

Andrea Raffaele Amato

Uccidere la «speranza dell'uomo». La violenza come elemento costitutivo del reato di procurato aborto nei dibattiti della penalistica italiana del secolo XIX*

1. Introduzione

«Tra le diverse forme di controllo del corpo femminile quella che riguarda la maternità e il parto è sicuramente una delle più importanti e complesse dal punto di vista culturale e sociale». Questo perché «investe una delle sue caratteristiche peculiari», che «distingue alla radice il genere femminile rispetto a quello maschile», «la capacità di dare la vita, di mettere al mondo»¹ nuovi individui, permettendo la prosecuzione ininterrotta della specie umana nell'«infinità del tempo»². Al di là, infatti, dell'«esperienza della sessualità» come «potere» e dell'«uso dei piaceri» come «pratica di sé»³ – che vedono coinvolti tanto il corpo maschile quanto quello femminile, invischiati nella stessa fitta rete di prescrizioni (e proibizioni)⁴ – la donna, nell'intimità del suo ventre, è l'«unico essere umano in cui per “natura” il mistero della vita nasce e si estende per nove mesi», attraverso la gravidanza – «uno tra i processi fisiologici femminili potenzialmente verificabili»⁵ nel corpo – il cui prodotto finale, la nascita, ha finito per qualificarne lungamente l'intera esi-

* Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito del progetto PRIN 2020 «*The law of healthcare. Disciplining, organizing and safeguarding public health in Italy in the contemporary period*», Prot. 2020XLT4BL.

¹ N.M. Filippini, *Rappresentazioni e politiche di controllo del corpo materno tra età moderna e contemporanea*, «La Ricerca Folklorica», 46, 2002, p. 19.

² Cfr. G. Tarantino, *Specie umana, procreazione e famiglia*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 57-136.

³ M. Foucault, *Histoire de la sexualité*, 4 voll., Paris, Gallimard, 1976-2018.

⁴ Sulla storia delle pratiche sessuali, dei ruoli di uomini e donne nei rapporti intimi e nella pratica del corteggiamento, nonché sulle prescrizioni morali e giuridiche legate al sesso, oltre al classico J.-L. Flandrin, *Il sesso e l'Occidente: l'evoluzione del comportamento e degli atteggiamenti*, Milano, Mondadori, 1983; più di recente K. Lister, *Sesso. Una storia imprevedibile: dall'antichità ai giorni nostri*, Milano, Il Saggiatore, 2022.

⁵ G. Galeotti, *Storia dell'aborto. Protagonisti e interessi di una lunga vicenda*, Bologna, il Mulino, 2024, pp. 12-13.

stenza, rappresentando l'unica «espressione» della sua «identità sessuale» e del suo «valore femminile»⁶.

Non sorprende, allora, che – fin dalla più remota origine dell'«ordinamento sociale che portò alla rigida differenziazione dei sessi, quale è entrata anche nel programma biologico ereditario»⁷ della specie – una tale capacità faccia convergere «aspettative individuali, familiari, sociali, ma anche forme di tutela, controllo, disciplinamento» che hanno «il loro epicentro nella famiglia»⁸ e nelle altre istituzioni politiche, religiose e morali finalizzate ad assicurare l'integrità dei costumi ed il pudore, la legittimità delle discendenze maschili e la *patria potestas* sui figli, l'ingresso nella comunità di nuovi individui ed il loro diritto alla cittadinanza, l'appartenenza a gruppi stratificati, con la relativa posizione nella scala sociale, oltre che, la stessa posizione individuale ed il ruolo sociale riconosciuto alla *donna-madre*⁹. Ecco perché, la «scena del parto» rappresenta da «secoli il campo di invisibili battaglie volte ad affrontare primati discorsivi, egemonie normative», «gerarchie» antropologiche, sociali e culturali tra un genere e l'altro. Motivo per il quale diventa «un osservatorio privilegiato per analizzare non solo la storia delle donne, e più in generale quella «sociale e culturale»¹⁰, ma anche la storia giuridica e, in particolare, quella del diritto penale e della giustizia criminale, quando quest'ultima incrocia il tema delle limitazioni imposte allo statuto della corporeità femminile¹¹, come avviene nel caso della criminalizzazione delle pratiche abortive tra Otto e Novecento in Italia¹².

Affrontare, dunque, i «percorsi» intellettuali con i quali la scienza giuridica ha cercato di interpretare (e disciplinare) il «corpo duplice della gravidanza» significa, infatti, provare a comprendere come il discorso giuridico – fortemente influenzato da «morale, scienza, politica e sapere femminile» – abbia «pensato la scena del parto, le sue dinamiche, il ruolo e le relazioni tra i suoi attori, le finalità e i valori che dovevano governarla»¹³. Facendo emer-

⁶ Filippini, *Generare, partorire, nascere. Una storia dall'antichità alla provetta*, Roma, Viella, 2017, p. 9.

⁷ W. Burkert, *Homo necans. Antropologia del sacrificio cruento nella Grecia antica*, Torino, Bollati Boringhieri, 1981, p. 31.

⁸ Filippini, *Generare, partorire, nascere* cit., p. 9.

⁹ G. Fiume (a cura di), *Madri: storia di un ruolo sociale*, Venezia, Marsilio, 1995; M. D'Amelia (a cura di), *Storia della maternità*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

¹⁰ Filippini, *Generare, partorire, nascere*, cit. pp. 9, 11.

¹¹ Tra gli altri, si può rinviare ai contributi raccolti in Filippini, T. Plebani ed A. Scattigno (a cura di), *Corpo e storia. Donne e Uomini dal mondo antico all'età contemporanea*, Roma, Viella, 2002.

¹² Per una sintesi da ultimo A.M. Di Stefano, «Il magistero penale [...] si fonda su quella sobria e ragionevole tutela del diritto che è protezione e non oppressione dell'individuo»: l'aborto procurato tra XIX e XX secolo, una ricerca in corso, in *MaLeFemmine? Itinerari storico-giuridici di una "parità incompiuta"*, a cura di F. Mastroberti e M. Pignata, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 125-146.

¹³ E. Betta, *Animare la vita. Disciplina della nascita tra medicina e morale nell'Ottocento*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 10.

gere quell'innegabile «incapacità» dell'uomo «di pensare la procreazione al di fuori di schemi binari antitetici, quasi che essa non possa essere concepita se non come un gioco a somma zero dove la donna è opposta al concepito, la madre al padre, l'individuo alla collettività, il materialismo allo spiritualismo, la scienza alla religione»¹⁴. Scontrandosi con quel «*codice maschile di azione e di comunicazione* che si è fatto 'antropologico', permeando pratiche e culture», fino a convincere comunemente (anche i giuristi) che «l'uso della *violenza fisica* corrisponda ad una dimensione interamente e tipicamente maschile». Tuttavia, se da una parte la violenza «può essere considerata in qualche modo quasi un precipitato del dominio sociale maschile, che ha finito per infiltrarsi pervasivamente nell'intero corpo sociale», dall'altra «l'uso della violenza» – come dimostrerà la vicenda storica dell'aborto criminoso – «non è del tutto estraneo al mondo femminile». Il «denominatore comune» di questo fenomeno – ci suggerisce Mario Sbriccoli – «sembra stare prevalentemente in un rigido *codice di onore*, anche quando le ragioni vere e sottostanti siano di ordine 'economico' o di altro genere ancora». Proprio l'onore «sembra essere» la «posta messa più spesso in campo, a fare da collettore dei moventi più eterogenei, che vengono così inquadrati dentro un unico [...] codice di trasmissione. Ma come la *violenza* è un *codice di comunicazione strutturato al maschile*, così anche l'onore, cui la *violenza* fa da *complemento*, viene declinato (anche quando è brandito da donne) secondo le sue *connotazioni maschiline*»: il «terreno che lo nutre è la competizione, [...] il codice che lo regola attiene al dominio ed all'ansia di sovrastare». «Stiamo parlando, credo, dell'insicurezza degli uomini»¹⁵ imposta come direttrice per interpretare l'antropologia femminile.

2. Abortire nel secolo XIX tra ordine e libertà

La corposa disciplina che il *Codice penale per il Regno d'Italia* (1889) consacra all'aborto procurato (artt. 381-385)¹⁶ rappresenta soltanto uno dei molti esempi di criminalizzazione primaria “su larga scala” delle pratiche

¹⁴ Betta, *La scena tecnologica del parto*, in *La cittadinanza del feto*, a cura di Fiume, Vezzosi, «Genesis», II, 1, 2003, p. 187.

¹⁵ M. Sbriccoli, «*Deterior est conditio foeminarum*». *La storia della giustizia penale alla prova dell'approccio di genere*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 1261-1263. Sull'onore considerato come movente della delinquenza femminile L. Garlati, *La fine dell'innocenza. L'infanticidio nella disciplina dell'Italia postunitaria*, «La Corte d'Assise», II, 2012, pp. 17-74; Id., *Honour and Guilt. A Comparative Study on Regulations on Infanticide Between the Nineteenth and Twentieth Century*, in *Family Law and Society in Europe from Middle Ages to the Contemporary Era*, ed. by M.G. di Renzo Villata, Cham, Springer, 2016, pp. 257-281.

¹⁶ Di Stefano, *Il magistero penale* cit., pp. 136-139.

interruttive della gravidanza, analogo, per molti aspetti, a quelli introdotti dalle altre codificazioni penali del secolo XIX – lungo tutta la penisola, come nel resto dell'Europa continentale¹⁷ – con lo scopo di aumentare illusoriamente il numero delle condanne, facendo sorgere nell'opinione pubblica¹⁸ tanto il timore di una grave sanzione quanto di alimentare la propaganda secondo cui, con il pugno duro della repressione criminale, il legislatore nazionale sarebbe riuscito nell'impresa di porre un freno alla gravissima immoralità, frutto di convinzioni pagane e dell'ignoranza, di cui erano vittime gli strati più poveri della popolazione. Ricchissimo e articolato, all'opposto, fu il dibattito dottrinale sviluppatosi intorno all'inquadramento giuridico, ai limiti ed agli elementi costitutivi del reato abortivo, che animò alcuni dei protagonisti della *penalistica civile*¹⁹ italiana – da Francesco Carrara a Luigi Lucchini, passando per Filippo Ambrosoli, Paolo Onorato Vigliani, Enrico Pessina, Ferdinando Puglia, e senza tralasciare positivisti lombrosiani come Raffaello Balestrini o pratici del foro come il siciliano Costanzo Calogero ed il sardo Tommaso Mura Succo – in particolare lungo quegli anni di fermento culturale (e di sperimentazione) che dell'Unificazione nazionale condussero fino all'emanazione del Codice Zanardelli²⁰.

Si trattò «di una questione che fu profondamente sentita dai maggiori penalisti di età liberale, poiché il corretto inquadramento ermeneutico di questo delitto richiedeva» non soltanto «l'apporto di saperi nuovi quali la statistica e la medicina legale, oltre che valutazioni di tipo etico-filosofico»²¹, ma anche perché imponeva la presa d'atto che il «rapporto di potere-sapere tra scienza e religione» – sui cui si era fondata la repressione dell'aborto tra Medioevo ed età moderna – si era irrimediabilmente ribaltato: con la «medicalizzazione del parto, quando l'ostetrica medica ottocentesca tematizzò la legittimità morale, professionale e politica dell'interruzione terapeutica di

¹⁷ E. Pessina, voce «*Aborto procurato*», in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. I, 1, Milano, Vallardi, 1884, pp. 58-59; L. Lucchini, voce «*Aborto procurato*», in *Il Digesto italiano*, vol. I, 1, Torino, Utet, 1884, pp. 107-109; C. Calogero, *Del procreato aborto*, Milano, Leonardo Vallardi, 1894, pp. 43-51.

¹⁸ Sui rapporti tra opinione pubblica e giustizia criminale F. Colao, L. Lacchè, C. Storti (a cura di), *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, Bologna, il Mulino, 2008; Lacchè, «*Non giudicate*». *Antropologia della giustizia e figure dell'opinione pubblica tra Otto e Novecento*, Napoli, Satura, 2009; Id., *La giustizia penale e l'opinione pubblica: figure del «pre-giudizio» in età contemporanea tra Italia e Francia*, in B. Durand et al., *Juger et préjugés, Actes du Colloque international*, 2-3 octobre 2014, Montpellier, Faculté de droit et de science politique, 2016, pp. 209-246.

¹⁹ Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in Id. *Storia del diritto penale* cit., pp. 35-36; ma si veda anche Id., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale dell'Italia unita e Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ivi, pp. 493-590, pp. 591-635.

²⁰ Cfr. Lacchè, *Un code pénal pour l'Unité italienne: le code Zanardelli (1889)*, «*Seqüência*», 68, 2014, pp. 37-57.

²¹ Di Stefano, *Il magistero penale* cit., pp. 132-133.

gravidanza»; con lo sviluppo della «probabilità clinico-statistica, che fornì alla medicina» un «potere totale di vita e di morte sulla scena del parto»; con l'influenza «sulla morale laica e cattolica» che assunse l'*intelligenza* medica, e con la contrapposta presa di posizione della Chiesa per rendere «illecita ogni azione terapeutica su una donna incinta in mancanza di garanzie sull'incolumità della vita del nato»²².

Su questa scia, ripercorrere il dibattito giuridico-dottrinale sul *crimen abortivo* ci conduce a fare i conti con il dilemma più rilevante per i giuristi tra Otto e Novecento: il «conflitto tra *ordine e libertà*», perennemente «sullo sfondo dello scontro tra classi che segna il secolo diciannovesimo» ed autentico «carattere originario e permanente della maniera penale italiana»²³. Si trattava, infatti, di stabilire una *scala di valori* tra soggetti ed istanze contrapposte: la pretesa individuale della donna di disporre liberamente del proprio corpo e del suo stato di gravidanza, prendendo atto che questo avveniva clandestinamente (senza rimedio efficace da parte del legislatore); il diritto del nascituro di non vedersi sottratta la sua “legittima” speranza di vita, contro una scelta “criminale” (legata per lo più alla salvaguardia dell'onore femminile e familiare); ed, in fine, il dovere dello Stato di proteggere l'esistenza di tutti i suoi cittadini, anche quando questa è soltanto potenziale ed incerta. E questo significava, né più né meno, che provare a risolvere – da una prospettiva diversa, ma se vogliamo ancora più “estremizzata” nel dislivello tra i soggetti coinvolti – quell'irrisolta contrapposizione di diritti e valori su cui si fondava l'*ipocrisia borghese* di età liberale, e nelle cui pieghe tutto si riduceva irrimediabilmente all'opposizione di un «*bene politico*» («la sicurezza dello Stato» e «l'ordine nella società») al «*diritto che ha il singolo di usare la sua libertà*»²⁴, astrattamente inviolabile ma concretamente sacrificabile al bisogno (soprattutto se il titolare di questa “libertà da sacrificare” era una donna disonorata e non il galantuomo, borghese, possidente, presunto innocente e dall'onore immacolato).

In questa prospettiva, non deve sorprendere che anche un «giureconsulto “costruttore”», guidato da uno «spirito *critico e libero*»²⁵, come Francesco Carrara finisca per fondare la sua ricostruzione del delitto di *Feticidio*, nella *parte speciale* del suo *Programma del corso di diritto criminale* (1864), sulla base di pregiudizi morali e convinzioni religiose che sembrano contraddire la sua fede nel «vero [...] liberalismo giuridico»²⁶.

²² Betta, *Animare la vita*, cit. pp. 10-11.

²³ Sbriccoli, *Giustizia criminale*, cit., p. 33; Id, *Caratteri originari e tratti permanenti* cit., p. 598.

²⁴ Sbriccoli, *Giustizia criminale*, cit., p. 33.

²⁵ Lacchè, *La penalistica costituzionale e il «liberalismo giuridico»*. *Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, «Quaderni fiorentini», 36, 2007, pp. 663-668.

²⁶ F. Carrara, *Le tre concubine*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1870, vol. IV, p. 497.

«Vuole la tirannide delle passioni» e «l'urto delle condizioni sociali» – afferma il criminalista lucchese – «che la donna abbia talvolta in odio quello che lei dovrebbe eccitare ad altissima gioia» (la gravidanza), e che «abbia invece in desiderio quello che essa dovrebbe come grande infortunio temere» (l'aborto). Sono «parecchie» le «cagioni» che spinsero «in tutti i tempi codesto sesso», considerato «come più morale del sesso maschile», a «distruggere anticipatamente nelle proprie viscere il dono della provvidenza»: la «più frequente» è «il desiderio di nascondere un fallo», ma a questa si aggiungono, «indifferentemente», il «tedio della figliolanza», l'intento di «osteggiare un invisito marito» o quello di «sottrarre sé stessa ai dolori» ed «ai pericoli del parto», e «persino (incredibile a dirsi)» il «vanitoso amore di una fuggitiva bellezza» per far sì che «il superbo ventre non si bruttasse di rughe precoci». A rendere, «le femmine più inchinevoli al volontario sconcio, quasi dispossessero di sé» fu quella «filosofia pagana» che «ravvisava» nel «feto, finché nell'alvo materno [...] una parte della donna medesima» e nell'«aborto che la donna avesse procurato sopra sé medesima [...] un atto di libera disposizione del proprio corpo, non imputabile politicamente». All'opposto, invece, «tutte le culte nazioni» considerano il «feto», «se non un essere in senso proprio fornito di diritti, un essere almeno al quale la società doveva protezione», ed è per questo motivo che l'«aborto» venne dovunque «elevato a delitto»²⁷.

Un giudizio, quello del Carrara, che trova il suo fondamento tanto nell'idea che l'«incidenza» criminale del «sesso femminile vada valutata nella sfera emozionale»²⁸, negando in astratto ogni diritto della donna alla libera disposizione del proprio corpo; quanto in quella convinzione, radicata tra XVII e XVIII secolo, che vedeva nel *cittadino non-nato*²⁹ un «“bambino” a tutti gli effetti, per quanto in dimensioni microscopiche, dotato di una propria autonomia funzionale e sensoriale», non più «parte integrale del corpo materno fino al momento della nascita». È così che la «procreazione e la nascita acquistano un particolare valore sociale e politico», rappresentando «il momento in cui rinnova e si sviluppa il corpo sociale dello Stato». Ed è in quest'ottica che gli stati illuminati nel Settecento, e poi l'*assolutismo giuridico* nell'Ottocento, cominceranno ad «assumersi il compito di proteggere la gravidanza e la nascita»³⁰. Ne sono una testimonianza le fattispecie incriminatrici di

²⁷ Carrara, *Esposizione dei delitti in specie: parte speciale del Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, Canovetti, 1864-1870, vol. I, pp. 310-312.

²⁸ E. Musumeci, *Emozioni, Crimine, Giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano, FrancoAngeli, 2015, p. 145.

²⁹ Sul punto, tra gli altri, Filippini, *Il cittadino non nato e il corpo della madre*, in *Storia della maternità*, cit., pp. 111-137; Id. *La personificazione del feto e l'eclisse della madre*, in *La cittadinanza del feto*, cit., pp. 182-186; ma si veda anche il celebre B. Duden, *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Torino, Bollati Boringhieri, 1994.

³⁰ Filippini, *La personificazione del feto* cit., p. 183.

procurato aborto introdotte in entrambi i *modelli codicistici tradizionali europei*³¹, adottati, sia pur in diversa misura, come riferimento da molte delle codificazioni penali successive.

A cominciare dal *Code pénal* francese (1810) che mentre con l'art. 302 «equiparava parricidio, infanticidio e veneficio, punendoli con la morte»³²; con il successivo art. 317 – ispirato probabilmente dalla necessità di non tralasciare alcuna forma di consumazione del reato – sanzionava con la più mite «reclusione» chiunque «con alimenti, bevande, medicinali, violenza, o con qualunque altro mezzo avrà procurato l'aborto di una donna incinta».

La sottrazione dell'*avortement procuré* dalla pena capitale, prevista per le altre forme di omicidio qualificato intrafamiliare³³, si giustificava sulla base della logica applicazione del principio di proporzionalità. «*Cette distinction est évidente*» – scrivono Adolphe Chauveau e Faustin Hélie – «*la femme enceinte n'est point encore mère, elle n'est point retenue par l'amour d'un enfant qu'elle ne connaît pas, elle est plus excusable quand elle se laisse entraîner par la seule crainte du déshonneur; son action est moins atroce, parce qu'elle a moins de répugnances a surmonter*»³⁴. Il problema lo riassume in maniera efficace il criminalista toscano Francesco Antonio Mori che, nella sua *Teorica del codice penale toscano* (1854), spiega questa distinzione a partire dal fatto che, nonostante l'«infanticidio» sia affine al «procurato aborto», «e per lo più derivante dalla stessa cagione di salvare l'onore del sesso»; tuttavia quest'ultimo «non [uccide] l'uomo, ma la *speranza dell'uomo*» ed «è guardato con occhio meno severo dai moderni legislatori»³⁵.

In area austriaca, invece, le «forme piuttosto didattiche»³⁶ della *Franziskaner* (1803) premettevano ai §§128-132 una definizione del reato abortivo che non si concentrava sulle modalità della condotta delittuosa ma sull'evento che questa produceva in concreto, ossia l'interruzione della gravidanza o la circostanza che «il bambino venga al mondo privo di vita». Per questo motivo, il dettato normativo poteva prescindere completamente dall'indicazione dei mezzi astrattamente adoperabili per produrre l'evento, mentre l'entità della sanzione era differenziata a seconda del soggetto che causava l'aborto, variando per le specifiche circostanze del reato. Le pene irrogate andavano

³¹ A. Cadoppi, *Il "modello" rivale del code penal. Le "forme piuttosto didattiche" del Codice penale universale austriaco del 1803*, in *Codice penale universale austriaco (1803)*, Padova, CEDAM, 2001, pp. XCV-CXLI.

³² Garlati, *La fine dell'innocenza* cit., p. 20.

³³ Su questa classe di reati, oltre a Garlati, si veda anche 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, Eum, 2008.

³⁴ A. Chauveau, F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, Paris, Legrand, 1852, tomm. IV, p. 46.

³⁵ F.A. Mori, *Teorica del codice penale toscano*, Firenze, Dalla stamperia delle murate, 1854, p. 255.

³⁶ Cadoppi, *Il "modello" rivale* cit., in particolare pp. XCIX-C.

dal «carcere tra sei mesi ed uno anno» – previsto per l'aborto non consumato dalla donna su sé stessa o dal padre per «qualsiasi fine»; al «carcere duro» tra «cinque anni e dieci anni» – se il reato era consumato dal terzo, quando «sia derivato alla madre un pericolo nella vita o un pregiudizio nella salute».

Inutile sottolinearlo, in entrambi i modelli, ci troviamo di fronte ad un'operazione di criminalizzazione ad ampio raggio, una tendenza che non cambia neanche nel mosaico delle codificazioni penali dell'Italia preunitaria, dove l'aborto procurato, pur venendo sottratto alla pena capitale prevista generalmente per l'infanticidio³⁷, era severamente punito ovunque con la reclusione o il carcere duro, senza grande distinzione tra chi si ispirava al prototipo «casistico» francese – come gli artt. 395-399 del Codice penale delle Due Sicilie (1819) – o chi prediligeva, invece, la struttura «fenomenologica» di matrice germanica – come gli artt. 321-323 del Codice penale toscano (1853)³⁸.

Nonostante la «severità eccessiva» con cui è perseguita «la procurazione dell'aborto»³⁹ nel secolo XIX, però, ci troviamo «precisamente» davanti ad «uno di quei delitti per i quali» le «sanzioni legislative sono rimaste costantemente prive di pratica efficacia». Un dato, questo, che emerge chiaramente dalla lettura delle statistiche giudiziarie dell'epoca, le quali «ci prova[no] luminosamente» come «l'aborto nel massimo numero dei casi rimane impunito» e che «la rarità delle condanne è in evidente sproporzione colla frequenza sempre crescente del fatto criminoso»⁴⁰.

Per limitarci all'esempio più eloquente, il medico Jules Socquet afferma che nel più di mezzo secolo trascorso tra il 1826 ed il 1880 non si contarono in tutta la Francia che 1070 accuse per aborto. È evidente, come affermerà l'allora *Ministère de la Justice*, che «le chiffre des accusations est loin de représenter le nombre réel des crimes commis»⁴¹. Quanto all'Italia, nel 1869 si ebbero «sole 5 accuse di procurato aborto» e la mancanza di giudizi in questa materia viene confermata anche dalla «scarsità delle sentenze supreme», che sono appena sei «in quindici anni». Un dato che si può spiegare o convincendosi della tesi assurda secondo cui «in Italia il delitto in esame è rarissimo» o prendendo atto, più realisticamente, che «la legge e la giustizia sono deluse e derise» tanto «per l'indole del reato» quanto per «le difficoltà della prova e l'accorgimento dei rei»⁴².

³⁷ Garlati, *La fine dell'innocenza* cit., pp. 21-25.

³⁸ Lucchini, voce «Aborto procurato», cit., p. 109; Calogero, *Del procreato aborto*, cit., pp. 47-51.

³⁹ Pessina, voce «Aborto procurato», cit., p. 58.

⁴⁰ Calogero, *Del procreato aborto*, cit., p. 2.

⁴¹ J. Socquet, *Contribution à l'étude statistique de la criminalité en France*, Paris, Asselin, 1884, pp. 48-55.

⁴² Lucchini, voce «Aborto procurato», cit., p. 107.

L'«esiguità» di queste cifre, ora come allora, «non potrà evidentemente non impressionare coloro che conoscono lo straordinario numero degli aborti che quotidianamente si commett[evano] così nelle città come nelle campagne». E non sorprenderà sentire un pratico del foro, come l'avvocato Calogero affermare che:

«Allorquando per inevitabile condizione di cose l'autorità non giunge che in casi rarissimi ad accertare un delitto, e si tenta colla severità della condanna di compensare il numero illusorio di coloro che incappano nel Codice penale, la disposizione della legge si riduce ad una vana formula, il disordine creato dalla pena è di gran lunga superiore all'ordine mantenuto dalla minaccia, e la sanzione *impotente* è [...] una sanzione *tirannica*, che fa un male privato senza ottenere un bene pubblico»⁴³.

Un'opinione condivisa anche dallo stesso Luigi Lucchini quando affermava che

«il magistero della pena devia dal suo scopo e si rende aberrante quando intende di spingere l'azione sua per qualsiasi eventualità di lesione giuridica, senza prima averne calcolato e ponderato tutti gli effetti. [...] La morale non ammette condizionamenti o temperamenti; il diritto e la politica non possono farne a meno, se davvero vogliono raggiungere gli scopi cui son diretti: altrimenti poi accade anche per sopramerco che la legge è derisa ed i suoi fulmini colpiscono nel vuoto»⁴⁴.

Tuttavia, la *tirannia* e l'*impotenza* della sanzione criminale non è il solo problema contro cui si scontra la scienza criminale italiana del secolo XIX. Quello che appariva più sconvolgente, infatti, era «che nella coscienza popolare si afferma sempre più l'opinione che considera l'aborto come un fatto lecito»: «lo provano i verdetti assolutori dei giurati, le rare volte che un'imputata viene tratta al pubblico giudizio, e la generale considerazione che non ritiene come disonorata la donna che procura di abortire». Da questa prospettiva, il *crimen* abortivo mostra il suo vero volto, quello di un «reato d'indole eminentemente sociale», frutto di un «pregiudizio» ipocrita insito nella «pubblica opinione» del tempo. Una condotta, certo, «figlio del sentimento dell'onore, tale nelle donne da rivaleggiare, combattere e vincere l'amor materno»⁴⁵. Ma che non è semplicemente il frutto della malvagità umana, quanto un'applicazione della *Fisica sociale* di Adolphe Quetelet, secondo cui «*c'est la société qui prépare le crime*» e «*le coupable n'est que l'instrument qui l'exécute*»⁴⁶.

Ciò nondimeno, se la «pubblica opinione» è «pervertita in quanto giustifica» e condanna la medesima condotta – affermerà Calogero, cogliendo

⁴³ Calogero, *Del procreato aborto*, cit., pp. 2, 3-4.

⁴⁴ Lucchini, voce «*Aborto procurato*», cit., p. 123.

⁴⁵ Calogero, *Del procreato aborto*, cit., pp. 4-5.

⁴⁶ A. Quetelet, *Sur la possibilité de mesurer l'influence des causes qui modifient les éléments sociaux*, Bruxelles, Hayez, 1832, p. 26.

il nodo problematico della questione – occorre che il legislatore intervenga «nell'ordinare quei mezzi preventivi che valgano a sradicare le cause di quel perversimento», che consentano di «valutarne l'influenza» tanto «sulla intenzione dell'agente» quanto «sulla sua imputabilità», considerando l'aborto criminoso attraverso le sue circostanze, gli elementi costitutivi della condotta e l'oggetto di tutela politico-criminale. «È innegabile che il male esiste» ma «la pena», qui, «dev'essere più preventiva che repressiva, dee mirare più a raddrizzare l'opinione pubblica che a riaffermare il diritto violato, più a modificare una condizione di fatto prodotta dall'ambiente che ad infliggere un male al colpevole»⁴⁷.

3. *La violenza come elemento costitutivo dell'aborto procurato*

Per comprendere il valore giuridico riconosciuto dai criminalisti di età liberale alla violenza come elemento costitutivo del procurato aborto, insieme a tutti i corollari, che si fanno dipendere dalla sussistenza (o meno) di questo elemento, dobbiamo necessariamente affrontare quella «questione in ordine alla quale disparatissime sono le opinioni», e che dette «luogo ad una straordinaria disparità di principii»⁴⁸. Il riferimento è al dilemma intorno al corretto inquadramento giuridico del *crimen* abortivo e, soprattutto, alla determinazione del suo oggetto di tutela politico-criminale. Per dirlo altrimenti, la questione ermeneutica era quella di stabilire se l'aborto procurato dovesse necessariamente considerarsi come un reato contro la vita del «feto-persona», ovvero se potessero individuarsi altri obbiettivi tutelati, senza porsi il problema di definire in termini giuridici la condizione di vita dell'embrione nell'utero materno. Si tratta, è evidente, di un problema definitorio non di poco conto che, però, né la dottrina di Antico regime né tantomeno i legislatori della prima metà del secolo XIX, avevano seriamente preso in considerazione, derubricandolo ad una mera questione classificatoria, priva di una reale incidenza sulla natura giuridica del reato⁴⁹.

Nonostante la particolare collocazione della fattispecie nelle codificazioni panali, infatti, nessun interprete metteva in dubbio che il bene giuridico tutelato con l'incriminazione dell'aborto fosse la vita del *cittadino non-nato*, tanto è vero che (unico) fatto rilevante ai fini della consumazione del reato era l'avvenuta morte del feto, mentre quasi nessun rilievo (se non in termini di determinazione del *quantum* sanzionatorio) era riservato alle altre condizioni della condotta. Con l'avvento dell'Unità nazionale, invece, il tema

⁴⁷ Calogero, *Del procreato aborto*, cit., p. 5.

⁴⁸ Ivi, p. 13.

⁴⁹ Ivi, pp. 43-51.

assunse un'importanza cruciale, alimentando un dibattito dottrinale che si innestò fin dentro il cantiere dell'unificazione legislativa, concentrandosi principalmente sulla questione relativa alla determinazione dell'oggetto giuridico tutelato dal reato abortivo, ma estendendosi anche alla definizione di tutti gli altri elementi costitutivi della fattispecie, compresa la violenza intesa come *forma identitaria* della condotta criminosa.

La prima voce sul tema fu quella di Francesco Carrara, cui va il merito (del tutto indesiderato) di aver acceso la miccia dell'intera polemica. La dottrina del Carrara rappresenta, infatti, la più lucida espressione, di tutte quelle teorizzazioni che, in continuità con l'*Ancien régime*, facevano «dell'aborto un reato contro la vita del feto», o meglio contro la sua «speranza della vita (extra-uterina)», considerandone l'«uccisione [...] come un impedimento al suo ulteriore sviluppo»⁵⁰ naturale. Non è un caso che Carrara proponga di sostituire la «denominazione di *feticidio*» a «quella di *procurato aborto*», in quanto si tratta di un «delitto materiale» che «non si consuma con un'azione, ma con un evento ottenuto»: la «morte del feto»⁵¹. La stessa descrizione del reato testimonia l'ossequio per questa scelta di fondo, tanto è vero che Carrara definisce l'aborto procurato come: «*la dolosa uccisione del feto nell'utero, o la violenta sua espulsione dal ventre materno, dalla quale sia conseguita la morte del feto*».

Già a colpo d'occhio ci rendiamo conto dello spazio di preminenza che assume la violenza tanto come circostanza materiale della condotta (*mezzi violenti*) quanto come condizione fattuale dell'evento (*morte o espulsione violenta* dal feto). In particolare, quanto ai mezzi violenti questi si «dividono» in «*morali* (incussione di timore), *fisici* (somministrazione di farmaci che abbiano, o la potenza di uccidere il feto, o quella di eccitare contrazioni espulsive nell'utero) e *meccanici* (urti al ventre, perforazione dell'utero, fulmine elettrico, e simili)». La caratteristica che accomuna queste modalità di consumazione del reato, anche quando non si tratta di forma di violenza fisica (in senso proprio), è che «quando ess[e] abbiano prodotto l'effetto», sono sempre il frutto di una «forza fisica subiettiva»⁵², intrinsecamente violenta per definizione.

Naturale conseguenza di quest'impostazione è (almeno in astratto) una criminalizzazione senza eccezioni delle condotta che si fonda sul verificarsi dell'evento morte del feto, come previsto dagli artt. 321-323 del Codice penale toscano. E non sorprende che alla dottrina del Carrara si ispirò anche la Commissione ministeriale che, nel redigere il suo *Progetto di Codice pe-*

⁵⁰ R. Balestrini, *Aborto, infanticidio ed esposizione d'infante: studio giuridico-sociologico*, Torino, Bocca, 1888, pp. 95-96.

⁵¹ Carrara, *Esposizione dei delitti in specie cit.*, pp. 329-330.

⁵² Carrara, *Esposizione dei delitti in specie cit.*, pp. 319, 328, 334.

nale (1868), inserisce l'aborto criminoso nel titolo XII: *Dei reati contro la vita e l'integrità personale*⁵³. Tuttavia, «questo modo di considerare il diritto alla vita nel feto costringerebbe i criminalisti a mettersi per un labirinto di sottilissime indagini, dal quale difficilmente si uscirebbe». E, infatti, se «si ravvisa nell'aborto la violazione di un diritto alla vita», «allora occorre una vita attuale e quindi un diritto alla stessa, di cui sia [...] investito il feto»; al contrario «se l'aborto è la distruzione di una vita sperata», allora «bisogna trovare un'altra personalità nella quale si adagi codesta speranza»⁵⁴. Conseguenza della dottrina del Carrara è, dunque, suo malgrado, la «quasi costante impunità» del reato, e questo perché «mentre nei i primi mesi della gravidanza è impossibile l'accertare se nell'utero materno visse un vero feto vitale»; all'opposto quando la gravidanza è «inoltrata se il feto nasce vivo, non si può parlare di aborto», mancando «l'elemento materiale dell'uccisione»⁵⁵.

Il «corto circuito sanzionatorio», cui conduceva quest'impostazione fu rilevato senza successo, già in seno alla Commissione del 1868, da Filippo Ambrosoli. Tuttavia, fu soltanto con la seconda Commissione ministeriale (1870) che il procuratore milanese, libero dall'ingombrante presenza di Carrara, riuscì a far «collocare l'aborto procurato» nella «classe» dei «*reati contro l'ordine della famiglia*», seguendo l'impostazione adottata per gli artt. 501-505 del Codice penale sardo. Le ragioni di questa scelta erano state esposte dallo stesso Ambrosoli nella relazione del 20 dicembre 1869, dove si affermava che

l'essenza del fatto punibile in questo reato consiste non già nel privare di vita un essere vivo e vitale, ma nell'impedire il libero svolgimento di una gravidanza incominciata mediante la prematura espulsione del feto, e nello scopo che questo esca morto, e per ciò stesso è coordinato non alla violenta distruzione di un essere già esistente, ma ad impedire violentemente che un'altra esistenza si aggiunga alla famiglia ed alla società. È questo il carattere che distingue il *procurato aborto* dall'*infanticidio*, e che giustifica per primo di essi, attesa la sua minore gravità, una pena più mite.

Il mutamento dell'obiettivo di tutela cui mira la repressione dell'aborto viene giustificato dall'Ambrosoli considerando i «gravi inconvenienti nella pratica ove un diverso concetto avesse la prevalenza». Se, infatti «il procurato aborto dovesse essere considerato come un reato contro la integrità personale, non si potrebbe sfuggire alla necessità di provare che al momento del reato il feto era vivo». L'incertezza intorno alla prova del fatto «condurrebbe pertanto, nel più gran numero dei casi, alla impunità dei colpevoli», e «se si

⁵³ Lucchini, voce «*Aborto procurato*», cit., pp. 109-110.

⁵⁴ Balestrini, *Aborto, infanticidio* cit., p. 98.

⁵⁵ Calogero, *Del procreato aborto*, cit., p. 18.

volesse sostituire alla prova una mera presunzione di vita, si cadrebbe nell'altro eccesso di pretendere una giustificazione talvolta impossibile e sempre contraria al naturale diritto di difesa»⁵⁶. Alla stregua di quest'impostazione, dunque, per l'Ambrosoli, il *crimen* abortivo assume le forme di una violenza contro l'«ordine naturale e legale della sua famiglia»⁵⁷.

Prescindendo da ogni altra considerazione, si può «obiettare a questa dottrina che l'aborto succede quasi sempre fuori dalla famiglia»: «tutti sanno che il grandissimo numero di essi viene commesso da quelle donne che o non sono unite da vincolo matrimoniale o sono unite da un vincolo sciolto in seguito a separazione personale». Il procuratore milanese «ha creduto di poter eliminare l'inconveniente da lui notato nella dottrina del Carrara» facendone una «questione di formula» laddove, invece, «bisognava farla di sostanza». Tuttavia, «non ha considerato che la difficoltà intrinseca della prova, dipende qui da una difficoltà inerente al fatto stesso dell'aborto». Per provare la violazione dell'ordine familiare «bisognerà pure provare che la nascita non ha avuto luogo per virtù dei mezzi adoperati, ossia che a questi soltanto è dovuta la distruzione di quello stato di fatto, che doveva condurre alla nascita di un uomo»⁵⁸.

Ad analoga conclusione giungerà anche Carrara, il quale nella seconda edizione della *parte speciale* del suo *Programma del corso di diritto criminale* (1868), risponde alle critiche mossegli, chiarendo il significato della sua contestata dottrina. Se, infatti, il procuratore milanese «non vuole ravvisare l'obiettivo del reato nella vita del feto, perché non è ancora deciso se sia vita o no». Al contrario, il criminalista toscano precisa, invece, di non aver mai «voluto fisiologicamente questionarsi» sul fatto che la vita embrionale «sia vita distinta dalla vita della madre». Per Carrara è sufficiente affermare che quella fetale sia «una vita meritevole di essere rispettata e protetta», «indipendentemente da ogni riguardo della famiglia». Non è «incerto», infatti, che «il feto (*se è vero feto*) sia un essere vivente», a maggior ragione «quando ogni giorno [lo] vedesi crescere e vegetare» nel ventre materno. «Essa è una vita adietta, accessoria [...] ad un'altra vita dalla quale un giorno si staccherà per vivere vita sua propria», ed «in quella vitalità presente accompagnata da una probabilità di una vita futura indipendente ed autonoma, trovasi a sufficienza l'obiettivo del delitto»⁵⁹. Tuttavia, anche questa precisazione non basta. Se da una parte, infatti, «potrebbe osservarsi forse che il Carrara abbia

⁵⁶ Ivi, p. 51-52.

⁵⁷ F. Ambrosoli, *Di talune opinioni ancor controverse intorno al delitto di procurato aborto*, Firenze, Tipografia dell'Associazione, 1867, pp. 3, 6.

⁵⁸ Balestrini, *Aborto, infanticidio* cit., pp. 39-40, 42.

⁵⁹ Carrara, *Esposizione dei delitti in specie: parte speciale del Programma del corso di diritto criminale*, 4^a ed., Lucca, Canovetti, 1881, vol. I, pp. 428-429.

risposto la essenzialità giuridica dell'aborto più nell'impedire ad un essere l'acquisto della vita che nel privarlo della vita acquistata». Dall'altra, questi rimane «costretto per necessità logica a convenire che definendolo l'uccisione suppone la vita poiché non si può uccidere chi non è vivo»⁶⁰. Al pari dell'Ambrosoli, dunque, nulla di più si sta facendo che cercare «una soluzione positiva della questione» con una definizione meramente «astratta»⁶¹.

Del tutto astratta, al pari delle due precedenti, fu la classificazione dell'aborto procurato proposta nel *Progetto del Codice penale* (1874) presentato dal Guardasigilli Paolo Onorato Vigliani, che volle inserire l'interruzione di gravidanza tra i *reati contro il buon costume*⁶². In vero, però, affinché «un fatto lesivo del buon costume sia dichiarato punibile, occorre che alla sua intrinseca disonestà corrisponda un'offesa al diritto altrui [tale] da provocare la repressione dell'effetto anti-giuridico». In questa tipologia di reati «sono necessari due elementi»: «che l'atto sia contrario alle norme generalmente ricevute» sul «pubblico senso morale»; «che gli atti siano pubblici». Evidentemente, nell'aborto manca tanto l'uno quanto l'altro elemento. Da una parte, infatti, la «coscienza pubblica» non sembra provare «per l'aborto quell'abborrimento e quell'orrore che impongono al legislatore di punire un atto come contrario ad un sentimento sociale»: «è nota la quasi eccessiva indulgenza che la società dimostra verso questo fatto, disposta a compiangere più che a condannare chi cerca sottrarsi al disonore con un mezzo tanto pericoloso». Dall'altra, quanto alla pubblicità della condotta, «bisogna convenire che nel massimo numero dei casi essa manca del tutto»⁶³. Senza contare che «una legge che in nome della difesa, della conservazione del buon costume, gettasse lo scandalo, il turbamento in una famiglia [...] e si facesse divulgatrice dell'immoralità», «raggiungerebbe un effetto del tutto opposto»: non solo per la «divulgazione di ciò che era e sarebbe rimasto sepolto sotto il mistero», ma anche perché a «causa dello spirito di imitazione che rende così contagioso il male morale, il fatto troverebbe ben presto numerosi imitatori, con serio e reale pericolo del buon costume»⁶⁴.

Questi timori spiegano perché la successiva Commissione ministeriale (1876), riportò la disciplina dell'aborto tra i *reati contro la persona*⁶⁵, un'impostazione che sarà confermata dai successivi progetti Savelli e Pessina (1885)⁶⁶ e fino al *Progetto del codice penale* (1888), destinato a diventare il Codice Zanardelli. Come affermerà lo stesso Guardasigilli il 22 novembre 1887:

⁶⁰ Calogero, *Del procreato aborto*, cit., p. 18.

⁶¹ Balestrini, *Aborto, infanticidio* cit., pp. 104.

⁶² Lucchini, voce «*Aborto procurato*», cit., pp. 110.

⁶³ Calogero, *Del procreato aborto*, cit., pp. 24-25.

⁶⁴ Balestrini, *Aborto, infanticidio* cit., p. 50.

⁶⁵ Lucchini, voce «*Aborto procurato*», cit., pp. 110.

⁶⁶ Cfr. Calogero, *Del procreato aborto*, cit., pp. 52-53.

La legge deve spiegare e spiega la sua protezione anche per il feto tuttora racchiuso nell'alvo materno, difendendo la vita dell'uomo fin dal momento della fecondazione e rigettando, come inumana, l'antica dottrina, secondo la quale la donna, procurandosi l'aborto, non fa che un atto di libera disposizione del proprio corpo, e l'estraneo, facendola abortire senza o contro il consenso di lei, d'altro non deve rispondere che di un'offesa verso di essa⁶⁷.

Se, dunque, da un punto di vista legislativo la questione dell'obiettivo giuridico del reato abortivo sembrerebbe risolversi in favore della posizione di Carrara, dall'altro bisogna tener conto che sul piano dottrinale, il dibattito non si spense, ed anzi, si arricchì di ulteriori prospettive che – pur non guadagnandosi uno spazio nella ricostruzione positiva della fattispecie – sono di grande interesse per la nostra indagine sulla violenza.

Ci riferiamo, in *primis*, alla teoria sostenuta da Ferdinando Puglia, che «fa dell'aborto procurato un delitto contro la società»⁶⁸. Ancora una volta il bersaglio – questa volta dalle colonne de *Il Filangieri* (1880) – è la dottrina del Carrara che costringerebbe la pubblica accusa «a giustificare che il feto era vivente nel momento che precedette la espulsione»: «cioè giustificare l'impossibile». «Sorge quindi naturale nell'animo il desiderio di investigare una dottrina che possa evitare gli estremi di quelle già esposte». Secondo il criminalista siciliano, infatti, se lo

Stato è il tutore della specie umana, e come nel dritto civile provvede a questa tutela con prescrivere le condizioni per la capacità fisica dei coniugi, donde gli impedimenti civili, creati appunto affinché l'arbitrio dell'individuo non rechi danno alla fecondità della specie, così anche deve provvedere a che non si distrugga quel fatto, alla cui origine avea provveduto con misure preventive. Ora alla distruzione del germe umano si perviene facilmente col procurare l'aborto, e quindi lo Stato ha il diritto di punire, perché ha il dovere intrinseco alla sua natura di avere cura della specie umana⁶⁹.

Indubbiamente, l'impostazione del Puglia è singolare, poiché spostando il *focus* da un diritto *individuale* ad un diritto della *collettività* sembra capace di superare tanto i difetti della dottrina di Carrara quanto quelli della tesi dall'Ambrosoli. Tuttavia, il penalista siciliano cade nell'errore di credere che «l'obiettivo di un reato possa essere scelto quasi a capriccio», mentre invece «esso deriv[a] direttamente dalla natura del reato» non potendo tramutarsi in «una strana petizione di principio»⁷⁰. Tralasciando, infatti, che difficilmente si possano intendere «le disposizioni del Codice civile sul matrimonio come provvedimenti a tutela della specie umana» – e che «è sempre pericoloso di argomentare, secondo il diritto civile, nella sfera penale» – questa dottrina condurrebbe al duplice

⁶⁷ Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia, Roma, Ripamonti, 1887, vol. I, p. 321.

⁶⁸ Balestrini, *Aborto, infanticidio* cit., p. 64.

⁶⁹ F. Puglia, *Il reato di aborto*, «Il Filangieri», V, I, 1880, pp. 472, 480, 482, 484-485.

⁷⁰ Balestrini, *Aborto, infanticidio* cit., p. 66.

paradosso dello «scioglimento dei matrimoni sterili nel civile», e «nel penale» alla «punizione di tutti gli atti che danneggiano o distruggono la fecondità o che preventivamente impediscono la gravidanza». Senza considerare che «una tale ingerenza dello Stato che, confondendo la morale col diritto, sarebbe la più potente violazione della libera personalità umana»⁷¹.

Più incline a sostenere l'argomento secondo cui «la *società umana* dal momento del concepimento acquista un diritto al non essere perturbato [...] il processo fisiologico per la formazione della nuova esistenza»⁷² fu Enrico Pessina. In vero, però, quella dell'aborto come diritto contro la società è soltanto una parte residuale dell'argomentazione del Pessina, il quale tendeva a considerare il *crimen* abortivo come un reato di violenza contro il diritto della danno alla sua sanità ed integrità corporale minacciata dalle pratiche abortive. La «categoria di un reato», in vero – afferma il criminalista napoletano – «deriva come un corollario dal determinare il rapporto giuridico violato». Per questo motivo, «lasciando da parte il vedere dove vada allogato il reato di aborto», dobbiamo comprendere primariamente che il feto «non può dirsi vita, appunto perché non è separato dalla vita della madre»: è «un processo di trasformazione, è un viscere che si svolge con progresso continuo a vita indipendente, senza essere ancora tale».

Se un *processo patologico* attraversa questo cammino prima di quel tempo in cui l'uscita del feto dall'utero rende possibile la vita, non si ha il parto ma l'aborto. Il processo di formazione della vita è da esso impedito. Non si tratta di una vita che si annienta; l'annientarsi della vita presuppone la realtà della vita. Si tratta invece dell'impedire che una vita si formi, arrestando il processo della sua formazione.

«Non vi è una uccisione propriamente detta, ma vi è una *distruzione*», prosegue Pessina. Tuttavia, «il processo patologico che attraversa il processo di formazione della nuova vita concepita non è solo distruzione del feto», ma è altresì una «lesione alla sanità corporea della donna pregnant», causata dalla «natura malefica dei mezzi che si adoperano ad ottenerlo». Non è un caso, infatti, che venga incriminato «l'aborto direttamente procurato, ancorché la donna incinta abbia ella stessa procurato il suo aborto» o abbia «prestato il suo consenso». A queste condizioni, anche la «parola *feticidio* può bene essere adoperata nel senso di *distruzione del feto*, perché lo scopo di colui che si adopera ad ottenere l'aborto, è appunto quello di impedire che venga a luce una vita». Senza però che «dalla voce feticidio come uccisione del feto si volesse desumere la necessità di rinvenire la vita nel feto come un presupposto necessario del reato»⁷³.

⁷¹ Calogero, *Del procreato aborto*, cit., p. 29.

⁷² Pessina, voce «*Aborto procurato*», cit., pp. 60.

⁷³ Pessina, voce «*Aborto procurato*», cit., pp. 60-61.

Una simile conclusione sembrerebbe risolvere il problema, però, così non è. E questo perché, ragionando come il Pessina, si finirebbe logicamente per non ravvisare nel fatto criminoso alcuna «lesione personale di sorta» tanto nel «caso che la donna pratichi sopra di sé stessa l'aborto» quanto nel caso in cui «consenta che altri lo pratichino sopra di lei», riducendo così l'imputabilità della condotta al solo mancato consenso. In «riguardo alla donna», in vero, «osta il noto principio che l'uomo non ha diritti sopra sé stesso, e quindi ha piena balia di disporre delle sue membra, consentendone [...] anche la lesione per procacciare a sé un migliore vantaggio»; «quanto al terzo che opera sulla donna consenziente», osta «l'altro principio non meno assoluto del *volenti non fit injuria*»⁷⁴.

Un ulteriore tentativo di risolvere il dilemma viene promosso dall'avvocato sardo Tommaso Mura Succu, il cui obiettivo era quello di provare ad estendere al campo giuridico la nozione di aborto elaborata dal celebre anatomopatologo Ambroise Tardieu. In realtà, già negli anni '80 dell'Ottocento, la definizione medico-legale di aborto criminoso proposta da Tardieu era stata presa in considerazione dalla criminalistica italiana⁷⁵ (con scarso successo), venendo prontamente criticata dal Carrara nel suo *Programma del corso di diritto criminale*⁷⁶. Il medico francese, infatti, definiva l'*«avortement»* come *«l'expulsion prématurée et violemment provoquée du produit de la conception, indépendamment de toutes les circonstances, d'âge, de viabilité et même de formation régulière»*⁷⁷. «Lo scopo del dotto medico può essere senza dubbio ammirevole, ma è certo che i mezzi che egli propone sono giuridicamente inaccettabili»⁷⁸. Se, infatti, ad opera del Tardieu la violenza riacquista centralità nella ricostruzione del reato abortivo, tramutandosi nel carattere essenziale che determina la punibilità automatica della condotta, dall'altro la sola valorizzazione di questo elemento non è sufficiente a giustificare la rilevanza penale del fatto criminoso. A tacer d'altro, volendo aderire a «questa dottrina si viene a condannare come rea di procurato aborto la fanciulla che non è mai stata gravida, quando per i ritardi dei suoi corsi venuta in sospetto di essere incinta abbia espulso un grumo di sangue»⁷⁹. Senza considerare che «dall'opera del Tardieu non risulta [né] qual diritto sia leso col reato di aborto» né che cosa «dovrebbe riaffermar[si] colla relativa sanzione penale»⁸⁰.

⁷⁴ Calogero, *Del procreato aborto*, cit., p. 27.

⁷⁵ Tra gli altri Puglia, *Il reato di aborto*, cit., pp. 478-479; Pessina, voce «Aborto procurato», cit., pp. 60.

⁷⁶ Carrara, *Esposizione dei delitti in specie* cit., vol. I, pp. 445-446.

⁷⁷ A. Tardieu, *Étude médico-légale sur l'avortement*, Paris, Baillière, 1881, p. 4.

⁷⁸ Calogero, *Del procreato aborto*, cit., p. 23.

⁷⁹ Carrara, *Esposizione dei delitti in specie* cit., vol. I, pp. 445-446

⁸⁰ Calogero, *Del procreato aborto*, cit., p. 24.

Per ovviare a questo inconveniente, il Mura Succu sottolinea come «Tardieu non parl[ì] di feto», perché per lui «è soggetto passivo dello aborto il *prodotto*» del concepimento («qualunque esso sia»), e che basterebbe aggiungere a questo «il concetto della *distruzione*» elaborato dal Pessina. Non a caso, l'avvocato sardo propone di definire l'aborto procurato come la «dolosa distruzione del prodotto del concepimento nell'utero della madre, o la violenta e prematura sua espulsione da esso, onde tale distruzione sia necessariamente seguita»⁸¹. Inutile rilevare che anche questa definizione non supera le critiche già mosse contro la dottrina dell'anatomopatologo francese, finendo per non riuscire ad indentificare né l'oggetto giuridico della tutela né tantomeno il soggetto passivo del reato.

Giunti a questo punto, dopo «aver così dimostrato come nessuno degli obiettivi giuridici che si sono voluti attribuire all'aborto procurato possa» considerarsi privo di inconvenienti, sembra non restarci altro che ammettere «la esclusione dell'aborto dal novero dei reati». Tuttavia, una simile conclusione sarebbe stata inammissibile per la cultura borghese del tempo, ed è per questo che, la parte più *realista* e progressista della *penalistica civile* si spinse oltre, ammettendo che «nella maggior parte dei casi il procurato aborto non operando una lesione giuridica positiva e certa debba esulare dal campo del diritto penale, costituendo» al più «una grave immoralità», punendolo invece soltanto «in alcuni casi speciali e sotto determinate condizioni»⁸². Si tratta di un vero ribaltamento di prospettiva che ci restituisce una inedita «pre-concettualizzazione» del diritto all'aborto, declinata secondo quel *codice di comunicazione strutturato al maschile* di cui fu vittima la criminalistica italiana dell'Ottocento.

Il primo ad intravedere questa possibilità fu Lucchini, il quale «pure ammettendo [astrattamente] il diritto alla vita nel feto sostenne, malgrado ciò, la limitazione della perseguibilità penale del *feticidio* a taluni determinati casi»⁸³. In vero – affermava il criminalista veneto – il «magistero della pena devia dal suo scopo e si rende aberrante quando intende dispiegare l'azione sua per qualsiasi eventualità di lesione giuridica, senza prima averne calcolati e ponderati tutti gli effetti»: la «ragion giuridica penale non può esigere che le preoccupazioni sociali, fatte superiori a quelle della maternità, si spingano sin nell'utero della donna per rintracciarvi le vestigia di un diritto, che fu la conseguenza di un più grave delitto che la società stessa non ha voluto o non ha saputo respingere». Per questi motivi, «pur serbando al procurato aborto il carattere di delitto contro la vita delle persone», quanto alla sua «perseguibilità penale», Lucchini si convince che questa dovrebbe avvenire

⁸¹ Mura Succu, *L'aborto nel diritto penale*, Sassari, Azuni, 1884, pp. 39-45.

⁸² Calogero, *Del procreato aborto*, cit., p. 32.

⁸³ Così riassume Balestrini, *Aborto, infanticidio* cit., p. 136.

unicamente per «querela»: da parte della «donna», «se le manovre abortive furono operate senza il suo consenso», o «del terzo interessato, che per ragione di rapporti familiari od economici possa muovere legittima doglianza pel procurato aborto». E questo «tanto in riguardo della donna operante da sé sola o col sussidio altrui, quanto in riguardo del complice, naturalmente unito nella stessa causa». All'opposto, non «sarebbe subordinato alla privata querela il delitto del terzo che avesse cagionato la morte od una grave lesione alla donna» senza il suo consenso. Certamente, ci saranno «coloro che si sorprenderanno e si mostreranno quasi sgomenti per le proposte che siamo venuti formulando» – ammette Lucchini – ma «noi siamo convinti che le medesime corrispondono alle *vere e reali esigenze* di un magistero penale che nel perseguire il delitto si prefigge di soddisfare ad un interesse strettamente sociale e si fonda su quella sobria e ragionevole tutela del diritto che è protezione e non oppressione dell'individuo»⁸⁴.

A sviluppare le «conclusioni» abbozzate dal fondatore della *Rivista penale*, ci penserà non un seguace del suo indirizzo scientifico, ma un positivista lombrosiano moderato, Raffaele Balestrini, con il suo *Aborto, infanticidio ed esposizione d'infante: studio giuridico-sociologico* (1888). Questi ne farà le «premesse» che gli consentono di delineare «le figure di aborto criminoso che sopravvivono alle limitazioni». In quest'ottica, la «procurazione dell'aborto» dovrebbe «essere punita come reato» solamente «ogniqualevolta includa la lesione di un diritto» e «tale lesione sia irreparabile [...] da produrre quel danno politico, senza del quale non può parlarsi di magistero penale»⁸⁵. Così facendo, si potranno individuare soltanto due gruppi di «azioni» nei quali l'interruzione della gravidanza potrà considerarsi come penalmente rilevante. Un «primo gruppo» – prendendo in considerazione la dottrina dell'Ambrosoli – saranno «incriminabili» come «reati contro l'*ordine delle famiglie*»: trattasi dei «vari casi di aborto provocato dalla donna maritata in odio del coniuge sopra il prodotto di legittimo concepimento». Tuttavia, «se operasse sopra il frutto di un fallo amoroso per timore della vendetta maritale, allora il fatto non includerebbe nessuna lesione dei diritti del coniuge, ed il delitto consisterebbe nell'adulterio precedente». Nel secondo caso, il reato rappresenta una «violazione del patto maritale, il quale ha per iscopo precipuo la procreazione della prole», mentre nel primo si potrà «dimostrare che il prodotto della fecondazione, opera di entrambi i coniugi, non può essere disperso per volontà di uno solo di essi». Naturalmente, lo stesso principio varrà anche per il marito che «costringesse la moglie a pratiche abortive», con l'aggravante che ci sarà «una lesione non soltanto del *diritto familiare*

⁸⁴ Lucchini, voce «*Aborto procurato*», cit., pp. 122-123.

⁸⁵ Balestrini, *Aborto, infanticidio* cit., pp. 11, 154.

ma anche del *diritto individuale della donna*, la quale si vede costretta a fare cosa pericolosa alla sua salute ed alla stessa vita». In quest'ultimo caso però «il fatto esce alla schiera dei reati contro l'*ordine delle famiglie*, per trovar sede più naturale in quella dei *reati contro le persone*». Resterà, invece, tra i reati «contro l'*ordine delle famiglie*» il «caso in cui la donna sia legalmente separata dal marito» e l'«aborto procurato» abbia riguardato «il prodotto di legittimo concepimento avveratosi prima della separazione personale dei due coniugi». Un «secondo gruppo di reati», invece, è quello costituito dalle «pratiche abortive eseguite sopra una donna [...] senza il suo consenso o contro la sua volontà». Questa «forma» di aborto criminoso, «oltre a ledere il diritto che ha la donna di diventare madre, implica anche la lesione del diritto alla integrità personale od alla vita della paziente, per il serio pericolo che ordinariamente accompagna qualunque genere di manovre abortive». Tuttavia «bisognerà applicare» (caso per caso) «la teorica della prevalenza per la determinazione del titolo e della classe». Infatti, se nell'«ipotesi d'aborto avveratosi senza effettivo e rilevante detrimento della salute della donna» non vi è alcuna difficoltà nel considerare «effettivamente leso» il diritto alla «maternità», ed «il fatto sarà imputabile come aborto procurato»; al contrario se «dal fatto fosse seguito un danno grave e permanente alla salute della donna o la morte di essa, il reato dovrà esser molto più gravemente incriminato sotto il titolo di lesione personale od omicidio»⁸⁶.

Concorde con la conclusione che «il legislatore non deve punire se non quei fatti che ledono un diritto, lasciando al filosofo moralista il considerare la trasgressione dei precetti etici» sarà anche l'avvocato Costanzo Calogero, tra i primi commentatori degli artt. 381-385 del Codice Zanardelli. Questi, infatti, pur inchinandosi alla «maestà della legge», non esiterà ad affermare che le sue «idee sulla perseguibilità penale di questa specialissima figura di delinquenza» gli «impongono» di «non imputare l'aborto se non nei casi rarissimi in cui siavi un'effettiva violazione del diritto della donna», mentre «il legislatore italiano», «informandosi ad un eccessivo sentimentalismo e obliando la separazione perfetta che deve intercedere fra la morale e il diritto», «non credette [...] di cancellare dal Codice penale la maggior parte delle figure di aborto». Per Calogero, però, il fondamento della scriminante deriva non da ragioni di opportunità normative o da una concretizzazione dell'«obiettivo giuridico del reato di aborto» alle diverse casistiche astrattamente ipotizzabili, ma dalla «lesione» del solo «diritto della madre». Da questa «proposizione» scaturisce logicamente «la conseguenza che l'aborto commesso dalla donna su sé stessa non può mai costituire reato» e «non saranno quindi penalmente imputabili di delitto nemmeno i terzi che alla donna, che

⁸⁶ Ivi, pp. 155-157, 168.

aveva formata la volontà di abortire, prestarono i mezzi necessari per recare ad effetto il suo disegno». Alla stregua di questo postulato residueranno soltanto alcuni «casi specialissimi di aborto» criminoso: «quelli nei quali i terzi abbiano procurato lo aborto della donna senza il suo consenso», o «contro [la sua] volontà». Se la donna, infatti, «non ha il dovere giuridico di astenersi essa stessa da ogni atto che possa impedire la completa formazione del feto, ha però il diritto che la sua legittima aspettazione non venga delusa dai terzi, e che alcuno non adoperi su di lei violenza per la prematura espulsione del feto»⁸⁷.

«Terminata questa breve esposizione delle figure criminose che devono sopravvivere alla generica abolizione del reato di aborto»⁸⁸ non sarà sfuggito che improvvisamente, dopo il suo apogeo con la dottrina del Tardieu, non si è più fatto cenno alla violenza come elemento costitutivo del crimine abortivo, quasi che questa avesse improvvisamente perso di rilevanza dopo aver rappresentato uno degli argomenti maggiormente spesi per la criminalizzazione della condotta, e questo a prescindere dall'obiettivo giuridico considerato dalle diverse dottrine. Naturalmente non è un caso, ed infatti a partire da Lucchini – ma con eco evidente nella riflessione di Balestrini e Calogero⁸⁹ – venendo meno nell'*aborto scriminato* la stessa lesione di un bene giuridico tutelato, insieme «a qualsiasi [altra] oggettività giuridica ravvisabile in ogni prematura espulsione di un feto volontariamente conseguita», venne meno anche la necessità aprioristica di considerare astrattamente l'interruzione di gravidanza come una condotta sempre *intrinsecamente violenta* per definizione. Non si nega, naturalmente, che l'aborto possa essere il frutto di una forma di violenza sul corpo della donna o che questo possa essere il prodotto di mezzi violenti adoperati (dolosamente o colposamente) dal soggetto agente, ma questo solo elemento (congiunto con il verificarsi del fatto interruttivo della gravidanza) non è più sufficiente da solo a determinare l'antigiuridicità automatica della condotta, perché si troverebbe in perfetta contraddizione con il riconoscimento di un valore giuridico vincolante alla scelta volontaria e cosciente della gestante: per dirlo altrimenti, *il consenso annulla la violenza*. Non si trattava, in vero, «di fare l'apologia morale dell'aborto», una cosa che, peraltro, questi criminalisti non hanno mai «sognato» (o avuto «bisogno») «di far[e] per sostenere una tesi giuridica», ma, più banalmente, di difendere «pienamente la separazione, tante volte invocata, della legge morale da quella giuridica»⁹⁰, salvaguardando il valore superiore ed irrinunciabile della libertà individuale.

⁸⁷ Calogero, *Del procreato aborto*, cit., pp. 37-38, 55.

⁸⁸ Balestrini, *Aborto, infanticidio* cit., p. 183.

⁸⁹ Si veda, in particolare, Calogero, *Del procreato aborto*, cit., pp. 54-77.

⁹⁰ Balestrini, *Aborto, infanticidio* cit., pp. 336-338.