoculata ad altri, con cui si era congiunto "senza cautela"⁸³ poiché chi si trovava in tale condizione intrattenendo rapporti sessuali si metteva volontariamente nella condizione di trasmettere il male e perciò doveva rispondere penalmente di tale comportamento a dir poco imprudente. Anche in un'altra sentenza, qualche anno più tardi, la Cassazione continuerà a ribadire la possibilità di punire tale reato anche a titolo di colpa precisando altresì come non fosse necessario un atto "violento" consistendo tale delitto in un "qualunque attentato all'integrità personale" non può dubitarsi che la malattia venerea, essendo un processo patologico causato da un fatto lesivo (in questo caso il rapporto sessuale), recando

⁷⁹ Cassazione SS.UU., 23 novembre 1899 – *Manetta*, in "Studi e giudicati illustrativi del codice penale italiano", IX (1900/01), pp. 31-31, n.1.

⁸⁰ Cassazione 23 agosto 1900 – *Marsili*, in "Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza", LIII (1901), p. 38.

⁸¹ Cassazione 10 maggio e 19 settembre 1901 in "Giustizia Penale", (1901), pp. 673 e 1450.

⁸² Cassazione 13 agosto 1909 - *Favaloro*, in "Giustizia Penale", 1909, p. 1404 e 15 gennaio 1912 - *Arezzù*, in "Giustizia Penale", 1912, p. 1152.

⁸³ Cassazione 3 febbraio 1926 - *Mincone* in "Giustizia Penale", (1926), p. 603.

danno “al corpo e nella salute”, dia luogo ad una lesione⁸⁴. Decisioni di questo tipo aprirono la via ad un tipo di interpretazione che affermava in maniera sempre più netta l'autonomia del delitto di contagio. Non a caso, trattandosi degli ultimi anni dell'applicazione del codice Zanardelli poiché di lì a poco avrebbe visto la luce il nuovo codice penale con tutto ciò che avrebbe comportato. La Cassazione dunque concludeva distinguendo il caso in cui la sifilide o la blenorragia trasmesse fossero state la conseguenza di una violenza sessuale, di atti di libidine o di ratto (e allora avrebbe potuto applicarsi l'art. 351 c.p. vale a dire gli stessi reati aggravati dall'avvenuta lesione) mentre se tali malattie veneree fossero state comunicate in seguito a rapporti consensuali, sarebbe stato necessario comminare la pena prevista per il reato di lesione, a titolo di dolo o colpa.

Così per esempio decideva la Suprema Corte in un caso di ratto consensuale con un'ultradodicesimo, ritenuto aggravato ex art. 351 dall'inoculazione della blenorragia⁸⁵. Contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di merito, non poteva in questo caso applicarsi l'aggravante dell'art. 351 c.p. poiché il contagio alla parte lesa, consenziente al ratto ma non alla compromissione della propria salute, andava considerato reato concorrente e non aggravante del ratto.

È evidente come i tempi erano ormai maturi per una nuova concezione del delitto di contagio che poi sarebbe stato del tutto rivoluzionato dal diritto penale fascista con l'approvazione del codice Rocco nel 1930.

4. Il contagio nel laboratorio dei giuristi

Non si può tuttavia comprendere appieno la svolta operata dal codice del 1930 se non si coglie prima quale fitto lavoro dottrinale vi fu dietro il progressivo ma inesorabile mutamento del concetto di contagio nel cinquantennio che precedette la sua approvazione. Se quanto appena tratteggiato era l'applicazione, come abbiamo visto mutevole, delle disposizioni relative al contagio di malattie veneree nei tribunali è il caso di capire, infatti, come i giuristi abbiano interpretato le stesse e, soprattutto, come abbiano reagito a degli arresti giurisprudenziali così oscillanti tra un ossessivo rispetto del dettato normativo e il suo aperto stravolgimento.

L'opinione più autorevole e seguita è stata quella di Francesco Carrara (1805-1888)⁸⁶ formatasi inizialmente sotto la vigenza del codice del Granducato di Toscana e poi parzialmente modificata anche per il suo coinvolgimento diretto in diverse commissioni dei progetti che portarono all'approvazione del codice Zanardelli. Carrara, parlando del delitto di lesioni personali, dopo aver criticato le concezioni pagane della persona umana che avevano portato gli antichi legislatori a formulare una

⁸⁴ Cassazione 2 dicembre 1925 - *Ferrari*, in “Giustizia Penale”, (1926), p. 50.

⁸⁵ Cassazione 23 novembre 1928 - *Garofano*, in “Scuola Positiva”, IX (1929), pp. 399-401.

⁸⁶ Sul pensiero e l'opera del noto giurista toscano si vedano quantomeno F. Colao, *Carrara, Francesco*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta (curr.) *Dizionario Biografico di Giuristi Italiani*, cit., I, pp. 463-466; G. De Francesco, *Francesco Carrara*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 357-361.; *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del Convegno internazionale (Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988)*, Milano 1991; M.A., *Cattaneo Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino 1988; A. Santoro, *Francesco Carrara e l'odierna scienza del diritto criminale*, Milano 1936; C. Luporini, *Francesco Carrara e il progresso della scienza criminale*, Lucca 1891; V. Genovesi, *La mente di Francesco Carrara circa il delitto e la pena*, Firenze 1887.

concezione meramente *fisica* dell'uomo (e dunque a considerare lesione solo i ferimenti e le offese corporali e non anche psichiche)⁸⁷, precisava che vi erano nella legislazione corrente concezioni del tutto diverse di tale delitto dettate dal contrapposto criterio *obiettivo* e *subiettivo*. Quest'ultimo era ovviamente basato sui mezzi e modi di esplicazione della lesione (ferite, offese, etc.) mentre il criterio oggettivo faceva, al contrario, riferimento solo agli effetti della lesione stessa (es. un danno o un dolore al corpo o una perturbazione della mente altrui). Tale tecnica normativa, adottata, commentava non senza compiacimento Carrara, dal codice Toscano (art. 325) era più "moderna"⁸⁸ radicandosi tutta sul risultato dell'offesa arrecata, e non sui mezzi per procurarla (a patto che la stessa ovviamente fosse stata commessa con dolo o colpa) apparendo agli occhi del giurista lucchese come maggiormente in linea con la salvaguardia del bene giuridico della persona umana tutelata da tale fattispecie di reato. Una volta fatte queste premesse generali, Carrara affrontava, sia pur in una nota di approfondimento, il problema del contagio da malattie veneree e della sua configurabilità come violenza sessuale aggravata o come lesione. Tale questione che Carrara definiva *singolarissima*, gli era stata suggerita dal ricorso presentato nel 1857 dal Regio Procuratore presso il Tribunale di Lucca alla Corte Suprema per sostenere la tesi che l'inoculazione di un male venereo potesse essere qualificato come lesione personale e non come forma aggravata della violenza carnale ex art. 285 del codice Toscano. La Corte respingeva tale ricorso, la cui tesi "audace"⁸⁹ non teneva conto, a detta di Carrara, del fatto che le lesioni personali previste dal legislatore toscano che aggravavano il reato di violenza sessuale erano quelle poste in essere "per soggiogare la femmina"⁹⁰ mancando altresì del tutto l'elemento intenzionale della lesione. Carrara sottolineava appunto che il codice Toscano non avesse previsto il delitto di contagio di male venereo a titolo di colpa, come invece avvenuto in altre legislazioni (tra cui il codice di Oldemburgo, in Sassonia, che all'art. 387 puniva tale comportamento con la reclusione in carcere da un mese ad un anno). Se questa era la chiara presa di posizione del giurista toscano riguardo l'incriminabilità del delitto colposo di contagio egli precisava tuttavia, visto anche il favore con cui guardava ad una maggiore tutela del bene giuridico dell'integrità della persona umana, di non essere in linea di massima contrario ad una possibile previsione di delitto doloso di contagio specie quando commesso "con animo deliberato a nuocere per odio contro qualcuno"⁹¹.

Sebbene ispirato da valori diversi, anche Ferdinando Puglia (1853-1909)⁹² giunse più o meno alle stesse conclusioni. Non stupisce il disaccordo con Carrara, essendo Puglia molto vicino alle posizioni della Scuola Positiva⁹³, nata notoriamente per

⁸⁷ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte Speciale ossia esposizione dei delitti in specie*, Lucca 1873³, II, § 1394.

⁸⁸ Ivi, § 1403.

⁸⁹ Ivi, § 1402, n. 1.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² V. Tolasi, *Puglia, Ferdinando*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., II, p. 1633.

⁹³ Sulla Scuola positiva si rinvia per tutti a M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia, Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, I, pp. 547-567; F. Colao, *Le ideologie penalistiche fra Otto e Novecento*, in A. Mazzacane (cur.), *I giuristi*

osteggiare la c.d. Scuola Classica⁹⁴ per iniziativa di quella che sarcasticamente viene definita la “Sacra trinità”⁹⁵ della scuola stessa: Cesare Lombroso (1835-1909)⁹⁶, Enrico Ferri (1856-1929)⁹⁷ e Raffaele Garofalo (1851-1934)⁹⁸. Il giurista messinese, seppur concordando con la giurisprudenza maggioritaria che propendeva per l’applicazione della forma aggravata di violenza sessuale e non per l’incriminazione del contagio come lesione personale, affermava tuttavia potessero residuare anche casi in cui fosse possibile ritenere un soggetto responsabile per entrambi i reati. Esclusa dunque la fattispecie colposa Puglia ammetteva il contagio doloso, da punire singolarmente

e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento, Napoli 1986, pp. 107-124 e C.F. Grosso, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in L. Violante (cur.), *Storia d’Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, Torino 1997, pp. 15-17.

⁹⁴ Pur essendo ormai consolidato nella storiografia il richiamo al dibattito tra le due scuole (specie laddove si tratta solo di tratteggiare le premesse storiche dell’attuale diritto penale) è opportuno sottolineare che la c.d. Scuola Classica, definita anche la ‘Scuola Penale Italiana’ da Francesco Carrara (consideratone l’ideale capostipite) o, più sarcasticamente, la ‘vecchia Scuola’ da Aristide Gabelli, non aveva dei caratteri così omogenei da potersi definire tale. L’unico punto di contatto tra giuristi appartenenti alle correnti più disparate (giusnaturalisti cattolici, eclettici, contrattualisti, illuministi) era forse quello di voler rigettare le tesi propuginate dalla Scuola Positiva. Ci si deve pertanto guardare dal rischio di ridurre troppo semplicisticamente il dibattito dottrinario alla mera descrizione di una battaglia, snaturando così, come ha giustamente avvertito Mario Sbriccoli, la complessità di una realtà ricca e articolata. V. *amplius*, M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., I, pp. 604-605. Da ultimo si veda, invece, F. Colao, *Le scuole penalistiche*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 349-356.

⁹⁵ Cfr. A. Walsh, *The Holy Trinity and the Legacy of the Italian School of Criminal Anthropology*, in “The Human Nature Review”, 3 (2003), pp. 1-11.

⁹⁶ Sul controverso fondatore dell’Antropologia criminale si vedano almeno P. Marchetti, *Cesare Lombroso*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 366-370; D. Velo Dalbrenta, *Lombroso, Cesare Ezechia Marco*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., II, pp. 1189-1192; G. Armocida, *Lombroso, Cesare*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 65 (2005), pp. 548-553; D. Frigessi, *Cesare Lombroso*, Torino 2003; S. Montaldo-P. Tappero (curr.), *Cesare Lombroso cento anni dopo*, Torino 2009; E. Musumeci, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano 2012 e, per il dibattito internazionale, da ultimo, P. Knepper-P.J. Ystehede (eds), *The Cesare Lombroso Handbook*, New York-Oxford 2012.

⁹⁷ F. Colao, *Ferri, Enrico*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., I, pp. 849-852; Id., «Un fatale andare». *Enrico Ferri dal socialismo all’«accordo pratico» tra fascismo e Scuola positiva*, in I. Birocchi-L. Loschiavo (curr.), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma 2015, pp. 129-157; M. Stronati, *Enrico Ferri*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., pp. 371 ss.; Id., «Un’oncia di pratica»: *Enrico Ferri e gli ‘esordi’ della rivista “La Scuola Positiva”*, 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. 97-117; G. Sircana, *Ferri, Enrico*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 47 (1997), pp. 139-145; E.R. Papa, *Enrico Ferri tra socialismo giuridico e riforme istituzionali*, in L. Cavazzuoli-C.G. Lacaia (curr.), *Riforme e istituzioni tra Otto e Novecento*, Manduria-Roma-Bari 2002, pp. 151-160; R. Bisi, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano 2004; E. D’Amico, *Strategie di manipolazione dei giurati: Enrico Ferri e la coscienza popolare*, in F. Colao-L. Lacchè-C. Storti (curr.), *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, Bologna 2008, pp. 265-290; L. Sigismondi, *La «funzione pratica della della giustizia punitiva». Le prolusioni romane di Enrico Ferri*, in “Historia et ius” [www.historiaetius.eu], 4 (2013), paper 11.

⁹⁸ M.N. Miletta, *Garofalo, Raffaele*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta (curr.), *Dizionario Biografico di Giuristi Italiani*, cit., I, pp. 947-951; P. Camponeschi, *Garofalo, Raffaele*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 52 (1999), pp. 366-368.

rispetto alla violenza carnale. Ciò era possibile, ad esempio, nel caso (sicuramente estremo) in cui qualcuno, sapendosi malato, si voleva congiungere carnalmente in maniera violenta non per sfogare la propria libidine ma con lo scopo di “fare onta od offesa grave a persona renitente alle sue voglie o da lui mal vista”⁹⁹. Qui l’inoculazione del male venereo andrebbe considerato, precisava Puglia, come un “*fatto determinatamente voluto*, distinto dalla violenza carnale, e *fine* principale propostosi dall’agente”¹⁰⁰. Per il penalista siciliano un comportamento del genere avrebbe meritato sicuramente di essere maggiormente sanzionato rispetto ad una forma di contagio “accidentale” che accompagna un delitto di libidine poiché indubbiamente maggiore sarebbe da considerarsi “la perversità di animo di costui, che non di quegli altri che spinti da cieca libidine, pur essendo ammalati, ricorrono alla violenza per ottenere la congiunzione carnale”¹⁰¹. Il livello di *perversità* era ancora più elevato in chi sceglieva come propria vittima una persona dello stesso sesso (aggiungendosi la malvagità del gesto in sé alla turpitudine della sessualità omosessuale) o in coloro che, stoltamente credendo in un pregiudizio piuttosto diffuso, specie nell’Italia centro-meridionale¹⁰², si congiungevano volutamente con un minorenne ancora illibato, nell’illusione così di guarire dal proprio male venereo. Sia per Carrara, sia per Puglia, pertanto, poteva ammettersi l’incriminazione separata del contagio se commesso con dolo e con tale precipuo scopo, ma con motivazioni del tutto diverse, evidentemente influenzate dai rispettivi approcci al diritto penale. Per il giurista toscano, difatti, ciò avrebbe meglio tutelato l’integrità della persona umana colpita da tale ignobile comportamento. Puglia, invece, spostando la propria attenzione dal bene protetto (e più in generale da un approccio oggettivo) al soggetto agente (soggettivo) arrivava alle stesse conclusioni del suo illustre collega, in quanto i due comportamenti non potevano dirsi portatori dello stesso grado di pericolosità e quindi meritevoli di pene diverse.

Poco può dirsi infine di un’eventuale ‘scuola’ di provenienza e del conseguente approccio adottato dai due redattori che in maniera anonima annotavano uno dei già citati casi giurisprudenziali in cui la Suprema Corte sosteneva la punibilità del contagio come delitto di lesioni¹⁰³. Essi mostravano sin dalle prime battute la loro contrarietà alla soluzione adottata dalla Cassazione che riteneva concorrente (e non alternativo) il delitto di lesioni personali per contagio di malattie veneree con quello di violenza carnale. Per i redattori di tale nota innanzitutto la soluzione adottata mostrava delle evidenti pecche dal punto di vista della presenza dell’elemento soggettivo del reato,

⁹⁹ F. Puglia, *Dei delitti di libidine e di alcuni reati affini*, Napoli 1897², p. 113.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² È tuttavia il caso di notare come, contrariamente a quanto ritenuto da Puglia, che tale forma di superstizione fosse diffusa anche ben oltre i paesi meridionali, essendo ben radicata anche tra le popolazioni nordiche come testimoniato dal singolare studio del giurista tedesco Albert Hellwig che esaminava il ruolo della superstizione nel diritto penale collocando i tentativi di guarire da una malattia venerea infettando un “innocente” tra quelle superstizioni che costituiscono il movente del reato e che risultano diffuse in tutta l’area teutonica, come dimostra un caso emblematico presentatosi nel 1902 presso il tribunale del circolo di Bozen (attuale Bolzano) di un uomo che aveva addirittura iniziato ad intrattenere una relazione incestuosa con la propria figlia diciannovenne (che, per amore filiale, aveva acconsentito) pur di guarire da un male venereo. Cfr. A. Hellwig, *La superstizione criminale*, in “Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza”, LXXX (1914), pp. 564-565.

¹⁰³ Cassazione 23 agosto 1900 – *Marsili*, in “Rivista penale”, cit., pp. 37-38.

non potendosi presumere il dolo né dal punto di vista teorico né esegetico se non contrastando palesemente con quanto stabilito in maniera tassativa dall'art. 45 c.p. secondo cui "nessuno può essere punito per un delitto, se non abbia voluto il fatto che lo costituisce". Si trattava, precisano i due commentatori, di due ipotesi distinte e di gravità notevolmente diversa specie dal punto di vista soggettivo non essendo possibile porre sullo stesso piano il comportamento di colui che "compie la violenza carnale con una fanciulla nel fine, per stolto pregiudizio, di guarire da un male venereo, e quindi col doloso e nefando proposito di comunicarle la lue"¹⁰⁴ con quello di chi "pur sapendo di esser contaminato, procede all'atto delittuoso, ma senza riflettere al male suo e alle conseguenze del contatto carnale per la sua vittima"¹⁰⁵. Oltre alle perplessità sulla sussistenza dell'elemento soggettivo, per gli anonimi giuristi, la sentenza andava censurata anche laddove si schierava a favore della tesi che escludeva l'operatività della remissione di querela a fini dell'estinzione del reato. Per fare ciò, continuavano i redattori, doveva al contrario trattarsi di un delitto concorrente con apposita imputazione, non potendosi procedere neanche in questo caso per presunzioni.

Sembrava focalizzare l'attenzione sull'elemento soggettivo anche Vincenzo Manzini (1872-1957)¹⁰⁶, vicino all'indirizzo tecnico-giuridico cui diede un contributo significativo tanto da essere annoverato, insieme ad Arturo Rocco (1876-1942)¹⁰⁷ ed Eduardo Massari (1874-1933)¹⁰⁸ "tra i sommi sacerdoti"¹⁰⁹ dello stesso, e in seguito divenuto, quantunque indipendente, "giurista di regime"¹¹⁰.

Allo stesso modo per Manzini in caso di lesioni personali coincidenti con la comunicazione di malattia sifilitica o venerea occorreva distinguere tra chi era consapevole del morbo da cui era affetto e, con l'amplesso aveva voluto "direttamente e necessariamente la lesione personale"¹¹¹, applicandosi in tal caso l'art. 373 c.p., e chi, al contrario, non aveva tale consapevolezza e per cui era punibile in base all'art. 351 c.p. Per chiarire al meglio la differenza tra queste due ipotesi anche Manzini utilizzava il caso, certamente divenuto ormai quasi di scuola, di chi essendo affetto da un male venereo, nello stolto tentativo di liberarsi dallo stesso, come assicura la grottesca superstizione popolare, si fosse congiunto "carnalmente con fanciulla vergine"¹¹². Teneva a precisare il giurista friulano che in tal caso la superstizione (allo stesso modo

¹⁰⁴ Ivi, nota redazionale, p. 37, n. 1

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ A. Berardi, *Manzini, Vincenzo*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit. II, pp. 1263-1265.

¹⁰⁷ L. Garlati-M.N. Miletta, *Rocco, Arturo*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit. II, pp.1704-1708; G. Chiodi, *Alfredo Rocco e il fascino dello Stato totale*, in I. Birocchi-L. Loschiavo (curr.), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, cit., 103-127 e L. Garlati, *Arturo Rocco inconsapevole antesignano del fascismo nell'Italia liberale*, ivi, pp. 191-213.

¹⁰⁸ M.N. Miletta, *Massari, Eduardo*, in I. Birocchi-E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta (curr.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., II, pp. 1302-1304.

¹⁰⁹ A.A. Calvi, *Ugo Spirito criminalista. Riflessioni sulla terza edizione della "Storia del diritto penale italiano"*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 3-4 1975, p. 823

¹¹⁰ Cfr. A. Berardi, *Manzini Vincenzo*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, 69 (2007) pp. 290-292.

¹¹¹ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1915, VI, p. 558.

¹¹² *Ibid.*

di una bramosia sessuale esagerata) non potesse in qualche modo escludere il dolo quando l'agente era non infermo di mente lasciando inalterate sia la volontà, sia la consapevolezza di ledere interessi altrui. A sostegno di tale tesi, Manzini rievocava un caso avvenuto in Francia e deciso con sentenza della Corte d'Assise delle Côtes du Nord del 25 aprile 1861 con cui veniva condannata una ventenne affetta da sifilide che, nel tentativo di liberarsene "aveva attirato nel proprio letto un bambino di 5 anni"¹¹³. Oltre al problema dell'elemento soggettivo, inoltre, Manzini si pose anche la questione della valutazione dell'illegittimità obiettiva del fatto nel reato di lesioni. In particolare, risultava particolarmente di difficile soluzione il caso in cui fosse stato prestato consenso al rapporto sessuale da cui era poi derivato il contagio. Anche di fronte ad una siffatta ipotesi Manzini sembrava non avere alcun dubbio ritenendo che il valido consenso all'amplesso, secondo la vecchia massima, *volenti non fit iniuria*, fosse utile solo a escludere la perseguibilità del delitto di violenza carnale (e di conseguenza dell'applicabilità dell'art. 351 c.p.) e non a tramutarsi in una sorta di consenso a essere infettati. Una volta chiarito tale assunto, però, ancora una volta entrava in gioco l'elemento soggettivo del reato. Occorreva in tal caso nuovamente capire, concludeva Manzini, una volta esclusa la violenza, se il soggetto infetto aveva di proposito scelto di contagiare l'altro (trattandosi in questo caso di lesioni volontarie) oppure se pur non avendo tale intenzione aveva tenuto all'oscuro il *partner* della propria condizione patologica, né aveva preso le opportune precauzioni per evitare il contagio. In quest'ultimo caso, visto il comportamento caratterizzato da imprudenza o imperizia, il reato commesso era lesioni colpose cui si aggiungeva, nel caso in cui la colpevole fosse stata una meretrice, anche il dover rispondere di "inosservanza di prescrizioni giuridiche". Ma Manzini si spingeva oltre, arrivando anche ad affermare che poteva considerarsi parimenti imputabile di lesioni colpose chi, pur avendo avvertito l'altra parte non aveva comunque evitato il contagio. Per il giurista friulano difatti ciò era possibile perché non poteva rintracciarsi nel sistema penale vigente un principio di "compensazione delle colpe" così come un principio che ammettesse il consenso prestato non solo a un'autolesione ma anche alla lesione di un interesse "pubblico". Ciò risultava confermato dalla normativa in materia di regolamentazione della prostituzione e della prevenzione delle malattie celtiche che, secondo Manzini, attestavano senza ombra di dubbio come il diritto dell'epoca considerasse "le infezioni veneree e sifilitiche come un danno e un pericolo sociale, e non meramente individuale, per il loro potere diffusivo e per la loro esiziale influenza sulla procreazione"¹¹⁴.

A distanza di tre anni¹¹⁵ Manzini sembrava dunque aver, in parte, abbandonato la tesi improntata sull'elemento volontaristico del reato di contagio a vantaggio di un'idea meno individualistica del bene giuridico tutelato (con un conseguente mutamento anche della natura stessa del delitto di contagio) che, nel giro di poco più di un decennio, avrebbe poi fatto breccia nella legislazione penale fascista.

Con sicuramente meno titubanze a portare avanti la tesi della pubblicità del bene tutelato nel delitto di contagio venereo ci pensarono successivamente i meno noti

¹¹³ Ivi, p. 552, n. 2.

¹¹⁴ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1918, VII, p. 110.

¹¹⁵ Com'è facile capire, il volume VI del trattato manziniano, in cui era stata affrontata la materia dei delitti di libidine, era stato edito nel 1915 mentre il VII, da cui queste ultime conclusioni espresse proprio in relazione ai delitti contro la persona è stato pubblicato nel 1918.

giuristi Nicola Toscano e Salvatore Cicala. Nel primo intervento risalente al 1917 si affermava chiaramente che lo Stato dovesse intervenire con forza per tutelare la salute pubblica sanzionando non solo il delitto di contagio intersessuale derivante da un rapporto con una prostituta infetta ma anche una forma ben più grave di reato, già in vigore in altri paesi come la Norvegia, la Finlandia o il Canton Ticino, che prevedevano la pena della reclusione o dei lavori forzati per qualunque forma di contagio venereo non essendo quest'ultimo un delitto individuale, ma "un *delitto sociale*"¹¹⁶ da doversi inserire a chiare lettere non tanto tra i reati contro la persona ma tra quelli "contro la *pubblica incolumità*"¹¹⁷. Similmente circa dieci anni dopo, Salvatore Cicala, inizialmente vicino alla Scuola Positiva e successivamente divenuto collaboratore di cattedra di Arturo Rocco, interveniva su tale spinosa questione quando già si discuteva della configurazione che avrebbe dovuto assumere il nuovo codice penale del regime. Cicala partiva dall'allarme destato dalla diffusione, sempre maggiore, delle malattie veneree specie nelle grandi città di quasi tutti i paesi occidentali e di come tale piaga fosse strettamente collegata con quella della prostituzione, forse influenzato dalle teorie lombrosiane sulla correlazione tra delinquenza femminile e prostituzione intendendo quest'ultima come "frutto della degenerazione fisica e morale o della miseria o di tutte queste cose assieme"¹¹⁸. In particolare, Cicala affrontava in maniera diretta la questione del delitto contagio distaccandosi apertamente da quanto sostenuto sia da giuristi della generazione precedente come Carrara, sia da quanto affermato dalla giurisprudenza prevalente. Per Cicala, infatti, non bastava sostenere la punibilità del contagio a titolo di lesioni (separatamente dalla violenza carnale) solo nei casi in cui l'infezione era il fine ultimo e unico dell'agente ma anche in numerose altre ipotesi, ivi incluse quelle in cui l'agente poteva considerarsi responsabile solo a titolo di colpa.

Ma quanto espresso da Cicala in tale contributo non era circoscrivibile a un quadro statico del delitto di contagio per come disciplinato dal diritto penale all'epoca in vigore, visto che il giurista siciliano chiudeva il suo lavoro con delle considerazioni *de iure condendo*, formulando molte proposte anche sul piano della profilassi sociale per sconfiggere il temibile *pericolo celtico*. Ma ciò che egli soprattutto lamentava era la mancanza di una fattispecie *ad hoc* nel codice penale vigente che punisse gli episodi di contagio venereo dovendosi sempre ricorrere al delitto di lesioni o da quello di violenza sessuale aggravata finendo con il rimanere spesso impuniti, con tutto ciò che ne comportava per la collettività. Perciò, ribadiva con forza Cicala, il delitto di contagio venereo, potendosi definire come un "diritto sottospecie del diritto all'immunità fisica"¹¹⁹, andava sicuramente represso in maniera più incisiva, meritandosi a pieno titolo "un posto e [...] un nome proprio nei moderni 'libri terribiles'"¹²⁰.

¹¹⁶ N. Toscano, *L'incriminabilità del contagio intersessuale*, in "Rivista di Diritto e Procedura Penale", VIII (1917), parte I, p. 202.

¹¹⁷ Ivi, p. 205.

¹¹⁸ S. Cicala, *Malattie celtiche e reati venerei*, in "La Scuola Positiva", VII (1927), p. 226.

¹¹⁹ Ivi, p. 235, n. 1.

¹²⁰ *Ibid.* La dotta perifrasi usata qui da Cicala per indicare il codice penale fa ovviamente riferimento ai libri 47 e 48 del Digesto denominati *terribiles*, specie nell'epoca del diritto comune, proprio perché dedicati al diritto criminale. Successivamente nella tradizione europea, tali libri vennero ricordati per indicare la funzione *terrifica* della pena (Cfr. I. Mereu, *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale*, Roma

5. Dentro il caleidoscopio giuridico

Con l'approvazione del Codice Rocco nel 1930 voci dottrinarie, inizialmente isolate che chiedevano una maggiore repressione e pubblicizzazione del bene giuridico sembravano finalmente aver trovato soddisfazione e il delitto di contagio mutò di nuovo pelle: malgrado la tanto decantata 'perfezione tecnica'¹²¹, il diritto penale divenne più che mai un'arma potentissima nelle mani dello Stato e la tutela del corpo si colorò di nuove ambiguità. Sotto la presunta 'neutralità' del giuridico si nascondevano infatti i valori cardine del regime fascista come dimostravano non solo il netto inasprimento delle pene, l'aumento del numero dei reati rispetto al precedente codice, ma la stessa struttura del codice che rispecchiava la gerarchia di beni giuridici protetti¹²² che avrebbero contribuito a creare un nuovo modello di giustizia richiesto dal Regime¹²³. Non è un caso allora se, dopo la parte generale, fossero stati disciplinati i reati contro la personalità dello Stato, contro la Pubblica Amministrazione, contro l'Amministrazione della Giustizia e così via fino a ricomprendere ogni altro crimine afferente alla sfera statale. Bisognerà aspettare fino al dodicesimo titolo per veder disciplinati i reati contro la persona e, dopo, contro la proprietà, chiaro segno di come l'individuo venne sostanzialmente annullato rispetto alla grande macchina statale fascista, da venerare, servire e proteggere in ogni suo aspetto¹²⁴. In un siffatto quadro l'imperativo allora non era tanto "preservare la vita" del singolo, come avvenuto con la vigenza del Codice Zanardelli, quanto "preservare la salute" dell'individuo solo come parte della popolazione e, di conseguenza, "preservare la stirpe" italiana¹²⁵. Tale rilevante mutamento di prospettiva è testimoniato dall'introduzione del capo di reati denominato "delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe" in cui figuravano, tra l'altro, alcune fattispecie di reato riguardanti l'aborto che nel vecchio codice non erano presenti o erano considerati delitti contro l'incolumità della persona. Emblematico l'inserimento, in tale titolo, dei delitti di contagio di malattie trasmissibili sessualmente come blenorragia e sifilide¹²⁶. Il comportamento sessuale, declinato in funzione di incre-

2000, pp. 89-90).

¹²¹ Cfr. L. Stortoni-G. Insolera (curr.), *Gli ottant'anni del codice Rocco*, Bologna 2012.

¹²² Cfr. E. Musumeci, *The Positivist School of Criminology and The Italian Fascist Criminal Law. A Squandered Legacy?* in S. Skinner (cur.), *Fascism and Criminal Law. History, Theory, Continuity*, Oxford-Portland 2015, pp. 35-58.

¹²³ Cfr. L. Lacchè, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista* in Id. (cur.), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma 2015, pp. IX-XXXVIII.

¹²⁴ Sugli elementi di continuità e discontinuità tra diritto penale 'liberale' e diritto penale 'fascista' si veda, da ultimo, F. Colao, *Caratteri originari e tratti permanenti del processo penale dal codice "moderatamente liberale", al codice "fascista", al "primo codice della Repubblica"*, in F. Colao-L. Lacchè-C. Storti (curr.), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano 2015, pp. 181-220 e P. Garfinkel, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge 2017.

¹²⁵ Sulla tutela della 'stirpe' come derivazione dall'eugenetica cfr. C. Mantovani, *Rigenerare la società. L'eugenetica in Italia dalle origini ottocentesche agli anni Trenta*, Soveria Mannelli (CZ) 2004 e C. Pogliano, *Scienza e stirpe: Eugenetica in Italia (1912-1939)*, in "Passato e Presente", 5 (1984), pp. 61-97. Sulla diversità tra stirpe e razza cfr. invece E. De Cristofaro, *Dalla difesa della stirpe alla difesa della razza. La via italiana alla biopolitica*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2 (2015), pp. 329-344.

¹²⁶ V. *amplius*, A. Sandulli, *Il delitto di contagio*, Napoli 1930 e L. Jiménez de Asúa, *Il delitto di contagio*

mento demografico, uscì dunque definitivamente dalla disponibilità dei singoli¹²⁷ che dovettero mantenere i propri corpi in perfetta salute e sempre pronti a generare una prole sana e forte¹²⁸, degna del “vigoroso” Stato fascista: il contagio delle malattie veneree, prima punito come lesione personale o come violenza sessuale aggravata, divenne delitto non più contro l’individuo ma in qualche modo contro lo Stato mentre i nuovi “untori” attentatori di uno sviluppo sempre maggiore della “potenza della razza”¹²⁹ cui i corpi dovettero necessariamente piegarsi. Il diritto, in questo caso, aprì la via a una vera e propria medicalizzazione della popolazione: la paura del legislatore fascista era infatti quella di non riuscire a preservare il corpo del proprio popolo che doveva essere vigoroso e salubre, come quell’*uomo nuovo* che intendeva costruire.

Già da queste brevi notazioni si può comprendere come il contagio nel tempo abbia assunto, in base al contesto storico-giuridico di riferimento, le fogge più disparate: il diritto ha di volta in volta reinventato gli stessi elementi adattandoli a nuove realtà e nuovi valori, come piccoli specchi e frammenti di vetro dentro un caleidoscopio che, una volta ruotato dona a chi vi scruta dentro la magia di un’immagine mai uguale a se stessa. Così il contagio sia nella sua forma di delitto contro salute pubblica e l’intera collettività nell’epoca delle grandi pestilenze, sia nelle sue configurazioni successive di forma circostanziata dei delitti di libidine in epoca preunitaria, poi di lesione personale in epoca zanardelliana, fino alla sua ulteriore evoluzione, nuovamente de-personalizzante, di delitto contro la sanità e l’integrità della stirpe in epoca fascista, lascia emergere un’inedita storia giuridica del corpo o meglio delle *storie del diritto*, malgrado quanto già posto in essere¹³⁰, ancora da tracciare.

In ogni epoca, la paura del contagio ha portato i giuristi a lottare contro un *nemico invisibile*, cercando affannosamente di costruire mezzi sempre differenti di disciplinamento dei corpi in base alla mutata realtà sociale. Ciò è dipeso anche dall’esistenza di una sorta di rapporto binario tra il corpo e il diritto: se il corpo è un

venereo: studi e proposte, Torino 1929.

¹²⁷ A tal riguardo ed in particolare sulla lotta all’omosessualità innescata dal Regime si rinvia a L. Benadusi, *Il nemico dell’uomo nuovo. L’omosessualità nell’esperimento totalitario fascista*, Milano 2005.

¹²⁸ V. *amplius*, F. Cassata, *Molti, sani e forti. L’eugenetica in Italia*, Torino 2006.

¹²⁹ E. Gentile, *Fascismo di pietra*, Roma-Bari 2007, p. 222.

¹³⁰ Oltre a F. Migliorino, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, 2008 e M.S. Testuzza, “*Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi*”. *Il Tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa*, Milano, 2016, si segnalano altre ricerche aventi ad oggetto, seppur latamente, alcuni aspetti della corporeità come i *delicta carnis* (S. Menchi Seidel-D. Quaglioni (curr.), *Trasgressioni. Seduzione, concubinato, adulterio, bigamia, (XIV-XVIII). I processi matrimoniali degli archivi ecclesiastici italiani*, Bologna 2004, III; G. Alessi, *Processo per seduzione. Piacere e castigo nella Toscana leopoldina*, Catania 1988 e G. Cazzetta, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano 1999) la violenza di genere (M. Cavina, *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Roma-Bari 2011 e G. Alessi, *Le gravidanze illegittime e il disagio dei giuristi (secc. XVII-XIX)*, in G. Fiume (cur.), *Madri. Storia di un ruolo sociale, Storia di un ruolo sociale*, Venezia 1995, pp. 221-245), il delitto passionale (E. Musumeci, *Emozioni, crimine, giustizia. Un’indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano 2015), nonché le pratiche di disciplinamento dei corpi all’interno del contesto familiare (M. Cavina, *Il potere del padre*, Milano 1995, I-II; Id., *Il padre spodestato. L’autorità paterna dall’Antichità a oggi*, Roma-Bari 2007; N. Contigiani, *Uccidere in famiglia. La lesione dei vincoli di parentela e la difesa dell’ordine civile nella riflessione dottrinale italiana del primo Ottocento*, Macerata 2008) e il rapporto tra corporeità e morte (C. Ciancio (cur.), “La morte nel prisma criminale. Secoli XIX-XX”, in “*Historia et Ius*”, 10 (2016) www.historiaetius.eu/num-10.html) e Id., *Il Momento della morte come evento giuridico. Definire, tutelare, gestire fra Ottocento e primo Novecento*, Bologna 2017).

terreno non neutro¹³¹ e immobile ma già *polarizzato* a seconda dell'epoca e del contesto di riferimento¹³² (e perciò non può essere abitato dalle norme passivamente) anche il diritto che si relaziona ad esso e che dovrebbe disciplinarne ogni aspetto non può dirsi statico e avulso da ogni altro ambito. Ciò che comunque permane, al di là della diversità di contesti e rispettivi valori, è l'*intentio* di controllare aspetti intimi e apparentemente estranei all'algido mondo giuridico: vita e morte, salute e malattia, fecondità e sterilità. Il "problema biologico" divenne non solo "problema di potere", ma anche e soprattutto, "problema" fronteggiato con le armi del diritto e troppi sono ancora i temi lasciati ai margini della riflessione giuridica¹³³.

Pur essendo indubbio allora che la codificazione penale giocoforza doveva in qualche modo abbracciare principi di generalità e astrattezza non si può non notare come sia stato illusorio il progetto insito nella modernità giuridica che ha negato tale elemento e che con la sua trama di concetti astratti ha elevato il soggetto a mero titolare di diritti e doveri prescindendo dalla sua concreta materialità. Il soggetto cui si interessa la codificazione più che un essere umano fatto di umori e carne viva e palpitante, appare come una sua rappresentazione ideale, fredda e distante dalla realtà, eppure eterna e immutabile¹³⁴. E non è servito a cambiare le cose neanche il valore universalmente conferito alla categoria di *persona*¹³⁵ nel momento in cui, come reazione ai regimi totalitari che avevano operato una *reductio* dell'uomo al suo dato biologico, alla sua *nuda vita*¹³⁶, si realizza il passaggio dal soggetto alla persona¹³⁷, momento in cui se non siamo più di fronte ad una vera e propria *astrazione* si assiste ad una *cancellazione* del soggetto¹³⁸ a vantaggio dell'affermarsi del "paradigma della persona"¹³⁹ in cui il corpo è ancora del tutto estromesso dal campo giuridico¹⁴⁰. L'esperienza codicistica ha, infatti, cercato in ogni modo di eliminare ogni riferimento allo 'scabroso' corpo,

¹³¹ Cfr. M. Marzano, *Straniero nel corpo*, Milano 2004, p. 47.

¹³² Cfr. G. Vigarello, *Lo sporco e il pulito L'igiene del corpo dal Medio Evo a oggi*, Venezia 1987 (ed. or., *Le propre et le sale. L'hygiène du corps depuis le Moyen Age*, Paris 1985), p. 11.

¹³³ Sono ben consci di tale esigenza gli studiosi (dagli storici del diritto ai cultori di diritto positivo) coinvolti da ultimo nella sezione speciale della rivista *Questione Giustizia* intitolata significativamente *Il Corpo. Anatomia dei diritti*. Come si legge nell'introduzione: "il diritto non può dimenticare che il corpo è identità, sessualità, strumento affettivo e procreativo, veicolo primordiale di comunicazione presidio e garanzia delle funzioni fisiologiche, ma che è anche ricerca estetica, oggetto di desiderio, identità da tutelare, espressione di pudore e di libertà" (S. Celentano, *Introduzione a Il Corpo. Anatomia dei diritti*, in "Questione Giustizia", 2 (2016), p. 161).

¹³⁴ Per una critica al mito della purezza e al culto dell'astrattezza del diritto che sfocia inevitabilmente nel *legalismo* e nel *formalismo*, non si può non rinviare alla riflessione di Paolo Grossi, di cui si vedano almeno P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001 e Id., *Società. Diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano 2007, nonché, più recentemente, Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015.

¹³⁵ Su tale passaggio cfr. S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli 2007.

¹³⁶ Cfr. l'ormai 'classico', G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995.

¹³⁷ Sulla costituzionalizzazione dello *status personae* nel secondo Novecento si veda G. Cianferotti, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Milano 2013, pp. 207-293.

¹³⁸ S. Rodotà, *La vita e le regole, Tra diritto e non diritto*, Milano 2006, p. 25

¹³⁹ Cfr. R. Esposito, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino 2007.

¹⁴⁰ Sul processo di 'disincarnazione' del diritto si veda l'originale *excursus* J.-P., Baud, *Il caso della mano rubata, Una storia giuridica del corpo*, Milano 2003 (ed. or., *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris 1993).

troppo corruttibile e pesante rispetto a ciò che deve essere nobile, alto e duraturo come può esserlo un codice perfetto e immutabile, cercando di abbandonare “la sacralità [del corpo] al prete e la sua trivialità al medico”¹⁴¹.

Con la stessa irreale perfezione degli dei e degli eroi dell’antica Grecia (in quanto simulacri perfetti da venerare e glorificare), anche il *moderno corpo giuridificato*¹⁴² può essere rappresentato come spogliato “d’ogni debolezza umana, talmente che non vi si scoprono né tendini né vene”¹⁴³, la cui superficie dovesse servire come “corpo apparente [...] rivestito di sembianza umana sì, ma senza partecipare della materia di cui è composta l’umanità, né de’ suoi bisogni”¹⁴⁴. Ma, come dimostra la controversa *querelle* intorno al delitto di contagio questo corpo di una bellezza tanto artificiale quanto irreale, sebbene apparentemente “scacciato dalle grandi cattedrali giuridiche ottocentesche”¹⁴⁵, non ha fatto altro che continuare a ricomparire altrove, ogni qual volta fossero necessarie nuove forme di coercizione e controllo del vivente.

¹⁴¹ Ivi, p. 50.

¹⁴² Il riferimento è alla nota espressione di Rodotà rinvenibile in più luoghi della sua riflessione e soprattutto ben sintetizzata nell’omonimo saggio S. Rodotà, *Il corpo “giuridificato”*, in S. Rodotà-P. Zatti-G. Ferrando-C.M. Mazzoni-S. Canestrari (curr.), *Il governo del corpo. Trattato di biodiritto* (diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti), I, Milano, 2011, pp. 51-76.

¹⁴³ G.G. Winchelmann, *Opere complete. Prima edizione italiana completa*, Prato 1830, IV, p. 133.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 74. Con tale evocativa espressione il giurista calabrese indicava ovviamente le monumentali codificazioni ottocentesche.